جامعة المنصورة

كلية الحقوق

قسم القانون العام

بحث بعنوان

النظام القانوني للمزايدات والمناقصات

(دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والمصري)

(بحث مستخلص من رسالة الماجستير كأحد متطلبات المناقشة)

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / وليد محمد الشناوي

أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق

جامعة المنصورة

إعداد الباحثة

بدرية وليد مجبل العازمي

باحثة ماجستير بقسم القانون الإداري

كلية الحقوق جامعة المنصورة

لعام

٢٠٢٤م

مقدمة

أولا – موضوع الدراسة:

إن الأهمية العملية لنظام المزايدات والمناقصات، والتي قد تربوا إلى أن تكون أهم الوسائل التعاقدية التي تأخذ بها العديد من الدول؛ فهي أكثَر اساليب التعاقد الإداري إتساعاً وانتشاراً في الوقت الراهن ، خاصة لما تقدمه من ميزة تعاقدية للإدارة تتمثل في اختيار الإدارة أو الدولة للعنصر المتميز الذي تأمل ان يقوم بمهامه التعاقدية على اكمل وجه وبالتكلفة التي تراها الدولة متوازية مع ومقدرتها المالية؛ لاسيما أن نظام المناقصات يعطي رحابة وتعدد في اختيار الدولة للمتعاقد معها؛ وذلك بناء على الميزة التنافسية الذي يقدمه ذلك الأسلوب التعاقدي . ومن خلال أيضاً مبدأ تكافئ الفرص، حيث يتقدم العديد من الأشخاص بصفاتهم كأشخاص طبيعية أو اعتبارية بنية التعاقد مع الدولة لكي توكل لها الأخيرة القيام بالعديد من المهام العامة في القطاعات المتعددة ، فتتقدم العديد والعديد من العروض للإدارة والتي تختار الاخيرة ما يتناسب معها.

وعلى غرار تلك الاهمية الظاهرة والجلية لنظام المناقصات فإنه يتبادر للزهن العديد من التساؤلات حول المزايدات والمناقصات من ناحية النظام القانوني الذي يحكمها؟ والإطار الموضوعي والإجرائي لنظام المناقصات والمزايدات كأسلوب للتعاقد مع الإدارة؟ وماهي الضمانات القانونية والقيود التي تحيط بهذا النظام لضمان عسف أي طرف من الأطراف؛ لاسيما ما تتمتع به الإدارة من سلطة تجاه المتعاقد معها؟ ومن ناحية أخرى ضمان تنفيذ المتعاقد لما التزم به في العقد؟

أرى أن جميع تلك التساؤلات تدور في فلك – النظام القانوني للمزايدات والمناقصات– وهو موضوع بحثنا، والذي نعرض له من خلال؛ بيان مفهوم والتأصيل القانوني لنظام التعاقد عن طريق المناقصات والمزايدات ، وتحديد الإطار القانوني الموضوعي والاجرائي لذلك النظام التعاقدي ، وذلك من خلال دراسة فقهية مقارنة بين نظامي التشريع المصري والتشريع الكويتي.

ثانيا – مبررات الدراسة:

إن اعتماد اغلب دول العالم لأسلوب المناقصات والمزايدات كأساليب للتعاقد مع الإدارة، يكشف عن العديد من المزايا العملية التي جعلت من تلك الأساليب تربوا إلى مرتبة أصبحت بها أهم أساليب التعاقد الاداري.

وبناءعلى تلك الأهمية التي دفعتني إلى اختيار موضوع البحث، **أجد مبررات الدراسية في الآتي:**

١- انتشار و زيغ التعاقد الإداري بطريق المزايدات والمناقصات في العديد من البلدان.

٢- الأهمية المتنامية للمناقصات والمزايدات العامة بين طرق التعاقدات الإدارية.

٣- اعتبار المزايدات والمناقصات العامة أسلوباً للتعاقد مع الإدارة والذي يحتوي على العديد من العقود.

٤- الأهمية العملية الذي يقدمها نظام المزايدان والمناقصات للإدارة والمتعاقد معها.

٥- الطبيعة الخاصة لعقود المناقصات والمزايدات العامة عن نظائرها من العقود الإدارة التي تستوجب شكلاً وطرق خاصة للتعاقد.

٦- المزايا والضمانات التعاقدية الذي يقدمها التعاقد عن طريق المزايدات والمناقصات لأطراف التعاقد.

٧- مزايا مشاركة القطاع الخاص للدولة في انجاز مهام الصالح العام ودور المناقصات والمزايدات في انماء تلك المزايا.

ثالثا -أهداف الدارسة:

أهدف من هذه الدراسة البحثية إلى الوصول لأطار عام وقانوني لنظام المناقصات والمزايدات العامة؛ والذي لا يتسنى لي أن أصل له؛ إلا من خلال الوصل لعدةٍ من الأهداف الفرعية أجملها على الآتي: -

١- التعريف بمفهوم المناقصات والمزايدات العامة من الناحية اللغوية والفقهية.

٢- تعريف المناقصات والمزايدات تشريعياً وكيف تم التقديم له من خلال التشريعات المقارنة.

٣- التعرف على مفهوم التعاقد الإداري واهميته.

٤- التعرف على الأساليب العامة للتعاقد الإداري وإلحاق نظام المناقصات والمزايدات بها.

٥- إنعكاسات مبادئ المناقصة والمزايدة على العقد الإداري.

٦- إبراز أهمية التعاقد بنظام المناقصات والمزايدات عن غيره من الأساليب التعاقدية.

٧- تحديد أسس التعاقد بنظام المناقصات والمزايدات .

رابعا – إشكالية الدراسة:

نحاول في ذلك البحث الوصول لنظام قانوني مكتمل الجوانب حول أسلوب المزايدات والمناقصات، خاصة لما يقدمه ذلك الأسلوب التعاقدي من أهمية وخصوصية في نظام التعاقدات الإدارية؛ وعليه تكون إشكالية دراستنا هي الوصول لنظام قانوني مكتمل الجوانب من الناحية الموضوعية والاجرائية للمناقصات والمزايدات مع إظهار ما قد يعترض هذا الأسلوب من صعوبات قد تواجه أطرافه، مما قد يعود بالسلب على المصلحة العامة موضوع التعاقد. ولنقتصر في هذ البحث على الإجابة عن بعض من تلك التساؤلات المطروحة، حول ماهية المزايدات والمناقصات كأسلوب للتعاقد الإداري وبيان الجوانب الموضوعية لهذا التعاقد .

خامسا – المنهج المستخدم في البحث:

ولكي يتسنى لنا الوصول ببحثنا إلى الأهداف المرجوة منه، فأعتمد في تلك الدراسة البحثية على عدة من مناهج البحث العلمي والتي تتمثل في؛ استخدام المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي المقارن والذي اعرض فيه لموقف كلاً من التشريع المصري والتشريع الكويتي من إشكاليتنا.

سادسا: خطة الدراسة.

ما كان يتسنى إلي أن اعرض لإشكالية هذا البحث من إظهار لمفهوم نظام التعاقد الإداري عن طريق نظام المزايدات والمناقصات وعرض الجوانب الموضوعية لهُ إلا من خلال خطة هيكلية تكونت منمبحثا تمهيديا ومبحثين آخرين وذلك على النحو الآتي :

المبحث التمهيدي : ماهية المزايدات والمناقصات.

المبحث الأول: - ماهية وموضوع التعاقد الإداري.

المبحث الثاني: أسس التعاقد بنظام المزايدة والمناقصة والإطار التشريعي له.

المبحث التمهيدي

ماهية المزايدات والمناقصات

تمهيد وتقسيم:

إن استهداف النفع العام للدولة ولجميع المواطنين بصفة عامة أو البعض خاصة ؛ هو الهدف الأساسي الذي بني عليه القانون الإداري[١]، والذي عليه تعددت النشاطات الإدارية في جميع المجالات منها الاقتصادية والاجتماعية، وتنفيذ الخطط التنموية وغيرها من الاختصاصات الملقاة على عاتق الدولة، والمتمثلة في آداتِها التنفيذية وهي الإدارات العامة، والتي تُمثل الأخيرة العمود الفقري للقانون الإداري[٢] ، وبناء عليه فقد لجأت الإدارات للعديد من الأساليب والوسائل القانونية لتحقيق غاياتها عن طريق أستخدام القرارات الإدارية، إلا أنه قد تلجأ الإدارة إلى وسائل قانونية أخرى غير القرارات؛ والتي تتمثل في الاتفاق مع الأفراد والهيئات الخاصة بموجب عقد؛ والعلة في ذلك هو تأمين ما يتطلبه تكوينها وتنظيمها وإدارتها وتسييرها وتحقيق الأغراض المستهدفة من إنشائها، إضافة إلى ما تحصل عليه من أموال بصدد ما تمارسه من أوجه نشاط أخرى[٣] لتلبية إحتياجاتها . ولقد تعددت الأساليب التعاقدية مع الإدارة خاصة أساليب اختيار المتعاقد معها، ولكن مع التقيد بمقتضيات المصلحة العامة وبالمبادئ التي تحكم نظام العقود الإدارية [٤]؛ حيث أن اختيار المتعاقد يعد من الأمور الهامة التي يتوقف عليها نجاح وتحقيق الهدف من الاتفاق، وتعد أساليب المناقصات والمزايدات[٥]أهم أساليب اختيار الإدارة للمتعاقد معها حيث ما تحققه من مساواة وأداة تنافسية بين كل من يرغب في التعاقد مع الإدارة.

وعليه وبادئ ذي بدء وقبل التعرض لموضوع البحث من حيث الوضع القانوني للمزايدات والمناقصات فحرياً بنا أن نتعرف أولاً على مفهوم المناقصات والمزايدات من الناحية الفقهية والتشريعية لضبط مفهوم عام للمناقصات والمزايدات كأسلوب تعاقدي ثم بيان اللمحة التاريخية لنشأة المناقصات والمزايدات مع إيضاح للأهمية العملة وسبب لجوء الإدارة للتعاقدات مع الهيئات والافراد الخاصة، وما تتميز به المناقصة والمزايدة كأسلوب اختيار للمتعاقد، ولنعرض لذلك من خلال المطلبين الآتيين:

---

[١] – حيث تنشأ المرافق العامة القومية لتحقيق النفع العام لجميع المواطنين مثل الأمن، وهناك أيضا مرافق قد تحقق منفعة لمواطني أحد المناطق وتسمى بالمرافق المحلية أي في حدود أقيم محدد. أنظر نظرية المرفق العام، د / محمد رفعت عبد الوهاب – القانون الإداري – الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٩ ص٨٣.

[٢] – د / محمد رفعت عبد الوهاب – القانون الإداري مرجع سابق ص ٩٣.

[٣] – د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري – منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤ص ٦٤١.

[٤] – انظر محكمة القضاء الإداري – قضية ١٧٩٥ لسنة ٢٠ق – ١٩٧٠/٥/٢٤– السنة ٢٤– بند ١٢٣ –ص٣٣٢.

[٥] – د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري – منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤ ص ٦٥٠.

المطلب الأول

مفهوم المزايدات والمناقصات

تمهيد وتقسيم

إن لتحديد المفهوم العام للمزايدات والمناقصات الإدارية أهمية بالغة في بحثنا؛ حيث أن وضع تعريف ومفهوم عام للمناقصة والمزايدة؛ يمكننا من استخراج الملامح الأساسية والخصائص التي من خلالها تتم دراسة الجوانب البحثية المرجوة من البحث ، ووضع إطاراً قانونياً للمناقصات والمزايدات، والذي لا يتسنى لنا الوصول إليه إلا من خلال وضع مفهوم عام وشامل لنظام الناقصات والمزايدات؛ يجعل من السهل التفرقة بين ذلك الأسلوب التعاقدي وبين الأساليب الأخرى التي قد تختلط في صورها به، والذي نحاول أن نصل إليه عن طريق البحث في المعنى اللغوي والفقهي وما قدمته التشريعات المختلفة في استخدامها لذلك المفهوم .

وعليه نعرض المفهوم الفقهي والاصطلاحي لنظام المناقصات والمزايدات ثم نعرض للمفهوم التشريعي له و ذلك على الآتي: –

الفرع الأول

التعريف اللغوي والفقهي

لقد حظى نظام المزايدات من حيث المعنى حظاً من التفسيرات الفقهية والمعاني اللغوية، حيث أن نظام المزايدات له باع في استخدامه تاريخياً في الكثير من العصور، أما من حيث التعريف بالمناقصات فلقد تعرضت لها بعض من التعريفات الفقهية والدراسات المتخصصة الحديثة؛ إلا أنه لم يرد لها ذكر في كتب الفقه غير معلومة لغوياً إلا على أنها مقابل المزايدة فتسري عليها ما يسري على المزايدة مع مراعاة التقابل.[٦] إلا أن هناك بعض من التعريفات في المعاجم اللغوية الحديثة قد وضعت للمناقصة بعض من التعريفات الفقهية . ولنعرض لكل من المفاهيم اللغوية والفقيه لكل من المزايدة والمناقصة على الآتي: –

أ– المزايدات

١– المعنى اللغوي:

---

[٦] – أنظر الموسوعة الفقهية الكويتية ج٩، ص٩.

المزايدة من أصل مادة زيد أي التزود والنمو[٧] والمزايدة تعني (التنافس في الزيادة)، فيقال زايد غيره أي نافسه في الزيادة، وتزايد الناس في ثمن السلعة أي زاد فيه كل واحدة على الأخر وأغلى ثمنه[٨] . وقد عُرفت أيضا من الناحية التنافسية فتعني " التنافس في زيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع.[٩]

وعليه فقد قدمت اللغة تعريف المزايدات في مفهومين الأول وهو مفهوم التزود والنمو؛ أي النماء والكبر والكثرة من نفس الشيء، فإن كان المطروح نقودا مثلاً فالنمو يكون في النقود، وتقديم الأكثر من نفس الجنس وهي هنا النقود .أما المفهوم الآخر فهو التنافس أي يتنافس أكثر من شخص على الحصول على شيء فيذيد كل واحد منهم عن الأخر ويحصل على الشيء صاحب الزيادة الأعلى وهذا ما يؤكده ما جاء في تعريف المزايدات ب (وتزايد الناس في ثمن السلعة أي زاد فيه كل واحدة على الأخر وأغلى ثمنه) وهذا التصور لمفهوم المزايدة من الناحية اللغوية هو ما يسوقنا إلى المعنى والتصور الفقهي في القانون الإداري لمفهوم المزايدات والمناقصات .

٢- المعنى الفقهي والاصطلاحي.

تباينت التعريفات الاصطلاحية لمفهوم المزايدة، إلا أن جميع تلك التعريفات لم تحد عن مفهوم موحد للمزايدات.

فمن الاصطلاحيين ما يعرف المزايدة على أنها " أن ينادي على السلعة ويذيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها "[١٠]

وعرفت أيضا بأنها "عروض للشراء تقع قبل الركون بين مالك السلعة ومن يرغب في شرائها " [١١]

والبيع بالمزايدة مساومة بين البائع وعدة من المشتريين يتزايدون في الثمن إلى أن يتفق البائع ويعقد العقد مع أزيدهم ثمناً.[١٢]

---

[٧] – معنى زيد، الزيادة، وكذلك الزوادة والزيادة خلاف النقصان يقال " زاد الشيء يزيد ُ زيداً وزيدا وزيادة ومزيدا ومزاداً أي أزداد، فيقال بالفتح وزدته أنا أزيده. أنظر لسن العرب مادة زيد. أيضا زيد بمعنى النمو وبابه باع وزيادة أيضا، أنظر مختار الصحاح.

[٨] – تهذيب اللغة ج ١٣ ص١٦٢.

[٩] – أنظر الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٣٧، ص ٨٦، مشار إلى إشارة مرجعية القاموس وشرحه تاج العروس، ومعجم مقاييس اللغة، والمعجم الوسيط مادة (زيد)، وأساس البلاغة للزمخشري ١٩٨.

[١٠] – أنظر الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٣٧، ص ٨٦، مشار إلى إشارة مرجعية القوانين الفقهية ص ١٧٥، ٢٦٢، وانظر فتح القدير ٦ / ١٠٨ ط. دار إحياء التراث، والفتاوى الهندية ٣ / ٢١٠، والدسوقي على شرح الدردير لمختصر خليل ٣ / ١٥٩، ومغني المحتاج ٢ / ٣٧.

[١١] – أنظر الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٣٧، ص ٨٧ ومشار الى اشارة مرجعية، راجع إكمال المعلم شرح صحيح مسلم للأبي ٤ / ١٧٨، والتمهيد لابن عبد البر ١٤ / ٣١٧ و١٨ / ١٩١، ومعالم السنن للخطابي ٢ / ٦٩، ومغني المحتاج ٢ / ٣٧.

[١٢] – د/ رفيق يونس المصري – مناقصات العقود الإدارية، عقود التوريد ومقاولات الاشغال العامة – دار المكتبي للطابعة والنشر والتوزيع، سورية، دمشق الطبعة الأولى ١٤٢٠ه،١٩٩٩م ص ٣٥.

أما من الناحية الفقهية فقد سار الفقه الإداري على استخدام المعنى الاصطلاحي في استخدام مفهوم المزايدات حيث درج استخدام المزايدة في الفقه الإداري على أنه هو أسلوب تستعمله الإدارة العمومية لاختيار المتعاقد معها عندما تريد بيع أو تأجير شيئاً من أملاكها للأفراد [١٣]. وذلك عن طريق طرح مزاد تباع فيه أو تُأجر تلك الأشياء، ويكون المتعاقد هو الراسي عليه المزاد الأعلى عطاء ويخضع لمبدأ آلية الرسو[١٤] .

وعليه نستطيع أن نخلص من خلال استعراض التعريف اللغوي والاصطلاحي والفقهي؛ أن الفقه الإداري قد أستخدم المعنى اللغوي الحرفي لمفهوم المزايدة، والتعريف الاصطلاحي له لاستخدامه للأغراض الإدارية وتسيير العمل بها، وللإستفادة بذلك النظام وما يتميز به لما يعود على الإدارة من استفادة مادية [١٥] من حيث الحصول على أعلى مقابل لما تقوم بترحه من بيع أو إجارة.

ب- المناقصات

١- التعريف اللغوي.

المناقصة هي اسم الفعل الماضي ' نقص ' الذي مصدره نقصاً أو نقصان، والمناقصة بصيغة المبالغة تفيد التكرار في النقصان [١٦]

وقال ابن فارس: " النون والقاف والصاد " كلمة واحدة بمعنى قل، وهي بخلاف الزيادة، وقال أيضا: " ومنه النقيصة وهي العيب ونقص الشيء بمعنى قَل، ونقص دينه، أي ضعف ورق وتناقص الشيء أي نقص شيئاً فشيئاً.

ويكون النقص أيضاً بمعنى الحط، نقول استنقصت من ثمن السلعة، أي حططت من ثمنها[١٧] وأُنقِص منه بعض الشيء، وعليه نستطيع القول بأن المقصود لغوياً من المناقصات (أنها وسيلة يتم التوصل من خلالها إلى معرفة أقل الأسعار المدفوعة كأجرة لعمل ما أو ثمناً لسلعة ما.

٢- المفهوم الاصطلاحي والفقهي.

لم يُطلع على ذِكر لمفهوم المناقصات في كتب الفقه بعد التتبع، ولكنه يسري عليه ما يسري على المزايدة مع مراعاة التقابل، حيث أن المناقصات هي مقابل المزايدات لغوياً أي أُختِ للمزايدات من حيث الأحكام مع مراعات التقابل في المعنى، [١٨] وعلى غرار ما قدمناه من معنى للمزايدات لغوياً نجد أن معنى المناقصة ينحصر في

---

[١٣]-د/عزري الزين-الأعمال الإدارية ومنازعاتها – مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي وأثرهاعلى حركة التشريع، ٢٠١٠،ص٣.

[١٤] – د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري –المرجع السابق ص٦٥٦

[١٥] – د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري – المرجع السابق ص٦٥١.

[١٦] – لسان العرب ج ٧ ص١٠٠ وما بعدها.

[١٧] – الفيومي – مصباح المنير– ص٣٢٠.

[١٨] – د/ رفيق يونس المصري – مناقصات العقود الإدارية، المرجع السابق ص ٣٧.

مفهوم التقابل، فيعني في عقد البيع مثلاً (هو أن يعرض المشتري شراء سلعة موصوفة بأوصاف معينة، فيتنافس الباعة في عرض البيع بثمن أقل، ويرسو البيع على من رضي بأقل سعر)[١٩].

وعليه فقد درج الفقه الإداري على اعتبار المناقصات والمزايدات على معنى فقهي واحد ونظام قانوني واحد للتعاقد مع الإدارة، ولكن مع تخصيص كل من التعبيرين أو النظامين لحالة يتطلع إليها بعمل، حيث ترد المناقصة في الحالات التي تكون فيها الإدارة مشترية أو ملتزمة مالياً بدفع أجر عن عمل أو خدمة تقدم لها، ففي المناقصة تعمل الإدارة للحصول على أفضل سعر يتناسب مع وضعها ومقدرتها المالية بغير المساس أو التغيير بجودة العمل محل العقد الإداري.

أما اصطلاح المزايدة فيكون في العقود التي ترد في الحالات التي تكون الإدارة فيها في موضع البائع حيث يتزايد ويتنافس المشتريين على شراء السلعة عن طريق تقديم عطاءات تتزايد، حيث تباع لمن قدم أعلى عطاء، فالمناقصة في معناها البسيط هي "عملية رسو الصفقة على صاحب أقل العروض المقدمة للمنافسة وهي عكس المزايدة، حيث تقوم هذه الأخيرة على حالة العقد أو الصفقة على صاحب أعلى عطاء"[٢٠] .

نجد أن الفقه الإداري لم يحيد عن المفهوم العام واللغوي للمناقصات أو المزايدات بل أكد على مفهوم كلاً منهما وتكييفهُ طبقاً لمقتضيات العقد الإداري، إلا أن الطابع العملي قد يتوسع في مفهوم محل االلتزامات التي ترد عليها المناقصة؛ فلا تنحصر في مفهوم البيع والشراء بل تمتد إلى العديد من أشكال التعاقد واالتزامات التي قد تقع على المتعاقد مع الإدارة في صور متعددة كعقود المقاولات العمومية والأشغال العامة و التوريد.

فالمناقصة أسلوب تعاقدي خاضع لنظام محدد، تلتزم فيه الجهة الإدارية بدعوة المناقصين لتقديم عطاءاتهم وفق شروط ومواصفات محددة بهدف الوصول إلى أرخص عطاء بافتراض تساوي العطاءات المقدمة من حيث سائر المواصفات والشروط المطلوبة من قبل الإدارة[٢١]، وعليه فإن الإدارة العمومية تستخدم أسلوب المناقصة عندما تريد الشراء أو الحصول على خدمة، ففي عقود التوريد مثلاً تختار الإدارة الطرف المتعاقد الذي يقدم أقل ثمن وبالجودة المطلوبة التي ترمي إليها الإدارة [٢٢] .

وبناء على ما تقدم فيمكن وضع وصف عام لهيكل المناقصة يتمثل في (وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة يتنافسون فيما بينهم عن طريق تقديم عطاءات تختار الإدارة أفضلها سعراً وشروطاً، وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما تريد الحصول على الخدمات والسلع مثلما هو الحال في عقود الأشغال العامة والتوريد[٢٣] .

---

[١٩] – أنظر الموسوعة الفقهية الكويتية ج٩، ص٩.

[٢٠] – خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري. مذكرة ماجستير صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، ٢٠٠٥/٠٦/١٦، ص ١.

[٢١] – د/ رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية. دار المكتبي،سورية، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ٩.

[٢٢] – د/عزري الزين – الأعمال الإدارية ومنازعاتها – المرجع السابق ص ٣٧.

[٢٣] – د/ عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية. منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ٨٦.

ويلاحظ أن؛ في أي من النظامين أو الطريقتين المزايدات أو المناقصات فإن الإدارة تتقيد في اختيار المتعاقد معها بما يعرف في القانون الإداري بمبدأ (آلية الإرساء) أي أرساء المزايدة أو المناقصة على من يقدم أفضل العطاءات [٢٤] بصرف النظر عن أي أسباب أخرى قد تراعيها الإدارة إذا كانت تتمتع بالحرية الكاملة في الإختيار، وهذا هو الفارق الجوهري بين المناقصة العامة والممارسة العامة [٢٥].

وعليه نستطيع أن نخلص لمفهوم عام للمزايدات والمناقصات الإدارية يتمثل في :-

المزايدات وهي تقدم راغبي الشراء لما قد تعرضه الإدارة للبيع عن طريق التنافس بتقديم عروض مالية تسمى العطاءات، وتختار الإدارة المتعاقد معها (المشتري) على أساس تقديم أعلى العطاءات.

المناقصات فهي على خلاف المزايدات هو إعلان الإدارة على رغبتها في التعاقد لتنفيذ التزامات يقدمها المتعاقد تحددها الإدارة، حيث يتقدم الراغبين في التعاقد معها وعرض استعدادهم لتنفيذ تلك االلتزامات بمقابل تدفعه الإدارة يحدده المتعاقد بعطائه، فيتقدم كل من المتقدمين بعرضه على أن تختار الإدارة المتعاقد معها على أساس أفضل سعر وبغير المساس بجودة محل العقد.

الفرع الثاني

التعريف التشريعي

اهتمت بعض التشريعات بذكر تعريف متخصص لمفهوم المزيادات والمناقصات ومنها ما اكتفى بعرض إجراءات المناقصة والمزايدة تاركا التعريف للفقه والقضاء؛ ففي القانون الكويتي عرف القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ الكويتي بشأن المناقصات العامة على أنها " مجموعة من الإجراءات التي تتخذها الجهة المختصة بالشراء وفقاً لهذا القانون لتنفيذ عمليات الشراء أو لحصول الجهة صاحبة الشأن على الخدمات أو أي أعمال مطلوبة وفقاً لهذا القانون وتخضع لمبدأ العلانية والمساواة والمنافسة".[٢٦]

فلم يحِيد المشرع الكويتي عن المفهوم العام الذي قدمنا له، فقد استخدم المناقصات كإجراء تتخذه الجهات العامة لاختيار المتعاقد معها للقيام بعمليات شراء أو أي عمل من الاعمال التي تكون مطلوبة لتسيير اهداف الجهة المختصة، إلا أن المشرع الكويتي ترك فنيات مفهوم المناقصة للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، والتي قد أوردها المشرع الكويتي في العديد من المواطن في القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ الكويتي بشأن المناقصات العامة. حيث جاء فيه الإشارة على أن المناقصات العامة أسلوب من أساليب التعاقد الإداري والتي

---

[٢٤] – تعني العطاءات العرض المقدم في المزاد أو المناقصة، أي ما يقدمه صاحب العمل من عروض للأسعار في مزايدة أو مناقصة ما.

[٢٥] – د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري –المرجع السابق ص٦٥٦.

[٢٦] – المادة رقم ١ من قانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ الكويتي بشأن المناقصات العامة.

تتحدد ببعض من الإجراءات ويحيطها إطار من المبادئ التي تحكم ذلك الأسلوب التعاقدي، منه الإعلان في الجريدة الرسمية والتي تدل على إرساء مبدأ العلانية والنص على اجراء المناقصة في إطار من المنافسة وتكافؤ الفرص[٢٧] .

أما في القانون المصري فلم يخصص المشرع المصري نصاً خاصاً يشير فيه إلى تعريف المناقصات والمزايدات تاركاً التعريف للفقه والقضاء، واكتفى بتحديد الإجراءات والمبادئ التي تحكم نظام المناقصات في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢لسنة ٢٠١٨، والتي من خلالها نستطيع أن نحدد الملامح العامة للتعريف التشريعي للمناقصات.

فقد أورد المشرع المصري المبادئ العامة الحاكمة للمناقصات والمزايدات العامة من شفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص[٢٨]. ولقد عمل المشرع المصري على تحديد الإجراءات العامة الحاكمة للمزايدات والمناقصات في المواد من ٦الى المادة ١٤ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

ومن خلال استقراء كلاً من القانوني المصري والكويتي نجد أنه ليس هناك اختلاف جوهري يُذكر في مفهوم وتصور نظام المناقصات والمزايدات العامة بين كلاً من القانونين.

حيث أن كلا القانونين اعتبر أن الوسيلة الاصلية للتعاقد الإداري هي المناقصة والمزايدة العامة [٢٩]، وأنه لا خلاف على أخذ القانونين لنفس المبادئ الحاكمة من مساواة وشفافية وحرية في المنافسة وتكافؤ الفرص.

وبناء على ما تقدم يمكن لنا وضع مفهوماً تشريعياً للمناقصات والمزايدات والذي يتمثل في اعتبار المزايدات والمناقصات أنها "أساليب أصلية للتعاقد الإداري مع القطاع الخاص، تستطيع من خلاله الإدارة اختيار المتعاقد معها بطريق بالمزايدات في عقود البيع، والمناقصات في عقود الشراء وطلب الخدمات، ويحكم هذا التعاقد مبادئ عامة تتمثل في المساواة بين المتعاقدين والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص ومبدأ ألية الرسو ".

المطلب الثاني

التطور التاريخي لنظام المزايدات والمناقصات والأهمية العملية له

تمهيد وتقسيم

---

[٢٧] – حيث نصت المادة ١٤ من قانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بالتعاقد بطريق المناقصة العامة "يكون التعاقد للأغراض المنصوص عليها في هذا القانون عن طريق مناقصة عامة داخلية تتم الدعوة إليهـا داخـل الكويت أو مناقصة عامة خارجية يعلـن عنها في الداخل والخارج، ويكـون الإعلان في الجريدة الرسمية باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل للمناقصة الخارجية، ويجوز أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار، كما يتم الإعلان في الموقع الاكتروني، .وتخضع جميع المناقصات لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمنافسة الحرة وفقاً للإجراءات المبينة في هذا القانون ولائحته التنفيذية"

[٢٨] – المادة ٦ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

[٢٩] – راجع المادة ٧ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨– نص المادة ١٣ من قانون رقم رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بالتعاقد بطريق المناقصة العامة الكويتي.

إن نظام المزايدات دون المناقصات، ليس بالشكل الحديث في التعاقدات بصفة عامة، فنظام المزايدات له باع تاريخي من حيث النشأة والاستخدام لما له من العديد من المزايا التعاقدية، إلا أن نظام المناقصة ليس له ما للمزايدات من هذا الباع التاريخي، حيث أنه نظام حديث لم يكن معلوم تاريخياً في الأنظمة التعاقدية ، وحيث أن كِلا النظامين وجهين لنفس العملة كما قدمنا له في المطلب السابق؛ فإنه يتم قياس أحكام المناقصات على أحكام المزايدات مع مراعاة التقابل بينهم. وعليه نعرض في ذلك المطلب للتطور التاريخي لنظام المزايدات والمناقصات، مع ابراز للأهمية العملية لتلك الأنظمة التعاقدية ومردودها على الإدارة من حيث تحقيق أهدافها العامة وذلك على الآتي: –

الفرع الاول

التطور التاريخي لنظام المزايدات والمناقصات

لم يختلف مفهوم المزايدة التي تجريها الإدارة في عقد من عقودها عن مفهوم المزاد بصفة عامة والذي لم يكن وليد لأنظمة تعاقدية حديثة؛ حيث أن نظام المزاد من الأنظمة التي ظهرت تاريخياً مع ظهور نظام البيع والشراء حيث أن هناك اقوال من المؤرخين مثل هيرودوتسن، والذي أشار إلى "أن نظام البيع بالمزاد قد سُجل له تاريخياً أول عملية في بدايات عام٥٠٠ قبل الميلاد لبيع النساء للزواج؛ إلا أنه لم يكن التعاقد بالمزاد شائعاً كعمليات المساومة على السلع والبضائع قبل القرن السابع عشر، ولذلك كانت البيوع بالمزايدة متقطعة وغير منتظمة في فهذه الفترات" (٣٠)

أيضاً عرف الرومان نظام البيع عن طريق المزادات، فكان الجنود الرومان يقوموا ببيع الغنائم كسلع بالمزاد تحت علامة الرمح، ويعود ريع هذه المزادات إلى المجهود الحربي في حالة الانتصار في الحروب(٣١). وظل العمل بنظام المزايدات في العصور المتقدمة فقد أسس البارون(٣٢)«كلايس رالامب» عام ١٦٧٤ دار – ستوكهولم – للمزادات في السويد، وكانت أول دار مزادات معروفة في العالم.

وخلال الحرب الأهلية الأمريكية، بيعت البضائع التي استولت عليها الجيوش في مزاد من قِبل عقيد الفرقة العسكرية؛ ولهذا السبب نرى في يومنا هذا بعض بائعي المزاد في الولايات المتحدة الأمريكية يحملون لقباً غير رسمي وهو العقيد(٣٣).

---

(30) –The Heyday of the Auction" ،The Economist ،352 (8129): ,١٩٩٩p 67–68

(31) Hekster, Olivier– Rome and its Empire, AD ٢٨٤–١٩٣– Edinburgh University Press٢٠٠٨ ، p١٣.

(٣٢) – يعني لفظ (**البارون**) لقب " نبيل أرستقراطي في الأنظمة الملكية الإقطاعية. "

(33) –Rob Neufeld, “Visiting Our Past: Brightleaf Tobacco Poisoning in the ١٨٨٠s,” Asheville Citizen–Times, April ٢٠١٩

وعليه نستطيع القول بأن التعاقد عن طريق المزايدات من الطرق التي لاقت زيغ وانتشار على مر العصور، حتى أُدرج مفهوم المال العام والمحافظة عليه في العصور الحديثة، والتي أُنشِأت الإدارات من أجله من حيث إدارته والمحافظة عليه، وعليه لجأت الإدارات لنظام المزايدات حتى أصبح الأسلوب الأصلي للتعاقد الإداري في حال كون الإدارة هي البائع والتي تصبوا إلى الوصول لأعلى سعر للبيع لما يعود إيجابياً في تحقيق مصلحة مالية [٣٤].

أما بالنسبة للتعاقد عن طريق المناقصات فعلى العكس؛ فلم يلقى ذلك الحظ التاريخي كنظيره من المزايدات، حيث أن المناقصات لم تكن معروفة في السابق، إنما هي من الإجراءات المالية المعاصرة التي عُرفت على أنها مفهوم وإجراء مقابل لنظام المزايدات. ولذلك لم يكن لها نظام قانوني مستقل، حيث ذهب الفقهاء إلى أن المناقصات تأخذ حكم المزايدة مع مراعاة التقابل بينهم[٣٥].

وعلى الرغم من ذلك فقد ظهر في النظام الأوروبي بعض من التشريعات تعمل على تنظيم التعاقدات الإدارية مع الهيئات الخاصة، والذي بدورة يُشير لمفهوم المناقصات، خاصة من حيث ما تقوم به الإدارة من مشتريات تحت مسمى قانون المشتريات العامة، حيث يعود استخدام العملية التعاقدية من قبل الإدارة إلى العصور الوسطى، عندما احتاجت الدولة للجوء إلى أفراد عاديين للقيام بمهام لم تستطع تحملها بشكل مباشر .

ففي فرنسا فقد ظهر مرسوم سنة ١٨٣٦ مرسوم ينظم جميع مشتريات الدولة، ثم في عام ١٨٣٧ نص مشابه للبلديات والمؤسسات العامة، وأوجبت هذه النصوص على واجب الدعاية والمنافسة [٣٦].

أما في العصر الحديث فقد أخذت العديد من التشريعات بمفهوم المناقصة التي تم النص عليها صراحة، واعتبارها الأسلوب الأصلي للتعاقد الإداري، وهذا ما أتجه إليه القانون المصري[٣٧] والقانون الكويتي [٣٨] .

الفرع الثاني

الأهمية العملية لنظام المزايدات والمناقصات

للعقود الإدارية أهمية بالغةٍ في تحقيق الصالح العام؛ لما لها من دور تنموي في المجتمع بصفة عامة، كما أنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحماية المال العام، حيث تظهر أهمية التعاقد الإداري بصفة عامة في معاونة الإدارة على

---

[٣٤] – د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري –المرجع السابق ٦٥١

(٣٥) – القوانين الفقهية، ابن الجزي، ص. ١٧٥

(36) –Helen Lemesel, " La régulation de la commande publique en France (XVIIIe–XIXe siècles) ", Guinness, ٣/٢٠١٠ (n° ٨٠)

[٣٧] – حيث أُخذ به في النظام الجمهوري المصري كأول قانون ينظم اعمال المناقصات في الدولة الجمهورية لمصر بالقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات. حتى إصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والذي نص في المادة السابعة منه على اعتبار المزايدات والمناقصات هما الأسلوب الأصلي للتعاقد الإداري الا في بعض الحالات الاستثنائية.

[٣٨] – حيث نصت نص المادة ١٣ من قانون رقم رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بالتعاقد بطريق المناقصة العامة الكويتي. على اعتبار المناقصة هي الأسلوب الرئيسي للتعاقد الإداري.

تنفيذ العديد من االلتزامات العامة المرتبطة بمفهوم الصالح العام والملقاة على عاتق الإدارات، والتي بدورها تستخدم أشخاص القانون الخاص، عن طريق التعاقد سواء مع أفراد طبيعية أو أشخاص إعتبارية؛ حيث أنه من الطبيعي أن يكون هناك العديد من المجالات التي لا تكون الإدارة على استعداد لتنفيذها بأجهزتها الخاصة [٣٩]، من حيث الكوادر الفنية أو التقنية التكنلوجية، وهنا تلجأ الإدارة لزوي الخبرات والمهارات الخاصة من أشخاص القانون الخاص للتعاقد معها وفي الحدود المالية المتاحة لها من خلال تلك العقود، والتي من أهمها المناقصات العامة والتي حرصت العديد من التشريعات على جعل من المناقصة والمزايدة هو المظهر العام والأصيل في التعاقدات الإدارية مثل القانون المصري [٤٠].

ومن ناحية أخرى ما يتم تحقيقه من مزايا مالية للإدارة عن طريق التعاقد الإداري، والذي تتجلى مظاهرة في نظام التعاقد عن طريق المزايدات العامة من خلال ما تعود به على الخزانة العامة للدولة من عوائد نقدية.[٤١]

ويلاحظ أن اتساع دائرة العقود الإدارية وتطورها يكون وفقاً للمدى التنموي التي تسلكه الدولة، حيث أنه كلما كان اتجاه الدولة تنموياً كلما ذادت المجالات التي تحتاج للعديد من العقود الإدارية لتنفيذها، ولذلك حرصت العديد من التشريعات على نجاح تلك التعاقدات وحمايتها عن طريق تطبيق مبادئ الحوكمة الإدارية عليها، وهذا ما أتجه إليه القانون المصري والقانون الكويتي، حيث حرص المشرع المصري على بيان تلك المبادئ في النصوص التشريعية والتي تضمنها قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ من إرساء لمبادئ الحوكمة تتمثل في المساواة في التعاقد والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص[٤٢].

اما في القانون الكويتي فقد نص المشرع الكويتي على استخدام مبادء الحوكمة بنصه على خضوع الإدارة في عقود المناقصات لمبدأ العلانية والمساواة والمنافسة.[٤٣]

وبناء على ما تقدم أجد أن هناك مزايا تلحق بالتعاقد بطريق المزايدات والمناقصات تعود على الإدارة والمتعاقد معها، تتلخص على النحو الآتي: –

أولاً – المزايا التي تعود على الإدارة:

---

[٣٩] – د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري –المرجع السابق ص٦٤١.

[٤٠] – راجع نص المادة السابعة من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ لتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، الصادر بالجريدة الرسمية – العدد ٣٩ مكرر(د) ٢٠١٨/١٠/٣.

[٤١] – د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري –المرجع السابق ٦٥١.

[٤٢] راجع نص المادة السادسة من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ حيث جاء في نصها " تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص."

[٤٣] – المادة رقم (١) من القانون رقم ٤٩لسنة ٢٠١٦بشأن المناقصات العامة.

لا خلاف أن التعاقدات الإدارية تحقق العديد من المزايا للإدارات المتعاقدة خاصة في تعدد مهام الإدارات في الدول ذات الخطط التنموية أو الدول المتدخلة بصفة عامة كما قدمنا لها من قبل، ولنعرض لأهم ملامح تلك المزايا التعاقدية خاصة بالمزايدات والمناقصات من خلال النقاط الآتية: –

١– الكسب المالي الذي يظهر في نظام المزايدات؛ حيث أن بيع الدولة والمتمثلة في الإدارة لشيء تملكه أو تؤجره لا يحقق العائد الذي قد يتحقق في نظام مثل المزايدات؛ حيث يتنافس العديد من المتعاقدين للفوز بالصفقة، خاصة لما تحققه الدولة من ضمانات على المبيعات الخاصة بها، أهمها بيع شيء خال من النزاعات القانونية والمادية والحقوق التي قد ترتبط بالغير، التي تظهر في تعاقدات الاشخاص الخاصة.

٢– إن مبدأ المنافسة الذي تتميز به المناقصات يساهم في استقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين مما يؤدي إلى الحصول على أقل سعر ممكن أن تدفعه الادارة، وبالتالي تحقيق المصلحة المالية للإدارة[٤٤].

٣– الوصول للغرض الأساسي للإدارة وهو النفع العام، من حيث تنفيذ النشاطات التي تكون ملتزمة بها في إطار اغراضها النفعية.

٤– الاستفادة من الخبرات الخارجية ونقل التقنيات الحديثة الدولية؛ من خلال التعاقدات الإدارية الدولية، والتي قد تقوم بها الإدارات مع الشركات الأجنبية.

٥– مشاركة القطاع الخاص في الخطط التنموية للدولة والاستفادة من خبرات القطاع الخاص في تنفيذ تلك التنمية.

٦– وضع الإدارة المتميز في التعاقد ومنحها العديد من المزايا والحقوق منها الإشراف والتوجيه وحق تعديل العقد وتوقيع الجزاءات التعاقدية [٤٥]، والذي يجعل من الإدارة المهيمن والموجه الأول والتي لا تترك مجالاً للمتعاقد معها للتلاعب، أوالتكهن بأساليب القانون الخاص في الهروب من المسؤولية التعاقدية لاسيما مبدأ المساواة في التعاقد.

٧– إن حقوق وسلطات الإدارة حقوق تتعلق بالنظام العام ولو لم يتم النص عليها في التعاقد.[٤٦]والتي معها تضمن الإدارة جدية التعاقد وعدم الاخلال بالالتزامات المفروضة على المتعاقد معها، وفي حالة الإخلال تملك الادارة العديد من وسائل الإجبار تضمن من خلالها تنفيذ المتعاقد معها لإلتزاماته التعاقدية بغرض الوصول لهدفها[٤٧].

٨– وفي عقود المناقصات خاصة نجد أن للإدارة قدر عال من المنفعة كما قدمنا من قبل، حيث التعاقد بأقل الأسعار والعطاءات مع الحفاظ على المستوى الفني والمواصفات المطلوبة، وهذه الميزة من وجهة نظري هي التي جعلت من المناقصات العامة تتربع أعلى الهرم التعاقدي في العديد من الأنظمة القانونية.

---

[٤٤] – بره الزهرة– تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية – مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ٢٠١٤،٢٠١٥ص١٧

[٤٥] – د / محمد رفعت عبد الوهاب – القانون الإداري المرجع السابق ص٢٥٦وما بعدها.

[٤٦] – المحكمة الإدارية العليا – طعن ٨٨٢ لسنة ١٠ق– ١٩٦٨/٣/٢: مجموعتها في ١٥ سنه – ج٢– ص١٨٦٨.

[٤٧] – د/محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري – دار الهدى للمطبوعات – الإسكندرية. ص٢٦٠

٩- إن اعتماد المنافسة الحرة من شأنه أن يوفر حماية فعالة للمال العام، حيث يعمل على الاستعمال المعقول للمال العام ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة، أيضاً فإن مبدأ حرية المنافسة فيه حماية للمنافسة في حد ذاتها وللمتنافسين والمستهلك، بما يستتبع ذلك من حماية للسوق، باعتباره المجال الخصب لممارسة المنافسة وحظر الممارسات المقيدة لها[٤٨].

إن هذه الملامح العامة للمزايا التي تعود على الإدارة من خلال التعاقدات الإدارية لا تدع مجالاً للشك في مدى الصفة النفعية للتعاقدات الإدارية، والتي لا غنى للأخيرة عن كون التعاقد الإداري الخيار الراجح في اغلب الحالات أمامها.

ثانيا – المزايا التي تعود على المتعاقد مع الإدارة.

لنظام المزايدات والمناقصات العديد من المزايا؛ التي من شأنها أن تجذب العديد من أشخاص القانون الخاص للتعاقد مع الإدارات الحكومية، بل وتكون الخيار الأفضل للتعاقد، ولنجمل لتلك المزايا على النقاط الآتية:

١- بالنسبة لإتاحة فرصة التعاقد.

أ- مبدأ حرية المنافسة.

حرية المنافسة تعني حرية الدخول في المناقصة التي تعلن عنها الإدارة، وفق الحدود التي يرسمها القانون والشروط التي تتطلبها الإدارة، وذلك من خلال فتح باب التقدم للتنافس الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة[٤٩]، فالمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم[٥٠].

ومن مقتضيات هذا المبدأ فتح المجال للأشخاص الطبيعية والاعتبارية، المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط والذي تريد الادارة التعاقد عليه؛ للتقدم بعروضهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها الادارة وتحددها مسبقاً، وعلية فلا يجوز للإدارة منع أي من المتقدمين بالعطاءات طالما توافرت فيهم الشروط المتطلبة مسبقاً من الإدارة[٥١] . فتلتزم الإدارة المتعاقدة بالملاءمة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام الذي تتولى تسييره في جميع الظروف، وبين حرية المتنافس في نيل الصفقة، وذلك بعدم إساءة استخدام سلطتها الادارية في اختيار المتعاقد معها[٥٢].

---

[٤٨] – بره الزهرة- تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ٢٠١٤،٢٠١٥ص١٧.

[٤٩] – بره الزهرة- مرجع سابق –ص١٥.

[٥٠] – د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري – منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤ص٦٥٢. أنظر أيضا د/مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٥، ص٤٩٦.

[٥١] – بره الزهرة- المرجع السابق ص١٦

[٥٢] – كتو محمد الشريف –حماية المنافسة في الصفقات العمومية- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، العدد ٢ سنة ٢٠١٠ص٧٥.

وعليه يعد مبدأ حرية المنافسة الذي يحكم التعاقد الإداري؛ لاسيما المزايدات والمناقصات فيعد من القيود الهامة على حرية الإدارة في التعاقد، وعليه يعد ضمانة حقيقية لإفساح المجال والتنافس الشريف بين المتقدمين.

ب- ضمان النزاهة التعاقدية.

تضمن المنافسة حياد الإدارة ونزاهة الاجراءات، وتبعد شبهة المحاباة عن الادارة وموظفيها الذين توكِل لهم مهمة القيام بإجراءات منح الصفقات(٥٣)

إن مبدأ سرية العطاءات يعتبر من الضمانة الهامة لضمان نزاهة اختيار المتعاقد في نظام المناقصات، حيث يوضع جميع العطاءات في أظرف مغلقة، بحيث لا تعلم الإدارة والمتقدمين بعطاءاتهم بمضمون العطاءات قبل وقت فض المظاريف(٥٤) إلا أنه في وجهة نظري لا تعد ضمانة حقيقة حيث التعامل والاطلاع في فض المظاريف لا يكون علنياً فيمكن فيه التلاعب.

وعلى العكس من سرية المناقصات نجد مبدأ العلانية في المزايدات يعد ضمانة أقوى عن نظيرته من المناقصات، حيث تكون المزايدة أمام المتزايدين إى علانية المزايدة، فالعبرة بصاحب العطاء الأكبر، مما يضمن نزاهة المزايدة .

ت-مبدأ آلية الرسو.

يعني مبدا آلية الرسو " أى وقوع الاخيار من الإدارة على المتعاقد معها آليا فيمن توافر فيه الشروط ففي المناقصة يقع الاختيار على من قدم أقل سعر وبالجودة المطلوبة، أما في المزايدة فيقع الاختيار تلقائياً على من تقدم بأكبر عطاء" فيعد مبدأ آلية الرسو من المبادئ التي تمثل قيداً حقيقياً على حرية الإدارة في التعاقد، حيث رسو المزاد أو المناقصة على أفضل عطاء مقدم من المتنافسين بصرف النظر عن أية أسباب أخرى راجعة للإدارة (٥٥)، فلو أن للإدارة الحرية الكاملة في التعاقد واختيار المتعاقد معها لاستطاعت أن تجد العديد من المبررات التي من أجلها قد تختار متعاقد قد تفضله، لأي من الاعتبارات التي قد تخالف بها مبادئ التعاقد الإداري كمبدأ آلية الرسو وحرية المنافسة؛ وعليه يعد ذلك المبدأ من المزايا الهامة والفعالة في نظام المزايدات والمناقصات لصالح المتعاقد مع الإدارة.

٢- الضمانات التعاقدية.

من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة في نظام المناقصات؛ هو الحصول على مقابل مالي تلتزم به الإدارة وتضمنه الدولة في صورة امتيازات إدارية، بحث إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها المالية تجاه المتعاقد معها فللمتعاقد حق طلب الفسخ ، ولكن ليس له أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام كما في القانون المدني لتعلق الأمر بسير مرفق عام (٥٦).

---

(٥٣) -د/ مهند مختار نوح المرجع السابق ص٥٠١.

(٥٤) - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٦٢/١١/٢٤ قضية ١٥٥٨ لسنة ٦ق، السنة ٨ ص١٠٦.

(٥٥) - د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري – منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤ص٦٥٢.

(٥٦) -المرجع نفسه ص ٦٦٩.

أيضا حق المتعاقد مع الإدارة في اقتضاء بعض التعويضات على أساس نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، والتي تتمثل في نظرية عمل الأمير للضمان ضد عسف الإدارة بسلطتها، ونظرية الظروف الطارئة [٥٧].

نخلص مما قدمناه إلى أهمية التعاقد عن طريق المزايدات والمناقصات للجهات الإدارية، والمزايا التي تترتب على تلك الأنظمة التعاقدية من صفة النفعية للمتعاقدين سواء كانت الإدارة أو الأشخاص الخاصة ، خاصة وأن التشريعات اتجهت لإرساء مبادئ الحوكمة الإدارية من شفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص. وذلك كان أتجاه المشرع المصري في النص صراحة على تلك المبادئ وإرسائها كنص قانوني ملزم حيث جاء في نص المادة السادسة من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة حيث جاء في نصها " تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص".

أما نظيره المشرع الكويتي فقد نص على العمل بنظام المناقصة العامة من خلال مبدأ المنافسة والمساواة وذلك ما نص عليه في المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة وهو يعرف لمفهوم المناقصة العامة حيث جاء في نصها " المناقصة العامة هي مجموعة من الإجراءات التي تتخذها الجهة المختصة بالشراء وفقاً لهذا القانون لتنفيذ عمليات الشراء أو لحصول الجهة صاحبة الشأن على الخدمات أو أي أعمال مطلوبة وفقاً لهذا القانون وتخضع لمبدأ العلانية والمساواة والمنافسة ."

أيضا ما جاء بالتوجيه والاشارة لمبدأ الشفافية، فلم ينص صراحة على التعامل في ظل تلك المبدأ، إلا أن المشرع الكويتي قد أشار اليها بطرق غير مباشر بالإشارة لتلك المفاهيم واتباعها من خلال النص على االلتزامات الإجرائية للجهة الإدارية في العديد من المواطن في القانون منها المادة التاسعة والعاشرة من القانون رقم ٤٩لسنة ٢٠١٦بشأن المناقصات العامة. حيث أشار في تلك المواد إلى إتباع الشفافية في المعلومات وتقديمها والمساواة وتكافؤ الفرص.

وعليه فإن فرضية بيان الجوانب الموضوعية للتعاقد بالمزايدات والمناقصات يدفعنا حول البحث في العديد من الجوانب ، حيث يجب أن نتطرق لمفهوم العقد الإداري وموضوعه وذاتيته ومعياره وأساليب ذلك التعاقد لاسيما المزايدات والمناقصات، ثم نتطرق من خلال تلك المفاهيم العامة إلى أسس التعاقد بنظام المزايدة والمناقصة والإطار التشريعي له كما عرضت له التشريعات المصرية والكويتية والذي سوف نعرض له من خلال المبحثين الآتيين .

---

[٥٧] – د/ محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري – المرجع السابق ص ٢٩٢ وما بعدها.

المبحث الأول

ماهية وموضوع التعاقد الإداري

تمهيد وتقسيم

أشرنا من خلال المبحث التمهيدي من هذا البحث إلى أنه قد تلجأ الإدارة في العديد من الأوقات لإبرام عقد مع أشخاص طبيعية أو تعتبارية خاصة ، بغرض تحقيق غرض من أغراضها العامة كتسيير مرفق عام عن طريق عقود إلتزام أو القيام بعمل من الأشغال العامة أو القيام بتوريد شيء محدد للدولة..... إلخ[٥٨] .

إلا أن فكرة تعاقد الإدارة قد تطرح بعض التساؤلات حول ماهية العقد الإداري ؟ وهل له ذاتية يستقل بها عن مفهوم العقود المدنية أم أنه يخضع لنظرية العقد في القانون المدني ؟

لا خلاف على أن مفهوم التعاقد الإداري وأهميته يأبى أن يخضع للنظرية العامة في القانون المدني من حيث تكوينه العقدي أو موضوعه أو ما منحه المشرع للإدارة من حقوق وسلطة عقدية تجعل له خصوصية لا تجد لها مجالا للتطبيق في القانون المدني ، فالعقد الإداري له ذاتية تميزه عن نظيره من القانون المدني، خاصة المبادئ التي تحكم ذلك التعاقد. ولبيان وإظهار تلك الخصوصية؛ فحرياً بنا أن نصل أولاً لإطار عام للتعاقد الإداري وذلك من خلال عرض ماهية ومفهوم التعاقد الإداري وذاتيته ، ثم نتطرق لعرض الأساليب التي قد تستخدمها الإدارة في تعاقداتها مع أشخاص القانون الخاص ، ولنعرض لتلك الأهداف من خلال المطلبين الآتيين .

المطلب الأول

مفهوم وفكرة التعاقد الإداري

تمهيد وتقسيم

---

[٥٨] – حيث أن للعقود الإدارية أنواع كثيرة إلا أن أهمها ثلاث أنواع وهم :

أ– **عقد التزام المرافق العامة :** وهو عقد يكون الرجوع في مفهومه إلى تعريفه في القانون المدني المصري في المادة ٦٦٨ على أنه " عقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية وبعماله ، بتكليف من الدولة أو إحدى وحدانها المحلية وطبقا للشروط التي توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور عن طريق إدارة مرفق عام اقتصادي لمدة محدودة من الزمن مقابل رسوم يحصلها من المنتفعين بالمرفق " .

ب– **عقد الأشغال العامة :** وهو "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركه (مقاول) يتعهد بمقتضاه الأخير ، بتنفيذ أشغال عامة على عقار كصيانة أو ترميم لحساب الشخص المعنوي ، تحقيقًا لنفع عام، في مقابل ثمن معين" – راجع محكمة النقض الإداري المصرية – قضية ٢٨٤ لسنة ٨ ق ١٩٥٦/١٢/٢٣: المجموعة – السنة ١١– بند ٧٠ ص١٠٤.

ج– **عقد التوريد:** وهو " إتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد الأخير بمقتضاه بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين متفق عليه " راجع محكمة القضاء الإداري – قضية رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق– ١٩٥٢/١٢/٢: المجموعة – السنة ٧ –بند٦١ ص٧٦.

إن الإدارة وهي تمارس أعمالها ومهامها القانونية بقصد إحداث آثاراً قانونية محددة تستهدفها، فإنها تتخذ وسائل قانونية للقيام بتلك الأعمال، وتنحصر تلك الوسائل في القرار الإداري والعقد الإداري ؛ فالقرار الإداري هو ما تترتب عليه الآثار القانونية المرجوة بالإرادة المنفردة للإدارة أما العقود فتترتب الآثار بإشتراك إرادة أخرى مع إرادة الإدارة [٥٩]. فما لا تستطيع الإدارة أن تنجزه بنفسها أو يكون عبء عليها إذ أتخذت بشأنه قرار فردي تلتزم بتنفيذه ؛ تلجأ للعقد الإداري كوسيلة لتحقيق أهدافها[٦٠] .

وعليه يعتبر العقد الإداري مالمفهوم العام درب من دروب العقود بصفة عامة ، حيث تطابق الإرادات المشتركة في التعاقد لإحداث أثراً قانونياً؛ إلا أن العقد الإداري له ما يميزه ويجعل منه ذات طبيعة خاصة تميزه عن العقود المدنية وغيرها من العقود بصفة عامة، من حيث تكوينه وموضوعه والمبادئ التي تحكمه لا سيما مبدأ المساواة. وبناء على ما تقدم نعرض خلال هذا المطلب أولاً لتعريف وذاتية العقد الإداري ثم نعرض للأسباب و الأهداف التي قد تدفع الإدارة للقيام بتلك التعاقدات وذلك على الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

معيار وذاتية العقد الإداري

أولا : مفهوم ومعيار العقد الإداري :

أ- مفهوم العقد الإداري :

عرف القضاء الإداري المصري العقد الإداري على أنه "يعتبر عقداً إدارياً العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره .... تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص "[٦١]

أما عن دولة الكويت فقد ساير القضاء الكويتي ما أتجه إليه القضاء المصري في تعريف العقد الإداري حيث عرف القضاء الكويتي العقد الإداري بأنه " ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره و أن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تخرج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد حيث يخضع فيه صالح الفرد الخاص لصالح الجماعة"[٦٢] .

ب- معيار العقد الإداري :

---

[٥٩] – د/محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري – الجزء الثاني ، دار الهدى للطباعة ، طبعة كلية الحقوق. ص٩٧

[٦٠] د / عزيز الشريف– دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت– الطبعة الاولى، جامعة الكويت، ١٩٩٨ ص٣.

[٦١] – د/ محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري –المرجع السابق . ص٢٠٨ ، إشارة مرجعية لحكم المحكمة الإدارية بتعريفها للعقد الإداري في حكمها في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق– ١٩٦٧/١٢/٣٠: مجموعتهافي ١٥ سنة–ج٢– ص١٨٣١.

[٦٢] – حكم المحكمة الكلية الكويتية في القضية رقم ٨١/٧ والصادر بتاريخ ١٩٨١/١٢/١٤.

من خلال التعريفات السابقة نجد أن العقد الإداري له أركان عامة كسائر العقود الخاصة المدنية بل ويشترك معها في بعض من أركانها العامه مثل تطابق الإرادات وإحداث أثراً قانونياً، حيث يعرف العقد المدني على أنه " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"[٦٣]؛ إلا أنه ليس من المنطق أن تستوي الأحكام المطبقة على العقود المدنية مع الأحكام المطبقة على عقود تكون الإدارة التي تمثل سلطة الدولة طرفاً فيها وبغرض استهداف المصلحة العامة ، هذا ما دفع التشريع والقضاء لإضفاء خصوصية للعقد الإداري فخرج به عن العقود العادية وجعل له ذاتية وإستقلال . وتكمن مظاهر تلك الخصوصية في التعريفات السابقة والذي حددها القضاء في ثلاث أركان خاصة تكون معياراً للعقد الاداري والتي تتمثل في :-

١- أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنوياً عاماً.(المعيار العضوي)

حيث أشترط القضاء لإعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد الأطراف شخصاً معنوياً عاماً لكي يخضع لأحكام القانون العام، حيث إرتكاز العقد في الاساس على ما يُمنح للإدارة من إمتيازات لا تستقيم مع علاقات القانون الخاص ، وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها " من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر عقدا إدارياً، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة "[٦٤] . ولكن هل معنى ذلك أن جميع ما تبرمه الإدارة يعتبر من قبيل العقود الإدارية ؟، نجد أن القضاء الفرنسي قد تعرض سابقاً لتلك المسألة حيث رأى لأنه لا يوجد ما يمنع الإدارة بأن تترك وسائل السلطة الممنوحة لها وتبرم عقوداً مدنية تخضع فيها لأحكام القانون الخاص [٦٥].

وبناء عليه ليس كل ما تبرمه الإداردة من عقود فهي عقود إدارية فالعقود الإدارية شريطة أن تكون الإدارة طرفاً ذات سلطة . ولا يفرق بعد ذلك إن ذالت تلك السلطة بعد إبرام التعاقد فيظل العقد إدارياً فالعبرة بصفة المتعاقدين وقت التعاقد[٦٦].

٢- أن يتعلق العقد بإدارة أو تسيير مرفق عام .(معيار موضوعي)

---

[٦٣] – د/ رمضان أبو السعود – مصادر الإلتزام – دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية ٢٠٢٠، ص١٦.

[٦٤] – حكم المحمة الادارية العليا المصرية بتاريخ ١٩٦٤/٣/٧ – في الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ق : المجموعة السنة ٩- بند ٦٣ ص٧٦٣.

[65]– Vedel. DROIT administrative, 1968.P.203

[٦٦] – – د/ محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري –المرجع السابق ص٢١١.

إن الغرض التي نشأة الإدارة من أجله هو تسيير المرافق العامة[٦٧] والعمل على تحقيق النفع العام، ومع اعتبار أن العقد الإداري لا يخرج عن كونه وسيلة من الوسائل القانونية التي تتبعها الإدارة لتحقيق هدفها خاصة المصلحة العامة، مما يضفي على تلك العقود استقلالية وذاتية من حيث النشأة والأحكام المتعلقة به عن عقود القانون الخاص، لاسيما سلطة الإدارة في العقد أو الشروط الغير مألوفة في القانون الخاص بصفة عامة؛ وهذا مرده إلى الهدف من ابرام العقد الاداري الذي يستهدف المصلحة العامة وتعلق موضوعه بإدارة وتسيير مرفق عام . ولكن هل مجرد دخول الإدارة طرفاً في عقد يكفي لإضفاء الوصف الإداري عليه بغض النظر عن موضوع العقد ومدى تعلقه بالدومين العام أو الخاص للدولة ؟

هناك بعض من الأتجاهات القضائية توسعت في موضوع العقد الإداري؛ حيث تشمل العقود المتعلقة بالدومين الخاص للدولة وإعتبارها عقوداً إدارية، مما يفسح المجال لإعتبار أي عقد قد تكون الإدارة طرفاً فيه يعتبر عقداً إدارياً حتى وإن كان موضوعه يُنظم من قِبل القانون الخاص، وهذا على العكس من الغالب من الإتجاهات الفقهية والقضائية التي تشترط تعلق موضوع العقد الإداري بإدارة أو تسيير مرفق عام كمصر وفرنسا.

ولقد حسمت ذلك النزاع المحكمة الدستورية العليا المصرية، فتقضي في قضايا التنازع بالإعتداد بالأحكام الصادرة من جهة القضاء العادي بشأن هذه المنازعات، حيث قررت أن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها لا تعتبر جميعاً عقود ادارية، إنما مرد الأمر في تكييفها القانوني إلى مقوماتها، وهذا ما أكدت عليه في مسألة كانت قد عرضت عليها للفصل في مثل هذا التنازع حيث قررت " إذ كان ذلك وكان البين من عقد البيع المشار إليه أنه قد خلا من أي شروط استثنائية فلا تظهر فيه جهة الإدارة بمظهر السلطة العامة، **كما لا يتصل موضوع هذا العقد بتسيير مرفق عام** ، وإنما هو عقد بيع بالممارسة لقطعة أرض من أملاك الدولة، مما تدخل في نطاق دومينها الخاص وتظل نائية عن مفهوم المرفق العام، وبالنظر إلى هذه الأموال فتشبه في خصائصها ونظامها القانوني بالملكية الخاصة وتدار بأساليب القانون الخاص، التي تلائم اغراض استخدامه واستثماره، ومن ثم يعتبر من العقود القانون الخاص التي تختص بنظر المنازعات التي تثور بشانها جهة القضاء العادي[٦٨] " . وعليه فقد اشترطت المحكمة الدستورية العليا المصرية تعلق موضوع العقد الإداري **بتسيير مرفق عام،** حيث أن تحديد العقد الإداري وعنصره المميز يكمن في موضوعه؛ فليس من المتصور أن يكون موضوع العقد الإداري عملاً يخضع في موضوعه واحكامه للقانون الخاص لما يفقده من مقومات العقد الإداري، لا سيما اتصاله بمرفق عام وهذا هو جوهر ومفهوم العمل الإداري ، ويؤيد ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصري بأن " المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة هو موضوع العقد الإداري نفسه متى أتصل بمرفق عام .... مشتركاً في ذلك وعلى درجات متساوية مع الشروط الإستثنائية غير

---

(٦٧) – حيث يعرف المرفق العام على أنه " نشاط اضطلع به الإدارة سواء بنفسها أ, تحت توجيهها ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة لدى الجمهور " انظر د/ جورجي شفيق ساري– تطور طريقة ومعيار تمييز العقد الإداري في القانون المصري والفرنسي – دار النهضة العربية، ١٩٩٦ ص ٤٣.

(٦٨)– حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٢٢ ق. تنازع، بتاريخ ٢٠٠١/٥/٥ مكتب فني ٩، الجزء الاول ص١٢٦٢

المألوفة المتضمنة في العقد "[٦٩]. وهناك من يتجه إلى اعتبار العقود التي تبرمها المرافق الإقتصادية الصناعية أو التجارية مع المنتفعين بها تخرج من عداد العقود الإدارية وبالتالي يختص بنظرها القضاء العادي، وقد أخذ بهذا الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي[٧٠].

وعليه فقد استقر الفقه الراجح على اشتراط تعلق موضوع العقد الإداري بإدارة أو تسيير مرفق عام وهذا ما ذهب إليه الفقهة والقضاء الفرنسي ونظيره المصري والكويتي.

٣ – أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

إن ما يميز العقد الإداري ويجعل له زاتيه كما عرضنا له آنفا كون دخول الإدارة بسلطتها كممثلة للدولة طرفا في العقد والمصلحة العامة التي ترمي اليها وتعلق موضوع العقد بإدارة أو تتسيير مرفق عام جعل من المستحيل تطبيق احكام القانون الخاص لاسيما ضمان تنفيذ العقد من قِبل المتعاقد مع الإدارة بالصورة التي تتفق مع مقتضيات العقد ، الأمر الذي عليه قد تضمن العقد الإداري لشروط لم يعهدها القانون الخاص تجعل من وضع الإدارة متميز في التعاقد لحدٍ يُخرج العقد من مفهوم العقود في القانون الخاص كونها استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، ويتحدد مفهوم الشروط الغير مألوفة بالتمثيل عليها، فقد اعتاد الفقه في كثير من الدول مثل فرنسا ومصر والكويت على الحاق وإظهار الشروط غير المألوفة بأمثلة. وتكمن تلك الشروط في السلطة الممنوحة للإدارة التي تجعل لها مزايا عديدة مثل تعديل بنود العقد في بعض الحالات دون الرجوع للمتعاقد معها، وفسخ العقد دون الرجوع للقضاء ، بل وجعل القانون حق الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد المخالف مثل الحجز الإداري والغرامات المالية دون الرجوع لأحكام قضاهية، فمثل هذه الشروط لا تستقيم مع مبادئ القانون الخاص لإعتبارات المساواة في العقود وغيرها من المبادئ الخاص، وهو ما يميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص.

وبناء على ما تقدم نجد أن القضاء المصري والكويتي لم يكتفي بالمعيار العضوي فقط؛ بل اشترط معياراً ثلاثياً يضم المعيار العضوي والموضعي معاً حيث يشترط أن يكون طرف العقد شخص من أشخاص القانون العام وهو المعيار العضوي، وتعلق العقد بمرفق عام وأن يكون هناك شروط غير مألوفة وهذا معياراً موضوعياً .

ثانيا : ذاتية العقد الإداري.

إن مثل هذه الشروط الخاصة الآنف ذكرها جعلت من العقد الإداري ذات طبيعة خاصة من حيث تكوينه وموضوعه والآثار المترتبة عليه .

وعليه نظم القانون الإداري الحياة العقدية للإدارة من حيث الطبيعة الخاصة للأطراف والسلطات الممنوحة للإدارة في العقد وموضوع التعاقد والقضاء المختص بنظر النزاعات الناشئة عن التعاقدات الإدارية . ولنوضح ذلك بشيء من التفصيل على الآتي :–

---

[٦٩]– د/محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري –المرجع السابق ص٢١٥. إشارة مرجعية لحكم محكمة القضاء الإداري – قضية ١١٨٤السنة ١٤ق – ١٩٦٧/٦/٢٥ المجموعة السنة ١٥– بند ١١٩– ص٢٧٠.

70 – ce, 4/11/2005 ,7eme et 2eme sous– sections reunites, ville de Dijon, req– n 278895.

أ – من حيث أطراف التعاقد : كما أوضحنا من قبل فقد اشترط القضاء الإداري لإضفاء وصف العقد الإداري على العقد فيجب أن يكون طرف العقد شخص من أشخاص القانون العام وإلا اعتبر العقد خاضع للقانون الخاص فاقداً لكل ميزة لذاتيته كعقدا إدارياً . فلو فرضنا أن الإدارة قد قامت بالتعاقد مع أحد الأشخاص الخاصة متنازلة عن سلطتها كإدارة وممثلة للدولة، أي تعاقدت كشخص اعتباري غير عام في عمل من أعمال التعاقد التي يكون فيها الأطراف على قدم المساواة كعقد بيع أو إيجار فهنا يفقد هذا العقد وصفه كعقداً إدارياً، حيث أن تلك المساواة بين أطراف التعاقد تتضارب مع مفهوم سلطة الإدارية والمزايا الممنوحة لها في العقد الإداري **أو ما يعبر** الفقه عنها بالأمتيازات الإدارية [٧١]

ب – من حيث وموضوع التعاقد.

استقر الفقه والقضاء في كل من مصر والكويت على حصر موضوع العقد الإداري في إستهداف المصلحة العامة كونه متعلق بمرفق من مرافق الدولة . حيث أن الطبيعة الخاصة والاستثنائية للعقد الإداري وما يتضمنه من سلطات خطيره لابد وأن توضع لهدف محدد؛ فهذه الخصوصية لم توضع إلا بسبب استهداف المصلحة العامة، والراجع لدور الإدارة الذي اتسع في العديد من البلدان، خاصة التي تأخذ بنظام التدخل أي الدول المتدخلة في اغلب النشاطات، إقتصادياً، وإجتماعياً، وسياسياً، وغيرها من الأهداف التي تسعى إليها الدولة . وعليه قيد المشرع العقد الإداري بشرط اتصاله بمرفق عام مستهدف المصلحة العامة مما جعل له ذاتية واستقلال في موضوعه .

وبناء عليه لا يفهم بأي حال من الأحوال نص المادة ١٤/١٠ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص على إختصاص مجلس الدولة" بسائر المنازعات الإدارة " أن كل ما يصدر عن الإدارة بالإشتراك مع الغير يعتبر عقداً إدارياً أو عملاً إدارياً يختص به مجلس الدولة ، بل على العكس فالإعمال الإدارية تتسع لتستوعب العديد من الأعمال المادية والأعمال القانونية كالقرارات والعقود الإدارية والعقود العادية[٧٢] .

وبناء عليه يعتبر تعلق موضوع العقد الإداري بمرفق عام ليس فقط معياراً للعقد الإداري يأخذه البعض وقد يتركه البعض الأخر؛ بل على العكس فهذا الشرط يفصح عن ذاتية وإستقلال العقد الإداري والذي بدونة تُذال تلك الصفة فيعتبر عملاً قانونياً عادياً قد يخضع لأحكام القانون الخاص كما قدممنا له من قبل، ومثال على ذلك إستئجار الإدارة لعقار لتوفير مقار للعاملين لديها ، فمثل هذا العقد لا يرقى لأن يكون عقداً إدارياً مع أنه قد أُبرم من إدارة تتوافر لديها صفة الشخص المعنوي العام [٧٣].

---

[٧١] – حيث أعترف القانون الإداري بتمتع الإدارة بسلطات وإمتيازات إدارية لا مثيل لها في القانون الخاص تخول للإدارة سلطات إزاء الافراد والجموع ؛ والحكمة من تلك الامتيازات وسلطات تجعلها أقوى من الفرد العادي كون طبيعة إلتزاماتها ومهامها موجعة للصالح العام الذي تندثر أمامة المصالح الفردية التي تظهر ويحميها القانون الخاص . د / محمد رفعت عبد الوهاب – القانون الإداري ، طبيعة القانون الإداري ، التنظيم الإداري ، الموظفون العموميون ، أموال الإدارة العامة ، إمتيازات الإدارة العامة – دار الجامهة الجديدة ، الاسكندرية ٢٠١٠ص٤١٥.

[٧٢] – – د/ محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري –المرجع السابق ص٢٠٥.

[٧٣] – المرجع نفسه ص ٢١٤.

ج- الاختصاص القضائي .

من أهم ما يميز العمل الإداري بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة هو إنشاء جهة قضائية مستقلة تختص بنظر المنازعات التي تنشأ عن الأعمال الإدارية من قرارات وعقود إدارية.

ويعمل النظام القضائي بعمومه على نظامين من حيث الإختصاص بنظر الدعاوى المطروحة أمامه ، فهناك من الأنظمة القضائية التي تكون مظلة لجميع أنواع الدعاوى سواء تمثلت في دعاوى عادية أو إدارية فالجميع يُنظر تحت سقفاً واحداً ومحكمة واحدة وهذا ما يطلق عليه بنظام القضاء الموحد، وهناك من الأنظمة ما تعمل على فصل الأختصاص للجهات القضائية حيث لكل جهة قضائية إختصاص محدد لها مثل مجلس الدولة المصري والمختص بالمنازعات الإدارية .

ففي مصر نجد أن المشرع المصري أخذ بنظام ازدواج القضاء حيث أُنشيء مجلس الدولة المصري، وهو المختص بنظر كل ما يصدر عن الإدارة من أعمال، حيث خصوصية و تشعب مهام الإدارة وكثرة الأعمال الصادرة عنها والسلطات الممنوحة لها، سواء تمثلت في أعمال مادية قد توجب التعويض أو أعمالاً قانونية تستوجب إلغائها أو التعويض عنها، كالقرارات الإدارية والعقدود التي تبرمها الإدارة بصفتُها شخصاً اعتبارياً عاماً[٧٤] ، وسواء تعلقت بالفصل في الموضوع أو طلبات مستعجلة تهدف إلى تفادي نتائج يتعذر تداركها فيما بعد أو إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، أو إجراءات وقتية أو تحفظية حماية للحق حتى يفصل في موضوعه[٧٥]

فالقانون المصري قد جانبه الصواب في إختيار النظام المزدوج للقضاء؛ حيث وجود جهة قضائية غير عادية متخصصة ومستقلة تعمل على نظر المنازعات الإدارية وتوحيد المبادئ القضائية والإدارية، وإرساء الجديد منها خاصة في ظل قانون إداري غير مقنن يعتمد على الفقه والقضاء بالبحث والتدقيق وإستخلاص المبادئ الحاكمة له؛ كل ذلك ما كان ليسع القاضي العادي نظره بجانب نظره للمنزاعات الأخرى الفردية. وهذا ما يضفي على العقد الإداري ذاتية وإستقلال حيث تنظر دعاوى العقود الإدارية أمام قضاء متخصص بجهة قضائية غير عادية.

أما بالنسبة لدولة الكويت فلنا وقفة في هذا العنصر من ذاتية العقد الإداري؛ فالقانون الكويتي لم يأخذ بنظام إزدواجية القضاء بل جعل القضاء موحداً معللاً بوحدة القانون المطبق؛ أي أن المنازعات الإدارية تنظر أمام **القضاء العادي**، وهذا ما يطرح تساؤلاً هاماً هل القانون الكويتي لم يعترف بذاتية للقانون الإداري والأعمال الصادرة عنه لاسيما العقد الإداريين، أم أن هناك ما ينم على إعتراف المشرع الكويتي بتلك الذاتية ؟

الواقع أن القضاء الكويتي كان يطبق في كثير من الأحيان نظريات وقواعد القانون الإداري لاسيما في مجال العقود الإدارية ، فلقد فرق القضاء الكويتي بين العقود المدنية والعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة فالعقود

---

[٧٤] –حيث نصت المادة ١١/١٠ من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على إختصاص مجلس الدولة ن(المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر) .

[٧٥] – حكم محكمة القضاء الإدادري لسنة ١٩٥٧/٣/١٣ في القضية رقم ١٦٧٨ لسنة ١٠ق :المجموعة – السنة ١١– بند ٢٢٢ ص٣٢٦.

الإدارية فتفترق عن عقود الأفراد المدنية في شروطها حيث تتضمن شروط استثنائية يندر وجودها في عقود الأفراد والتي تبرز طابع السلطة في العقد كما قدمنا لها من قبل[٧٦].

إلا أنه مع ذلك الإعتراف بذاتية العقد الإداري وإختلافه عن العقد المدني[٧٧]؛ فقد أخذ القانون الكويتي بنظام القضاء الموحد، وفيه تكون الرقابة القضائية على أعمال الإدارة من اختصاص القضاء العادي يباشرها إلى جانب اختصاصه بنظر منازعات الأفراد، وبالتالي لا توجد سوى هيئة قضائية واحدة اختصاصها يشمل جميع المنازعات التي تثور في المجتمع[٧٨]، ويرجع بعض الفقهاء ذلك الإتجاه الموحد كونه يحمل بعض المزايا، منها وحدة القانون المطبق[٧٩] ،واحترامه لمبدأ الفصل بين السلطات، واحترامه لمبدأ المشروعية، وتحقيقه مبدأ المساواة والعدالة.

إلا أن هناك ما ينبئ عن إتجاه النظام الكويتي لتبني مفهوم القضاء المزدوج ؛ فنجد في الدستور الكويتي أنه أتجه لوضع أسس النظام المزدوج منذ أوائل الستينات فنصت المادة ١٦٩ من الدستور[٨٠] على أن "ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة، يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون"، ومعنى ذلك أنه اعتنق فكرة القضاء المزدوج، ولكنه لم ينص على إنشاء مجلس الدولة باعتبار أن حجم المنازعات الإدراية وقتها كان محدوداً، لا يقتضي إنشاء جهة قضائية مستقلة لهذا النوع من القضايا، ومع ذلك فقد ترك الباب مفتوحاً بأن نص في المادة من الدستور ١٧١[٨١]، على أنه يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والافتاء ، وكان هناك تحركات بالفعل بتقديم مشروع قانون لإنشاء مجلس دولة يكون مختص بالمنازعات الإدارية إلا أنه لم يقر حتى الآن .

ولكن السؤال هنا هل يعتبر نص الدستور كافياً لإعتبار العقد الاداري له ذاتية وأستقلال من الناحية القضائية، أم لابد من إنشاء قضاء غير عادي يختص بالمنازعات الإدارية؟.

أرى من وجهة نظري وتبعاً لمبدأ سمو الدستور ومراتب التشريع؛ فإن الدستور يعلو فوق جميع القواعد القانونية وهو واجب الإتباع فهو قاعدة المشروعية العامة، وكون أنه قد نص على جواز وجود جهة مستقلة لنظر

---

[٧٦] – أ– د / عزيز الشريف– دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت– الطبعة الاولى، جامعة الكويت، ١٩٩٨ ص،١٤،١٥.

[٧٧] – د / إبراهيم طه الفياض المرجع السابق ص٢٠ ، مشار إلى حكم محمة الاستاناف العليا الكويتية القضية رقم ٦٧/٤٢٨ جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٧ الحكم المنشور في مجلة القضاء والقانون التي تصدرها وزارة العدل الكويتية – العدد الثاني السنة الاولى ص ٣٩،٣٧

[٧٨] – أ– د / عزيز الشريف المرجع السابق ص ١٣،١٤،١٥.

[٧٩] – د / إبراهيم طه الفياض المرجع السابق ص٣٤.

[٨٠] – دستور دولة الكويت الصادر سنة ١٩٦٢ والمعاد العمل به ١٩٩٢.

[٨١] – تنص المادة ١٧١ من دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢ على أن "يجوز بقانون إنشاء مجلس الدولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين"

الدعاوى الناشئة عن اعمال الإدارة، فيعتبر اعتراف من المشرع الدستوري بإستقلال العمل الإداري ومنه إستقلال العقد الإداري وذاتيته، وهذا ما قام به المشرع الكويتي، وعلى الرغم من اعتناقه مبدأ وحدة القضاء؛ إلا أنه جعل هناك غرفة متخصصة في داخل المحكمة تختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وعليه فينقصه في ذلك فقط إنشاء مجلساً للدولة .

الفرع الثاني

أسباب استخدام الإدارة لنظام التعاقد

إن تحول اتجاه الدول من الدول الحارثة إلى الدول المتدخلة جعل العديد من الإلتزامات التي تقع على عاتق الدولة لتوفير الحماية الإجتماعية والصحية والإقتصادية للأفراد [٨٢]، فالتطورات التي شهدها القرن العشرين أدى لإتساع نشاطات الدولة وإداراتها، خاصة مع ارساء وتبني أهداف وأغراض إدارية جديدة كالأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والتي لا تستطيع أن تعمل الدولة على تحقيقها إلا من خلال نظاماً إدارياً وضبطاً إدارياً محكماً . والذي يتمثل في الهيكل التنظيمي والقانوني للإدارات والمرافق التي تعمل على تنفيذ تلك الأهداف ؛ إلا أن الإدارة قد لا تستطيع في بعض الأحيان أن تعمل على تلبية وتحقيق بعض الإلتزامات المفروضة عليها لنقص إمكانيات لديها أو لنقص فني أو خبرات بشريه ..... إلخ؛ الأمر الذي أدى لظهور العديد من الوسائل الإدارية التي تستطيع الإدارة من خلالها تنفيذ وتحقيق أهدافها من خلالها ابرزها نظام التعاقدات الإدارية ، حيث تبرم الإدارة عقداً مع أحد أفراد القانون الخاص، يكون لديه المقدرة على تنفيذ المهمة الموكولة إليه ، مثال على ذلك عقود استخدام المقاولين لإنجاز بناء عقار أو عمل سوف تقوم به الدولة لمرة واحدة، ففي مثل هذه الحالات فإن عدم تدخول الدولة بنفسها لتنفيذ العمل ليس راجع لقلة إمكانياتها المالية فذلك غير متصور مع إمكانية مالية لدولة ، إلا أن من مصلحتها أن تسند العمل لشخص أخر كالمقاول، حيث أنه ليس من المتصور أن تشتري الدولة الآلات والمعدات وتوظيف العمالة لإنجاز مشروع واحد ، ولا يستغل هذه الأدوات فيما بعد, فيكون هنا من مصلحة الإدارة إسناد الأمر لمتعاقد من اشخاص القانون الخاص، يتوافر لديه خبرة وباع في المجال المختار لأجله ويملك من المقومات الفنية مايلزم لإنجاز العمل كالمعدات والعمال وخلافه، فتتعاقد معه الدولة على إنجاز العمل المكلف به، والذي يكون له مردوداً إيجابياً بالنسبة للدولة، حيث تكلفة أقل من أن تتدخل الدولة بنفسهالإنجاز العمل، والنتائج تكون أفضل حيث أن المقاول ملتزم بتحقيق نتيجة، خاصة وأن للدولة حق الإشراف والتوجية بناء على العقد الإداري .

وأرى من جانبي أن السبب الأدعى لظهور العقد الإداري هو كثرة عمل الإدارة وتشعبها وتدخل الإدارة في أغلب المجالات الحياتية ، الأمر الذي تجد الإدارة أمامها عائقاً وتحدياً يتمثل في قوتها البشرية أو المالية أو العوامل الزمنية ؛ وهذا ما يُلجأ الإدارة في أغلب الأحيان لإستخدام العقد الإداري ، بالإضافة إلى الأسباب الأخر

---

[٨٢]– د/ محمد دويدار – مبادئ الإقتصاد السياسي / الجزء الرابع، الإقتصاد المالي، النظرية العامة في مالية الدولة السياسة المالية في الإقتصاد الرأسمالي – دار الفتح للنشر والتوزيع الإسكندرية ٢٠١٧،٢٠١٩ ص ٧٢.

المتمثلة في القدرة الفنية والخبرة العملية .... إلخ .خاصة مع اتباع الإدارة لأساليب التعاقد الإداري كالمناقصات والمزايدات والممارسة والذي يعمل على توفير ميزة مالية للدولة وتنافسية للمتعاقدين .

وقد كان الفضل في ظهور نظرية العقد الإداري لمجلس الدولة الفرنسي فالقضاء الإداري هو بحق المصدر الأصيل لهذه النظرية ، ولقد تبع القضاء الفرنسي العديد من التشريعات والإتجاهات القضائية في الأخذ بالنظرية وتطبيقها لما تمطوي عليه من مزايا عديدة ، من وضع الإدارة في التعاقد والمزايا الممنوحة لها من رقابة وإشراف وسلطات إستثنائية، كحق توقيع الجزاءات على المتعاقد دون الرجوع للقضاء وحق الفسخ .....إلخ، ولقد استلهم القضاء المصري والكويتي نظرية العقد الإداري وقد أُستخدمت بالفعل.

ففي مصر قد تم تطبيق مفهوم العقد الإداري حتى قبل إنشاء مجلس الدولة المصري ، إلا أن قانون مجلس الدولة المصري رقم ١١٢ لعام ١٩٤٦ لم يشر الى مسألة الاختصاص تجاه العقد الإداري، علماً بأن المحاكم الأهلية والمختلطة كانت صاحبة الاختصاص تجاه العقود المبرمة من قِبل الإدارة إذ لم تأخذ بالقواعد الإدارية فيما يتعلق بالعقود الإدارية، وانما تقيدت بنصوص القانون المدني [٨٣]. مع أن المشرع المصري قد اصدر قانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة والذي يدلل على معرفته بالعقود الإدارية بتحديد القانون. إلا أنه كان هناك إتجاه واضح بصدور قانون مجلس الدولة المصري لعام ١٩٤٩ الذي حدد على سبيل الحصر العقود الإدارية، فضلاً عن قيامه بإسناد اختصاص النظر في منازعاتها من قبل القضائين العادي والإداري، وقد رتب على حالة رفع الدعوى امام جهة قضائية معينة حرمانه من حق اللجوء الى الآخر. ولكن سرعان ما تلافى المشرع المصري مثل هذا الوضع في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة لاحقاً، إذ نص على اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية[٨٤] .

أما في دولة الكويت فكانت العديد من الأحكام التي تبنت مفهوم العقد الإداري، بل وعملت على شمول العقد الإداري بمفهوم خاص يميزه عن العقود المدنية[٨٥] رغم النص عليه صراحة في القانون ٣٧ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالمناقصات وانشاء اللجنة المركزية للمناقصات التي تختص باتخاذ إجراءات ابرام عقود الأشغال العامة والتوريد[٨٦] .

خلاصة ما تقدم أجد أن هناك العديد من المزايا والأسباب التي تدفع الإدارة لإبرام العقد الإداري أُجملُها على الآتي :-

---

[٨٣] – د/ سليمان الطماوي : الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي،١٩٦٧،ص٥٧٨.

– د/سليمان الطماوي: مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٦٦،ص٩٨٤.

[٨٤] – نصت المادة ١١/١٠ من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ " يختص المجلس بكافة المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري والتي تتصل بإنعقاد العقد أو صحته أو تنفيزه أو إلغائه أو فسخة ، وبحقوق وبإلتزامات المتعاقدين " .

[٨٥] – حكم المحكمة الكلية الكويتية الصادر بتاريخ ٣١/ ١/ ١٩٧١ في القضية رقم ٦٩/ ٧٠ والتي فرقت بين العقد التي تبرمه الإدارة كونه عقدا مدنيا أو العقد التي تبرمه الإدارة كونه عقا إداريا وهو الذي يتضمن شروط غير مألوفة في القانون المدني .

[٨٦] – أ– د / عزيز الشريف– دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت– الطبعة الاولى، جامعة الكويت، ١٩٩٨ ص١٣.

أ – المزايا المالية .

١– التوفير المالي على خذانة الدولة، لما تقدمة الأساليب التعاقدية كالمناقصات العامة من ضمان تكلفة أقل نفقة و بالمواصفات الموضوعه من قبل الإدارة .

٢– التوفير المالي بسبب عدم شراء آلات ومعدات أو مهمات بصفة عامة قد لا ستخدم فيما بعد .

٣– أن الدولة قد تقوم بدفع المبالغ المالية المتفق عليها مع المتعاقد في هيئة أقساط (سندات أذنية) أي تستطيع أن تضخ أموالها الحالية في العديد من المشارع بنظام التعاقد وهذا ما كان ليحدث في حال تنفيذها على نفقتها الخاصة مباشرة.

٤– في حالة بيع الدولة لأي من منقولاتها تضمن المزايدات العامة أعلى سعر مما يعود بالنفع المالي على للدولة .

٥– التوفير المالي من خلال الحد من النفقات الدورية التي قد تدفعها الدولة لعمال تقوم بتعيينهم لإنجاز مهام وقتية، حيث يضمن التعاقد الإداري توفير العمالة على الدولة لتأقيت العقد، فليس من المنطقي أن تعمل الدولة على تعيين عمال بغرض إنجاز مشروع محدد ثم تتكفل بصرف أجور ومرتباب بصفة دورية في حال إنتهاء المشروع .

ب – المزايا الفنية .

١– المسؤولية الملقاة على المتعاقد مع الإدارة من حيث التنفيذ والتسليم الفني؛ يجعل المتعاقد يبذل قصارى جهده لتطبيق المواصفات الفنية المطلوبة .

٢– في حال عدم المعرفة العلمية أو الفنية للدولة يكون العقد الإداري مع من يمتلك تلك المعرفة هو خير إختيار لإنجاز مهام الدولة توفيراً للجهد والمال , والمجال التكنولوجي هو خير مثال في هذا الصدد لتطوره السريع الدائم .

٣– إن سلطة الإدارة في التعاقد الإداري يسمح لها بإختيار أفضل المتعاقدين فنياً خاصة في ظل التعاقد عن طريق المناقصات العامة .

ج – المزايا العقدية.

إن مفهوم أدراج الشروط غير المألوفة في العقد الإداري جعل من وضع الإدارة ممتازاً بالنسبة للمتعاقد معها فيحق للإدارة :–

١– تعديل الإلتزامات التعاقدية في بعض الحالات دون الرجوع للمتعاقد.

٢– للإدارة حق الإشراف والتوجيه للمتعاقد معها .

٣– للإدارة الحق في فسخ العقد متى تبين لها مصلحة عامة في ذلك .

٤– للإدارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد دون الرجوع للقضاء.

خلاصة ما تقدم : أن العقد الإداري هو عملاً قانونياً من قِبل الإدارة تم إبتكاره حديثاً من قبل القضاء الفرنسي له أركان خاصة تميذه عن نظيره من العقود في القانون الخاص، وعلى الرغم من أن موضوع العقد الإداري قد شُمل بالعديد من الدراسات الفقهية إلا أنه يُثير دائماً العديد من التساؤلات حوله لما يحتويه من صفة خاصة

وذاتية تجعل العديد من المفاهيم التي تدور حول التعاقد الإداري في حالة من التجدد خاصة لتعلقها بأعمال الإدارة التي من سنتها التغيير والتجدد المستمر.

فما أرساه القضاء من العديد من المزايا للعقد الإداري جعل من مفهوم التعاقد فرضية لا غنى عنها في أنظمة الدولة الحديثة، ولذلك أجمع الفقه والقضاء والتشريع على أن العقد الأداري أصبح أسلوباً مباشراً في تعبير الإدارة عن إرادتها وحقا أصيلاً لها .

المطلب الثاني

أساليب وطرق التعاقد مع الإدارة

تمهيد وتقسيم: إن الأهمية البالغة للعقود الإدارية والمزايا الممنوحة للإدارة؛ جعلت هناك تساؤلات وفرضيات عديدة حول حق الإدارة وسلطاتها أهمها؛ هل للإدارة الحرية المطلقة في إبرام العقود الإدارية، أم أنها تتقيد بقيود خاصة في ابرامها لتلك العقود ؟ وما هي الأساليب التي قد تتبعها الإدارة في اختيار المتعاقد معها ؟

وعليه سوف نعرض من خلال ذلك المطلب لتلك الإشكالية بإيجاز غير مخل، حتى لا نحيد و نتمخض في إشكالية تبعدنا عن إشكالية بحثنا . ولكي نعرض لتلك الإشكالية فحرياً بنا أن نعرض أولاً لمدى حدود الإدارة وحريتها في ابرام العقود الإدارية وموقف التشريع والقضاء المصري والكويتي إزاء تلك الحرية، ثم لنعرض للطرق التي حددها المشرع للتعاقد مع الإدارة . ولنعرض لذلك من خلال الفرعيين الآتيين:-

الفرع الأول

حرية الأدارة في ابرام العقود الإدارية

لا شك أنه لا توجد حرية دون ضوابط وإلا أدت إلى فوضى عارمة ، وفي خصوص موضوعنا فلابد وأن تكون حرية الإدارة مقيدة غير مطلة، وهذا من منطق الأمور، فوضع قيود على حرية الإدارة ليس معناه تعطيل مسعى الإدارة لتحقيق أهداف الدولة بل على العكس هو حفاظ على مقدرات الدولة ومكتسباتها في حال إنحراف الإدارة بسلطتها؛ لاسيما في خصوص ما منحها المشرع من مزايا وسلطة إستثنائية على المتعاقدين معها .

فقد عمل المشرع المصري ونظيره الكويتي وما أستقر عليه قضاء الدولتين من وضع إطاراً تشريعياً وقيوداً تحكم جوانب العقد الإداري من حيث التكوين وحرية الإدارة في إختيار المتعاقد معها، وشروط إستخدام الإدارة لسلطتها الممنوحة من قِبل الدولة على المتعاقد معها، ولنعرض لتلك القيود بشئ من التفصيل **على الأتي** :-

أولاً- من حيث تكوين العقد:

أ- من الناحية الشكلية:

الأصل أن العقد الإداري من العقود الرضائية حيث لا يشترط في الإيجاب أو القبول اللازمين لانعقاد العقد الإداري شكلاً معيناً. إذ يجوز التعبير عن كل منهما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، بل يجوز أن يكون التعبير ضمنياً. إلا أن القيد الشكلي الوارد في العقد الإداري قد يتمثل في كتابة العقد في بعض الحالات أو في إجراء معين كالتصريح المسبق.

فالقاعدة أنه لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوباً إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، غير أنه غالباً وما درج عليه العمل أن تتضمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة، حتي ولو لم يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة، فالعقد الغير مكتوب غير مألوف في مجال العمل الإداري، ويرجع ذلك لإرادة الإدارة دائماً في إثبات العلاقات العقدية التي تقوم بها . ويستند القضاء أحياناً إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقول بقيام الروابط التعاقدية.

إلا إنه في بعض الحالات قد يشترط المشرع الكتابة كشرط إنعقاد، فقد نصت المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات العامة ٨٩ لسنة ١٩٩٨ **على** أنه "يجب أن يحرر عقد متي بلغ مجموعة قيمة مارسى توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه. أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملاً كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد. ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات وتسلم نسخة للمتعاقد وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ ...".

ومعني ذلك أن الصورة الكتابية للعقد لا تلزم إلا متي بلغت قيمة العقد خمسين ألف جنيه. أما إذا قلت القيمة عن ذلك فلا يلزم كتابة العقد، وإنما يكتفي بأخذ إقرار كتابي من المتعاقد يتضمن الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد، وهذا الإقرار يعتبر إثباتاً كتابياً لوجود العقد وضماناً لتنفيذ التزامات المتعاقد.

ويجب أن تكتب العقود الإدارية باللغة العربية طبقاً لأحكام القانون الذي يوجب تحرير المكاتبات والعطاءات وغيرها من المحررات والوثائق التي تقدم إلى الجهات الحكومية باللغة العربية[٨٧] ، وقد ساير المشرع الكويتي المشرع المصري في ذات النهج الشكلي في إشتراط تقديم العطائات باللغة العربية[٨٨].

ب-من ناحية الموضوع .

حدد المشرع المصري موضوع التعاقد فنص على مواضيع محددة للتعاقد والتي تتقيد بها الإدارة حيث لا تستطيع أن تبرم عقداً على غيرها أو بهدف أخر وحددها في[٨٩]:-

- شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية.
- بيع أو تأجير المنقولات أو العقارات أو المشروعات التي ليس لها الشخصية الإعتبارية، والترخيص بالانتفاع أو استغلال العقارات والمشروعات ومن ذلك المنشآت السياحية والمقاصف.

أما في القانون الكويتي فلم يحدد موضوعات التعاقد الإداري وترك لكل جهة تحديد موضوع العقد .

- ومن ناحية أخرى نجد أنه يشطرت لإعتبار العقد عقدا إداريا تمنح الإدارة سلطة بمناسبة فلابد وأن يستهدف نفعا عاما متماشياً مع هدف الإدارة وهو النفع العام ، وعليه كل عقد قد تبرمه الإدارة يتضح

---

[٨٧] – نص المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات العامة المصري ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٨٨] – المادة١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشان المناقصات العامة والصدرة بمرسوم ٣٠لسنة ٢٠١٧.

[٨٩] – نص المادة ٧ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

أنه ذات نفع خاص أو أبرمته الإدارة لأي غرض غير أغراض النفع العام ؛ لا يضفى عليه وصف العقد الإداري وبالتالي لاتمنح الإدارة لسطتها الممنوحة إياها مناسبة العقود الإدارية. فالنفع العم معياراً عاماً للعمل الإداري .

١- من حيث الحق في التعاقد.

يحدد القانون الإداري الأشخاص الذين يحق لهم التعاقد بأسم الإدارة، والمجالات والسلطات التي يتعاقدون في إطارها وفقاً لاختصاص الإدارات التي يمثلونها، وتعتبر قواعد الإختصاص من القواعد الأمرة من النظام العام والذي يؤدي مخالفتها إلى **عدم مشروعية العمل حيث يخضع لرقابة المشروعية لمجلس الدولة** [٩٠] .

٢- من حيث اختيار المتعاقد.

من حيث اختيار المتعاقد مع الإدارة فليس للإدارة غالباً أن تتعاقد مع من تشاء، حيث وضع المشرع العديد من القيود والإجراءات التي تتحدد بها الإدارة حال اختيار المتعاقد معها، وذلك بغرض ضمان اختيار من يتقدم بأفضل العروض من الناحية المالية والفنية على السواء[٩١]، وهذا ما سوف نعرض له في الفرع الثاني من ذلك المطلب.

ثانياً:من حيث الرقابة على عمل الإدارة.

إيزاء ما تتمتع به الإدارة من سلطات تعاقدية، وما قد ينتج عن إستخدام تلك السلطة من آثار سلبية لاسيما التعسف على المتعاقد معها؛ فهنا تتجلى أهمية الرقابة على اعمال الإدارة والتي تعد من أهم الادوات التي تستخدمها الدولة تجاه عمل الإدارة لضمان سير العمل بها، وضمان عدم الإنحراف عن الهدف التي أُنشأة من أجله، ومع تعدد وتشعب النظم الإدارية وتعدد أهدافها فقد أخذت الرقابة على أعمال الإدارة العديد من الصور؛ فمنها ما هو إداري، ومنها مايتمثل في الرقابة المالية، ومنها يأخذ شكل الرقابة القانونية والقضائية، ولنعرض لتلك الصور بشيء من التفصيل على النحو التالي :-

١ – الرقابة الإدارية.

من مظاهر الرقابة الإدارية على اعمال الإدارة حال التعاقد في النظام المصري ما نص عليه المشرع بإنشاء مكتب مختص بالشكاوى التي تقدم ممن له مصلحة في حال التعاقدات الإدارية [٩٢]، حيث جعل المشرع المصري قرارات المكتب ملزمة لطرفي النزاع أي الإدارة والمتعاقد معها، والزم الجهة الإدارية بتنفيذ القرار خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام من تاريخ تسلم الجهة الإدارية للقرار.

---

[٩٠] – د / محمد رفعت عبد الوهاب – القانون الإداري – المرجع السابق ص٤٢٣.

[٩١] – د / محمد رفعت عبد الوهاب – القانون الإداري – المرجع السابق ص٢٢٠.

[٩٢] – نص المادة ٥ من قانون قانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري– الجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر (د) بتاريخ ٣ / ١٠ / ٢٠١٨ "

أما في النظام الكويتي فليس هناك جهة مختصة أو متخصصة بتلقي الشكاوى المقدمة من زوي الشأن ضد الادارة كالقانون المصري؛ بل جعل تقديم الشكوى تابع للجهة المختصة بالتعاقد ذاتها أو لرئيس الجهة صاحبة الشأن [٩٣]

٢- **الرقابة المالية.**

وهي الرقابة التي يباشرها الجهاز المركزي للمحاسبات طبقاً لأحكام القانون. وذلك للتحقق من أن هذه العقود قد أبرمت ضمن الاعتمادات المدرجة لها في الميزانية، ووفقاً للأحكام والقواعد المالية المقررة، ورقابة هذا الجهاز لا تخل بأحكام قانون مجلس الدولة.

٣- **الرقابة القانونية والقضائية.**

إن الطبيعة الخاصة التي أضفاها القانون الإداري على العقود الإدارية، جعلها دائماً تنعقد تبعاً للقيود والشروط التي أتى بها القانون، وفي حال مخالفة تلك القيود والشروط؛ فقد رتب المشرع أثرين غاية في الأهمية يتمثلان في:

الأول : يتمثل في عدم المشروعية والذي بناء عليه قد يُبطل العقد؛ حيث وضع القانون الإداري إطاراً للمشروعية لا تستطيع الإدارة الإبتعاد عنه، فتدور تصرفاتها القانونية في فلك هذه المشروعية سواء كان هذا التصرف قراراً أم عقداً .

الثاني : إعتبار العقد من عقود القانون الخاص في حالة إنعقاد العقد غير متضمن الأركان الخاصة للعقد الإداري، وهنا تقع الإدارة تحت طائلة القانون الخاص وقواعدة .

أما من حيث الرقابة القضائية؛ فقد أولى القانون لجهات قضائية مستقلة عن القضاء العادي كما أشرنا له من قبل، تكون أختصاصها النظر في المنازعات الناشئة عن تصرفات الإدارة لاسيما العقد الإداري .

ففي مصر يختص بهذه الرقابة مجلس الدولة طبقاً لأحكام قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢. وذلك للتحقق من مطابقة أحكام مشروعية العقد للقانون[٩٤].

أما في الكويت نجد أن المشرع في الدستور أولى الإختصاص بالمنازعات الإدارية لدائرة في المحكمة الكلية كما أشرنا من قبل لعدم وجود جهة قضائية مستقلة للقضاء الإداري نظراً لمبدأ وحدة القضاء المتبع في القانون الكويتي[٩٥] .

الفرع الثاني

طرق وأساليب التعاقد مع الإدارة

---

[٩٣] – نص المادة رقم ٤٤ من الائحة التنفيذية للقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشان المناقصات العامة الكويتي .

[٩٤] – نص المادة ١١/١٠ من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص على إختصاص مجلس الدولة بجميع ما يصدر عن الإدارة.

[٩٥] – راجع نص المادة ١٨٦ من دستور دولة الكويت الصادر سنة ١٩٦٢ والمعاد العمل به ١٩٩٢.

لقد أستلهم المشرع أنظمة خاصة تلجأ لها الإدارة حال التعاقد مع الغير، بهدف إختيار أفضل المتعاقدين من الناحية المالية والفنية وضمان المساواة وتكافئ الفرص بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة؛ مثل المناقصات العامة ، والمزايدات العامة ، والتعاقد عن طريق الأظرف المغلقة في الممارسة العامة، والممارسة المحدودة، والمناقصة المحدودة، والمناقصة ذات المرحلتين، والمناقصة المحلية، والاتفاق المباشر، والمزايدة المحدودة، والمزايدة المحلية.

وتعد طريقة المناقصات والمزايدات أهم الطرق التي نظمها القانون الإداري لإختيار المتعاقد مع الإدارة، ومقتضي هذه الطريقة أن تتعاقد الإدارة مع من يتقدم إليها بأقل عرض "أو عطاء" في حالة المناقصات وبأكبر عرض في حالة المزايدات، وذلك مع وضع شروط العقد الأخرى في الاعتبار[٩٦].

وتلجأ الإدارة إلى المناقصة للحصول على ما يلزمها من سلع أو خدمات، إذ من مصلحة الإدارة مالياً في هذا الحالة إبرام العقد مع من يقبل التعاقد بأقل مقابل ممكن، كما تلجأ إلى المزايدة إذا أرادت أن تبيع أو تؤجر بعض أموالها، حيث أن المصلحة تكون في إبرام العقد مع من يقبل التعاقد بأكبر مقابل ممكن. وتخضع المناقصات والمزايدات لنفس الأحكام القانونية[٩٧].

ونظراً لأهمية هذه الطريقة في اختيار المتعاقد فإن الإدارة كثيراً ما تلجأ إلى إتباعها، ورغم أن القاعدة في مصر والكويت هي حرية الإدارة في اختيار الطرف الآخر في العقد ما لم يوجد نص يفرض عليها إتباع طريقة

---

[٩٦] – حيث أن لابد من دراج الشروط الخاصة مثل الشروط الغير مألوفة وتعلق العقد بمرفق عام . وتعتبر الخصوصية التي تتميز بها نظام المناقصات والمزايدات يكمن في التعبير عن الإيجاب والقبول فالمزايدات والمناقصات تعد صورا خاصة في التراض وما يترتب عليها من إلتزامات بسبب طبيعتها الخاصة . د/ رمضان أبو السعود – مصادر الإلتزام – المرجع السابق ص ٧٩.

– [٩٧] د/ عبد الغني بسيونس – القانون الإداري – دراسة اطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر – منشأة المعارف الإسكندري ٢٠٠٥ص٥٣٩

معينة في ذلك، فإن كثرة النصوص التي تقضي بإتباع الإدارة لطريقة المناقصات والمزايدات كانت تكاد تجعل منها القاعدة العامة في التعاقد الإداري [٩٨].

ففي مصر كانت الإدارة في ملزمة بإتباع طريقة المناقصات والمزايدات في إبرام العقود التي حددها القانون، وهي عقود التوريد والأشغال العامة والنقل وبيع الأصناف والمهمات التي يتقرر التصرف فيها، وكذلك في الحالات الأخري التي ترد بشأنها نصوص خاصة كما هو الحال في بيع الأموال الخاصة للدولة، ثم صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فحل محل القانون السابق واستلزم أن يكون تعاقد الإدارة عن طريق المناقصات والمزايدات كقاعدة عامة.

ثم صدر قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فألغى القانون السابق، ونص في مادته الأولى على أن "يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة"، ويلاحظ أن طريقة المناقصة العامة كانت تمثل هي وحدها القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية. وكانت الممارسة تدخل في إطار الاستثناءات فجعلها المشرع في هذا القانون مساوية للمناقصة، ونقلها من الاستثناء إلى القاعدة.

وأخيرا صدر قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والذي الغى قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وجعل القاعدة العامة في التعاقد الإداري هي المناقصة العامة والمزايدات العامة، فقد نص على [٩٩]" يكون التعاقد وفق أحكام هذا القانون في الحالات وبالطرق الآتية:

---

[٩٨] – ففي القانون المصري نصت المادة الأولى من **قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون** رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمادة الأولى من **قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون** رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمادة السابعة من **قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون** ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على أن " يكون التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة" وما دون ذلك من أساليب للتعاقد إستثناء(كالممارسة العامة والممارسة المحدودة والمناقصة المحدودة ، المناقصة ذات المرحلتين و المناقصة المحلية). أما في الكويت فقد نص القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤في المادة المادة ٣ (عدلت بموجب قانون ٨١ سنة ١٩٧٧ المادة ١ على أن "لا يجوز للوزارات والإدارات الحكومية ان تستورد أصنافا أو ان تكلف مقاولين بإجراء أعمال الا بمناقصة عامة عن طريق لجنة المناقصات المركزية المنصوص عليها فى المادة السابقة" وما نصت عليه المادة ١٣ من الأئحة التنفيذية رقم٣٠ لسنة ٢٠١٧ للقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ على أن " مع مراعاة كل من الجهازوالجهات صاحبة الشأن في التعاقدوفقا لأحكام هذا القانون ،يتم التعاقد بطريق المناقصة العامةسواء على مرحلة واحدة أو مرحلتين".

[٩٩] – نص المادة ٧ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

١- يكون التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة، ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض إدارة التعاقدات

إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية:

(أ) الممارسة العامة (ب) الممارسة المحدودة (جـ) المناقصة المحدودة (د) المناقصة ذات المرحلتين (هـ) المناقصة المحلية (و) الاتفاق المباشر.

٢- يكون التعاقد على بيع أو تأجير المنقولات أو العقارات أو المشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية، والترخيص بالانتفاع أو استغلال العقارات والمشروعات ومن ذلك المنشآت السياحية والمقاصف عن طريق مزايدة علنية عامة أو مزايدة بالمظاريف المغلقة، ويجوز استثناء بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على عرض إدارة التعاقدات

إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية:

(أ) المزايدة المحدودة (ب) المزايدة المحلية (جـ) الاتفاق المباشر.

ويجوز للجهة الإدارية التعاقد على احتياجاتها بإتباع أي من طرق التعاقد الواردة بالفقرة الأولى من هذه المادة للوصول إلى إبرام اتفاق إطاري وفقا لحكم المادة (٦٥) من هذا القانون.

ولا يجوز بأي حال تحويل أي من طرق التعاقد المنصوص عليها في هذه المادة إلى طريق تعاقد آخر".

وعلية فقد جعل المشرع المصري التعاقدات الإدارية بطريق المناقصة والمزايدة هي القاعدة العامة ، وأي من الطرق المتعارف عليها الأخرى إستثنائية؛ لا تلجأ إليها الإدارة إلا في الظروف الغير عادية مثل الممارسة العامة، والممارسة المحدودة، والمناقصة المحدودة، والمناقصة ذات المرحلتين، والمناقصة المحلية، والاتفاق المباشر، والمزايدة المحدودة، والمزايدة المحلية، والاتفاق المباشر.

أما في دولة الكويت فقد اقر المشرع الكويتي أيضا نظام المناقصة العامة بداية من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ حتي القانون الحالي رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ والذي أعتبر فيه المشرع الكويتي أن المناقصة العامة هي القاعدة العامة في التعاقدات الإدارية دون تحديد لمادة التعاقد.

المبحث الثاني

خصائص و أسس التعاقد بنظام المزايدة والمناقصة.

تمهيد وتقسيم

قبل التعرض للأركان الموضوعية وابرام عقد المناقصة أو المزايدة؛ يجب أن نتعرض للخصائص العامة التي تَميز بها هذا الشكل من التعاقد عن نظائرة من الاساليب الأخرى، ثم نتعرض للأسس القانونية والمقومات التي اشترطها المشرع لابرام عقد المناقصة أو المزايدة طبقاً للقانون المصري والقانون الكويتي . ولنعرض ذلك من خلال المطلبين الأتيين:

المطلب الأول

خصائص التعاقد بالمزايدة والمناقصة

تمهييد وتقسيم

تميز التعاقد بطريق المزايدات والمناقصات بالعديد من المزايا والخصائص التي جعلت منه نظاماً مميزاً عن الأنظمة التعاقدية العادية، والتي كانت هي الأقرب للنظام الإداري لاسيما ما تسعى إليه الدولة من أهداف تجعل من التعاقد معها ذات طبيعة خاصة، من حيث إختيار المتعاقد، والسلطة الممنوحة للدولة في إختيار ذلك المتعاقد، والتي تتقيد الاخيرة في ذلك بأساليب القانون العام والمصلحة العامة .

الفرع الأول

خصائص المناقصة

تعرف المناقصة "بأنها مجموعة من الإجراءات النظامية التي تهدف إلى دعوة أكبر عدد ممكن من المناقصين لتقديم عطاءاتهم وعروضهم تمهيداً لاختيار الأنسب من بينهم، سواء تعلق الأمر بجودة المادة المطلوب شراؤها أو بأسعارها، أو ببقية الشروط الأخرى المتمثلة بالكمية ووقت التجهيز وشروط الدفع والتسليم وغيرها من الأمور التي قد يكون لها تأثير مباشر أو غير مباشر في أداء ظائف الإدارة".

ومن خلال ذلك التعريف يتضح لنا أن المناقصة تتميز بعدد من الخصائص عن الطرق العادية للتعاقد الاداري نعرض لها بشئ من التفصيل على الآتي :-

أولا : إلزامية التعاقد بطريق المناقصة .

كما قدمنا من قبل فقد الزم كلاً من المشرع المصري والمشرع الكويتي إتباع الإدارة لأسلوب التعاقد عن طريق المناقصات العامة ، إلا أن القانون الكويتي قد جعل من التعاقد بنظام المناقصات العامة اساساً في جميع انواع التعاقدات الإدارية دون تحديد لنوع التعاقد، وجعل من باقي أساليب التعاقد الإداري أساليبا استثنائية لا تتبع إلا لاسباب محددة بالأغراض الذي حددها القانون، فقد نصت المادة ١٣ من الأئحة التنفيذية رقم٣٠ لسنة ٢٠١٧ للقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ على أن " مع مراعاة كل من الجهاز والجهات صاحبة الشأن في التعاقد وفقا لأحكام هذا القانون:

١ – يتم التعاقد بطريق المناقصة العامة سواء على مرحلة واحدة أو مرحلتين .....

٢– ويجوز استثناء بقرار من المجلس مبناء على مذكرة مسببة من الجهة المختصة صاحبة الشأن التعاقد بأحد الطرق الآتية: المناقصة المحدودة، أو الممارسة العامة أو المحدودة ، أو الأمر المباشر.....

وفي المادة ١٤ من نفس القانون "يكون التعاقد للأغراض التي نص عليها هذا القانون.... إلخ"

أما في مصر فقد ألزم المشرع في المادة رقم ٧ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على إتباع اسلوب المناقصات العامة، في حدود التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية .

وعليه يكون كل من المشرع المصري والمشرع الكويتي جعل من المناقصات العامة القاعدة العامة الإلزامية في التعاقدات الإدارية .

ثانيا : تعدد مقدمي العطاءات .

يتميز أسلوب التعاقد بطريق المناقصة أو المزايدة بتعدد مقدمي العطاءات ، حيث أن الإدارة تعلن عن نيتها في التعاقد وبالشروط المطلوبة فيتقدم كل من يريد التعاقد مع الإدارة أن يصدر إيجابه المتمثل في العطاءات التي يقدمونها، وهذا ما يميز نظام المناقصات أو المزايدات عن أنظمة التعاقد الأخرى التي تعتمد على تقديم الإيجاب أو القبول من أشخاص محددة ، ففي المناقصه أو المزايدة تكون إرادة الإدارة قد أتجهت إلى التعاقد عن طريق الإعلان عن المناقصة؛ إلا أن دورها لا يعدو أن يكون دعوى إلى التعاقد غير ملزم، ولها الخيار في قبول أي من العطاءات المقدمة لها والذي يترتب عليه إبرام العقد الإداري . وعليه لا تنعقد المناقصة إلى إذا تعدد مقدمي العطاءات(طرف الإيجاب) فإذا ما تقدم شخص واحد، فعلى الإدارة أن ترجي التعاقد للإعلان عن مناقصة أخرى .

ثالثا : حق الإدارة في إختيار أفضل العروض .

إن مفهوم أفضل العروض أو العطاءات المقدمة من الإدارة لا ينحصر في الناحية المالية فقط حيث أنه ليس بالضروري أن يكون أقل عرض مالي هو الأفضل، فقد يكون هو الأسوأ من الناحية الفنية ؛ وعليه لم يُلزم المشرع الإدارة بقبول أقل العروض المقدمة لها؛ بل ترك للإدارة حرية الإختيار من بين العروض المقدمة لها وأختيار أفضلهم من وجهة نظرها، وعلى حسب إحتياجاتها، والذي يامثل في أعلى مستوى من التنفيذ الفني ويتماشى مع القدرات المالية للإدارة .

رابعا : إرتباط نظام المناقصة بالإجراءات التي نص عليها المشرع.

إن السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في إختيار المتعاقد معها جعلت من المشرع يحيط نظام المناقصات بالعديد من القيود الموضوعية كما قدمنا لها من قبل، والعديد أيضاً من القيود الإجرائية، وما يهمنا في هذا المقام أن الإجراءات التي أشترطها المشرع لإدارة المناقصة وصحتها جعلتها تتميز عن أي من التعاقدات الإخرى ؛ إلا أنها خاصية قد تنقلب إلى مسلب من مسالب نظام التعاقد بطريق المناقصات لما فيه من ضياع للوقت في بعض الحالات وطول إجراءات التعاقد.

الفرع الثاني

الفرق بين التعاقد عن طريق المناقصة والممارسة

أولا : مفهوم الممارسة كنظام للتعاقد الإداري .

تلجأ الإدارة إلى أسلوب الممارسة عندما تريد التفاوض مع عدد من الأفراد أو الشركات للتعرف على أسعارهم من أجل الوصول إلى إختيار افضل متعاقد من بينهم(١٠٠) .

ولنظام الممارسة نوعان هما الممارسة العامة والممارسة المحدودة:

أ – الممارسة العامة: حيث يتم فيها الإعلان عن نية الإدارة في التعاقد للعامة دون تحديد متعاقدين بعينهم ، وهو إتجاه للإدارة ينم على رغبتها في العلم بأكبر عدد من المتعاقدين والمتخصصين في مجال محدد ولكي تتوصل إلى التفاوض مع أكبر عدد من مقدمي هذه العطاءات، حيث تتولى لجنة الممارسة فتح المظاريف وفضها في جلسات علنية في حضور جميع مقدمي العطاءات والذي يمكنها من التفاوض الأمثل لأختيار أفضل العروض(١٠١) .

ب – الممارسة المحدودة : وهنا تقتصر الإدارة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد لعدد محدود من الشركات أو الأفراد أو من تريد التعاقد معهم بصفة عامة، ثم تختار الإدارة من بينهم في حضورهم أو حضور من ينوب عنهم.(١٠٢).

ومن أهم ما يميز نظام الممارسة أنه يوجد به نظام إستعجال، حيث أجاز المشرع المصري في حالة الإستعجال وبعد موافقه السلطة المختصة تقصير المدد المحددة لتقديم العروض على ألا تقل عن عشرة أيام من تاريخ أول إعلان(١٠٣)

---

(١٠٠) – د/ عبد الغني بسيوني – القانون الإداري – دراسة اطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر – منشأة المعارف الإسكندري ٢٠٠٥ص٥٤٤.

(١٠١) – د/ عبد الغني بسيوني المرجع السابق ص٥٤٤.

(١٠٢) – نظر المادة ٤٢ من اللائحة التنفيزية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري .

(١٠٣) – انظر المادة ٤٤ من اللئحة التنفيزية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري

ثانيا : نطاق تطبيق الممارسة العامة.

نص المشرع المصري على أن يكون التعاقــد بطــريق الممارسة المحدودة في الحالات الآتية[١٠٤]:

أ – الأشياء التي لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم.

ب – الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها.

ج – الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم.

د – التعاقدات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرية.

وعليه فإن الممارسة تختلف عن المناقصة من ناحيتين :

الأولى : لا يوجد في الممارسه الإجراءات الطويلة المتطلبة في نظام المناقصات .

ومن ناحية ثانية : لا تقوم الممارسة على مبدأ السرية في تلقي العطائات والإطلاع عليها، كما هو الحال في المناقصات . فكل مقدم عطاء يعرف كافة المتقدمين بالعطاءات الأخرى ومقدار العطاء وجوانبه .

ثالثا: الفرق بين المناقصة والممارسة .

من خلال العرض السابق أرى أن هناك بعض من الفروق الجوهرية بين نظام المناقصة ونظام الممارسة نجملها على الأتي :-

١ – العلانية :

تعتبر العلانية في تلقي العطاءات وفض الأظرف وأختيار المتعاقد هو أهم ما يميز ويفرق نظام الممارسة عن نظام المناقصة حيث الأخيرة تقوم على مبدأ السرية ، أما الممارسة تعتمد على نظام العلانية كما أوضحنا من قبل وهو ما يجعل نظام الممارسة أقل عرضة لتعسف الإدارة وسوء إستخدام سلطتها .

٢– سرعة التعاقد .

أن نظام المناقصة يلحقة العديد من الإجراءات التي تعمل على طول الفترة الزمنية التي تستغرقها المناقصة لإتمامها ، على العكس من الممارسة والتي تتميز بسهولة وسرعة إجراءاتها، حتى أنه كما قدمنا يجوز أن يكون هناك حالات إستعجالية لتلقي العطاءات في غضون أقل من اسبوعين .

رابعا: من حيث الأفضلية .

من خلال العرض السابق يتضح أن كلاً من نظامي المناقصة والممارسة له ما يميزه إلا انه يظهر للقارئ ظاهرياً دون تمعن أفضلية نظام الممارسة عن نظام المناقصة، حيث السرعة وإنجاز المهام الإدارية بعيداً عن التعقيدات والروتين والإجراءات التي تلحق بنظام المناقصة، أيضا قد تمتاز الممارسة وبحق في ضمان عدم

---

(١٠٤) – أنظر نص المادة رقم ٥ من **قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون** رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري.

تعسف الإدارة أو ممثليها في أختيار المتعاقد معها؛ حيث إيجابيات التعاقد العلني والذي تتكمش فيه سلطة إختيار الإدارة وتحيزها بإطار المصلحة أو القيود المفروضة عليها في أختيار لمتعاقد معها .

إلا أن الأمر لا يحسب من هذه الجهات والأمتيازات فقط؛ فلا يفوتنا أن هناك العديد من المشاريع الاستراتيجية والإحصاءات المالية التي لا يجب أن يعلن عنها، أو عن المتعاقدين مع الإدارة لسرية الأعمال أو عدم رغبة الدولة بالإفصاح عن بعض من أعمالها .

ومن ناحية أخرى نجد أن نظام المناقصات العامة يعطي رحابة في نظام المنافسة، حيث سرية العطاءات التي تجعل المتعاقد مع الإدارة يبزل قصارى جهده في تقديم عرض تقبله الإدارة، لاسيما وهو لا يعلم عن باقي العروض والعطاءات الأخرى ؛ مما يصب في مصلحة الإدارة من الدرجة الأولى وهذا ما لا يوفره نظام الممارسة العامة حيث العلانية في تقديم العطاءات، مما يجعلها منظورة لمقدمي العطاءات ويؤدي إلى فرض ظهور حد أدى من العروض المقدمة لاسيما من الناحية المالية التي قد لا ينزل عنها المتعاقد في عطائه بعد علمه بباقي العطاءات .

ومن وجهة نظري مع تباين المزايا بين نظام المناقصات والممارسة العامة فمن الممكن أن يتوجه المشرع إلى ظام يجمع بين مزايا كلاً من الطريقتين؛ بحيث يكون هناك نظام يجمع بين المنافسة وسرية العطاءات وعلانية فض المظاريف .

المطلب الثاني

أُسس ومبادئ التعاقد بالمزايدات والمناقصات

لقد بُني نظام التعاقد الإداري بنظام المزايدات أو المناقصات على عدة من المبادئ والأُسس في كل من التشريع المصري والتشريع الكويتي ، فلقد ارسى كلاً من القانونين لعدة من المبادئ تمثل القاعدة العامة التي من خلالها يتم التعاقد بالمناقصات أو المزايدات، وكان الفضل الأول في إرساء تلك المبادئ القضاء الإداري الذي تصدى لبيان المبادئ التي تقوم عليها التعاقدات الإدارية بالمزايدات والمناقصات كأصل عام .

وعليه ففي هذا المطلب نحاول أن نُظهر لهذه المبادئ و لذلك خلال الآتي:-

- المبادئ والأسس العامة للمناقصات والمزايدات

بينت المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلاء المبادئ التي تحكم نظام المناقصات بقولها " أنه كمبدأ أصيل يكون تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة والأخذ بأسلوب الممارسة لا يكون إلا في حالات معينة وفي أضيق الحدود طبقا للأوضاع والشروط المرسومة قانوناً ، ذلك أن المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة ، ولا يأتي تحقيق ذلك إلا إذا أحيطت بالسرية التامة، وجعل مبدأ المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون أي تمييز لأحد أو إستثناء؛ وإلا أختل التوازن وإضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص؛ مما يخرج المناقصة على الهدف الذي تقررت من أجله ويفوت الغرض من عقدها. وشروط المناقصة على هذا الوضع

هي بمثابة قانون التعاقد فلم توضع لمصلحة أحد المتعاقدين إن شاء أخذ بها وإن شاء لم يأخذ، إنما وضعها كان لمصلحة عامة فلا سبيل للإنفكاك منها، وكل عمل يتم على خلافها لا يعتد به ولا يترتب عليه أي أثر لأنه يناقض الأساس الذي قامت عليه المنافسة بين المتناقصين " [١٠٥]

وعليه قد استقر الفقه والقضاء على عدة من المبادئ والتي نعرض لها على الأتي :

اولا : العلانية في التعاقد.

من المبادئ التي تقوم عليها المناقصات والمزايدات هي العلانية، ومعنى ذلك يجب أن لا يكون إبرام العقد سرياً، والمقصود بالعلانية معرفة الكافة بأن الدولة سوف تبيع أو تشتري أو تؤجر أو سوف تقوم بشغل عام، والغاية من ذلك هي أن لا تبرم العقود الإدارية في أجواء يشوبها الغموض و الشك، لأن السرية في التعاقد لا تتيح الفرصة لمن يرغب بالتعاقد كي يتنافس مع غيره الأمر الذي يعود بالسلب على الإدارة وأهدافها، كتحمل الدولة لمبالغ مالية كبيره هي في غنى عنها ، ناهيك عن فتح باب الأهواء أمام المتعامل في التعاقد والذي قد يعمل على تحقيق مصالح ومكاسب خاصة ، ولذلك جعل كل من التشريع المصري والكويتي مبدأ العلانية هو الأصل في التعاقد بطريق المناقصة والمزايدة وما دون ذلك هو إستثناء لحالات خاصة وبحدود قانونية.

ويظهر مبدأ العلانية في كلاً من القانون المصري والقانون الكويتي من خلال النصوص التشريعية التي تتضمن الإعلان والنشر للدعوى للمناقصات والمزايدات العامة .

فنجد في كلاً من القانون المصري والكويتي الحالي[١٠٦] قد اشترطا لصحة إنعقاد العقد الإداري أن يتم نشر إعلان في حال رغبة الإدارة في التعاقد بالمناقصة أو المزايدة العامة.

ثانيا: حرية المنافسة.

أن إقتضاء العمل بنظام المناقصة أو المزايدة العامة يرسي مبدأ هام وهو مبدأ حرية المنافسة بين مقدمي العطاءات، حيث إفساح المجال إلى جميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر المناقصات أو الراغبين أن يتعاقدوا مع الإدارة[١٠٧] ، وعلية فيحقق هذا المبدأ نتيجتين غاية في الأهمية:-

الأولى : وهي حرية التنافس وفتح المجال لكل من يرى في نفسه المقدرة على التعاقد مع الإدارة .

الثانية : أنه قد يتسع المجال ليشمل أكبر قدر من المتناقصين أو المتزايدين، الأمر الذي يصب بطريق مباشر في مصلحة الدولة . إما بتقليل نفقاتها في حالة المناقصة أو بزيادة دخلها في حالة المزايدة .

---

[١٠٥] – حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم ١٥٥٨ لسنة ٦ ق بتاريخ ١٩٦٢/١١/٢٤.

[١٠٦] – نص المادة ٢٠ من القانون من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

"يجب النشر عن العمليات التي يتم طرحها بجميع طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (٧) من هذا القانون على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقا لما تقدره السلطة المختصة، على أن يتضمن النشر طريق التعاقد وشروطه والأسباب المبررة لإتباع هذا الطريق، وأسلوب التقييم الفني والمالي، وغيرها من البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"

[١٠٧] – د/ عبد الغني بسيونس – القانون الإداري –المرجع السابق ص٥٤٢.

ومن أهمية هذا المبدأ أيضاً أن الإدارة لا تستطيع أن تبعد أياً من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الاشتراك في المناقصة أو المزايدة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، وذلك على أساس وقوف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين. إلا أن الإدارة لها حق إستبعاد بعض المتقدمين بشرط عدم توافر الشروط المتطلبة للتعاقد توفيراً للوقت والجهد[١٠٨].

ثالثا: سرية العطاءات.

يطبق مبدأ سرية العطاء في المناقصات دون المزايدات، حيث أن المناقصة تعتمد على تلقي العطاءات في أظرف مقفولة لا يتم فتحها إلا في اليوم المخصص لفض المظاريف ، وعليه يبقى العطاء سرياً لا يطلع عليه ولا يعلمه أحد لا من أفراد الإدارة أو المشاركين في المناقصة إلا في الوقت المحدد لذلك، أما المزايدات فهي تقوم على المزايدات العلانية بين المتزايدين حيث تختار الإدارة أعلى عطاء يتم التقدم به في حالة التزايد، والتي تفترض وجود المتزايدين أو من ينوب عنهم وقت المزايدة، ويضع كل متزايد عطائه على أساس العطاء السابق له والذي يفترض العلم به، اللهم إذا كانت المزايدة بطريق الأظرف المغلقة فتعامل معاملة المناقصة من حيث سرية العطاءات .

رابعا: المساواة بين راغبي التعاقد.

والمقصود هنا المساواة القانونية أي تطبيق الشروط على الكافة دون تمييز أي منهم على الآخر، أو إستثناء أى من الشروط لصالح أحدهم . وهذا المبدأ في وجهة نظري يعد ضمانة كبرى لإفساح المجال بحق لأكبر عدد للتقدم للتعاقد مع الإدارة .

خامساً: تكافؤ الفرص.

ويظهر مفهوم تكافؤ الفرص بجلاء في نظام المناقصات و تقديم العطاءات من خلال الأظرف المغلقة، حيث لا يعلم محتوى العرض المقدم لا من ناحية اللجنة ولا من ناحية المتنافسين إلا وقت فتح هذه المظارف المفلقة، والتي تكون عادة بجلسة عمومية بحيث يصعب محاباة الإدارة لأحد المتقدمين، حيث يعرض وتفتح الأظرف لأول مرة امام المتقدمين وفي حضورهم أو من ينوب عنها .[١٠٩]

الخاتمة

وفي نهاية ما استطعت أن اقدمه من خلال هذا البحث المتواضع ، أسأل الله أن أكون قد توصلت بإحاطة إشكالية البحث ، من أكثر من جانب ، حيث إعتمدت في العرض على إظهار الجوانب الموضوعية والتكوينية للعقد الإداري بصفة عامة ثم بالتخصيص للمزايدات والمناقصات كصور عامة وأساسية للتعاقد الإداري.

---

[١٠٨] – د/ عبد الغني بسيونس – القانون الإداري –المرجع السابق ص٥٤٢.

[١٠٩] – المرجع نفسه ص٥٤٣.

اهم نتائج البحث

من خلال ما تم عرضه في هذا البحث فقد توصلت إلى عدد من النتائج المترتية على مفهوم التعاقد الإداري عن طريق المزايدات والمناقصات والإطار القانوني له والأهمية البالغة لهذا النظام التعاقدي في كلاً من القانون المصري والقانون الكويتي أُجملها على الآتي :-

أولا : فمن ناحية الطبيعة القانونية للعقد الإداري .

١- يعتبر العقد الإداري عقد كسائر العقود ويخضع للنظرية العامة للتعاقد .

٢- العقد الإداري له طبيعته الخاصة التي تميزه عن سائر العقود في القانون الخاص .

٣- يخضع العقد الإداري في تكوينة للأركان العامة للتعاقد من شروط توافر الرضاء والمحل والسبب حيث معاملته كسائر العقود نظيره في القانون لخاص .

٤- أن مايضفي على العقد الإداري طبيعته الخاصة هو جوهر العلاقة التي تقام من خلاله من ناحية أطرافه ومحله والهدف الذي يسعى إيه .

٥- مخالفة العقد الإداري للمبادئ المستقر عليها في القانون الخاص والتي تتمثل في المساواة بين المتعاقدين حيث أن العقد الإداري بطبيعته الخاصة يفرض وجود شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون المدني تجعل من الإدارة طرفاً متميزاً في التعاقد ذات سلطة .

٦- أن السبب الرئيسي الذي أنتج لنا هذا النوع من التعاقد هو المصلحة العامة التي تبتغيها الدولة من حيث تنفيذ اهدافها بكفائة و تخصُصِ عال و الإقتصاد في أموالها.

٧- تعدد الطرق التي من خلالها تبرم الإدارة العقود الإدارية والتي تتلائم مع طبيعتها الخاصة .

ثانيا : نظام التعاقد الممناقصات والمزايدات .

١- تعتبر المناقصة والمزايدة العامة بالمعنى المتقدم في البحث هي القواعد العامة في التعاقدات الإدارية. و تعتبر الطرق المنصوص عليها في كل من القانونين المصري والكويتي كالممارسة العامة أو المحدودة أو الإتفاق المباشر طرق إستثنائية للتعاقد الإداري .

٢- أن طريقة المناقصة أو المزايدة هما صوراً خاصة للتعاقد بصورته العامة من حيث الصيغة (الإيجاب والقبول) .

٣- عرف القانون المصري نظام المناقصة والمزايدة على حد السواء أما بالنسبة للقانون الكويتي فلم يذكر عن نظام المزايدات نهائياً في تشريعه الحديث فقد أكتفى بقصر نظام التعاقد الإداري بسرد أحكام المناقصات . إلا أنه يستفاد من ذلك طبقا للقواعد العامة إلحاق أحكام المناقصات على نظام المزايدات فتأخذ نفس الحكم.

٤- أن الهدف الأول من إتخاذ نظام التعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة هو الحصول على أكبر قدر من المنفعة والمصلحة العامة للدولة . وعليه حاول كل من التشريع المصري والتشريع الكويتي أن يحيط نظام التعاقد من خلال المناقصات بالعديد من المبادئ التي تعمل على ذلك الهدف ك:-

أ- مبدأ الشفافية والمتمثل في عرض كل ما يخص المناقصة خلال عرضها .

ب- مبدأ تكافؤ الفرص ، حيث أن كلاً من التشريعين قد عملوا على أن تكون المناقصة عامة في الأصل حتى يكون هناك أكبر عدد ممكن من المتناقصين مما يعني عروض أكثر .

ت- مبدأ سرية العطاءات بحيث لا يكون هناك محسوبية لأحد لا قبل ولا بعد فتح الأظرف .

٥- تمتع الإدارة في نظام التعاقد بالمناقصات والمزايدات بالعديد من المزايا التي تجعل منها هي المسيطرية وغير ملتزمة بإبرم العقد حتى بعد ترسية العطاء على الفائز .

التوصيات

لاشك أن نظام المناقصة أو المزايدة يحمل العديد من الزايا التعاقدية للإدارة , إلا أن التشريعات كونها كون أي عمل بشري قد يصيبه بعض من الأخطاء وعدم الإحتراز، وهذا ما تبين لي من خلال مفهوم التوازن العقدي في العقود الإدارية، فلا خلاف على كون العقد الإداري أن يكون له طبيعة قانونية خاصة، لاسيما ما يميز وضع الدولة كونها تمثل طرف المصلحة العامة ، إلا أن هذا لا يمنع من وجود توازن قانوني في العقد للمحافظة على سلامة وصحة هذه الأنظمة التعاقدية مع الدولة، وعليه أجد أن هناك بعض من التوصيات لمحاولة إيجاد بعض من الحلول التشريعية والإدارية تعمل على ضمان حسن سير المناقصة أو المزايدة وذلك على الآتي :-

أولا: الحلول التشريعية .

حيث النص من المشرع على بعض من القواعد والموضوعية والإجراءية التي من خلالها يتحدد ضمان سير نظام المناقصات والمزايدات والمحافظة على التوازن العقدي وذلك عن طريق :-

١- فصل باب أو عدة من القواع يتحدد من خلالها الأساليب الرقابية والوقائية على أعمال الإدارة في فتره المناقصة أو المزايدة ، حتى يكون هناك إطاراً تشريعياً يُجبر الإدارة على إتباعه ويضمن للمتعاقد حسن سير المناقصة أو المزايده .

٢- النص على تكريس كل من التقنيات الحديثة في إدارة المناقصات والمزايدات .

٣- النص على أن يكون هناك جهة مختصة في الدولة مستقلة ينبثق من تحتها لجان، تكون هي المسؤولة عن التعاقد وإدارته .

٤- حصر دور الإدارة في طلب العقد والإستفادة منه، تاركة إجراءات المناقصة أو المزايدة لهيئة مختصة .

٥- فصل بنود أو باب كامل في حقوق المتعاقد مع الإدارة حيث أن كلا القانونين لم يحدد حقوق المتعاقد مع الإدارة بشكل مستقل مع أنهما قد حددا حقوق الإدارة في العديد من المواد القانونية ، والتحديد يفيد المتعاقد في تحديد مصيره مع الإداره في حال المكسب أو الخسارة .

٦- عدم ترك حقوق المتعاقد مع الإدارة لأي من السلطات التقديرية للإدارة ، فإما أنه قد تتعسف أو يحدث العديد من المجاملات في هذا الشأن .

٧- ومن وجهة نظري تحديد وتحجيم الكم الهائل من السلطات الإدارية الممنوحة للإدارة المتعاقدة أو على الأقل توزيع تلك السلطة بينها وبين الإجهزة الرقابية عليها .

ثانيا : من الناحية الإدارية .

١- محاولة تحديد جهات رقابة بطريقة أكبر مما نص عليه القانونين ، فكِلا القانونين نصا على وجود جهات رقابية إلا أن هذه الجهات قد تراقب على المناقصة أو المزايدة بطريقة كلية، في حين أن ضمان الرقابة يجعل هناك هيئات متخصصة للرقابة ومن أهما الرقابة وقت فتح المظاريف المغلقة، وفرز العطاءات . وليس معني هذا أننا نقلل من الجهات التي يكون إختصاصها فرز العطاءات بل يكون هناك رقيباً عليها .

٢- أن يكون هناك عقوبات إدارية تطبق على الإدارة متى تعسفت على المتعاقد، كإنهاء التعاقد تعسفيا، ومثل هذه العقوبات كحرمان الإدارة من التعقد بنفسها ووضعها تحت وصاية إدارة أخرى .

٣- إنشاء جهات متخصصة لإزالة ما قد يعترض تطبيق العقد من صعاب مادية أو قانونية :-

أ- كلجان متخصصة لدراسة الوضع العام للتعاقد في ظل ظروف معينة ، يكون إختصاصها جمع المعلومات ودراستها في مدة زمنية محددة ومعقولة بعيداً عن عمل الإدارة أو الهيئات الرقابيه وتنظر جديه هذا التعاقد وأثره ، وعرضه على الهيئات الرقابية قبل البت فيه .

ب-محاولة التعاقد مع الشركات المتخصصة في العديد من التخصصات الإستشارية وإعتماد قراراتها بسبب إستغلال الخبرات الواسعة للقطاع الخاص.

ت- عقد دورات فنية وقانونية لمتخزي القرارات من ممثلي الإدارات .

وما توفيقي إلا بالله

قائمة المراجع

أولا – المراجع العامة

١– د/ أحمد سلامة بدر – العقود الإداريةوعقود البوت ، دار النهضة العربية ،القاهرة ٢٠٠٣م.

٢– د/ جابر جاد نصار – العقود الإدارية– دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٥.

٣– د/ رياض عبد عيسى الزهيري، أسس القانون الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد،٢٠١٦.

٤– د/ رمضان أبو السعود – مصادر الإلتزام – دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية ٢٠٢٠.

٥– د/ سامي جمال الدين – أصول القانون الإداري – منشأة المعارف – الإسكندرية ، ٢٠٠٤ص.

٦– د/سليمان الطماوي– مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٦٦،ص٩٨٤.

٧– د/ سليمان الطماوي – الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي،١٩٦٧،ص٥٧٨.

٨– د/ سليمان محمد الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – دار الفكر العربي الطبعة الخامسة ٢٠٠٨.

٩– د/ سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ،دار الفكر العربي ، مصر ، سنة ١٩٩١.

١٠– د/ سعاد الشرقاوي – العقود الإدارية – دار النهضة العربية ، القاهرة الحزء الثاني ١٩٩٩.

١١– د. سامي ذياب عبد الرزاق، إدارة المشروع ودراسة جدواه، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت،٢٠١٥.

١٢– د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، الناشر دار الفكر العربي، القاهرة،١٩٨٢.

١٣– د / عزيز الشريف– دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت– الطبعة الاولى جامعة الكويت ١٩٩٨.

١٤– د/ عبد الغني بسيونس – القانون الإداري – دراسة اطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر – منشأة المعارف الإسكندري ٢٠٠٥

١٥– د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية: القرارت والعقود الإدارية ، منشاة المعارف ، مصر ، سنة ٢٠٠٧.

١٦– د/.عثمان سلمان غيلان، الموجز في عقود مقاولات الهندسية المدنية، الطبعة الاولى، صباح الانباري للنشر، بغداد،٢٠٠٨.

١٧– د/ عبد العزيز بن محمد الصغير، القانون الإداري بين التشريعي المصري والسعودي، الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،٢٠١٥.

١٨– د/عبد العزيز عبد المنعم خليفه، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،٢٠٠٩.

١٩- د/ عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، مصر ، سنة ٢٠٠٢ .
٢٠- د/ عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان، سنة ٢٠٠٦.
٢١- د / عبد الحميد الشواربي ،العقود الإدارية في ضوء الفقه- القضاء-التشريع،منشاة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، سنة٢٠٠٣.
٢٢- د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية ، منشاة المعارف للنشر والتوزيع،مصر ،سنة ٢٠٠٧.
٢٣- د/ ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر ٢٠٠٤.
٢٤- د/ محمد الصغير بعلي - العقود الإدارية ، معيار العقد الإداري-أنواع العقد...، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر.
٢٥- د / محمد رفعت عبد الوهاب – القانون الإداري ، طبيعة القانون الإداري ، التنظيم الإداري ، الموظفون العموميون ، أموال الإدارة العامة ، إمتيازات الإدارة العامة - دار الجامهة الجديدة ، الاسكندرية ٢٠١٠
٢٦- د / محمد رفعت عبد الوهاب – القانون الإداري – الجزء الأول ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ٢٠٠٩ .
٢٧- د/محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري – دار الهدى للمطبوعات – الإسكندرية.
٢٨- د / محمود عاطف البنا – العقود الإدارية – دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧.
٢٩- د. ممدوح طنطاوي،المناقصات المزايدات، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،٢٠٠٥.
٣٠- د/ مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة ٢٠٠٨.
٣١- د/ محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري:المقومات-الإجراءات-الآثار،دارا لجامعة الجديدة للنشر،مصر، سنة ٢٠٠٦.
٣٢- د/ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، مصر، سنة ٢٠٠٧ .
٣٣- د / مازن ليلو راضي العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن مع شرح لائحة العقود الإدارية رقم ٨١٣ لسنة ١٩٩٤، منشاة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، سنة٢٠٠٣ .
٣٤- د/ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية،لبنان، سنة ٢٠١٠
٣٥- د. وليد رمضان عبد التواب،الموسوعة الجامعية في المناقصات والمزايدات، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، الناشرون المتحدون، القاهرة،٢٠١٥.
٣٦- د/ وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مكتبة السنهوري،بغداد ٢٠١٣ .

ثانيا – المراجع المتخصصة:

١– د/ بشار جميل عبد الهادي – العقد الإداري ، الجوانب القانونية والإدارية والأدبية – دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الولى ، عمان ٢٠١٥ .

٢– د/ رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية. دار المكتبي ،سورية, الطبعة الثانية ، ٢٠١٠.

٣– د/ رفيق يونس المصري – مناقصات العقود الإدارية ، عقود التوريد ومقاولات الاشغال العامة – دار المكتبي للطابعة والنشر والتوزيع ، سورية ، دمشق الطبعة الأولى ١٤٢٠ه،١٩٩٩م.

٤– د/ عزري الزين – الأعمال الإدارية ومنازعاتها – مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي وأثرهاعلى حركة التشريع ، ٢٠١٠.

٥– د/ عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية . منشأة المعارف ، ٢٠٠٣ .

٦– د/ محمد دويدار – مبادئ الإقتصاد السياسي / الجزء الرابع، الإقتصاد المالي، النظرية العامة في مالية الدولة السياسة المالية في الإقتصاد الرأسمالي – دار الفتح للنشر والتوزيع الإسكندرية ٢٠١٩،٢٠١٧

٧– د/ محمد مختار نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٥

٨– د/مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٥ .

الرسائل العلمية

١– د / إبراهيم طه الفياض – العقود الإدارية – النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم٣٧ لسنة١٩٦٤م الطبعة الاولى– مكتبة الفلاح – الكويت–١٩٨١م .

٢– بره الزهرة– تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية – مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال ، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ٢٠١٤،٢٠١٥.

٣– خضري حمزة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري . مذكرة ماجستير صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، ١٦/٠٦/٢٠٠٥ .

٤– صدراتي صدراتي –نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، رسالة مقدمة بغرض نيل درجة الماجستير في القانون ، جامعة الجزائر١٩٤٨.

المجلات العلمية

١– كتومحمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، العدد ٢. لسنة ٢٠١٠.

القواميس اللغوية

١– الموسوعة الفقهية الكويتية .

٢- القوانين الفقهية، ابن الجزي.
٣- لسان العرب.
٤- كتاب تاج العروس ل (الزبيدي، مرتضى).
٥- مختار الصحاح .

القوانين

١- دستور دولة الكويت الصادر سنة ١٩٦٢ والمعاد العمل به ١٩٩٢.
٢- الدستور المصري لسنة٢٠١٤
٣- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.
٤- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون **رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .**
٥- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون **رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨** ولائحته التنفيذية.
٦- قانون رقم رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بالتعاقد بطريق المناقصة العامة الكويتي.
٧- اللائحه التنفيذيه لقانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

أحكام المحاكم

- المحكمة الدستورية العليا المصرية .
- محكمة القضاء الإداري المصري .
- المحكمة الإدارية العليا .

مراجع باللغة الإنجليزية

1- The Heyday of the Auction" ،The Economist ،352 (8129): ,١٩٩٩
2- Hekster, Olivier- Rome and its Empire, AD 193-284- Edinburgh University Press٢٠٠٨ ،
3- - Rob Neufeld, "Visiting Our Past: Brightleaf Tobacco Poisoning in the 1880s," Asheville Citizen-Times, April 2019

مراجع باللغة الفرنسية

1- -Helen Lemesel, « La régulation de la commande publique en France (XVIIIe-XIXe siècles) », Guinness, ٣/٢٠١٠
٢- H.Roland L. Boyer- Droit Civil Les obligations and contra toed, Litec; 1999
3- Marty et Raynaud- Droit civil. T-2 Les obligations -ed Parise- 1962.
Vedel. DROIT administrative, 1968

الفهرس

مقدمة ٢

أولا – موضوع الدراسة:..... ٢

ثانيا – مبررات الدراسة:..... ٢

ثالثا –أهداف الدارسة:..... ٣

رابعا – إشكالية الدراسة:..... ٣

خامسا – المنهج المستخدم:..... ٣

سادسا: خطة الدراسة..... ٣

.....المبحث التمهيدي ٤

.....ماهية المزايدات والمناقصات..... ٤

المطلب الأول:مفهوم المزايدات والمناقصات..... ٥

الفرع الأول : التعريف اللغوي والفقهي..... ٥

الفرع الثاني: التعريف التشريعي..... ٩

المطلب الثاني: التطور التاريخي لنظام المزايدات والمناقصات والأهمية العملية له..... ١٠

الفرع الاول :_التطور التاريخي لنظام المزايدات والمناقصات..... ١١

الفرع الثاني : الأهمية العملية لنظام المزايدات والمناقصات..... ١٢

.....المبحث الأول ١٨

.....ماهية وموضوع التعاقد الإداري..... ١٨

المطلب الأول:_مفهوم وفكرة التعاقد الإداري..... ١٨

الفرع الاول :_معيار وذاتية العقد الإداري ١٩

الفرع الثاني: أسباب استخدام الإدارة لنظام التعاقد ٢٦

المطلب الثاني: أساليب وطرق التعاقد مع الإدارة ٢٩

الفرع الاول :_حرية الأدارة في ابرام العقود الإدارية ٢٩
الفرع الثاني: طرق وأساليب التعاقد مع الإدارة ٣٢
.....المبحث الثاني..... ٣٥
.....خصائص و أسس التعاقد بنظام المزايدة والمناقصة. ٣٥
المطلب الأول: خصائص التعاقد بالمزايدة والمناقصة ٣٦
الفرع الاول :_خصائص المناقصة..... ٣٦
الفرع الثاني: الفرق بين التعاقد عن طريق المناقصة والممارسة..... ٣٨
المطلب الثاني: أُسس ومبادئ التعاقد بالمزايدات والمناقصات..... ٤٠
– المبادئ والأسس العامة للمناقصات والمزايدات ٤٠
الخاتمة..... ٤٢
اهم نتائج البحث ٤٣
التوصيات ٤٤