



مجلة الموقف

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

الاتجاهات الحديثة في إبرام عقود الشراء العمومية عن طريق
التفاوض والحوار التنافسيين - دراسة مقارنة .

الدكتور/ سماعيل لعبادي



جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

P-ISSN: 1029 - 6069

E-ISSN: 2960 - 2742

العدد ٢ - السنة ٤٩

ذو الحجة ١٤٤٦ هـ - يونيو ٢٠٢٥

الاتجاهات الحديثة في إبرام عقود الشراء العمومية عن طريق التفاوض والحوار التنافسيين دراسة مقارنة

الدكتور / سماعيل لعبادي*

ملخص

الأهداف: يهدف هذا البحث إلى تركيز الضوء على طريقتي التفاوض والحوار التنافسيين بالنظر للتطورات الحديثة في مجالي الشراء العمومي، حيث تسعى الطريقتان إلى خلق مرونة أكبر للجهات العمومية في التعاقد، مع احترام المبادئ الأساسية التي تحكم العقود الإدارية، من مبدأ العلانية وحرية المنافسة والشفافية. **المنهج:** اعتمد البحث على المنهج التحليلي والمقارن لبيان المقصود بطريقتي التفاوض والحوار التنافسيين في التشريع الفرنسي وبعض التشريعات العربية، فضلاً عن بيان تلك الحالات المحددة للجوء إليهما، وخصوصياتهما من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة لها في العديد من التشريعات ومقارنتها ببعضها. **النتائج:** يمكن تلخيص أهم نتائج البحث في كون طريقتي التفاوض والحوار التنافسيين تحققان المرونة للجهات المتعاقدة العمومية في ظل احترام المبادئ الأساسية التي تحكم التعاقد الإداري المنصوص عليها تشريعياً ولائحياً، إلا أن الأمر لا يزال محفوفاً ببعض الإشكاليات والمخاطر. **الخاتمة:** اختتم البحث بالدعوة إلى وضع إطار قانوني ومبادئ مشتركة تحدد حالات لجوء الجهات العمومية في الدولة إلى اتباع أسلوب التفاوض والحوار التنافسيين وبشكل منفصل دون دمجهما مثلما فعل المشرع الفرنسي، وذلك بالنظر إلى انفتاح السوق وإمكانية ولوج عدة متنافسين من دول عديدة.

الكلمات المفتاحية: الحوار التنافسي - التفاوض التنافسي - الطلب العمومي - عقود

الشراء - التعاقد الإداري.

* أستاذ مشارك - كلية القانون - جامعة الزيد.

أستاذ مشارك - كلية القانون - جامعة الشارقة سابقاً.

الإيميل: slabadi@uodh.ac.ae - Labadi.ismail@gmail.com

- تُسَلَّم البحث في: ٢٠١٩/٣/١٧، أُجيز للنشر في: ٢٠٢٠/٩/٢٢.

المقدمة

تتميز الصفقات العمومية أو ما تسمى بعقود الشراء العمومية، بكونها من أهم الآليات المعتمدة لتنفيذ السياسة الاقتصادية والاجتماعية والمالية للدولة. ويتجلى ذلك من خلال أهمية الاعتمادات المرصودة على مستوى ميزانية الدولة والنفقات على مستوى الصرف والتجهيز.

ومما لا شك فيه أن مجال قانون الشراء أو المناقصات أو الصفقات العمومية، حسب تسمية كل تشريع له، يتميز بحيوية وديناميكية نظراً لتنظيمه للطلب العمومي LA COMMANDE PUBLIQUE. إذ يؤدي هذا الأخير دوراً مهماً في الحياة الاقتصادية والاجتماعية لأي دولة، سواء على المستوى المحلي أو على المستوى الوطني. فالطلب العمومي يخص كل الفاعلين الاقتصاديين كل حسب مجال اختصاصه ووظيفته.

ويعود تنامي هذه الظاهرة إلى عاملين أساسيين:

- من ناحية أولى: تعدد المصالح العمومية في الدولة التي تبقى في حاجة دائمة إلى التزود باحتياجاتها من اقتناء معدات ولوازم وخدمات للنهوض بالدور الموكل لها على أحسن وجه لتحقيق الصالح العام ولمواكبة العصرنة والتطور.
- من ناحية ثانية: يمثل الطلب العمومي محركاً أساسياً للإنعاش الاقتصادي، من خلال السياسة الاقتصادية التي تنتهجها السلطات العمومية^(١).

كما يلقي الطلب العمومي من جانب آخر، اهتمام مجموع المواطنين باعتبارهم آخر المستفيدين من منتوجات عقود الشراء العمومية، حيث يهتم الرأي العام بمدى أهمية الطلب وفاعليته سواء من حيث التكلفة، الآجال، وخاصة درجة جودة الخدمات المقدمة.

ولضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

تسمى هذه المبادئ بالمبادئ الأساسية، وهي تمثل تلك القواعد التي تنظم عملية إبرام الصفقة وتنفيذها الموجهة لضمان نجاعة الطلب العمومي وحسن استغلال المال العام في ظل احترام التنظيم المعمول به في التشريع .

(١) C.Lajoye , Droit des marchés publics, Berti éditions, Alger, 2007, P.17.

إن التزايد المفرط في الطلب العمومي وجب تنظيمه وتأطيره بقواعد قانونية، يتم من خلالها ضمان ترشيد النفقات العمومية ووضع قواعد واضحة وشفافة في مواجهة كل من المصلحة أو الجهة المتعاقدة والمتعامل أو المتعاقد، مهما كانت طبيعة الصفقة العمومية سواء من حيث موضوعها، أو من حيث القيمة المالية، أو من حيث مكانة المصلحة العمومية المتعاقدة.

على هذا الأساس، تعد قوانين الصفقات أو الشراء العمومية، الوسائل القانونية الأكثر استخداماً من قبل الدولة لتحقيق السياسة الاقتصادية وإنجاز برامجها التنموية ولتخفيف الضغط الاجتماعي. كما تشكل في الوقت نفسه وسيلة فعالة لجلب الاستثمارات الخارجية المباشرة والاحتكاك بالمؤسسات لكسب أحسن التكنولوجيات المعمول بها خاصة في مجال إنجاز المشاريع. وبالمقابل أيضاً، فإن إبرام هذه العقود والصفقات العمومية يفرض الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقاً والتي تدور في معظمها حول التسيير الجيد للأموال العمومية^(٢).

وتشهد النصوص المنظمة للصفقات أو الشراء العمومية عموماً تجديداً دورياً بنسق متواصل، وذلك سواء على المستوى فوق الوطني أو الدولي وحتى الوطني^(٣). ويرجع ذلك بسبب تأثير الرهانات الاقتصادية والمالية والسياسية على ميدان العقود الإدارية العمومية. وهو الأمر الذي انعكس على تنظيم الطلب العمومي في أوروبا إجمالاً وفي العديد من الدول العربية.

ويعد إجراء التفاوض والحوار التنافسيين، من بين أهم الإجراءات المستحدثة والتي عرفت تنظيماً جديداً، في التشريع الفرنسي وبعض التشريعات المقارنة، حيث عرف هذا المجال تطورات عديدة، تحكمت فيه الظروف الاقتصادية والانتقال إلى النظام الاقتصادي الليبرالي الحر، وعصرنة أساليب التعاقد العمومية، التي أثرت بدورها في النصوص المنظمة لهذه العملية التعاقدية، سواء من خلال كيفية إبرام أو القيمة المالية أو الإجراءات المنظمة لها.

إن إجراءي التفاوض والحوار التنافسيين، يطرحان إشكالية مهمة تتمثل في

(٢) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ٥.

(٣) Néji Baccouche, Le Droit Des Marchés Publics (rapport introductif), Revue des études juridiques, Faculté de Droit Sfax, numéro spécial, 2007, P.08.

معرفة مدى الحدود المرسومة لهما عند اختيار الجهة المتعاقدة للمتعاقد وللطريقة ذاتها، وانعكاس ذلك على المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام العقود الإدارية من مبدأ المنافسة والشفافية وتكافؤ الفرص؟

ووفقاً لهذه الإشكالية، وجب تعرّف آليتي التفاوض والحوار التنافسيين في التشريع الفرنسي والعديد من التشريعات العربية المقارنة التي اعتمدها كأسلوب للتعاقد وحالات اللجوء إليها، مع بيان الخصائص المميزة لكل منهما، معتمدين على المنهج التحليلي وكذلك المنهج المقارن، وذلك وفقاً للخطة الآتية:

- المبحث الأول: مفهوم التفاوض والحوار التنافسيين وأسسهما.
- المبحث الثاني: حالات اللجوء إلى إجراءي التفاوض والحوار التنافسيين.
- المبحث الثالث: الخصوصيات الأساسية لضمانات المنافسة والشفافية لإجراءي التفاوض والحوار التنافسيين.

المبحث الأول

مفهوم التفاوض والحوار التنافسيين وأسسهما

دخل أسلوب التفاوض والحوار التنافسيين، مرحلة جديدة في مجال عقود الشراء العمومية، سواء في التشريع الفرنسي أو بعض التشريعات في الدول العربية. وقد عمدت التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية، إلى إعادة بلورة المفاهيم المتعلقة بالتفاوض والحوار التنافسيين.

المطلب الأول: مفهوم التفاوض والحوار التنافسيين

يعدُّ كل من التفاوض والحوار التنافسيين طريقتين معتمدين لإبرام العقود الإدارية سواء في مجال الصفقات أو الشراء العمومي في بعض التشريعات أو في مجال عقود الشراكة في بعض التشريعات الأخرى. وعلى الرغم من اشتراك كل من الطريقتين في اعتماد أسلوب التفاوض والحوار، إلا أن كل طريقة لها خصوصياتها التي تميزها عن الأخرى.

أولاً: مفهوم التفاوض التنافسي

يعدُّ التفاوض التنافسي من أهم الطرق الحديثة التي تعتمدها الجهات العمومية

في التعاقد، فهو يجمع بين حرية الإدارة في التعاقد والحفاظ على الجانب التنافسي بين المشاركين.

وبالعودة إلى التشريع الفرنسي، فقد ميز قانون المشتريات العمومية في المادة ٤٢ الواردة في الأمر رقم ٢٠١٥-٨٩٩ المؤرخ ٢٣ تموز / يولييه ٢٠١٥ بين ثلاث أنواع لإجراء التفاوض الذي يمكن للمتعهدين اللجوء إليها^(٤):

- إجراء التنافس مع التفاوض بالنسبة إلى السلطات المتعاقدة.
 - إجراء التفاوض مع دعوة مسبقة للمنافسة مع الكيانات المتعاقدة.
 - الإجراء المتفاوض دون الإعلان أو الدعوة المسبقة للمنافسة.
- فقد أصبحت الإجراءات التنافسية مع التفاوض إجراءات مقننة وفقاً لشكليات وإجراءات محددة^(٥). ويجوز للسلطة المتعاقدة أن تستخدم الإجراء التنافسي مع التفاوض حين يساوي مبلغ العقد العام أو يتجاوز العتبة الأوروبية، الذي يتغير كل سنة^(٦).
- وقد عرفها الفقه الإداري الفرنسي بأنها إجراء يمكن السلطة المتعاقدة من

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. (٤)

christophe Lajoie, droit des marchés publics, 6e édition, Gualino, 2017, p.313. (٥)

Seuils communautaires applicables du 01/01/20 au 31/12/21 (٦)

Marchés des pouvoirs adjudicateurs	Anciens seuils (1)	Nouveaux seuils (2)
1° - Marchés de fournitures et services passés par les autorités publiques centrales	144.000	139 000
2° - Marchés de fournitures et services passés par les autres pouvoirs adjudicateurs	221 000	214 000
3° - Fournitures des autorités publiques centrales dans le domaine de la défense pour des produits autres que ceux figurant à l'annexe 4 de l'appendice I de l'offre de l'Union européenne au titre de l'Accord sur les marchés publics	221 000	214 000
Marchés de travaux	5 548 000	5 350 000
Marchés des entités adjudicatrices et marchés de défense ou de sécurité		
Marchés de fournitures et services	443 000	428 000
Marchés de travaux	5 548 000	5 350 000
Contrats de concession	5 548 000	5 350 000

التفاوض حول شروط الصفقة مع واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين^(٧). وهو ما ينطبق مع ما ورد في التشريع الفرنسي، عند تعريفه للتفاوض التنافسي طبقاً لأحكام المادة ٧١ من المرسوم ٢٠١٦-٣٦٠ المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسية بأنه: "ذلك الإجراء الذي يمكن من خلاله للسلطة المتعاقدة التفاوض حول شروط الصفقة العمومية مع متعهد أو عدة متعهدين اقتصاديين مسموح لهم بالمشاركة في التفاوض"^(٨).

ويعد التفاوض عموماً طريقة استثنائية لا يتم اللجوء إليها إلا احتياطاً، وذلك في مجالات شراء محدودة وفي ظروف استثنائية، بالنظر لكون المناقصات هي الأصل في التعاقد، فلا مجال لتفاوض السلطة المتعاقدة عند إبرام عقودها وفقاً لطريقة المناقصة. ولعل عدم الثقة في التفاوض هذا يبرره قبل كل شيء الخوف من أنه سيؤدي إلى انتهاك مبادئ الشفافية والمعاملة المتساوية للمتنافسين، وهو ما سيؤدي إلى قيام الجهة المتعاقدة بتقديم معلومات من المحتمل أن تفيد بعض مقدمي العروض مقارنة بالآخرين أو تعديل ترتيبها إلى الحد الذي كان يمكن أن يطبقه بعض المتنافسين الآخرين إذا كانوا على علم بهذا التعديل^(٩).

لقد عرّف الفقه الفرنسي التفاوض بأنه سلسلة من المقابلات، وتبادل وجهات النظر، والخطوات المتخذة للتوصل إلى اتفاق، لإبرام صفقة^(١٠).

وبصدد قانون الطلب العمومي الفرنسي الجديد ودخوله حيز النفاذ في إبريل ٢٠١٩، تغيرت تسمية هذه الطريقة من التفاوض التنافسي إلى إجراء التفاوض^(١١)، مع الاحتفاظ بالخصائص نفسها التي وردت سابقاً. ما يعني إصرار المشرع الفرنسي على

(٧) Jaqueline Morand-Deville, Droit Administratif, édition 2013, L.G.D.J, Paris, 2013, p.403.

christophe Lajoye,op.cit, p.315.

(٨) Article 71 de décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. « La procédure concurrentielle avec négociation est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociation ».

(٩) Hélène Hoepffner, La négociation dans les contrats de la commande publique Intervention au colloque de Strasbourg: La commande publique, un levier pour l'action publique ?, 2017, p.01.

(١٠) Y.-R. Guillo et J.-M. Glatt «Négociation, discussion, échange: des leviers pour l'efficacité de la commande publique», Contrats publics –ACCPn°84/2009, p.38.

(١١) L. Richer et F.lichère, Droit des contrats administratifs, 11 e édition, L.G.D.J, Paris, 2019, p.468.

اتباع نمط التفاوض وفسح مجال أكبر للسلطة المتعاقدة في ممارسة حرية التعاقد.

وعليه فإن الحجة القائلة بأن الجهات العمومية لا تتمتع بثقافة تفاوضية أصبح أقل إقناعاً، وصار من الضروري تدريبهم على هذه التقنية^(١٢).

وبالعودة إلى التشريعات المقارنة، لا نجد مصطلح التفاوض التنافسي متداولاً بصيغة التشريع الفرنسي نفسها، بل تعتمد العديد من التشريعات في الدول العربية مصطلح الممارسة. وقد تم تعريفها في فقه القانون الإداري على أنها طريقة من طرق التعاقد تتمتع فيها الإدارة بحرية اختيار المتعاقدين معها دون اللجوء إلى المناقصة أو الزيادة^(١٣).

فالإدارة قد لا تستطيع في بعض الأحيان أن تبين على وجه التحديد القدر الذي يلزمها مما تريد التعاقد عليه، فتدخل في علاقة مع أحد المشروعات المتخصصة وتطلب منه إجراء بعض التجارب، وهو ما لا يتفق مع طريقة المناقصات^(١٤).

وبذلك تتميز طريقة الممارسة بأنها تسمح للإدارة بقدر من السلطة التقديرية وحرية الحركة والمناورة والتفاوض وتغليب الأمور مع المرشحين للتعاقد مع أصحاب العروض المقبولة فنياً حتى تصل إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار التي سبق لهم التقدم بها في المظاريف المالية^(١٥).

كما تعني الممارسة، أن تمارس الإدارة أسلوب التفاوض علناً مع عدد من الأفراد أو الشركات كلما كان ذلك ممكناً لتعرف أسعارهم من أجل الوصول إلى أحسن تعاقد^(١٦).

وهناك من اعتبر الممارسة بأنها طريق آخر للإدارة للتعاقد، ويتم بتقديم العروض أو الاتصال بجهات أو أشخاص متخصصين والتفاوض معهم للوصول إلى أفضل الشروط والأسعار للتعاقد^(١٧).

J.-M. Peyrical, «Dialogue, négociation et échange avec les entreprises: esquisse (١٢) d'une méthodologie», Contrats publics –ACCPn°84/2009, p.44.

(١٣) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص، ٥٨٦.

(١٤) نفس المرجع السابق، ص ٥٨٧.

(١٥) أعاد علي حمود القيسي، مبادئ القانون الإداري وفقاً لتشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، الطبعة الثانية، الشارقة، ٢٠١٧، ص ١٨٢.

(١٦) نواف كنعان، مبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في دولة الإمارات، جامعة الشارقة، ٢٠٠١، ص ٢٦٤.

(١٧) مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٣، ص ٣٥٥.

فهو أسلوب يمتاز باختصار الإجراءات الطويلة التي تستغرقها غالباً طريق المناقصة، بالإضافة إلى طابع العلنية من خلال معرفة جميع الراغبين في التعاقد بالأسعار التي يقدمها المنافسون، والتفاوض العلني للوصول إلى الاتفاق، مثلما هو الشأن بالنسبة إلى عقود القانون الخاص^(١٨).

كما تسمى طريقة الممارسة في بعض التشريعات باستدراج العروض أو طريقة الدعوة إلى تقديم عطاءات أو طريقة المفاوضة والتلزم لشراء ما تحتاج إليه الإدارة من لوازم أو للحصول على ما تحتاج إليه من مقاولات الأعمال أو الخدمات بالتفاوض مباشرة مع بائعيها أو مورديها أو منتجيها أو المقاولين في حالات معينة تحددها عادة التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية^(١٩).

وهناك مَنْ يرى بأن الممارسة تتطابق مع مفهوم الاختيار المباشر، أين تتم هذه الطريقة بدعوة المتنافسين إلى جلسة واحدة كما في حالة الاحتكار أو أن تطلب الإدارة دراسات معينة لا يمكن أن يقوم بها إلا أشخاص محدّدون^(٢٠).

والممارسة قد تكون عامة وقد تكون محدودة، فالممارسة العامة هي التي يسمح فيها لكل من يجد في نفسه الصلاحية للتعاقد مع الإدارة بشأن الصفقة المعلن عنها بأن يتقدم بعطاءه للجهة المختصة. أما الممارسة المحدودة فعادة ما تكون بموجب قرار تصدره السلطة ويكون التعاقد فيها بشأن حالات معينة^(٢١).

وبالعودة إلى النصوص القانونية، لتشريعات بعض الدول العربية، نجد منها تلك التي عرّفت الممارسة، وتشريعات أخرى لم تتعرض للتعريف، بل بينت حالات اللجوء إلى هذه الطريقة وإجراءاتها.

بالرجوع إلى التشريع الكويتي، أشار القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن

(١٨) نفس المرجع السابق، ص ٣٥٥.

(١٩) موسى مصطفى شحادة، العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، (جامعة الشارقة، ٢٠١٥)، ص. ١٣٩.

(٢٠) خالد خليل ظاهر الظاهر، النظام الإداري - وسائل النشاط الإداري - دراسة مقارنة، (جامعة الإمام محمد سعود الإسلامية، الرياض، ٢٠١٣)، ص. ٤٣٢.

(٢١) محمد قدرى حسن، العقود الإدارية، (مكتبة الآفاق المشرفة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٦)، ص. ١٢٤.

المناقصات العامة، إلى الممارسة واعتبرها مرادفاً يتطابق مع مصطلح التفاوض التنافسي مثلما نص عليه التشريع الفرنسي، أو مصطلح استدرج العروض^(٢٢). كما ميز التشريع الكويتي، بين الممارسة العامة، والممارسة المحدودة. واعتبر أن هذه الأخيرة تتطابق تماماً مع الأمر المباشر^(٢٣).

أما في التشريع الإماراتي ومع صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٤ لسنة ٢٠١٩) بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، فقد تم تنظيم الممارسة بشكل مختلف، وقسمت إلى حالتين: الحالة الأولى سميت بالإجراء المحدود، والحالة الثانية سميت بالمناقصات البديلة.

والملاحظ أنه لم يتعرض هذا القرار إلى تعريف الممارسة، بل تطرق مباشرة إلى كيفية وإجراءات القيام بها من قبل السلطة المتعاقدة. حيث أشار إلى أن الممارسة (الإجراء المحدود) تستخدم لاختيار الموردين إذا زادت قيمة المشتريات الإجمالية على مائتين وخمسين ألف درهم ولم تتجاوز عشرة ملايين درهم^(٢٤). فقد ربط التشريع الإماراتي استخدام الممارسة كوسيلة للتعاقد بالقيمة المالية للعقد دون تحديد مضمونه، وهذا ما يبين أن مجال استخدام الممارسة غير محدود ويشمل كل أنواع عقود الشراء العمومية التي ينظمها هذا القرار.

كما نلمس أيضاً استخدام تشريعات عربية أخرى لمصطلح التفاوض التنافسي ولكن دون تحديد مفهومه في مجال إبرام عقود الشراء العمومية. وهذا ما تبناه المشرع البحريني الذي تطرق مباشرة إلى حالات اللجوء إلى التفاوض التنافسي في قانون المناقصات والمزايدات، دون بيان مفهوم التفاوض التنافسي^(٢٥).

(٢٢) لمزيد من التفصيل: انظر المادة ١٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة في الكويت الصادر في ٢٠١٦/٠٧/٣١.

(٢٣) كما أضاف التشريع الكويتي طبقاً للقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة، صنفاً جديداً يتماشى مع التطورات اللامادية للتعاقد، أي التعاقد الإلكتروني. حيث أضاف أسلوب الممارسة الإلكترونية وعرفها بأنها طريقة الشراء عبر الشبكة الدولية للمعلومات في الوقت الفعلي والتي تستخدمها الجهات الحكومية لاختيار العطاء الفائز وتتطوي على استخدام وسائل إلكترونية لقيام المناقصين أكثر من مرة وخلال عدة جولات بتقديم أسعار أو قيم لعناصر غير سعرية في المناقصة وتكون كميتها قابلة للقياس.

(٢٤) انظر المادة ٣١ من قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ٢٠١٩ بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

(٢٥) انظر المرسوم بقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ بشأن قانون المناقصات والمشتريات الحكومية في دولة البحرين.

كما تطرق المشرع المغربي إلى التفاوض التنافسي، وعبر عنه بالصفقات التفاوضية، واعتبر أن المسطرة التفاوضية طريقة إبرام صفقات تختار بموجبها لجنة تفاوض، نائلاً لصفقة بعد استشارة متنافس أو أكثر والتفاوض بشأن الصفقة. حيث تتم الصفقات التفاوضية عندما يجري صاحب المشروع بكل حرية المناقشات التي يراها مفيدة مع المرشح أو المرشحين الذين يقع عليهم الاختيار، وتسند الصفقة إلى المرشح المقتنع به^(٢٦). كما أن هذه المفاوضات تتعلق خاصةً بالثمن وأجل التنفيذ أو تاريخ الانتهاء أو التسليم وشروط التنفيذ وتسليم العمل^(٢٧).

ثانياً: مفهوم الحوار التنافسي

الحوار التنافسي، طريقة جديدة للتعاقد العمومي تم إقرارها في فرنسا والعديد من الدول الأوروبية منذ سنة ٢٠٠٤^(٢٨)، وذلك بموجب التوجيه الأوروبي CE 2004/18/CE^(٢٩)، بعد التوصل إلى نتائج مفادها عدم مرونة التوجيهات الأوروبية 93/37/CEE ، 93/36/CEE ، 92/5 0CEE، في العديد من المشاريع المعقدة على الرغم من وجود طريقة إجراء التفاوض مع الإعلان عن الصفقة المرتبط أساساً بحالات محددة في هذه التوجيهات^(٣٠).

بناء على هذه التوجيهات الأوروبية، تبنى التشريع الفرنسي المتعلق بالصفقات العمومية طريقة الحوار التنافسي بداية ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية لسنة ٢٠٠٦. الملاحظ، أن مضمون الحوار التنافسي كان محدوداً في ظل التوجيه الأوروبي لسنة

(٢٦) يونس وحالو، نظام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم ٢٠ مارس ٢٠١٣، دراسة تحليلية لطرق الإبرام، مجلة العلوم القانونية، المغرب، العدد ٢، ٢٠١٤، ص ٧٣.

(٢٧) انظر المادة ٨٤ من المرسوم رقم ٢،١٢،٣٤٩ الصادر في ٢٠ مارس ٢٠١٣ المتعلق بالصفقات العمومية المغربي.

(٢٨) Kim Möríc , Le dialogue compétitif et les marchés publics complexe, Larcier, Bruxelles, 2013, P.25.

(٢٩) Directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux , de fournitures et de services.

(٣٠) انظر الوثيقة التفصيلية للحوار التنافسي الصادرة عن المديرية العامة للصفقات الداخلية والخدمات، باللجنة الأوروبية:

https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/fiche-dialogue_fr.pdf

٢٠٠٤^(٣١). فلا يمكن اللجوء إليه إلا في حالة العقود المعقدة سواء من الناحية التقنية، أو من ناحية التركيبة القانونية والمالية للمشروع، أي عندما تكون الجهة المتعاقدة عاجزة عن وضع مواصفات دقيقة وتقنية في مثل هذه الحالات. وهذا ما عبرت عنه صراحة أحكام المادة ٣٦ من قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة ٢٠٠٦^(٣٢). وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأنه لا يتم استيفاء شرط التعقيد الفني إذا لم يكن اللجوء إلى التطوير المحدد للتقنيات المبتكرة ضرورياً. فالتعقيد القانوني أو المالي القائم على الاختيار بين شراء واستئجار جهاز أو شراء البيانات وحدها ليس كافياً للكشف عن العجز الموضوعي للسلطة المتعاقدة لوضع الترتيب القانوني أو تمويل المشروع^(٣٣).

وانسجاماً مع المستجدات على مستوى التوجيهات الأوروبية^(٣٤)، ونظراً لازدياد حجم الأسواق، وازدياد اللجوء إلى استخدام الحوار التنافسي بشكل كبير تم توسيع حالات اللجوء إلى الحوار التنافسي بموجب التوجيه الأوروبي للبرلمان والمجلس الأوروبيين المتعلق بكيفية إبرام الصفقات العمومية الصادر سنة ٢٠١٤، بحيث لم تعد تقتصر على الافتراضات التقييدية للتعقيد التقني أو المالي^(٣٥).

وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي عند تنزيل هذه القواعد فوق الوطنية، عبر وضع الأمر رقم ٢٠١٥-٨٩٩ المؤرخ ٢٣ تموز / يوليه ٢٠١٥ المتعلق بقانون المشتريات العامة^(٣٦).

Article 1 paragraphe 11 du Directive 2004/18/CE :Le «dialogue compétitif» (٣١) est une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.

Aux fins du recours à la procédure visée au premier alinéa, un marché public est considéré comme « particulièrement complexe » lorsque le pouvoir adjudicateur:

n'est objectivement pas en mesure de définir, conformément à l'article 23, paragraphe 3, point b), c) ou d), les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou

n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet.

Article 36 de L'annexe au décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des (٣٢) marchés publics .

Conseil d'Etat, 18 décembre 2017, n° 413527, Météo-France. (٣٣)

لمزيد من التفصيل انظر المطلب الثاني المتعلق بالتوجيهات الأوروبية الحديثة للصفقات العمومية.

Directive 2014/24/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 (٣٥) sur la passation des marchés publics.

Voir l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux (٣٦) marchés publics en France.

وقد اعتبر التوجيه الأوروبي لسنة ٢٠١٤، فيما يتعلق بالصفقات العمومية، أن الحوار التنافسي مفيد في الحالات التي لا تتمكن فيها السلطات المتعاقدة من تحديد وسائل تلبية احتياجاتها أو تقييم الحلول التي يمكن للسوق تقديمها على المستوى الفني أو المالي أو القانوني. ويمكن أن تنشأ هذه الحالة على وجه الخصوص مع المشاريع المبتكرة، والمشاريع الكبرى التي تشمل البنية التحتية للنقل المتكاملة، وشبكات المعلوماتية الكبيرة أو المشاريع ذات التمويل المعقد والمنظم. لذلك ينبغي للدول الأعضاء أن تجعل هذه الأداة متاحة للكيانات المتعاقدة.

ولقد عرف التشريع الفرنسي الحوار التنافسي في المرسوم رقم ٢٠١٦-٣٦٠ المتعلق بالصفقات العمومية بأنه ذلك الإجراء الذي يتم فيه قبول حوار المشتري العمومي مع المرشحين للمشاركة في الإجراء بهدف تحديد أو تطوير واحد أو أكثر من الحلول التي من المحتمل أن تلبى احتياجاته، وعلى أساسها المشاركون في الحوار مدعوون لتقديم عرض. كما أن الحالات التي يجوز فيها للسلطة المتعاقدة منح عقود بموجب إجراء الحوار التنافسي محدودة وتكون هي نفسها بالنسبة إلى إجراءات التفاوض التنافسي المذكورة سابقاً وفقاً لأحدث التعديلات^(٣٧).

وقد ورد التعريف ذاته في المادة L2124-4 من قانون الطلب العمومي الفرنسي الصادر بموجب الأمر رقم ٢٠١٨-١٠٧٤ المؤرخ في ٢٦ نوفمبر ٢٠١٨ الذي عوض قانون الصفقات العمومية^(٣٨).

ومن الناحية العملية، في إجراء الحوار التنافسي، يحدد المشتري العمومي احتياجاته ومتطلباته في إعلان الصفقة، وعند الاقتضاء، في برنامج وظيفي أو مشروع محدد جزئياً. كما تحدد شروط الحوار ومعايير المنح والجدول الزمني الإرشادي في إعلان الصفقة أو في وثيقة مشاوره أخرى^(٣٩).

(٣٧) Frédéric Collin, L'essentiel Droit des contrats administratifs, Gualino, 2019, p.81.

(٣٨) دخل هذا القانون حيز النفاذ في ١ أبريل ٢٠١٩ ليحل محل قانون الصفقات العمومية لسنة ٢٠١٥.

(٣٩) Le dialogue compétitif selon l'article 75 Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre. L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini. Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisées dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية ببيوردو، وكذلك مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراتهما، من أن الهدف من الحوار التنافسي لا يتمثل في تحديد الاحتياجات بل تحديد الوسائل القادرة على تلبيتها، مما يعني أن الاحتياجات لا بد من تحديدها بدقة مسبقاً^(٤٠).

في دولة الإمارات، وعملاً بأحكام قرار مجلس الوزراء رقم (٤ لسنة ٢٠١٩) تم اعتماد طريقة الحوار التنافسي في إبرام عقود الشراء العمومية. والملاحظ أن المشرع الإماراتي لم يتم التطرق إلى تعريف الحوار التنافسي، بل تطرق مباشرة إلى حالات استخدامها، حيث تعتمد هذه الطريقة أو تستخدم لاختيار الموردين إذا كانت قيمة العقد تزيد على خمسة ملايين درهم، مع تحقق واحدة من الحالات الأربع الآتية^(٤١):

- أن يكون نطاق العمل في المشروع متعدد المراحل.
- أن يتداخل المشروع مع مشاريع أخرى قائمة، أو مع مشاريع سيتم العمل عليها لاحقاً.
- أن تزيد فترة التعاقد على سنة واحدة.
- أن يتطلب تنفيذ العقد وجود أكثر من مورد.

وهنا نلاحظ أن المشرع الإماراتي اعتمد على الجمع بين المعيار المالي، وتحقق حالات اللجوء إلى طريقة الحوار التنافسي المذكورة آنفاً، كآلية تسمح للجهة المتعاقدة من اختيار هذه الطريقة في التعاقد.

المطلب الثاني: التوجيهات الحديثة للبرلمان والمجلس الأوروبيين والنصوص القانونية الفرنسية الحديثة

في ضوء التوجيهات الحديثة للبرلمان والمجلس الأوروبي طبقاً للمنشور ue / 24/2014 الصادر بتاريخ ٢٦ فبراير ٢٠١٤، تم التأكيد على أهمية الطريقتين. فقد بينت هذه التوجيهات بداية، الدور المهم الذي تؤديه الصفقات في إستراتيجية

(٤٠) انظر في ذلك حكمي محكمة الاستئناف الإدارية ببيوردو ومجلس الدولة الفرنسي :

CAA de Bordeaux, 18 décembre 2018, n:16BX00178.

CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 19 novembre 2018, n:413305.

(٤١) انظر المادة ٣٤ من قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ٢٠١٩ بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

أوروبا ٢٠٢٠ من أجل نمو ذكي مستديم وشامل. وذلك من خلال الاستخدام العقلاني للموارد العمومية. على هذا الأساس، عمل البرلمان والمجلس الأوروبيان على إصلاح المنظومة المتعلقة بكيفية إبرام الصفقات العمومية وعصرنتها، بما يسمح بتسهيل مشاركة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الصفقات العمومية، وللسماع للمشتري العمومي باستخدام أفضل للصفقات العمومية الموجهة للخدمة المجتمعية المشتركة. وكان من الضروري تركيز الضوء وتوضيح بعض المفاهيم والمبادئ الأساسية من أجل ضمان الأمن القانوني والأخذ في عين الاعتبار اتجاهات قضاء محكمة العدل للاتحاد الأوروبي في هذا المجال^(٤٢).

وفي مجال الأساليب المتعمدة في إبرام عقود الشراء العمومية، أكد المنشور الأوروبي على جملة من التوصيات والتدابير التي يمكن اتخاذها، لا سيما في الآلية المستحدثة المتعلقة بالتفاوض والحوار التنافسيين.

فمن الضروري للغاية أن تتمتع السلطات المتعاقدة بقدر أكبر من المرونة في اختيار إجراء التفاوض التنافسي. ومن المرجح أيضاً أن تؤدي زيادة استخدام هذه الإجراءات إلى تعزيز التجارة عبر الحدود، حيث أظهر التقييم أن العروض عبر الوطنية تحقق نسبة نجاح مرتفعة بوجه خاص بالنسبة إلى العقود التي تم التفاوض بشأنها مع النشر المسبق. وينبغي أن تكون الدول الأعضاء قادرة على أن تنص على استخدام الإجراء التنافسي بالتفاوض أو الحوار التنافسي في مختلف الحالات التي لا يحتمل أن تؤدي فيها الإجراءات المفتوحة أو المقيدة دون التفاوض إلى نتائج مرضية. وتجدر الإشارة إلى أنه من حيث حجم الأسواق، زاد استخدام الحوار التنافسي زيادة كبيرة في السنوات الأخيرة. وقد ثبت أن هذا الإجراء يعد مفيداً في الحالات التي تكون فيها السلطات المتعاقدة ليست قادرة على تحديد وسائل تلبية احتياجاتهم أو على تقييم الحلول التي يمكن أن يقدمها السوق على مستوى التخطيط التقني أو المالي أو القانوني. ويمكن أن يتعلق الأمر، على سبيل المثال، بمشاريع ابتكارية، ومشاريع البنية التحتية المتكاملة للنقل الرئيسية، وشبكات الحاسوب الكبيرة أو المشاريع ذات التمويل المعقد والمنظم. وينبغي، عند الاقتضاء، تشجيع السلطات المتعاقدة على تعيين مدير

Directive 2014/24/ue du parlement européen et du conseil de 26 février 2014 (٤٢) sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2014/18/ce, Journal officielle de l'union européenne.

للمشروع لضمان التعاون الجيد بين المتعهدين الاقتصاديين والسلطة المتعاقدة في أثناء إجراء إبرام الصفقات^(٤٣).

كما أشار البند ٤٣ من المنشور الأوروبي الصادر سنة ٢٠١٤، أنه من المرجح أن يكون من المفيد استخدام إجراء التفاوض التنافسي أو الحوار التنافسي بالنسبة إلى عقود الأشغال، ويشمل تلك الأعمال التي لا تتعلق بالمباني النموذجية أو التي تنطوي على تصميم أو حلول مبتكرة. وكذلك بالنسبة إلى الخدمات أو اللوازم التي تتطلب جهوداً للتكيف أو التصميم. حيث إن مثل هذه الجهود للتكيف أو التصميم ضرورية بشكل خاص في حالة عمليات الاقتناء المعقدة مثل الحصول على منتجات متطورة وخدمات فكرية مثل بعض الخدمات الاستشارية أو المعمارية أو الهندسية أو المشاريع ذات الطابع التكنولوجي، وتشمل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. ففي مثل هذه الحالات، قد تكون المفاوضات ضرورية لضمان تلبية المنتج أو الخدمة المعنية لاحتياجات الهيئة المتعاقدة. وفيما يتعلق بالخدمات أو المنتجات المتاحة فوراً في السوق دون تكيف والتي يمكن أن يقدمها عدد من المتعهدين الاقتصاديين

Considérant 42 de la Directive 2014/24/UE du parlement européen et du (٤٣) conseil de 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans le cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable. Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants. Il y a lieu de rappeler qu'en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitifs est considérablement accru au cours des dernières années. Cette procédure s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique. Tel peut notamment être le cas de projets innovants, de la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré. Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution.

المختلفين، فمن غير الملائم أن يستخدم فيها الإجراء التنافسي بالتفاوض أو الحوار التنافسي^(٤٤).

وتناغماً مع التطورات التشريعية على المستوى الأوروبي، وبهدف تحقيق المرونة في التعاقد لا سيما ما يتعلق بالطرق الاستثنائية البديلة عن المناقصات العامة، عرف التشريع الفرنسي تطوراً متسارعاً في مجال الصفقات العمومية، وعقود الطلب العمومي، وهذا ما يظهر جلياً من خلال إدراج طريقة الحوار التنافسي منذ سنة ٢٠٠٤، وتكريسه في سنة ٢٠٠٦ و ٢٠١٦، وأيضاً في قانون الطلب العمومي لسنة ٢٠١٨ المطبق منذ أبريل سنة ٢٠١٩. بل أكثر من ذلك، فقد تم وفقاً لأحدث التعديلات لسنة ٢٠١٩ توحيد حالات اللجوء إلى التفاوض التنافسي والحوار التنافسي، بعدما كان هذا الأخير يقتضي اللجوء إليه فقط عندما تكون السلطة المتعاقدة غير قادرة على تحديد الوسائل التقنية التي تمكنها من تلبية احتياجاتها أو إنشاء الهيكل القانوني والمالي للمشروع^(٤٥).

Considérants (43) de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014: (٤٤)

Pour les marchés de travaux, il s'agit notamment de travaux qui ne concernent pas des bâtiments standards ou qui comportent une conception ou des solutions innovantes. Pour les services ou les fournitures nécessitant des efforts d'adaptation ou de conception, le recours à une procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif est susceptible d'être utile. De tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC). Dans de tels cas, des négociations peuvent être nécessaires afin de garantir que le produit ou le service en question répond aux besoins du pouvoir adjudicateur. En ce qui concerne les services ou les produits immédiatement disponibles sur le marché sans adaptation et pouvant être fournis par nombre d'opérateurs économiques différents, il ne convient pas de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ni au dialogue compétitif.

(٤٥) وفقاً لأحدث التعديلات الواردة على قانون الطلب العمومي بقي شرط اللجوء إلى الحوار التنافسي في التشريع الفرنسي مقترناً بعدم قدرة السلطة المتعاقدة على تحديد الوسائل التقنية التي تمكنها من تلبية احتياجاتها أو إنشاء الهيكل القانوني والمالي للمشروع في مشاريع قطاع الدفاع والأمن. انظر في ذلك: L. Richer et F.lichère, op.cit, p.478.

المبحث الثاني

حالات اللجوء إلى إجراءي التفاوض والحوار التنافسيين

على الرغم من اشتراك العديد من التشريعات المنظمة لعقود الشراء العمومية، في اعتماد طريقتي التفاوض والحوار التنافسيين، إلا أن مجالات اعتمادهما تختلف من دولة إلى أخرى ومن تشريع إلى آخر. وهذا ما يضطرنا إلى البحث عن هذه الآليات ضمن بعض التشريعات بشكل مستقل في هذا المبحث.

المطلب الأول: حالات اللجوء إلى التفاوض والحوار التنافسيين في التشريع الفرنسي الحديث

حدد التشريع الفرنسي على سبيل الحصر تلك الحالات المتعلقة باللجوء إلى الممارسة أو ما سماها بالتفاوض التنافسي، أين يجوز للسلطات المتعاقدة أن تستخدم الإجراء التنافسي بالتفاوض؛ أي الممارسة في ظروف محدودة. فإذا استوفيت الشروط المنصوص عليها في المادة 3-2124 R من قانون الطلب العمومي الجديد في فرنسا، يجوز للسلطة المتعاقدة أن تلجأ إما إلى إجراء تنافسي بالتفاوض أو إلى حوار تنافسي. وتقوم السلطة المتعاقدة بالبت في الإجراء الذي يتعين تنفيذه فيما يتعلق بظروف الشراء ومزايا كل إجراء من الإجراءات.

وضح المشرع الفرنسي بأنه من الممكن الآن التفاوض في جميع الحالات التي لا يمكن فيها تلبية الحاجة دون تكييف الحلول المتاحة فوراً.

وهذا هو الحال عندما لا تتعلق الأشغال بالمباني المعيارية^(٤٦). وبالمثل، يجوز للسلطة المتعاقدة أن تستخدم الإجراء التنافسي بالتفاوض بشأن شراء اللوازم والخدمات عندما تتطلب هذه الجهود التكييف.

وقد تكون جهود التكييف هذه ضرورية بصفة خاصة في حالة عمليات الشراء المعقدة، مثل شراء منتجات متطورة وخدمات فكرية، مثل خدمات استشارية أو معمارية أو هندسية معينة أو في حالة المشاريع الرئيسية في مجال تكنولوجيات المعلومات والاتصالات.

(٤٦) على سبيل المثال، في فرنسا قد يكون توفير المباني النموذجية la fourniture de bâtiments modulaires حاجة يمكن تلبيتها دون تكييف الحلول المتاحة على الفور، لأن هذه الخدمة لا تتطلب تعديلات على قيود السلطة المتعاقدة.

وحيثما تكون المصنفات أو المنتجات أو الخدمات الخاضعة للعقد متاحة فوراً دون تكليف ويمكن أن يوفرها العديد من المشغلين الاقتصاديين، فإنها لا تكون محل استخدام للإجراء التنافسي بالتفاوض. ولذلك لا يمكن تنفيذ هذا الإجراء من أجل شراء المنتجات أو الخدمات أو المصنفات الجاهزة، أي المعيارية وغير المصممة خصيصاً لتلبية احتياجات سوق معينة.

ولا يمكن استخدام الإجراء التنافسي بالتفاوض تلقائياً عندما تحدد السلطة المتعاقدة الخدمات التي يتعين القيام بها بالرجوع إلى المواصفات التقنية. ويجب إجراء تحليل لكل حالة على حدة وفقاً للخدمة التي يتعين القيام بها ووفقاً لقطاع الشراء المعني بالخدمة.

وفي بعض الحالات الأخرى، تبرم السلطة المتعاقدة عقوداً عامة لخدمات ذات صبغة غير قابلة للتكليف بالمعنى وتكون بحاجة -حقاً- إلى حلول مبتكرة.

ويقصد بالحلول المبتكرة تلك: "الأعمال أو اللوازم أو الخدمات المبتكرة" جديدة أو محسنة بشكل كبير. ويشمل الطابع الابتكاري تنفيذ عمليات الإنتاج أو الإنشاء الجديدة أو طريقة تسويقية جديدة أو طريقة تنظيمية جديدة في الممارسات أو تنظيم مكان العمل أو العلاقات الخارجية للشركات ". ويجوز للسلطة المتعاقدة أن تستخدم الإجراء التنافسي بالتفاوض إذا كانت الخدمات المبتكرة التي تلبى احتياجاتها متاحة في السوق.

كما يجوز للسلطة المتعاقدة أن تستعمل إجراء التفاوض التنافسي عند منح عقد عام لغرض وحيد هو خدمات التصميم أو تنطوي على خدمات تصميم. ومن ثم يمكن استخدام هذا الإجراء في سياق إنجاز تصميم العقود بما في ذلك التصميم في عقود الأشغال أو الخدمات الهندسية.

بالإضافة إلى ما سبق، قد يكون التفاوض ضرورياً لمنح العقد بسبب عناصر ذات صلة بطبيعته أو بتعقيده أو بإنشائه القانوني والمالي أو بسبب المخاطر المرتبطة به، والظروف الخاصة لطبيعة السوق^(٤٧).

(٤٧) من الثابت وطبقاً للحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمونتروي بباريس، أن طبيعة ومخاطر الخدمات اللوجستية والصيانة التي تقدمها الطائرات الجمركية فيما يتعلق بوجهاتها وشروط تدخلاتها تثير صعوبات تقنية غير نمطية بسبب التعديلات الجوهرية المتصلة بالبعثات الموكلة =

يمكن أن يكون التعقيد فنياً، وقد ينتج ذلك من استحالة قيام السلطة المتعاقدة بوضع مواصفات تقنية من حيث الوظائف أو الأداء أو عدم قدرتها على تحديد أي من الحلول الممكنة التي هي أفضل قدرة على تلبية احتياجاتها .

وقد يشكل حجم المشروع أو طبيعته التي لم يسبق لها مثيل مؤشراً للتعقيد يبرر استخدام الإجراء التنافسي مع التفاوض.

ويمكن أن ينشأ التعقيد القانوني والمالي من أجل تنفيذ مشروع ينطوي على تمويل مركب ومنظم لا يمكن وضع هيكله القانوني والمالي سلفاً ويجب استخلاصها من المشروع نفسه.

في هذه الحالة، على السلطة المتعاقدة واجب العناية، إذ يجب عليها أن تثبت، بسبب طبيعة المشروع، أنه ليس من الممكن، بوسائل معقولة، تحديد الترتيبات القانونية والمالية. ويمكن أن يكون هذا هو الحال بالنسبة إلى المشاريع الكبيرة (البنية التحتية للطرق أو السكك الحديدية، على سبيل المثال) أو عندما ترغب السلطة المتعاقدة في أن يعيد المشغل الذي يعيد هيكله المعدات العامة تقديم حلول لتطوير آليات الدعم للعملية.

وبالمثل، قد ينجم التعقيد القانوني للمشروع عن صعوبة السلطة المتعاقدة في التنبؤ بالمخاطر التي تكون جاهزة ليتهاكمتها المتعهدون الاقتصاديون^(٤٨).

ولم يتوقف المشرع الفرنسي عند الحالات السابقة فقط، بل أضاف حالة أخرى عندما تكون فيها السلطة المتعاقدة عاجزة عن إعداد وصف دقيق وتقني لموضوع

= إليها، ولاسيما بسبب تركيب معدات خاصة وأعطال وأضرار خاصة بالطائرات الجمركية، وذلك بسبب مشاكل التآكل المتصلة بالرحلات على مستوى منخفض فوق البحر. وهذه الصعوبات لا تسمح بتخصيص الأسعار بين أسعار ثابتة وغير ثابتة وبتحديد مسبق، فإنها تشكل حالة استثنائية تجعل من الضروري التفاوض مع المرشحين لتحديد هذه الأسعار، بعد الدعاية والتنافس. لمزيد من التفاصيل انظر:

TA Montreuil, 6 novembre 2012, Société Sabena Technics DNR, n°1208326.

<http://montreuil.tribunal-administratif.fr/content/download/10406/31348/version/1/file/1208326pdf.pdf>

(٤٨) لمزيد من التفاصيل انظر:

https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/fiche_urgence_complexite.pdf

الصفقة؛ حيث إنه عند إبرام صفقة عمومية، يتعين على السلطة المتعاقدة، من حيث المبدأ، أن تحدد الخصائص المطلوبة للأعمال أو الخدمات أو اللوازم التي تخضع للعقد وفقاً للمواصفات التقنية. بيد أنه في بعض الحالات، لا تستطيع السلطة المتعاقدة أن تحدد هذه المواصفات التقنية بدقة كافية في مرحلة إعداد وثائق العقد.

حدد التشريع الفرنسي وصف الخدمات التي لا يمكن تحديد مواصفاتها في العقد بدقة بحيث تمكن السلطة المتعاقدة من اللجوء إلى التفاوض التنافسي، وهي: الخدمات المالية مثل التأمين، والخدمات المصرفية والاستثمارية، والخدمات الفكرية مثل تصميم المصنفات.

هذه الخدمات، لم تعد مذكورة صراحة، ولكنها تظل موضع إجراء تفاوضي تنافسي إذا كانت ذات طابع معقد بصفة خاصة ولا تسمح للسلطة المتعاقدة بأن تحدد بدقة كافية المواصفات التقنية.

كما أن المشرع الفرنسي لم يتجاهل تلك الحالات التي قد تقع فيها السلطة المتعاقدة عندما لا تحصل على عروض مطابقة للمواصفات التي طلبتها على سبيل المثال في مناقصات معينة.

ففي سياق الدعوة إلى تقديم عطاءات، وعندما تقدم العطاءات غير النظامية أو غير المقبولة التي يتعين على السلطة المتعاقدة أن ترفضها، قد يعلن عدم نجاح المشاورة أو عدم مواصلة أي إجراء.

وإذا اختارت السلطة المتعاقدة أن تعلن عدم نجاح الإجراء، فإنها تختار في أي وقت بين تنظيم إجراء مناقصات جديدة واستخدام الإجراء التنافسي بالتفاوض أو الحوار التنافسي.

ويمكن للسلطة المتعاقدة أن تعلن عدم جدوى إبرام الصفقة العمومية في حالة قيامها بتكليف الإجراءات، بإجراءات شكلية، وعدم جدوى إبرام الصفقة بموجب الإجراء المكيف، وهذا ما قد يبرر استخدام الجهة المتعاقدة إجراءً تفاوضياً مع الدعاية والدعوة المسبقة للمنافسة. ومع ذلك، فإن ذلك لا يكون ذا صلة إلا إذا كان الإجراء المكيف الذي بدأ في البداية لا ينص على اللجوء إلى التفاوض. وفي الواقع، إذا كان الإجراء المكيف الأولي يسمح بالتفاوض، يمكن للسلطة المتعاقدة أن تسمح دائماً بالتفاوض مع المرشحين الذين قدموا عرضاً غير نظامي أو غير مقبول دون إزالته منذ البداية، وذلك وفقاً للآتي:

أ- حالة العرض غير النظامي وغير المقبول:

تنص المادة 2-2152 L. من قانون الطلب العمومي الفرنسي على أن العرض غير النظامي هو عرض لا يفي بالشروط المنصوص عليها في وثائق التشاور، ولا سيما بسبب عدم اكتمالها أو عدم الامتثال للتشريعات السارية، والبيئية. والعرض غير المقبول هو عرض يتجاوز سعره اعتمادات الميزانية المخصصة للسوق على النحو المحدد والمحدد قبل بدء الإجراء^(٤٩).

ب- الإعلان عن عدم الجدوى يجب أن يكون مبرراً:

إن شرعية القرار الذي يرفض العروض غير النظامية أو غير المقبولة وإعلان عدم الجدوى، يعد شرطاً أساسياً للتمكن من استخدام الإجراء التنافسي مع التفاوض. ويمارس القاضي الإداري الرقابة على الخطأ الواضح في الحكم على إعلان عدم الجدوى^(٥٠). وهو يتأكد أن الاستشارة الأولى عندما تم الإعلان عنها، قد بدأت في ظل ظروف يتوقع عادة ضمان نجاحها. أو أن إعلان عدم الجدوى ليس مؤسساً على أسباب خارجة عن نتائج الدعوة للمناقصة. ولا يجوز للسلطة المتعاقدة أن تكون هي المسؤولة عن فشل هذا الإجراء^(٥١).

christophe Lajoye, op.cit, p.318.

(٤٩)

(٥٠) انظر في ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم ٣٥٩٩٢١ الصادر بتاريخ ٣ أكتوبر ٢٠١٢

CE, 3 octobre 2012, Département des hauts-de-seine, n: 359921.

(٥١) من المقرر قضاء أنه يكون إعلان عدم الجدوى غير قانوني ولا يفتح مجال اللجوء إلى الإجراء التنافسي بالتفاوض في الحالات التالية:

- عندما حددت الهيئة المتعاقدة التكلفة التقديرية للخدمة بصورة غير واقعية، مما أسفر عن فرق قدره ٧٠٪ بين التقدير وأدنى سعر.

- أو عند إيداع العروض وكانت كلها أكثر من ٦٠٪ من التقدير المنجز من قبل السلطة المتعاقدة.

انظر في ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم ١٦٠٦٨٦ الصادر بتاريخ ٢٩ ديسمبر ١٩٩٧:

CE, 29 décembre 1997, Préfet de Seine-et-Marne c. l'Office public d'aménagement et de constructions de Meaux .

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&id-Texte=CETATEXT000007967110&fastReqId=451586578&fastPos=1>

المطلب الثاني: التفاوض والحوار التنافسيين في التشريع الجزائري

ميز المشرع الجزائري بين تلك الحالات التي تستوجب إجراء الممارسة أو التفاوض التنافسي، أو ما سماها بالتراضي بعد الاستشارة، وبين الحوار التنافسي، والذي أطلق عليه تسمية الاستشارة الانتقائية.

أولاً: حالات اللجوء إلى التفاوض التنافسي

إذا كان إجراء التراضي البسيط هو خيار تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة بشكل مباشر، مبني على التفاوض المباشر، دون اللجوء إلى المنافسة بدافع حالة الاستعجال، وللحفاظ على مصلحة عليا، فإن إجراء الممارسة في التشريع الجزائري يتم اللجوء إليه أيضاً في حالات أخرى. وعليه تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الممارسة أو ما سماها المشرع الجزائري بالتراضي بعد الاستشارة في حالات محددة.

١- حالة الدعوة إلى المنافسة غير المجدية

يتم اللجوء إلى الممارسة عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية بعد اتباع كل الإجراءات الخاصة بالإعلان والإشهار عن المناقصة وبعد إيداع العروض وتقييمها. حيث يتم إعلان عدم جدوى المنافسة إذا تم استلام عرض واحد فقط أو لم يتم استلام أي عرض، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط أو لم يتم تأهيل أي عرض، بعد تقييم العروض المستلمة. في هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتوجه برسالة استشارة تستشير فيها زيادة على ثلاثة متعاملين اقتصاديين مؤهلين على الأقل جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة، ما عدا في حالة الاستثناء المبرر قانوناً^(٥٢).

وقد أكد المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧ على هذه الحالة، حيث تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية^(٥٣).

(٥٢) انظر المرسوم الرئاسي ١٠-٢٣٦.

(٥٣) انظر المادة ٥١ من المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧ الصادر بتاريخ ١٦ سبتمبر ٢٠١٥ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

٢- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة أو طلب عروض

وهي الحالة التي تتعلق بالطبيعة الخاصة للصفقة والتي لا تشمل الأشغال بل تشمل الدراسات أو الخدمات أو اللوازم التي تفرض على المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إبرام الصفقة عن طريق أسلوب التراضي بعد الاستشارة؛ لأنه من غير اللازم اتباع أسلوب المناقصة.

ولم يحدد المرسوم الرئاسي ١٠-٢٣٦ المعيار المعتمد للجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذا الإجراء، واكتفى بإحالة ذلك إلى الجهات المختصة التي تختص بتحديد قائمة للدراسات واللوازم والخدمات بموجب قرار مشترك بين الوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة والوزير المكلف بالمالية.

أما المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧ فقد أشار إلى أنه: تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض. وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضعها أو بضعف مستوى المنافسة أو الطابع السري للخدمات.

٣- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية فضل عدم إقحام صفقات الأشغال، في الحالة السابقة، فإنه خصها لوحدها بالشروط السابقة نفسها لكن بقطاعات محددة.

حيث تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الممارسة في حالة صفقات الأشغال الخاصة بمؤسسات الدولة السيادية. وهذا ما تضمنه المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧^(٥٤).

٤- حالة صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة أو طلب عروض:

إن الغرض من إدراج هذا النوع من الصفقات هو تدارك التعثر الذي حصل للمصلحة المتعاقدة عند تنفيذ الصفقة بعد إرسائها على أحد المتعاملين بسبب إخلال هذا الأخير لالتزاماته.

(٥٤) انظر الفقرة ٣ من المادة ٥١ من المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧.

وهذا ما أشارت إليه المادة ٥١ من المرسوم الرئاسي ٢٤٧-١٥ بقولها : تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى الممارسة في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة.

٥ - التعاون الحكومي أو الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى الممارسة عندما يتعلق الأمر بعمليات منجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك.

وعليه، تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في حالة التعاون الحكومي. وفي الحالة الثانية أي في إطار الاتفاقات المتعلقة بالتمويل وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المقدم للأموال.

في كل الحالات السابقة، ماعدا حالة عدم جدوى المنافسة، يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الاستشارة لتأشير لجنة الصفقات المختصة.

وإذا نتج عن الاستشارة، استلام عرض واحد فقط أو لم يستلم أي عرض، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط أو لم يتم تأهيل أي عرض، بعد تقييم العروض المستلمة فإنه يتعين إعلان عدم جدوى إجراء التراضي بعد الاستشارة. وفي حالة ما إذا تم إعادة إجراء التراضي بعد الاستشارة بسبب الاستلام أو التأهيل التقني الأولي لعرض واحد، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة إجراء تقييم العرض الوحيد.

ثانياً : الحوار التنافسي أو الاستشارة الانتقائية

الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل، مدعويين وحدهم للمشاركة والتنافس المتعلق بموضوع التعاقد^(٥٥). ويمر هذا الإجراء إما بمرحلة واحدة أو بمرحلتين.

(٥٥) انظر الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من المرسوم الرئاسي ٢٤٧-١٥.

ويكون على مرحلة واحدة إذا أطلق هذا الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع إلى مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها.

ويكون على مرحلتين، إذا أطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي^(٥٦)، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها. وفي هذه الحالة، نكون أمام مرحلة الانتقاء الأولي، ثم تليها عملية الاستشارة.

وهنا يتضح التشابه الكبير بين التشريعين الجزائري والفرنسي في اعتماد طريقة الحوار التنافسي، والتي سماها المشرع الجزائري بالاستشارة الانتقائية، وذلك من حيث المضمون المبني على عدم قدرة السلطة المتعاقدة على وضع تصور بمفردها لحاجياتها وكيفية تجسيدها من الناحية الفنية والتقنية.

المطلب الثالث: حالات اللجوء إلى التفاوض والحوار التنافسيين في تشريعات بعض الدول الخليجية ومصر

تشارك تشريعات بعض الدول الخليجية خاصة منها الكويت والإمارات والبحرين في تبني طريقة الممارسة أو التفاوض التنافسي واعتمادها كطريقة استثنائية للتعاقد وبشروط مختلفة، أما الحوار التنافسي فقد اعتمده فقط دولة الإمارات في تشريعها الحديث المتعلق بلائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية.

أولاً: حالات اللجوء إلى التفاوض التنافسي في القانون الكويتي طبقاً للقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦

ميز المشرع الكويتي بين التفاوض التنافسي باعتباره الممارسة العامة، وبين الممارسة المحدودة، من حيث حالات اللجوء إليهما.

حيث يكون التعاقد عن طريق الممارسة العامة بموجب قرار من مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة، بناء على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن،

(٥٦) استخدم المشرع الجزائري مصطلح البرنامج الوظيفي وهو نفس المصطلح الذي استخدمه التشريع الفرنسي في أسلوب الحوار التنافسي: Le programme fonctionnel. ويقصد به ذلك البرنامج الذي يحدد احتياجات الجهة المتعاقدة. وهو مختلف عن دفتر الشروط.

Le Programme fonctionnel est un programme qui comporte des résultats vérifiables à atteindre, ou qui précise les besoins à satisfaire. Il est utilisé dans la procédure de dialogue compétitif.

وذلك بسبب طبيعة الأصناف أو الأعمال أو لظروف الاستعجال التي تتطلب إجراءها أو شراءها بطريقة الممارسة.

لقد حدد المشرع الكويتي وفقاً للتشريع الحديث المتعلق بالمناقصات العامة، مجالات الممارسة المحدودة عن طريق التعاقد بإذن من الجهاز المركزي للمناقصات العامة، والحالات التي لا تتطلب الحصول على الإذن وفقاً لما يلي:

أولاً: يجوز للجهة صاحبة الشأن أن تتولى القيام بإجراء عمليات الشراء بطريق الممارسة المحدودة أو الأمر المباشر بشرط الحصول على إذن بذلك من الجهاز المركزي للمناقصات العامة بناء على طلب كتابي مسبب، ويصدر قرار مجلس الإدارة المركزي للمناقصات العامة بأغلبية ثلثي أعضائه الحاضرين في الحالات الآتية:

١ - الأصناف التي لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم أو عندما يكون هناك متعهد وحيد لديه القدرة الفنية والإمكانات لتوفير المشتريات المطلوبة أو لديه حق حصري لإنتاج البضائع أو تنفيذ الأعمال أو أداء الخدمات المطلوبة ولا يوجد بديل مناسب له.

٢ - الأصناف التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها.

٣ - الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو اختصاصيون أو خبراء بذواتهم.

٤ - للحصول على كميات إضافية من بعض البضائع من المورد الأصلي لها أو على تجهيزات أو خدمات إضافية من المتعهد الأصلي الذي قام بها؛ وذلك لكي تحل تلك البضائع أو التجهيزات أو الخدمات الإضافية جزئياً محل بضائع أو خدمات، أو إذا وجدت المشتريات المطلوبة في أدلة الشراء الجماعي.

٥ - تجهيزات موجودة أو لزيادتها أو التوسع فيها.

٦ - إذا كانت البضائع المطلوبة يمكن الحصول عليها من منتجات ذات أهداف اجتماعية بما في ذلك أي جهة تسوق منتجات ذوي الاحتياجات الخاصة، أو إذا كانت البضائع من منتجات جمعية نفع عام وطنية لا تستهدف تحقيق الربح أو من منتجات المشروعات الصغيرة والمتوسطة التي ترعاها الدولة^(٥٧).

(٥٧) انظر المادة ١٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة الكويتي.

ثانياً: هناك استثناء يمكّن الجهة المتعاقدة من التعاقد عن طريق الممارسة المحدودة دون الحصول على إذن في حالات معينة إذا لم تزد قيمة التعاقد على خمسة وسبعين ألف دينار كويتي.

كما أنه يمكن اللجوء إلى هذه الطريقة، في حالات الضرورة القصوى. وفي هذه الحالة يجب على المجلس الاستعجال في البت الفوري بطلب الجهة صاحبة الشأن وذلك للأعمال الطارئة متى ما تجاوزت القيمة المذكورة على أن تقوم هذه الجهة وعلى وجه السرعة بإخطار الجهاز بما باشرتة من إجراءات أولية مرفقة بالمستندات والمسوغات التي دعت إلى ذلك.

وقد حدد القانون حالات الضرورة القصوى كما يلي :

- أ - في حالات الاستعجال القصوى بشرط أن يكون ذلك ناشئاً عن ظروف لم يكن بإمكان الجهة المختصة بالشراء توقعها وألا يكون ناتجاً من التباطؤ من جانبها سابقاً أو ليس خارجاً عن سيطرتها.
- ب - في حالة حدوث كارثة نتج منها حاجة عاجلة إلى بضائع أو أعمال خدمات تجعل من غير العملي استخدام إحدى طرق الشراء الأخرى، وذلك بسبب الوقت الذي يستغرقه استخدام تلك الطرق.

ثانياً: حالات اللجوء إلى التفاوض والحوار التنافسيين في التشريع الإماراتي

بالعودة إلى أحكام التشريع الإماراتي فيما يتعلق بالتفاوض التنافسي أو ما سماها المشرع الإماراتي بالممارسة، يتبين لنا أن هذا الأسلوب من أساليب التعاقد تختار فيه الإدارة بحرية أفضل المتعاقدين معها، ويتم اللجوء إليه بدعوة المتنافسين إلى جلسة واحدة يطلب منهم تقديم أسعارهم واختيار أفضلهم، ويكون ذلك بمعرفة لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وكيل الوزارة المعنية لممارسة واحد أو أكثر من الموردين أو المقاولين للحصول على أفضل العروض وبشكل علني وبعيداً عن الإجراءات المعقدة والطويلة كما هي الحال في المناقصة^(٥٨).

(٥٨) أعاد علي حمود القيسي، القانون الإداري، الأعمال القانونية للإدارة القرار الإداري والعقد الإداري وفقاً لتشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، (مكتبة الجامعة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧)، ط ١، ص.ص. ١٤٢، ١٤٣.

وقد حدد القرار الوزاري رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠، الأصناف أو الموارد التي يكون شراؤها عن طريق الممارسة، وهي في الحالات الآتية^(٥٩):

- أ - الأصناف المحتكر صنعها أو استيرادها.
- ب - الأصناف التي تتوافر لدى تاجر أو وكيل معين دون غيره.
- ت - الأصناف التي يصعب تحديدها بمواصفات دقيقة.
- ث - الأعمال الفنية المرغوب في إجرائها بمعرفة فنيين أو اختصاصيين معينين.
- ج - الأصناف أو مقاولات الأعمال التي لا تتحمل الانتظار حتى تتم إجراءات عمل المناقصة.
- ح - الأصناف والمقاولات التي تقتضي المصلحة العامة أن تتم بطريقة سرية، ويجب في هذه الحالة الحصول على موافقة الوزير المختص.
- خ - الأصناف ومقاولات الأعمال التي سبق طرحها في مناقصة وقدم عنها عطاء وحيد أو لم تقدم عنها أية عطاءات، أو تلك التي قدمت عنها عطاءات غير مقبولة وكانت الحاجة إليها لا تسمح بإعادة طرحها بمناقصة ثانية.
- د - الأصناف التي لا تتناسب قيمتها مع تكاليف إجراء المناقصة.
- ذ - يجوز إجراء الممارسة بين أكثر من مورد ممن يكونون قد تقدموا بعطاءات في المناقصة تتضمن أسعاراً أو شروطاً متساوية.
- ر - تقديم الموارد أو تنفيذ الأعمال بدلاً من المورد أو المقاول المقصر أو الناكل عن التنفيذ عند فسخ العقد.

لكن، بعد صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٤ لسنة ٢٠١٩)، لم تعد هناك حالات محددة على سبيل الحصر تلجأ من خلالها السلطة المتعاقدة إلى إجراء الممارسة، لا سيما ما يتعلق بالممارسة المحدودة. فقد فضل المشرع بعد صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٣٢ لسنة ٢٠١٤) وكذلك قرار مجلس الوزراء رقم (٤ لسنة ٢٠١٩)، منح السلطة المتعاقدة حرية اختيار وسيلة التعاقد بشرط تطابق قيمة العقد مع الطريقة المعتمدة. وقد حدد المشرع في هذه الحالة أن اللجوء إلى الممارسة المحدودة كما وضعنا سابقاً، يستخدم لاختيار الموردين إذا زادت قيمة المشتريات الإجمالية على مائتين وخمسين ألف درهم ولم تتجاوز عشرة ملايين درهم.

(٥٩) انظر المادة (٦٤) من القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠، مرجع سابق.

وبالمقابل تم حصر حالات اللجوء إلى الحوار التنافسي في أربع حالات، سبق ذكرها سابقاً في تعريف الحوار التنافسي، بشرط أن تزيد قيمة المشتريات على خمسة ملايين درهم، مهما كانت طبيعة العقد في جميع عمليات الشراء وعقود التوريد وتنفيذ الأعمال وتقديم الخدمات التي تقوم بها الجهات الاتحادية، وهي:

- أن يكون نطاق العمل في المشروع متعدد المراحل.
- أن يتداخل المشروع مع مشاريع أخرى قائمة، أو مع مشاريع سيتم العمل عليها لاحقاً.
- أن تزيد فترة التعاقد على سنة واحدة.
- أن يتطلب تنفيذ العقد وجود أكثر من مورد.

وهذا ما يبين أن حرية الاختيار المطروحة في التفاوض التنافسي أو الممارسة، واسعة جداً مقارنة بإجراء الحوار التنافسي، مع الأخذ بعين الاعتبار الاختلاف المقرر لهما من حيث قيمة العقد المحددة سلفاً.

ثالثاً: حالات اللجوء إلى التفاوض التنافسي في التشريع البحريني

تعرض التشريع البحريني للتفاوض التنافسي ولم ينص على الحوار التنافسي، وقد حدد تلك الحالات التي يجوز فيها التعاقد بطريق التفاوض التنافسي وفقاً لما يلي^(٦٠):

- أ - السلع التي لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة.
- ب - الأعمال الفنية التي تقتضي حسب طبيعتها تنفيذها بمعرفة فنيين أو اختصاصيين أو خبراء معينين.
- ج - السلع أو الإنشاءات أو الخدمات التي تقتضي حسب طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون شراؤها من أماكن إنتاجها.
- د - التوريدات والإنشاءات والخدمات التي لم تقدم عنها أية عطاءات في المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار غير مقبولة، وكانت الحاجة إليها لا تسمح بإعادة طرحها في مناقصة.
- هـ - في حالة الكوارث والضرورة العاجلة التي تتسبب في حاجة ملحة إلى السلع أو الإنشاءات أو الخدمات والتي لا يحتمل معها اتباع إجراءات المناقصة العامة.

(٦٠) انظر المادة ٤٥ من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ المتضمن قانون المناقصات والمزايدات في البحرين.

إن هذه الحالات، تبين اتجاه المشرع البحريني نحو دمج طريقتي الحوار التنافسي والتفاوض التنافسي ضمن إجراءات التعاقد، وضمها تحت مسمى واحد وهو التفاوض التنافسي، على عكس ما اتجه إليه المشرع الفرنسي قبل التعديل الأخير لسنة ٢٠١٩ أو المشرع الإماراتي، اللذان اختارا وسيلة الحوار التنافسي كطريقة مختلفة لتلك الأعمال الواردة في البند " ب " من التشريع البحريني والمتعلقة بالأعمال الفنية الدقيقة والمعقدة التي تحتاج إلى تدخل خبراء وفنيين. فالمشرع البحريني فضل الدمج بين الطريقتين في طريقة واحدة دون التفرقة بين التفاوض التنافسي والحوار التنافسي.

رابعاً: حالات اللجوء إلى التفاوض التنافسي في التشريع المصري

بداية يجب الإشارة إلى أن المشرع المصري لم يربط إجراء الممارسة بأي قيمة مالية، وفضل حصر الإجراء فقط على مستوى حالات وضعها على سبيل الحصر، وهذا ما تبناه القانون الجديد رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

ولكن، فرق المشرع المصري بين التعاقد بالممارسة العامة والممارسة المحدودة ووضع لهما حالات مختلفة، حيث يكون التعاقد بالممارسة العامة في الحالات التي تتوافر فيها الشروط الآتية:

- ١ - أن يكون متاحاً للجهة الإدارية وضع توصيف محدد ودقيق لموضوع التعاقد.
- ٢ - أن يكون لموضوع التعاقد معايير قابلة للقياس الكمي والتي يتم على أساسها تحديد مدى استجابة العروض فنياً.
- ٣ - أن يكون معلوماً للجهة الإدارية وجود عدد كاف من الموردين أو المقاولين أو مقدمي الخدمات للمشاركة في العملية لضمان تحقيق المنافسة الفعالة. أما فيما يتعلق بالممارسة المحدودة، فيقتصر التعاقد بها في أي من الحالات الآتية:
 - ١ - الأصناف التي تم تصنيعها أو استيرادها أو تقديمها من قبل أشخاص أو كيانات بذاتها، أو الأصناف التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها.
 - ٢ - التعاقدات المرتبطة بالأمن القومي.
 - ٣ - الأصناف أو الأعمال أو الخدمات التي تتطلب أن تكون متوافقة مع ما هو موجود حالياً بسبب عدم وجود بدائل لها وتكون متوافرة لدى أكثر من مصدر^(٦١).

(٦١) انظر المادة ٥٥ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ المتعلق بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر، جريدة رسمية عدد ٣٩ مكرر، (د)، صادرة بتاريخ ٣ أكتوبر ٢٠١٨.

وفي هذا الصدد نلاحظ محافظة التشريع المصري على حالات اللجوء إلى التفاوض التنافسي المحدود التي كان منصوصاً عليها في ظل قانون ١٩٩٨، مع تغيير طفيف شمل الحالة الثالثة الأخيرة المذكورة آنفاً^(٦٢).

المبحث الثالث

الخصوصيات الأساسية لضمانات المنافسة والشفافية لإجراءي التفاوض والحوار التنافسيين

لا ريب أن الغرض الأساسي من اعتماد طريقتي التفاوض والحوار التنافسي سواء في عقود الشراء العمومية هو منح هامش حرية ومرونة للجهات العمومية المتعاقدة في إبرام هذه الأنواع من العقود الإدارية. فغالبية التشريعات، تعتمد هاتين الطريقتين ولكن في إطار احترام المبادئ الأساسية من علانية وشفافية ومساواة بين المتنافسين.

المطلب الأول: إجراء الإعلان

يعد إجراء الإعلان من المبادئ الأساسية التي تحكم العقود الإدارية بصفة عامة وتلك العقود التي تبرم عن طريق التفاوض والحوار التنافسيين بصفة خاصة، ولكن مع اختلافات جزئية تتمثل في كيفية الإعلان وتحقيقه.

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي، فإنه وفقاً للمادة 2- R2131 من قانون الطلب العمومي، يجب أن تخضع عقود الصفقات العمومية المبرمة بموجب إجراء تنافسي مع التفاوض، أو الحوار التنافسي، عن طريق الدولة، ومؤسساتها العامة غير تلك المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، وكذلك عن طريق السلطات الإقليمية المحلية ومجموعاتها، إلى إعلان ينشر في النشرة الرسمية للصفقات العمومية والجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي «BOAMP et au JOUE»^(٦٣). وعندما يتم إرسالها

(٦٢) كان التعاقد بطريق الممارسة المحدودة في التشريع المصري لسنة ١٩٩٨ وفقاً للحالات الآتية:

- الأشياء التي لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم.
- الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها.
- الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو اختصاصيون أو خبراء بذواتهم.
- التعاقدات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي.

christophe lajoye, Op.cit, P.352.
Frédéric Collin, Op.cit, P.81.

(٦٣)

من قبل متعاقدين آخرين، يتم نشر الإعلان في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي وفقاً للنموذج الأوروبي. ويمكن استكمال الإعلان عن الصفقة بإعلانات إضافية على وسيط آخر، يحتوي فقط على بعض المعلومات الواردة في الإعلان شريطة أن تحتوي على المرجعيات الخاصة بالإعلان.

أما التشريع الإماراتي، فقد أكد بدوره على ضرورة الإعلان، لا سيما بعد تعديل قرار مجلس الوزراء رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤؛ فإنه طبقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ٢٠١٩ بشأن تعديل بعض أحكام قرار مجلس الوزراء رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، فإنه يجب أن يتم الإعلان عن جميع المناقصات والممارسات والمسابقات، من خلال نظام الشراء الإلكتروني أو أي طريقة تراها الجهة الاتحادية مناسبة، وذلك للقيم الآتية^(٦٤):

- ١ - بما لا يقل عن خمسة وخمسين ألف درهم بالنسبة إلى عقود التوريد والخدمات،
- ٢ - بما لا يقل عن مئة ألف درهم بالنسبة إلى عقود الأعمال.

ويجب أن يتضمن الإعلان جميع المعلومات والتفاصيل التي لا تظهر في طلب استدراج العروض.

كما نص التشريع البحريني على ضرورة الإعلان في حال اعتماد الجهات العامة في الدولة على إجراء التفاوض التنافسي؛ حيث توجه الدعوة لتقديم العروض بخطابات مسجلة مصحوبة بعلم الوصول تتضمن البيانات الواجب ذكرها كافة في الإعلان عن المناقصة العامة وتحديد أول اجتماع لإجراء الممارسة.

ويجوز في حالة الاستعجال وبموافقة المجلس إرسال الدعوة باليد مع مندوب قبل الموعد المحدد بخمسة أيام على الأقل، وتسلم بموجب إيصال مؤرخ^(٦٥).

كما تطرق التشريع المصري أيضاً إلى الإعلان في ظل قانون ١٩٩٨ للمناقصات، وأكد على أنه يتم الإعلان عن الممارسة العامة في الوقت المناسب طبقاً لإجراءات النشر

(٦٤) انظر في ذلك المادة ٣٧ من قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن تعديل بعض أحكام قرار مجلس الوزراء رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤ بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية.

(٦٥) انظر المادة ٥٦ من المرسوم رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٢ المتعلق باللائحة التنفيذية بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية في البحرين.

عن المناقصة العامة. وهذا معناه أن الإعلان يتم على مرتين في صحيفة يومية واسعة الانتشار. ويجب أن يبين في الإعلان الجهة التي تقدم إليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف أو العمل المطلوب. ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار بما فيها الوسائل الإلكترونية.

أما إذا كانت الممارسة محدودة فيتم اعتماد خطابات موصى عليها تتضمن البيانات الواجب ذكرها كافة في الإعلان عن المناقصة العامة مع تحديد أول اجتماع للجنة الممارسة على ألا تقل المدة المحددة لتدبير العروض عن سبعة أيام من تاريخ إرسال الدعوات. ويجوز في حال الاستعجال إرسال الدعوة مع مخصص قبل الموعد المحدد بخمسة أيام وتسلم بموجب إيصال مؤرخ.

ويراعى في جميع الحالات توجيه الدعوة إلى أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة الذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم^(٦٦).

وبصدور القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، تمسك المشرع المصري بضرورة الإعلان مع بعض الاختلاف في جزئياته، حيث أوجب النشر والإعلان عن الممارسة العامة الداخلية بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار، ويكون الإعلان عن الممارسة الخارجية مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار، وإحدى الصحف الدولية وبالإعلام عنها في السفارات والقنصليات.

أما إذا تعلق الأمر بممارسة محدودة، فيجب توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المسجلين المتخصصين أو المؤهلين المشتغلين بالنشاط موضوع الطرح.

وفي جميع حالات الإعلان يتعين الحصول على موافقة السلطة المختصة، ويجوز بموافقتها الإعلان في أكثر من صحيفة مصرية أو دولية وفقاً لأهمية التعاقد وطبيعته في الحالات التي تقتضي ذلك^(٦٧).

يتضح لنا من خلال ما ورد في القانون الجديد للتعاقدات العامة في مصر، أن المشرع المصري لم يضع مواعيد محددة لإجراء أول اجتماع للجنة الممارسة، وترك

(٦٦) انظر المادة ٤٧ من قرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بشأن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٦٧) انظر المادة ٢٠ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

ذلك مفتوحاً للجهة الإدارية المتعاقدة، فضلاً عن كونه لم يشر إلى حالة الاستعجال عند تطرقه للإعلان.

أما التشريع الكويتي، فقد نص على أنه يتم الإعلان عن الدعوة إلى الممارسة في الجريدة الرسمية أو الموقع الإلكتروني للجهاز المركزي للمناقصات العامة أو للجهة صاحبة الشأن. وفي هذا الإطار يجب أن يتضمن طلب العروض المالية بيانات واضحة بشأن المواصفات والجودة والكمية وشروط الدفع والتسليم وأي متطلبات أخرى^(٦٨).

ينشر الإعلان عن الدعوة بلغة أجنبية إذا كانت الممارسة خارجية، أو كان الطرح مقصوراً على الشركات الأجنبية^(٦٩).

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري الذي نص على إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي خاصة بالنسبة للحوار التنافسي إلى الإشهار الصحفي اختيارياً، أو عند الاقتضاء. ويجب أن يحرر الإعلان باللغة العربية وبلغة أجنبية. كما ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني^(٧٠).

أما في المغرب، فإنه لم يتعرض المشرع المغربي إلى تفاصيل الإعلان، وأكد فقط على ضرورة خضوع إجراء الحوار التنافسي إلى إعلان إشهاري.

من خلال ما سبق، يتبين أن مبدأ العلنية تم احترامه من قبل كل التشريعات التي تم التطرق لها، فالإعلان إجراء وجوبي سواء في إجراء التفاوض أو الحوار التنافسيين على الرغم من كونهما طريقتين استثنائيتين في التعاقد. ويبقى الاختلاف وارداً فقط في كيفية إجراء الإعلان وتطبيقه في كل دولة حسب ما تتطلبه القوانين والتشريعات السارية المفعول في مجال إبرام عقود الشراء العمومية.

(٦٨) انظر المادة ١١ من اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب المرسوم رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ المتعلق بالمناقصات العامة الكويتي.

(٦٩) انظر المادة ٢٢ من اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب المرسوم رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ المتعلق بالمناقصات العامة الكويتي، مرجع سابق.

(٧٠) انظر المادتين ٦١ و ٦٥ من المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧ المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

المطلب الثاني: آجال استقبال الترشيحات والعروض والمساواة في الفرص

تحدد الهيئة المتعاقدة مواعيد نهائية لاستلام الطلبات والعروض مع مراعاة مدى صعوبة عقد الشراء العمومي وتعقيده ووقت اللازم للجهات الفاعلة الاقتصادية لإعداد ترشيحاتها وعرضها، ولا سيما عندما لا يمكن تقديم العطاءات إلا بعد زيارة الموقع أو معاينة الوثائق في المكان عينه.

وقد وضع المشرع الفرنسي آجالاً متعددة مختلفة، تتلاءم مع طبيعة إجرائي التفاوض والحوار التنافسيين وظروفهما.

ففي الحالة العادية، وضع المشرع الفرنسي الحد الأدنى لاستلام الطلبات بـ ٣٠ يوماً من تاريخ إرسال الإعلان عن الصفقة، أو من تاريخ إرسال الدعوة إلى المنافسة عن طريق إعلان مسبق بالمعلومات لتأكيد الاهتمام والمشاركة. وفي حالة حدوث طارئ مبرر حسب الأصول، يمكن تخفيض هذه الفترة الدنيا، ولكن لا تقل عن ١٥ يوماً من التواريخ نفسها المشار إليها سابقاً^(٧١).

وفي حالة حدوث طارئ مبرر حسب الأصول، يمكن تخفيض هذه الفترة الدنيا، ولكن لا تقل عن ١٠ أيام من تاريخ إرسال الدعوة إلى تقديم العروض. وعندما لا يتم نشر وثائق معينة من المشاورة على موقع السلطة المتعاقدة، يتم زيادة الحد الأدنى للموعد النهائي لاستلام العطاءات بمقدار ٥ أيام، إلا في حالة وجود حالة طوارئ مبررة حسب الأصول^(٧٢).

ويجوز تمديد الموعد النهائي لاستلام العطاءات عندما يطلب المتعامل الاقتصادي تقديم معلومات إضافية لازمة لإعداد العرض في الوقت المناسب، لم يتم توفيرها في موعد أقصاه ٦ أيام قبل التاريخ أو انقضاء المهلة الزمنية المحددة لاستلام العطاءات أو في موعد أقصاه ٤ أيام قبل ذلك التاريخ، بسبب حالة الاستعجال المبررة حسب الأصول. ويمكن أيضاً تمديدها عند إجراء تغييرات مهمة على وثائق الاستشارة. وتتناسب مدة هذا التمديد مع أهمية المعلومات أو التعديل.

(٧١) انظر أحكام المادة R2161-12 من قانون الطلب العمومي الفرنسي الصادر سنة ٢٠١٨.

(٧٢) انظر الفقرة الأولى من المادة ٤٣ من المرسوم ٢٠١٦-٣٦٠ المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسية.

وباستثناء السلطات العامة المركزية التي تنشر قائمتها في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، يجوز للسلطات المتعاقدة أن تحدد الموعد النهائي لاستلام العطاءات بالاتفاق المتبادل مع المرشحين المختارين، شريطة أن يكون هذا التاريخ هو نفسه بالنسبة إلى الجميع. وفي حالة عدم وجود اتفاق حول هذا التاريخ، لا يجوز أن يقل الموعد النهائي عن ١٠ أيام من إرسال الدعوة إلى تقديم العروض.

الملاحظ من خلال ما سبق، أن المشرع الفرنسي وضع عدة آجال مختلفة تراوح بين ١٠ و ٣٠ يوماً لفسح المجال للجهة المتعاقدة بتقدير المدة الكافية لاستلام العروض. ولكن في الوقت نفسه، فإن كثرة هذه الآجال قد تؤدي إلى عدم الفهم الصحيح للإجراء واختلاط الأمر على الجهة المتعاقدة والمتنافسين في الوقت نفسه.

بالإضافة إلى ذلك يلاحظ أنه لا وجود لآجال محددة للجهة المتعاقدة لإنجاز التعاقد عن طريق الحوار التنافسي، فالآجال الموضوعية في التشريع تخص فقط المدد المسلطة على المتنافسين، وهو الأمر الذي يشكل عناء بالنسبة إلى هؤلاء، لا سيما إذا علمنا بأن طول المدة بين الإعلان والتعاقد قد يصل إلى سنة كاملة أو أكثر، فضلاً عن كون التطبيق العملي لهذه الطريقة مكلفاً لهم، خاصة عند تحضير الوثائق التقنية والمالية والقانونية وتعديلها في كل مرة، وفقاً لما هو مطلوب من قبل الجهة المتعاقدة. ويزداد استياء المتنافسين أكثر عند علمهم بأن الاستفادة من هذا التعاقد ستكون فقط من نصيب واحد من المتنافسين بعد مدة قد تطول، الأمر الذي قد يؤثر مستقبلاً في عملية التنافس بحد ذاتها^(٧٣).

أما التشريع الإماراتي، فقد فرق بين إجراءي التفاوض والحوار التنافسيين من حيث الآجال، فبالنسبة إلى التفاوض التنافسي يمنح للمتنافسين في المرحلة الأولى مهلة ٢٧ يوماً لتقديم عروضهم تبدأ من اليوم التالي لإرسال الإعلان، وذلك بغرض اختيار مَنْ تنطبق عليه شروط تقديم العروض.

أما المرحلة الثانية، فهي تلك المرحلة التي تلي اختيار الجهة المتعاقدة للموردين الذين سيتنافسون في ضوء الممارسة المعلنة ويرسل إليهم طلب استدراج العروض. ويُمنح هؤلاء الموردون مهلة ٤٠ يوماً لتقديم عروضهم تبدأ من اليوم التالي لإرسال طلب استدراج العروض.

أما بالنسبة إلى الحوار التنافسي، فقد أمهل المشرع الموردين عشرين يوماً^(٧٤)، تبدأ من اليوم الموالي من إرسال الإعلان؛ وذلك ليتسنى للجهة الاتحادية المعنية بحثها واختيار المشارك في الحوار التنافسي.

وفي هذه الحالة يجب الاستمرار في الحوار إلى أن تصبح الجهة الاتحادية قادرة على تحديد حل أو أكثر من الحلول التي قد تلبى احتياجاتها، ولا يوجد إطار زمني محدد لهذه الطريقة في اختيار الموردين، مثلما أثرنّا ذلك سابقاً.

وفي اعتقادنا أن تقليص المدة إلى عشرين يوماً لاستقبال العروض الخاصة بالحوار التنافسي في التشريع الإماراتي، هي قليلة جداً مقارنة بالمدة الممنوحة للمتنافسين في طريقة الممارسة، لا سيما أن من بين حالات اللجوء إلى الحوار التنافسي تداخل المشروع مع مشاريع أخرى أو تعدد مراحل نطاق العمل في المشروع؛ ما يؤكد صعوبة تكييف الحلول المقترحة وضرورة التنسيق، وهذا ما يتطلب المزيد من الوقت لتقديم الدراسات والمقترحات والحلول المناسبة من قبل المتنافسين.

أما عن موقف التشريع البحريني، فقد كان مختصراً، وأكد على أنه يجب على ألا تقل المدة المحددة لتقديم العروض عن خمسة عشر يوماً من تاريخ إرسال الدعوة، دون تحديد أجل آخر. وهذا معناه أن هناك مرونة كبيرة قد منحت للجهة المتعاقدة في تقدير المدة المقررة والممنوحة للمتنافسين لاستلام العروض.

وبالنسبة إلى التشريع الكويتي، فقد كان صارماً في وضع أجل لا يتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان لتقديم المتنافسين لعروضهم المتعلقة بالممارسة أو التفاوض التنافسي^(٧٥).

أما سائر التشريعات الأخرى محل الدراسة، كالتشريع المصري، والجزائري، والمغربي والتونسي، فلم يتم فيها الإشارة إلى أي مواعيد خاصة باستقبال الترشيحات أو العروض من المتنافسين؛ ما يجعل الجهة المتعاقدة حرة في وضع الأجل الذي تراه مناسباً لذلك، مع العلم أن هذه الحرية قد تؤثر في السير الحسن في ضبط إجراءات التعاقد عن طريق التفاوض والحوار التنافسيين.

(٧٤) انظر البند د من المادة ٣٤ من قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ٢٠١٩. مرجع سابق.

(٧٥) انظر الفقرة ٥ من المادة ١١ من اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب المرسوم (٣٠) لسنة ٢٠١٧ بشأن المناقصة العامة بدولة الكويت.

المطلب الثالث: اختيار المرشحين والتفاوض معهم

إن من خصوصيات إجراءي التفاوض والحوار التنافسيين، هو تمكين الجهة المتعاقدة من تعرّف قدرات المتنافسين والتفاوض معهم للوصول إلى أنسب العروض. وهو مختلف عن إجراء الاتفاق المباشر أو التفاوض المباشر دون منافسة، فوجه الاختلاف يكمن في قيام الجهة المتعاقدة بالتفاوض في إجراءي التفاوض والحوار التنافسيين بعد استيفاء إجراءات العلانية وضمن مناخ وافٍ من المنافسة، على عكس الاتفاق المباشر، أي تلجأ الجهة المتعاقدة إلى متعاقد معين بالذات وبشكل مباشر^(٧٦). على هذا الأساس، تمنح معظم التشريعات الحرية للجهة المتعاقدة في اختيار المترشحين ومواصلة التفاوض والحوار معهم، ولكن بأشكال مختلفة.

في التشريع الفرنسي، يجوز للسلطة المتعاقدة أن تحد من عدد المرشحين الذين سيسمح لهم بالتفاوض؛ وفي هذه الحالة، يشار في الإعلان عن المنافسة أو الدعوة إلى تأكيد الاهتمام بالمعايير أو القواعد الموضوعية وغير التمييزية التي تعتمد تطبيقها لاختيار هؤلاء المرشحين، والحد الأدنى لعدد المرشحين الذين ينوى دعوتهم إلى التفاوض، وعند الاقتضاء، أقصى عدد من المرشحين.

وقد وضع المشرع الفرنسي الحد الأدنى المطلوب من المتنافسين في التفاوض التنافسي، وهو ثلاثة مرشحين. وإذا لم يصل عدد المرشحين الذين يستوفون المعايير المعلن عنها إلى الحد الأدنى، يجوز للسلطة المتعاقدة مواصلة الإجراء مع المرشحين الذين تتوافر فيهم المؤهلات المطلوبة. كما أشار قانون الطلب العمومي الفرنسي إلى أن التفاوض في إجراء التفاوض التنافسي يمكن أن يكون على مراحل، بل أجاز أيضاً للسلطة المتعاقدة أن تمنح العقد على أساس العروض الأولية دون تفاوض، شريطة أن تكون قد أشارت في الإعلان إلى هذه الإمكانية منذ البداية^(٧٧).

وهنا يكمن الفرق بين إجراء الحوار التنافسي والتفاوض التنافسي، ففي طريقة التفاوض التنافسي يمكن إرساء العقد على أحد المتنافسين منذ بداية العروض الأولية دون الدخول في مفاوضات لعدة مراحل؛ لكن في طريقة الحوار التنافسي، الأمر معقد ويحتاج إلى العديد من الجلسات التفاوضية لتحديد الحلول المقترحة بداية، ثم تليها مرحلة وضع العروض النهائية.

(٧٦) علي حمزة عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٨٣.

L. Richer et F.lichère , op.cit, P.475.

(٧٧)

وفي الحوار التنافسي يمكن أن يتم الحوار في مراحل متتالية لتقليل عدد الحلول التي سيتم مناقشتها، من خلال تطبيق معايير العطاء المحددة في الإعلان. وفي المرحلة الأخيرة من الحوار، يجب أن يكون عدد الحلول المتبقية للمناقشة كافياً لضمان المنافسة الحقيقية، شريطة أن يكون هناك عدد كاف من الحلول التي تلبى الشروط المطلوبة.

تستطيع الجهة المتعاقدة أن تواصل الحوار حتى تتمكن من تحديد الحل أو الحلول التي من المرجح أن تلبى احتياجاتها. وعندما ترى هذه الأخيرة أن الحوار قد وصل إلى مرحلته الأخيرة، تقوم بإبلاغ المشاركين وتدعوهم إلى تقديم عرضهم النهائي على أساس الحل أو الحلول التي تم تقديمها في أثناء الحوار. وتتأكد الجهة المتعاقدة من أن العروض النهائية تشمل جميع العناصر المطلوبة واللازمة لإنجاز المشروع.

يمكن طلب التفاصيل أو التوضيحات أو التحسينات أو الإضافات من المشاركين في عرضهم النهائي في طريقة الحوار التنافسي. ومع ذلك، لا يمكن أن يكون لهذه الطلبات تأثير تعديل الجوانب الأساسية للعرض النهائي، لا سيما الاحتياجات والمتطلبات الموضحة في وثائق الاستشارة^(٧٨).

وفي كل الأحوال، يجب أن يجرى التفاوض والحوار وفقاً لمبدأ المعاملة المتساوية لجميع مقدمي العروض؛ ولذلك يجب على السلطة المتعاقدة أن تمتنع عن إعطاء أي معلومات يحتمل أن تفيد بعض مقدمي العروض على الآخرين. والامتثال لهذا المبدأ يعني أيضاً أنه يجب أن يبلغ كتابة جميع مقدمي العروض التي لم يتم إقصاؤها، بجميع التغييرات على المواصفات الفنية أو وثائق أخرى من التشاور. ولا يمكن أن ترتبط هذه التغييرات بالحد الأدنى من المتطلبات المحددة أصلاً. ويجب أن يمنح مقدمو العروض وقتاً كافياً لتعديل عروضهم وتقديم عرض جديد عند الضرورة^(٧٩).

(٧٨) انظر في ذلك المادة 29-2161R من قانون الطلب العمومي الفرنسي لسنة ٢٠١٨.

(٧٩) من المقرر قضاء، أن السلطة المتعاقدة تعد متجاهلة لمبدأ المساواة في المعاملة بين المرشحين عندما تنشر، بعد وقت قصير من بدء مرحلة التفاوض، مبلغ العطاء المقدم من مرشح في مشاورة سابقة في نفس الصفقة، في حين لم يطلع هذا المرشح على عروض الأسعار المقدمة من المرشحين الآخرين. انظر في ذلك حكم محكمة الاستئناف الإدارية ببورديو في فرنسا، الصادر بتاريخ ٥ نوفمبر ٢٠٠٥ في القضية رقم 04xod547.

أما عن مشمولات التفاوض والحوار التنافسيين، فيمكن أن تنصب على كامل محتوى العروض ووثائق الاستشارة، باستثناء المتطلبات الدنيا ومعايير الاختيار المنصوص عليها في الإعلان:

ومن ثم يمكن التفاوض بشأن:

- السعر أو عناصره: يمكن على سبيل المثال، التفاوض بشأن تكلفة الاقتناء، وتكلفة التخزين أو المعالجة، وسعر الملحقات الثانوية، والخيارات، وقطع الغيار، والضمانات، والصيانة، التأمين، النقل، الخ...

- الكمية: يمكن التفاوض على الكمية المطلوبة، وتيرة الطلبات، مخطط الخصومات الممنوحة، الخ...

- الجودة: يمكن التفاوض على الجودة، هل هي كافية، أو على العكس من ذلك، مدى تأثيرها على السعر وتقديرها بمستوى الاحتياجات، في حالة ما إذا كان مستوى الجودة المطلوب معدل صعوداً أو نزولاً.

- الآجال: يمكن التفاوض على تأثير الآجال على سعر الاحتياجات، وحصّة النقل والإجراءات المختلفة، وما إلى ذلك.

- ضمانات الأداء الجيد للصفقة (العقوبات، الفسخ...).

وفي حال تقديم المترشح عرضاً غير مناسب، يتم إلغاء هذا العرض. وعندما يقدم المترشح عرضاً غير نظامي، لا يلغى هذا العرض ويمكن التفاوض مع مقدم العرض. ويمكن بعد ذلك أن يصبح العرض منتظماً أو مقبولاً في نهاية التفاوض، شريطة ألا يكون منخفضاً بشكل غير طبيعي^(٨٠).

(٨٠) ميز التشريع الفرنسي بين ثلاثة أنواع من العروض:

١- العرض غير النظامي هو عرض لا يتوافق مع المتطلبات المنصوص عليها في وثائق التشاور، خاصة لأنه غير كامل أو لا يمثل للتشريعات السارية، ولا سيما في المجال الاجتماعي والبيئي.

٢- العرض غير المقبول هو عرض يتجاوز سعره الميزانية المخصصة للعقد العام على النحو

المحدد والمحدد قبل بدء الإجراءات.

٣- العرض غير المناسب هو عرض لا علاقة له بالمشتريات لأنه من الواضح أنه غير قادر، دون

تعديل جوهري، على تلبية احتياجات ومتطلبات المشتري على النحو المبين في وثائق التشاور.

- في إجراءات المناقصات والإجراءات المكيفة دون التفاوض، يتم إلغاء العروض غير النظامية

أو غير الملائمة أو غير المقبولة. ومع ذلك، يجوز للمشتري أن يأذن لجميع مقدمي العروض

=

وما يميز التشريع الفرنسي في طريقة الحوار التنافسي، أنه أقر إمكانية تقديم الجهة المتعاقدة مكافآت للمشاركين، ويتم تحديد قيمة المكافأة عند الإعلان عن المشروع^(٨١). وفي اعتقادنا أن المشرع الفرنسي كان موفقاً في وضع هذا الاقتراح، خاصة وأن إجراء الحوار التنافسي قد يكون مكلفاً جداً للمتنافسين إذا تعلق الأمر بمخططات ودراسات هندسية؛ الأمر الذي قد يحفز المشاركين المتنافسين على الإبداع والمشاركة في أي صفقات أخرى من هذا النوع.

ومن جهته حرص التشريع البحريني، على أن توجه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المشغلين بنوع النشاط موضوع التفاوض التنافسي الذين يعتمد المجلس أسماءهم من بين المقيدين بسجلاته أو سجلات الجهة المشتريّة^(٨٢).

أما في مجال التفاوض، فقد أكد المشرع ذاته على أن أية اشتراطات أو توجيهات أو وثائق أو توضيحات أو معلومات ذات صلة بالمفاوضة تبلغها الجهة المشتريّة إلى أي مورد أو مقاول، يجب أن تبلغها لسائر الموردين أو المقاولين المشتركين في المفاوضة كتابة. ويجب أن تراعى السرية في المفاوضات بين الجهة المشتريّة وأصحاب العروض، ويحظر أن يكشف أي من الطرفين عن أية معلومات تقنية أو سعرية تتعلق بالمفاوضات من دون موافقة الطرف الآخر، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالاطلاع على سجل إجراءات الشراء المنصوص عليها في القانون.

كما يمكن أن تطلب الجهة المشتريّة - بعد انتهاء المفاوضة - من أصحاب العروض المقبولة أن يقدموا في الموعد الذي تحدده أفضل عروض نهائية لديهم،

= المعنيين بتسوية المناقصات غير النظامية في غضون فترة مناسبة، شريطة ألا تكون منخفضة بشكل غير طبيعي.

- في إجراءات أخرى، كالتفاوض التنافسي والحوار التنافسي، يتم إلغاء العروض غير المناسبة. وقد تصبح العروض غير النظامية أو غير المقبولة منتظمة أو مقبولة، شريطة ألا تكون منخفضة بشكل غير طبيعي.

وعندما ينتهي التفاوض أو الحوار، يتم الفصل في العروض التي تظل غير منتظمة أو غير مقبولة. ومع ذلك، يجوز للسلطة المتعاقدة أن تأذن لجميع مقدمي العروض المعنيين بتسوية العروض غير النظامية في غضون فترة مناسبة، شريطة ألا تكون منخفضة بشكل غير طبيعي.

(٨١) انظر المادة 31-2162 R من اللائحة التنفيذية لقانون الطلب العمومي الفرنسي.

(٨٢) انظر المادة ٥٦ من المرسوم رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٢ المتعلق باللائحة التنفيذية بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية.

وتختار الجهة المشتريّة أفضل هذه العروض من خلال اللجنة المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توحيد أسس ومعايير المقارنة بين العروض، ويكون العرض الفائز هو الأقل سعراً والأفضل شروطاً.

من جهته لم يفصل المشرع المصري كثيراً فيما يتعلق باختيار المرشحين المتنافسين وكيفية التفاوض معهم، فقد أشار إلى أن التفاوض التنافسي سواء كان عن طريق الممارسة العامة أو المحدودة يكون بقيام مقدمي العطاءات المقبولة عروضهم فنياً دون غيرهم بالتفاوض في الجلسة المحددة لذلك من خلال جولة أو عدة جولات وصولاً لاختيار العطاء الأفضل شروطاً تعاقدية والأقل سعراً، ما لم يكن التقييم فيها بنظام النقاط.

وتستخدم المنظومة الإلكترونية المخصصة لذلك فور اكتمالها وانتظامها وذلك فيما يتم ميكنته وإتاحته من إجراءات^(٨٣).

وأكد على أنه يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات. وتتم ترسية الممارسة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً أو الذي يتم ترجيحه وفقاً لنظام النقاط المحددة عناصره وأسسها بشروط الطرح وذلك بعد تحديد أساس المقارنة بين العطاءات حسب ظروف موضوع التعاقد وطبيعته.

فيما ركز المشرع الكويتي من خلال اللائحة التنفيذية على أن تتضمن وثائق الممارسة تحديداً لطريقة الترسية سواء باختيار أفضل العروض أو أقل الأسعار، وكذلك ما إذا كان التفاوض سيتم مع جميع مقدمي العطاءات أو مع صاحب العطاء الأقل سعراً، وذلك بعد استيفاء الشروط والمواصفات المحددة في طلب العروض.

أما عن التشريع الإماراتي، فقد وضع إجراءات مختلفة لكل من الممارسة والحوار التنافسي:

- بالنسبة إلى الممارسة، في المرحلة الأولى، تعمل الجهة الاتحادية المتعاقدة على إعداد طلب استدراج العروض وإرسالها إلى ثلاثة موردين على الأقل بالطريقة التي تراها مناسبة، على أن ينص الطلب على حق الموردين غير المسجلين في المشاركة بالعطاء.

(٨٣) انظر المادة ٥٦ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر.

ويجوز للجهة الاتحادية أن تعقد مقابلات مع الموردين بغرض الحصول على توضيحات بشأن العروض المقدمة من قبلهم. وفي هذه الحالة يتم اختيار الموردين على أساس الكفاءة والقدرة، وعلى الجهة الاتحادية المعنية أن تأخذ بنتيجة نموذج تصنيف الموردين دون قيامها بمناقشة ودراسة الجوانب الخاصة لكيفية قيام المورد بأداء العقد في هذه المرحلة.

أما عن مجال التفاوض فيحظر التفاوض على الجوانب الأساسية للعقود على أن يقتصر الحوار مع الموردين على طلبات التوضيح دون غيرها، كما يجب الابتعاد عن الاجتماعات الثنائية التي تناقش المتطلبات بأي قدر من التفاصيل، ويتم تدوين أي مناقشات مع الموردين المرشحين بشكل كامل.

ومن الإجراءات الواجب اتباعها أيضاً أن يقتصر التعديل في إجراء الممارسة على اختيار الموردين، ولا يتم ترسية العقد على المورد غير المسجل في سجل الموردين.

- أما ما يتعلق بالحوار التنافسي، فيجب أن توجه الدعوة للمشاركة في الحوار التنافسي إلى جميع الموردين المؤهلين والمسجلين، وفي حال عدم وجود موردين مؤهلين ومسجلين، يتم توجيه الدعوة إلى 3 موردين مؤهلين على الأقل في كل مرحلة من مراحل الحوار التنافسي.

وفي هذه الحالة يكون الحوار التنافسي على مراحل متعاقبة بهدف تقليص عدد الحلول المقترحة للتنفيذ أو التوريد، وبالتالي تقليص عدد الموردين.

وقد حرص المشرع الإماراتي على أن يتم اختيار الموردين بناء على قدراتهم وخبراتهم وبعد تصنيفهم وفقاً لنموذج تصنيف الموردين، على أن يطلب منهم التسجيل في سجل الموردين. كما اعتبر المشرع ذاته أن طريقة الحوار التنافسي تسمح بأن يجري الحوار بين الموردين المختارين لتعرّف احتياجات الجهة الاتحادية المعنية ومتطلباتها وتحديد الحلول لها.

ومن خلال ما سبق، يتبين بدايةً عدم وضع مهلة محددة لدراسة العروض. فضلاً عن كون اقتصار هذه الآلية على معرفة احتياجات الجهة أكثر من اختيار المتعاقد المناسب دون بيان كيفية المفاضلة بين المتنافسين وإرساء العقد.

وبالرجوع إلى التشريع المغربي، نلاحظ أنه اتجه نحو عدم الدخول في

التفاصيل المتعلقة بالتفاوض، حيث أكد على ضرورة أن يختار الشخص العام العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية.

الأمر نفسه ينطبق على المشرع المصري بالنسبة إلى الحوار التنافسي، فالمهم في ذلك أن تتم هذه الحوارات في إطار المساواة بين المستثمرين المؤهلين ولا يجوز إفشاء سرية ما يدور خلالها من نقاشات أو يبدى من معلومات.

أما عن المشرع الجزائري، فقد اتجه نحو تفاصيل إجراء الحوار التنافسي والتفاوض في أكثر من مرحلة وقسمها إلى مرحلة الانتقاء الأولي، ثم مرحلة الاستشارة.

وللملاحظة، لم يشر هذا الأخير إلى حالة ما إذا كان المرشحون الذين جرى انتقاؤهم أولاً أقل من ثلاثة، مثلما أشار إليه المرسوم الرئاسي السابق ١٠-٢٣٦، الأمر الذي قد يؤثر في مبدأ المنافسة^(٨٤).

ومهما كان الأمر، لا يجب أن يكون فحوى تقديم التوضيحات أو التفصيلات من قبل المرشحين بمعزل عن العروض المقدمة، أو أن تؤدي إلى تعديل العروض بصفة أساسية، وهو الأمر الذي تبناه المشرع الفرنسي.

(٨٤) نص المرسوم الرئاسي ١٠-٢٣٦ للصفقات العمومية السابق، على أنه في حالة ما إذا كان المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي أدنى من ثلاثة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبشر الدعوة إلى الانتقاء من جديد. وهو إجراء يهدف إلى الحفاظ على المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه المناقصة وهو مبدأ المنافسة، فتوجيه الاستشارة إلى مرشحين اثنين أو مرشح وحيد تنتقيه المصلحة المتعاقدة يخالف القصد العام من وضع قواعد خاصة بتنظيم الصفقات العمومية. وعلى الرغم من ذلك، وإذا تمت إعادة إجراء الانتقاء الأولي بنفس الكيفية المشار إليها سابقاً، وتم انتقاء أقل من ٣ مرشحين فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة الإجراءات حتى في حالة العرض الوحيد. إن قبول حالة العرض الوحيد لم يكن منصوص عليها عند صدور المرسوم الرئاسي ١٠-٢٣٦، إذ تم الإشارة إلى هذه الحالة بموجب التعديل الذي صدر بموجب المرسوم الرئاسي ١٢-٢٣ وهذا بهدف تسهيل إجراءات الانتقاء الأولي خاصة في حالة ثبوت ندرة المرشحين المؤهلين للانتقاء من قبل المصلحة المتعاقدة، عقب الانتقاء الأولي الأول الذي لم يصل إلى عدد النصاب المطلوب قانوناً أي ٣ مرشحين على الأقل. وهو الذي لم يثره المرسوم الرئاسي الحالي ١٥-٢٤٧ المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ومهما يكن من أمر، فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة في حالة العرض الوحيد التأكد من استجابة العرض المختار لمتطلبات النوعية والأجل والسعر، وهذا معناه أن المصلحة المتعاقدة ليست مجبرة على التعاقد حتى مع المرشح صاحب العرض الوحيد إذا ثبت استيفاء عرضه كل الشروط التقنية المطلوبة.

كما تعد الإجابات المكتوبة للمرشحين على طلبات التوضيحات أو التفصيلات ومحتوى محاضر الاجتماعات جزءاً لا يتجزأ من عروضهم، ولا يجوز الكشف عن أي معلومة تتعلق بمحتوى عرض مرشح من المرشحين.

وبعد الانتهاء من الاجتماعات وتقييم العروض بشكل نهائي، تقوم لجنة تقييم العروض على إثر هذه المرحلة، بإقصاء عروض المرشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

الخاتمة:

لقد بحثت التشريعات الحديثة في مجال عقود الشراء العمومية عن آليات تحمل في مضمونها مرونة تمكن الجهات المتعاقدة من التأقلم مع التطورات التكنولوجية التي أصبحت تصاحب مختلف المشاريع والمشتريات التي هي بحاجة ملحة إليها. فتبنت من ضمن هذه الآليات التفاوض والحوار التنافسيين، كطريقتين تحققان ما تطمح إليه الجهات العمومية المتعاقدة. وقد حاولت التشريعات محل الدراسة أن توازن بين ضمان نظام فعال من جودة وكفاءة من جهة، ومن الحفاظ على مبادئ العلنية والشفافية وحرية التنافس التي تواكب المرونة في اختيار المتنافس المؤهل للتنفيذ من جهة أخرى. كما تبين من الدراسة أن التشريع الفرنسي وكذلك حتى بعض التشريعات العربية عرفت تغيرات كثيرة متسارعة، واتجه المشرع الفرنسي نحو مواكبة توجيهات الاتحاد الأوروبي في أساليب التعاقد وذلك منذ سنة ٢٠٠٤ لغاية سنة ٢٠١٩، إذ اعتمد قانوناً جديداً سمي بقانون الطلب العمومي دمج بين أسلوب التفاوض والحوار التنافسي بعدما كان منفصلين من حيث حالات اللجوء إليهما، مما قد يؤثر في استقرار آليتي التعاقد مما يمس بقواعد الأمن القانوني.

وإن كان في مجمل القول أن طريقتي التفاوض والحوار التنافسيين قد تحققان المرونة للجهات المتعاقدة العمومية في ظل احترام المبادئ الأساسية التي تحكم التعاقد الإداري المنصوص عليها تشريعياً ولائحياً، إلا أن الأمر لا يزال محفوفاً ببعض الإشكاليات والمخاطر التي يمكن إجمالها في النتائج المتوصل إليها الآتية:

١ - عدم وضع العديد من التشريعات مفهوماً وتعريفاً واضحاً لأسلوب التفاوض التنافسي أو الممارسة واتجاهها نحو تحديد مجالات اللجوء إلى ذلك دون بيان مواصفات الطريقة بشكل مقنن كالتشريع الإماراتي أو الكويتي والبحريني، على عكس ما اعتمده التشريع الفرنسي.

- ٢ - عدم كفاية التحديد المالي لبيان أسباب اللجوء إلى التفاوض أو الحوار التنافسيين أو لحالات اللجوء إلى الحوار التنافسي بشكل مستقل في بعض التشريعات كالتشريع الإماراتي، فحالات اللجوء إلى الحوار التنافسي مثلا ليست دقيقة بالشكل الضروري لتوجه الجهة المتعاقدة نحو اعتماده كطريقة للتعاقد على الرغم من أهميته، فهناك عناصر مشتركة كثيرة بين المناقصة والحوار التنافسي قد تجعل الجهة المتعاقدة مضطربة في اختيار الأسلوب الأمثل.
- ٣ - التقارب والتشابه الكبيرين بين أسلوب التفاوض والحوار التنافسيين في الكثير من الأحيان، مع فارق بسيط سواء في القيمة المالية الخاصة بكل أسلوب، أو في حالات اللجوء إليهما، إذا ما استثنينا آخر تعديل ورد على التشريع الفرنسي الذي وحد حالات اللجوء إلى الطريقتين.
- ٤ - اتجهت غالبية التشريعات إلى ضرورة تبني طريقة التفاوض التنافسي أو الحوار التنافسي عند عدم قدرة الجهة العمومية المتعاقدة على التعاقد بالطريقة الأصلية المتمثلة في المناقصات، أو عدم قدرتها على التحكم في تحديد المواصفات التقنية للمشروع أو للاحتياجات، وهذا عكس ما تبناه المشرع المصري الذي اعتمد على فكرة أن يكون التوصيف محدداً ودقيقاً حتى يتم اللجوء إلى الممارسة العامة، وهو ما يتناقض مع الفلسفة التي قامت عليها مرونة وحرية التعاقد بهذا الأسلوب بالنسبة إلى الجهات العمومية.
- ٥ - احترام معظم التشريعات للمبادئ الأساسية التي تحكم العقود الإدارية من إعلان وحرية وضمان حرية الوصول إلى التنافس وكذلك شفافية الإجراءات، لكن يبقى ذلك محفوفاً بمخاطر المرونة الممنوحة للجهات المتعاقدة عند التفاوض لا سيما إذا كانت على مراحل، فغالبية الإجراءات المعمول بها ركزت على المراحل الأولى والمرحلة الأخيرة من التعاقد، دون التركيز المفصل على المراحل الوسطية التي تختار فيها الجهات المتعاقدة متنافسين محددين لمواصلة التنافس.

التوصيات:

- ١ - وضع حيز زمني واضح للجهة المتعاقدة في كل مراحل التفاوض في تشريعاتها حتى يتم ضبط الفترة الممتدة من الإعلان إلى غاية تاريخ إبرام العقد مع المتنافس الذي حظي بقبول عرضه. فلا يعقل أن تبقى المواعيد الواردة في التشريعات متعلقة فقط بما يجب أن يلتزم به المشارك المتنافس دون الجهة المتعاقدة.

٢ - وضع نظام خاص بالمكافآت في طريقة الحوار التنافسي، على غرار ما هو معمول به في التشريع الفرنسي، فقد تطول مراحل الحوار للوصول إلى ما تبغيه الجهة المتعاقدة من مواصفات دقيقة، ويتكبد المشاركون المتنافسون تكاليف مالية باهظة نتيجة جهودهم التقنية والدراسات التي تم إعدادها، ثم تكون الاستفادة من العقد من نصيب متنافس واحد فقط، بعد مدة زمنية طويلة. لذلك وتجنباً للخسائر وللعزوف الذي قد ينتشر في صفوف المتنافسين المؤهلين بخصوص آلية التعاقد هذه، وبالنظر إلى التكاليف الناجمة عن مثل هذه الأساليب التعاقدية، لا بد من تحفيز المشاركين على الأقل بمنح ومكافآت نظير المشاركة، خاصة بالنسبة إلى المتنافسين في الأدوار المتقدمة.

٣ - وضع مهلة زمنية كافية لطريقة الحوار التنافسي في التشريع الإماراتي على غرار ما هو معمول به بالنسبة إلى أسلوب الممارسة أو التفاوض التنافسي، فلا يعقل أن تكون المدة المحددة الممنوحة للمتنافس لتقديم عرضه في طريقة الحوار التنافسي، والتي توصف مشاريعها بالتعقيد، عشرين يوماً وبالمقابل ٣٧ يوماً لطريقة التفاوض التنافسي.

٤ - التوصية من خلال دراسة هذه العينة من التشريعات الخاصة بقوانين الشراء العمومية لا سيما العربية منها، بوضع إطار قانوني ومبادئ مشتركة تحدد حالات لجوء الجهات العمومية في الدولة إلى اتباع أسلوب التفاوض والحوار التنافسيين، وبشكل منفصل دون دمجهما مثلما فعل المشرع الفرنسي، وذلك بالنظر إلى انفتاح السوق وإمكانية ولوج عدة متنافسين من دول عديدة، وذلك حتى تنطبق عليهم المعايير نفسها في أي دولة من هذه الدولة، ولخلق مرونة أكبر في التعامل، مع ضمان احترام المبادئ المتعارف عليها في إبرام العقود الإدارية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المصادر

- القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة في الكويت الصادر في ٢٠١٦/٧/٣١.
- القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ المتعلق بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر، جريدة رسمية عدد ٣٩ مكرر، (د)، صادرة بتاريخ ٣ أكتوبر ٢٠١٨.

- المرسوم الرئاسي ١٥-٢٤٧ الصادر بتاريخ ١٦ سبتمبر ٢٠١٥ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- المرسوم بقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ بشأن قانون المناقصات والمشتريات الحكومية لدولة البحرين.
- المرسوم رقم ٢٠١٢.٣٤٩ الصادر في ٢٠ مارس ٢٠١٣ المتعلق بالصفقات العمومية المغربي.
- اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب المرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ المتعلق بالمناقصات العامة الكويتي.
- قرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بشأن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
- قرار وزير المالية والصناعة رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠ بشأن عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ٢٠١٩ بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant code de la commande publique.
- L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.
- Directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.
- Directive 2014/24/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

ثانياً: المراجع

أ- المراجع باللغة العربية

- أعاد علي حمود القيسي، مبادئ القانون الإداري وفقاً لتشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، الطبعة الثانية، الشارقة، ٢٠١٧.
- أعاد علي حمود القيسي، القانون الإداري، الأعمال القانونية للإدارة القرار الإداري والعقد الإداري وفقاً لتشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، مكتبة الجامعة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ط ١، ٢٠١٧.
- خالد خليل ظاهر الظاهر، النظام الإداري - وسائل النشاط الإداري - دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد سعود الإسلامية، الرياض، ٢٠١٣.
- علي حمزة عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٤.
- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٣.
- محمد قدري حسن، العقود الإدارية، مكتبة الآفاق المشرقة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٦.
- موسى مصطفى شحادة، العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، ٢٠١٥.
- نواف كنعان، مبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في دولة الإمارات، جامعة الشارقة، ٢٠٠١.
- يونس وحالو، نظام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم ٢٠ مارس ٢٠١٣، دراسة تحليلية لطرق الإبرام، مجلة العلوم القانونية، المغرب، العدد ٢، ٢٠١٤.

ب- المراجع باللغة الأجنبية

- C.Lajoye , Droit des marchés publics, Berti éditions, Alger, 2007.
- christophe Lajoye, droit des marchés publics, 6e édition, Gualino, 2017.
- Frédéric Collin, L'essentiel Droit des contrats administratifs, Gualino, 2019
- Jaqueline Morand-Deville, Droit Administratif, édition 2013, L.G.D.J , Paris, 2013 .
- J.-M. Peyrical, «Dialogue, négociation et échange avec les entreprises: esquisse d'une méthodologie», Contrats publics –ACCPn°84/2009.
- Hélène Hoepffner , La négociation dans les contrats de la commande publique Intervention au colloque de Strasbourg: La commande publique ,un levier pour l'action publique ?, 2017.
- Y.-R. Guillou et J.-M. Glatt «Négociation, discussion, échange: des leviers pour l'effcience de la commande publique», Contrats publics –ACCPn°84/2009.
- Kim Mörice, Le dialogue compétitif et les marchés publics complexe, Larcier, Bruxelles, 2013.
- L. Richer et F.lichère , Droit des contrats administratifs , 11 e édition, L.G.D.J ,Paris, 2019.
- Néji Baccouche, Le Droit Des Marchés Publics (rapport introductif), Revue des études juridiques, Faculté de Droit Sfax, numéro spécial, 2007.

The recent trends in public procurement contracts and partnership contracts Through the competitive negotiation and dialogue A comparative study

Dr. Smain Labadi*

Abstract:

Objectives: This research aims to shed light on the competitive negotiation and dialogue methods in light of recent developments in the fields of public procurement. The two methods seek to create greater flexibility for public entities in contracting, while respecting the basic principles governing administrative contracts, such as the principle of publicity, freedom of competition and transparency. **Methodology:** The research relied on the analytical and comparative approach to clarify the meaning of the competitive negotiation and dialogue methods in French legislation and some Arab legislation, in addition to clarifying those specific cases for resorting to them, and their specificities by analysing the various legal texts regulating them in many legislations and comparing them with each other. **Results:** The most important results of the research can be summarized in that the competitive negotiation and dialogue methods may achieve flexibility for public contracting parties in light of respecting the basic principles governing administrative contracting stipulated by legislation and regulations, but the matter is still fraught with some problems and risks. **Conclusion:** The research concluded with a call to establish a legal framework and common principles that determine the cases in which public entities in the state resort to adopting the competitive negotiation and dialogue methods separately without merging them as the French legislator did, in view of the openness of the market and the possibility of access by several competitors from several countries.

Keywords: Competitive dialogue - competitive negotiation - public demand - procurement contracts - administrative contracting.

* Associate professor- College of Law- University of Al Dhaid.

Email: slabadi@uodh.ac.ae - Labadi.ismail@gmail.com

- Submitted: 17/3/2019, Accepted: 22/9/2020.

All Rights Reserved-Academic Publication Council-Kuwait University.

To Cite P. 200

د. سماعين لعبادي، أستاذ مشارك بكلية القانون، جامعة زايد بدولة الإمارات العربية المتحدة، أستاذ مشارك، بجامعة الشارقة سابقاً، حاصل على الدكتوراه والماجستير في القانون العام تخصص قانون دستوري وإداري من جامعة بسكرة، الجزائر. حصل على شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة من جامعة الجزائر، لديه العديد من البحوث المنشورة في مجلات دولية علمية محكمة ومتنوعة، أسهم في تأليف كتاب مشترك محكم بعنوان «مبادئ القانون الإداري والوظيفة العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة»، أشرف وناقش العديد من رسائل الماجستير بجامعة الشارقة، وهو عضو في العديد من المجلات الدولية العلمية المحكمة بصفته محكماً ومراجعاً وعضواً استشارياً. شارك في العديد من الملتقيات والمؤتمرات الدولية. **الاهتمامات البحثية:** المنازعات الانتخابية، العدالة الدستورية، العقود الإدارية، القضاء الإداري.

الإيميل: slabadi@uodh.ac.ae - Labadi.ismail@gmail.com

للاستشهاد:

لعبادي، سماعين . (٢٠٢٥). الاتجاهات الحديثة في إبرام عقود الشراء العمومية عن طريق التفاوض والحوار التنافسيين دراسة مقارنة. *مجلة الحقوق، جامعة الكويت*، ٤٩ (٢)، ١٤٩-٢٠٠.

To Cite:

Labadi, Smain. (2025). The recent trends in public procurement contracts and partnership contracts Through the competitive negotiation and dialogue A comparative study. *Journal of Law, Kuwait University*, 49(2), 149-200.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

The recent trends in public procurement contracts and partnership contracts Through the competitive negotiation and dialogue A comparative study.

Dr. Smain Labadi



جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

P-ISSN: 1029 - 6069

E-ISSN: 2960 - 2742

No. 2 - Vol. 49

ThulHijjah 1446 - June 2025