

التعاقد بين الجهات الحكومية تكييفه وآثاره

دكتور

إبراهيم محمد الحديثي

أستاذ القانون الإداري والدستوري المشارك

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود

المخلص

هل تحولت الجهات الحكومية من جهات تقدم مصلحة عامة، ولا تهدف للربح إلى جهات تجارية تحقق أرباحاً، وتنافس القطاع الخاص في تنفيذ العقود الإدارية؟

تناول هذا البحث بالشرح والتحليل هذا السؤال عن طريق دراسة وتحليل موضوع تعاقد الجهات الحكومية فيما بينها؛ حيث ركز على إجراء دراسة تحليلية لتعاقد الجهات الحكومية فيما بينها طبقاً لنصوص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، وناقش الاستثناءات التي تحصل عليها الجهات الحكومية أثناء التعاقد فيما بينها، واستعرض الفروقات في تطبيق النظام بين هذه العقود وعقود المشتريات الحكومية التي تبرم مع المؤسسات والشركات الخاصة.

وقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تكييف العقد بين الجهات الحكومية.

المبحث الثاني: الدولة التاجرة، والمرحلة التمهيدية للتعاقد.

المبحث الثالث: التعاقد بين الجهات الحكومية وموقفه من الإجراءات الإدارية والفنية المتعلقة بالمنافسة.

المبحث الرابع: حقوق وواجبات طرفي العقد.

Abstract

Contracts between Government Entities: Adaptation and Effects

Have government entities shifted away from nonprofit entities that provide people with public interest to commercial for-profit entities that compete with private sector in the implementation of administrative contracts? This research addresses, by explanation and analysis, this question through studying and analyzing the topic of contracts between government entities. This topic focuses on carrying out an analytical study of the contracts between government entities based on Saudi Procurements Regulations and its Implementing Regulation. Moreover, it discusses the exceptions that these entities gain during contracting. Furthermore, it reviews the differences between applying the regulations of these contracts and applying them on government procurement contracts that are concluded with private sectors companies.

This study is divided into four chapters. They are as follows:

The first chapter: Adaptation of contracts between government entities.

The second chapter: the commercial state and the preliminary stage of public contract.

The third chapter: Contracting between government entities and its position on administrative and technical procedures related to procurement competitions.

تمهيد

اعتدنا في العقود الإدارية أن تكون هناك جهة حكومية، تتعاقد مع شركة أو مؤسسة أو فرد لينفذ لها عقداً إدارياً؛ فيكون الحاصل في كل عقد وجود طرفين؛ الطرف الأول من الجهة الحكومية، وتحكمه قواعد القانون العام، ويهدف من التعاقد إلى تحقيق مصلحة عامة، بينما الطرف الثاني من القطاع الخاص، ويهدف إلى تحقيق الربح، ويتميز عنه الطرف الحكومي بعدم تكافؤ القوة بينهما، وبتطبيق الشروط الاستثنائية التي لا يطبقها المتعاقدون في القطاع الخاص في تعاقداتهم؛ فالكفتان في العقد الإداري غير متساويتين؛ فالجهة الحكومية تستطيع - وفقاً للمصلحة العامة - تعديل بنود العقد بعد توقيعهما، وإنذار المتعاقد، وسحب العمل منه، والتنفيذ على حسابه إذا أخل ببنود العقد، أو قام بتنفيذ مواصفات غير التي تم الاتفاق عليها، بينما لا يستطيع الطرف الثاني ذلك إلا بعد صدور حكم قضائي.

وقد ظهرت في السنوات الأخيرة صورة جديدة من التعاقد الإداري، مغايرة لما اعتدنا عليه، هذه الصورة تتمثل في أن من يقوم مقام الشخص المعنوي الخاص في تنفيذ العقد هي جهة إدارية حكومية، فيتم إبرام العقد الإداري بين جهتين حكوميتين، كلتاهما تخضع - في الأساس - لقواعد القانون العام من حيث الإنشاء، والإدارة، والقوى العاملة، والرقابة العامة من الجهات الرقابية، وهذا أمر يثير استفسارات عديدة تستحق بحثها وبيان أحكامها في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والأحكام القضائية، والأنظمة ذات العلاقة، وكذلك في ضوء قواعد القانون العام.

وعلى سبيل المثال، فقد وقعت جامعة الملك سعود في عام ٢٠١٥م عقوداً إدارية بما يزيد عن ٢٥٠ مليون ريال، كلها مع جهات حكومية، مما يثير تساؤلات عديدة: هل تحولت الجهات الحكومية من جهات تقدم مصلحة عامة، ولا تهدف للربح إلى جهات تجارية تحقق أرباحاً، وتنافس القطاع الخاص في تنفيذ العقود الإدارية؟

قد لاحظ الباحث أن كثيراً من الجهات الحكومية في السعودية وضعت في السنوات الأخيرة الاستثمار وتحقيق الأرباح نصب أعينها، وبدأت تسوق لنفسها كثيراً؛ لتحصل على عقد من هنا أو هناك؛ لتعكس النظرية السائدة أن الدولة هي التي تشتري الخدمة، وليست تبيعها، وهذا يثير أسئلة كثيرة عن تكييف العقود التي تبرم بين هذه الجهات، وما الأحكام التي تخضع لها؟ وهل تعامل معاملة الشخص المعنوي الخاص عند التنفيذ؛ بحيث تطبق عليه القواعد الرئيسية في العقود الإدارية؛ كسحب العقد، أو التنفيذ على الحساب، أو تطبيق الغرامات المالية؟ أم يتم التعامل بين طرفي

العقد على أنهما سلطتان حكوميتان لهما نفس القوة، وبالتالي لا نستطيع تطبيق القواعد العامة للعقود الإدارية على المُخل منهما بنود العقد؟
أيضاً تُثار فكرة مدى تخلي الدولة عن دورها الحارس، وانتقالها إلى دور التاجر الذي يبحث عن الربح، وهل يتناسب هذا مع فكرة السلطة والسيادة التي تتمتع بها الدولة؟

وما موقف القطاع الخاص من منافسة الجهات الحكومية - التي يفترض أن تحميه - في ميدان رئيس من اختصاصه؛ وهو تنفيذ العقود الإدارية؟
كل هذه التساؤلات وغيرها سوف يتم بحثها في المباحث القادمة.

أهمية البحث

سيناقش هذا البحث تحول دور الدولة من دولة رعاية، مهمتها تقديم الخدمات للمجتمع - ومن ضمنها شراء اللوازم الحكومية لتنفيذ مهامها الأساسية - إلى دولة تشارك في تنفيذ هذه المشتريات، وتتنافس القطاع الخاص في صفة من أخص صفاته؛ صفة تحقيق الأرباح، وانعكاسات هذا الدور على الأنظمة المختلفة المعمول بها في المملكة، وعلى الأخص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وكيفية التعامل بين الجهة الحكومية البائعة مع الجهة الحكومية المشتريّة، ومدى إمكانية تطبيق قواعد نظام المنافسات، مثل: فسح العقد مع الجهة الإدارية، والتنفيذ على حسابها.

أسئلة البحث

أسئلة كثيرة يثيرها موضوع هذا البحث، وي طرح كذلك فرضيات وحلولاً للإجابة عنها، تتعلق كلها بالتعاقدات بين الجهات الحكومية؛ إذ جرت العادة في عقود المشتريات الحكومية أن تكون الجهات الحكومية مشتريّة، وتطرح المنافسة، ويتنافس عليها شركات ومؤسسات القطاع الخاص. أما في بحثنا هذا فقد لبست الجهة الحكومية ثياب القطاع الخاص، ونزلت للميدان؛ لتنفيذ بنفسها العقد الإداري؛ ولهذا تثار أسئلة كثيرة عن تكييف العقود التي تبرم بين هذه الجهات؟ وما الأحكام التي تخضع لها؟ وهل تمارس الجهات الحكومية التجارة عند توقيعها للعقد الإداري؟ وهل يتم معاملتها مثل كيانات القطاع الخاص؟ وهل تطبق عليها نفس الإجراءات الإدارية التي تطبق عادة في المناقصات الحكومية؟ وهل يجوز لهذه الجهات التنازل عن العقد للغير، أم يجب أن تنفذ بنفسها؟ وهل يمكن سحب العمل منها إذا أخلت بالتنفيذ، أو حتى إيقاع جزاءات عليها؟ وهل للجهات الحكومية أن تتنافس في جميع أنواع العقود الإدارية أم بعضها؟

أسئلة كثيرة تطرحها فرضيات البحث، وهي جديرة بالتحليل والمناقشة.

موضوع البحث

يتناول هذا البحث موضوع التعاقد بين الجهات الحكومية لتنفيذ عقود المشتريات الحكومية؛ وذلك بإجراء دراسة تحليلية لهذا الموضوع في ضوء نصوص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، وبيان الآثار المتولدة - من هذا التحليل - على موضوع البحث.

وتتضمن الدراسة بحث كل ما يتعلق بالتعاقد بين جهتين حكوميتين؛ من حيث إجراءات الترسية، والاستثناءات من النظام، وتحول الدولة من دولة رعية إلى دولة تبحث عن الربح، وأنواع العقود التي - غالباً - ما تبرم بين الجهات الحكومية، وحقوق وواجبات كل جهة حكومية أثناء وبعد تنفيذ العقد، ومدى تطبيق قواعد النظام بخصوص تطبيق الجزاءات على الطرف الذي يخل بالتزاماته.

وقد قسمت هذه الدراسة إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تكييف العقد بين الجهات الحكومية:

المطلب الأول: التعاقد بين الجهات الحكومية من وجهة نظر الأنظمة واللوائح السعودية.

المطلب الثاني: إسقاط تعريف العقد الإداري على خصائص هذه العقود.

المطلب الثالث: النظر في اختصاص المحكمة الإدارية، وهل تنظر منازعات هذه العقود؟

المبحث الثاني: الدولة التاجرة، والمرحلة التمهيدية للتعاقد:

المطلب الأول: الدولة التاجرة.

المطلب الثاني: المبادئ الأساسية للتعاقد، والامتيازات التي حصلت عليها الجهة الإدارية المتعاقدة.

المبحث الثالث: التعاقد بين الجهات الحكومية وموقفه من الإجراءات الإدارية والفنية المتعلقة بالمنافسة:

المطلب الأول: توفر الاعتماد المالي.

المطلب الثاني: الإذن بالتعاقد.

المطلب الثالث: الإجراءات الفنية المتعلقة بالمنافسة.

المبحث الرابع: حقوق وواجبات طرفي العقد:

المطلب الأول: حقوق وواجبات الطرفين أثناء تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: حقوق وواجبات الطرفين بعد تنفيذ العقد.

خاتمة.

المبحث الأول

تكييف العقد بين الجهات الحكومية

يستلزم تكييف العقد المبرم بين جهتين حكوميتين أن يُسبغ عليه الوصف الذي يتناسب مع ما احتوى عليه من عناصر رئيسية، تميزه عن العقود الأخرى؛ بحيث يسلط الضوء على القواعد التي تحكم العقد، والحقوق والواجبات التي تعاقد عليها الطرفان، حتى يتم تحديد هذا النوع من العقود. ويترتب على تحديد الوصف القانوني للعقد تحديداً القواعد القانونية التي تحكمه، وتمييزها عن غيرها؛ فالقواعد القانونية التي تنطبق على العقود المدنية أو التجارية تختلف عن تلك التي تنطبق على العقود الإدارية. ويترتب على تحديد توصيف العقد أيضاً تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

وحتى نحدد الوصف القانوني المناسب للعقود المبرمة بين الجهات الحكومية، فإنه يستحسن النظر إليها من ثلاث زوايا: الأولى: تتعلق بالإشارة إلى هذا التعاقد في الأنظمة السعودية. والثانية: إسقاط تعريف العقد الإداري على خصائص هذه العقود. والزاوية الثالثة: النظر في اختصاص المحكمة الإدارية، وهل تنظر منازعات هذه العقود؟ وسنبحثها في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

التعاقد بين الجهات الحكومية من وجهة نظر الأنظمة واللوائح السعودية

أهم نظام يتم تحليله أولاً هو نظام المنافسات والمشتريات الحكومية (نظام المنافسات)^١؛ إذ هو النظام المباشر الذي ينظم أعمال المنافسات والمشتريات الحكومية في السعودية، وهو المرجع الرئيس للعقود الإدارية التي تبرمها الجهات الحكومية^٢.

^١ بالنظر إلى تاريخ المشتريات الحكومية السعودية نرى أنه بعد دخول الملك عبدالعزيز الحجاز عام ١٣٤٤هـ (١٩٢٤) شكل لجنة من الأهالي للنظر في المصالح العامة وكانت إحدى مهماتها المشتريات الحكومية؛ إذ نصت المادة الثالثة من مهام اللجنة على "إبرام العقود مع الشركات والتجار الخاصة بمشتريات ومبيعات لوازم دوائر الحكومة"، وبعد إنشاء مجلس الشورى وصدور نظامه في ٧/١١/١٣٤٦هـ (١٩٢٦) أسندت إليه الأمور المتعلقة بالمشتريات الحكومية، ثم صدر نظام وكالة المالية العامة في ١٨ ربيع أول ١٣٤٧هـ (١٩٢٧)، وأكد اختصاص هذه الوكالة بأمر المشتريات الحكومية، وتضمن هذا النظام عدداً من المواد المنظمة للمشتريات الحكومية، واستمر الوضع على هذا النحو حوالي أربع سنوات تقريباً إلى أن أنشئت وزارة المالية بالمرسوم الملكي رقم (٣٨١) وتاريخ

وبالنظر إلى مواد النظام، نجد أن المادة الثامنة والستين أجازت للجهات الخاضعة لأحكام النظام التعاقد فيما بينها، وهذه أول إشارة في أنظمة المشتريات الحكومية في المملكة تتعلق بتعاقد الجهات الحكومية فيما بينها؛ إذ لم يتطرق نظام المشتريات الحكومية وتنفيذ أعمالها ومشروعاتها^٣ الصادر عام ١٣٩٧ هـ، ولا نظام المناقصات والمزايدات^٤ الصادر عام ١٣٨٦ هـ - لمثل هذه الإشارة من قبل. وقد فرض الواقع العملي على السلطة التشريعية أخذ التعاقد بين الجهات الحكومية في الاعتبار؛ لأن هناك ممارسات تعاقدية تقوم بها الجهات الحكومية، وعقوداً تعتبر ظاهرة تسترعي الانتباه؛ لذا فصلت السلطة التشريعية لفت الانتباه إلى مثل هذا النوع من العقود، وتنظيم بعض أحكامها ولو ببضع مواد تضع قواعد عامة تنظم التعاقد بين الجهات الحكومية وأحكامه، كما سنرى في ثنايا هذا البحث.

١١/٠٤/١٣٥١ هـ الموافق ١٤/٠٨/١٩٣٢ فأوكلت إليها جميع اختصاصات وكالة المالية العامة، وألغيت صلاحية تعيين أعضاء لجنة فحص العروض والتي كانت قد أنيطت بالنيابة العامة، وأصبحت وزارة المالية هي المسؤولة وبشكل رئيس ومباشر عن مشتريات الحكومة، بعد ذلك تم التمييز بين المزايدات والمناقصات، وصدر لكل منهما نظام مستقل عن الآخر بمسمى نظامي المزايدات والمناقصات العلنية. وقد صدرت الموافقة على هذين النظامين بالأمرين رقم (٥٥١٠) وتاريخ ١١٧/١٤/١٣٦١ هـ (١٩٤٢)، ورقم (٨٤٢٧) وتاريخ ١٣/١٧/١٣٦١ هـ، ثم صدر نظام الممثلين الماليين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٨٥) وتاريخ ٢٠/١٩/١٣٨٠ هـ (١٩٦٠) في عشرين مادة، أربع مواد منها (١٦-١٧-١٨-١٩) خاصة بالمناقصات، ثم صدر نظام المناقصات والمزايدات بالمرسوم الملكي رقم (٦) وتاريخ ١٤/١٢/١٣٨٦ هـ في مائة وسبعة وتسعين مادة، وهذا أول نظام يتضمن أحكاماً تفصيلية للمشتريات الحكومية، وقد استمر اثني عشر عاماً إلى أن ألغي بصدور نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها بالمرسوم الملكي رقم (١٤) وتاريخ ٢٥/١٣/١٣٩٧ هـ (١٩٧٦)، وقد استمرت أحكامه تنظم أعمال المشتريات والمزايدات الحكومية ثلاثين سنة حتى ألغي بصدور نظام المناقصات والمشتريات الحكومية بالمرسوم الملكي رقم م ٥٨ وتاريخ ١٢/٩/١٤٢٧ هـ. لمزيد من التفصيل عن تاريخ المشتريات الحكومية السعودي انظر: الحديثي، د. إبراهيم محمد، تأثير انضمام المملكة العربية السعودية لاتفاقية المشتريات الحكومية التابعة لمنظمة التجارة العالمية على أحكام نظام المناقصات والمشتريات السعودي، نشر في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ١٢٨، يونيو ٢٠١٦ م.

^٢ نصت المادة التاسعة والستون من نظام المنافسات على ما يلي: "مع مراعاة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية النافذة التي تكون المملكة طرفاً فيها، يطبق هذا النظام ولأئحته التنفيذية على جميع الأجهزة الحكومية والوزارات والمصالح والمؤسسات العامة والأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة المستقلة؛ عدا الجهات التي لها نظام خاص، فيطبق عليها هذا النظام فيما لم يُنظم في أنظمتها".

^٣ صدر بالمرسوم الملكي رقم م ٦١ وتاريخ ٢٤/١٢/١٣٨٦ هـ.

^٤ صدر بالمرسوم الملكي رقم م ١٤١ وتاريخ ١٧/٤/١٣٩٧ هـ.

وقد منح نص المادة الثامنة والستين المشار إليه ميزة كبيرة للجهات الحكومية، لا يتمتع بها الآخرون الذين يتعاقدون معها؛ إذ قررت المادة أن "الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر"^٥، وهذا يعني هذه الجهات من الدخول في المنافسة مع الشركات والمؤسسات الخاصة؛ إذ تستطيع أن تتقدم الجهة الإدارية مباشرة إلى الجهة الإدارية الأخرى لتنفيذ العقد الإداري، وقيدت المادة هذا العموم بشرط أن تقوم الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال بنفسها.

والاتفاق المباشر يعني أن تقوم الجهة الحكومية بالتعاقد مع الجهة الحكومية الأخرى مباشرة، بدون حاجة إلى الإجراءات التمهيدية للتعاقد. والاتفاق المباشر هنا يهدم الإجراءات التنافسية التي يشدد عليها نظام المنافسات؛ إذ أجاز للجهة الحكومية أن تتفق مباشرة مع الجهة الحكومية الأخرى التي طرحت المناقصة - ليتنافس عليها الجميع - دون أن تلتزم بالإجراءات الأولية للمنافسة، فلا يلزم الجهة الحكومية الراغبة في تنفيذ العقد أن تقدم عرضها في الوقت الذي حددته شروط المناقصة، ولا أن تلتزم بالقيود التي وضعها النظام، مثل: التخصص، والتصنيف، ولا أن ترسل عرضها؛ لتبحث لجنة فتح المظاريف مدى كفاءته عند مقارنته بالعروض الأخرى، وكذلك لا يلزم إرسال ضمان مالي ابتدائي مع العرض؛ لأن النظام استثنى الجهات الحكومية من تقديمه.

وتكوين العقد الإداري يمر بمرحلتين؛ تمثل المرحلة الأولى منهما المرحلة التمهيدية لإبرام العقد، بينما تعد المرحلة الثانية المرحلة الفعلية والنهائية (مرحلة التعاقد)، التي يتم في ختامها إبرام العقد.^٦ ولهذا فإن الاتفاق المباشر يلغي المرحلة الأولى تماماً، وتنتقل الجهة الحكومية إلى المرحلة الثانية؛ وهي مرحلة التعاقد مباشرة.

وهذا يثير سؤالاً فنياً: هل يعني هذا أنه بمجرد أن تتقدم جهة الإدارة لتنفيذ عقد عند جهة إدارية أخرى أن الأخيرة ستقبل بها، وتوقع العقد دون حاجة إلى التأكد من إمكانيتها لتنفيذه؟ الجواب: لا، بالطبع؛ فلجهة الإدارة أن تبحث مدى أهلية وكفاءة الجهة الأخرى لإنجاز العقد وفقاً لمواصفاته وفي الوقت المحدد، وهذا الأمر يقع على عاتق لجنة فحص العروض؛ إذ لا يتضمن إلغاء المرحلة التمهيدية في المنافسة ترسية العقد على الجهة الحكومية التي استقادت من هذه الميزة، بل رأينا في الواقع العملي أنه

^٥ المادة (٦٨)، نظام المنافسات.

^٦ الصمعاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مج ١، ١٤٣٥هـ، ص ٣٣٨.

تم رفض عرض جهة حكومية لتنفيذ منافسة معينة لعدم ثقة الجهة صاحبة المنافسة في قدرة الجهة الأخرى على التنفيذ.

والاتفاق المباشر كذلك يؤثر في بعض القواعد المهمة للمنافسة، مثل: المعاملة العادلة بين المتنافسين، وحرية المنافسة، ومبدأ الشفافية وعلانية المنافسة.

وهذا التمييز لصالح الجهات الحكومية لم تُبين أسبابه، ولا الهدف منه؛ لا نظام المنافسات، ولا لائحته التنفيذية، بل إنه يخالف قواعد أساسية اعتمد عليها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لسنوات طويلة، وقد أكدت عليها المادة الأولى من النظام، والتي سنناقشها بالتفصيل في المباحث القادمة.

ولعل بعض الأسباب أن السلطة التنظيمية تنظر إلى الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام على أنها جميعاً سوف يؤول ربحها وخسارتها للميزانية العامة للدولة.^٧ وقد أشار حكم لديوان المظالم إلى قريب من هذا حينما رأى .. "أنه لا فرق بين زيادة الرسوم الجمركية وزيادة أسعار الإسفلت؛ فكلها صدرت وتصدر من الحكومة، ولما كانت الحكومة وحدة واحدة - بما في ذلك الوزارات المتفرعة عنها والتابعة لها، ومنها وزارة المواصلات المدعى عليها، وكذلك بيت المال أو خزانة الدولة -، وما يطرأ من الزيادات في الأسعار والرسوم التي تستفيد منها الدولة كله يذهب إلى الخزانة العامة للدولة فهي المستفيدة من هذه الزيادات، والمدعى عليها جزء منها، فتستفيد هي أيضاً من هذه الزيادات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة".^٨

والجدير بالذكر أن الاتفاق المباشر هنا يختلف عن نوعين من الاتفاق المباشر اللذين أشار إليهما النظام؛ إذ أجاز النظام للجهات الحكومية أن تقوم بالشراء المباشر بدون اللجوء للمنافسة العامة أو المحدودة في الحالات الطارئة والمستعجلة، والتي لا يمكن الانتظار فيها إلى طرح منافسة، وجلب عروض، وتقييمها، واختيار أقل الأسعار منها، والحد الأقصى لصلاحيه الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة في الشراء المباشر مليون ريال، بعد إحضار ثلاث فواتير، أو عروض مفتوحة.

فقد نصت المادة الرابعة والأربعون على أنه يجوز توفير احتياجات الجهة الحكومية وتنفيذ أعمالها عن طريق الشراء المباشر في الحالات العاجلة، على ألا

^٧ زيدان، د. علي الدين، قانون المناقصات والمزايدات، الجزء الأول، الطبعة الأولى ٢٠١٤م، ص ٣٩٥.

^٨ حكم ديوان المظالم رقم ١١١١٤٧ لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ١١٤٥١ ا ق لعام ١٤٢٦ هـ، منشور في مجموعة الأحكام الإدارية لعام ١٤٢٩ هـ، المجلد الخامس، ص ٢١٦٦.

تتجاوز قيمة الشراء مليون ريال. وعند تنفيذ الأعمال والمشتريات عن طريق الشراء المباشر يجب الحصول على ثلاثة عروض على الأقل، وتفحص هذه العروض لجنة يكونها الوزير المختص، أو رئيس الدائرة المستقلة، على ألا تتجاوز التكاليف السعر السائد في السوق.^٩

والاتفاق الثاني هو التعاقد المباشر في الحالات التي تم استثنائها من تطبيق النظام عليها، وهذه نظمها المادة (٤٧) من النظام؛ حيث أجازت المادة السابعة والأربعون من النظام - استثناءً من المنافسة العامة - توفير احتياجات الجهات الحكومية من بعض الأعمال والمشتريات بالطريقة التي تراها، ومن ضمنها الأسلحة والمعدات العسكرية، وقطع غيارها، بالشراء مباشرة من الشركات المنتجة، ويتم اختيار أفضل العروض بما يحقق المصلحة العامة من قبل لجنة وزارية تكوّن بأمر ملكي لهذا الغرض من ثلاثة أعضاء على الأقل، إضافة إلى رئيسها، ثم تعرض توصياتها على رئيس مجلس الوزراء؛ للموافقة عليها. ومن ضمن هذه المشتريات والأعمال: السلع أو الإنشاءات أو الخدمات التي لا تتوافر إلا لدى متعهد أو مقاول أو منتج واحد، ولم يكن لها بديل مقبول والمستلزمات الطبية المطلوبة عاجلاً في حالات ظهور أوبئة.^{١٠}

ورغم الميزة الإيجابية للجهات الحكومية في الاتفاق المباشر، إلا أن الباحث يرى أن هذه الميزة تعتبر استثناءً للقاعدة الواردة في المادة الثانية من النظام، التي نصت على أن تتعامل الجهات الحكومية عند تنفيذ منافساتها وتوفير مشترياتها مع الأفراد والمؤسسات والشركات المرخص لهم بمزاولة العمل الذي تقع في نطاقه الأعمال طبقاً للأنظمة والقواعد المتبعة^{١١}؛ حيث ركزت هذه المادة على الشركات والمؤسسات والأفراد، ثم إنها اشترطت شرطين يجب أن يتوفرا فيهما؛ وهما: التخصص، أو ما يعرف بالتصنيف^{١٢}، والترخيص بمزاولة العمل الذي سيتنافسون عليه^{١٣}. والتخصص

^٩ المادة (٤٤) والمادة (٤٥) من نظام المنافسات.

^{١٠} المادة (٤٧)، نظام المنافسات.

^{١١} المادة (٢)، نظام المنافسات.

^{١٢} نصت المادة الثانية عشرة والمادة السادسة والستون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على الشروط الواجب توافرها في مقدمي العروض؛ وهي:

أ- يجب أن تتوافر لدى الراغبين في التعامل مع الجهات الحكومية الوثائق والترخيص التالية:

١ - السجل التجاري أو الترخيص النظامي في مجال الأعمال المتقدم لها.

٢ - شهادة تصنيف في مجال الأعمال المتقدم لها إذا كانت قيمة العرض مما يشترط له التصنيف وفقاً للأحكام الواردة في نظام (تصنيف المقاولين).

والترخيص تصدر بهما شهادات من جهات حكومية متخصصة، مثل: وزارة التجارة والاستثمار المختصة بإصدار التراخيص أو السجلات التجارية، أو الهيئة العامة للاستثمار^٤، ووزارة الشؤون البلدية والقروية المختصة بإصدار شهادات التصنيف وفقاً لنظام التصنيف.

ولعل أحد أسباب استثناء الجهات الحكومية من التنافس مع الشركات والمؤسسات والأفراد، والسماح لهم بالتقديم المباشر للجهة الحكومية الراغبة في طرح المنافسة - أن الجهات الحكومية لا يوجد لديها ترخيص بمزاولة العمل، ولا شهادة تصنيف صادرة من الوزارة المختصة.

ويرى الباحث أيضاً أن هذه الميزة بالتقديم المباشر للجهة الحكومية الراغبة في تنفيذ المنافسة تصطدم مع الهدف العام الوارد في الفقرة (ج) من المادة الأولى من النظام، التي نصت على تعزيز النزاهة والمنافسة، وتوفير معاملة عادلة للمتعهدين والمقاولين؛ تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص^٥؛ إذ تمنح الجهات الحكومية معاملة تفضيلية تختلف عن المعاملة التي توفر لباقي المتنافسين، هذا فضلاً عن أن الجهة الحكومية

٣- شهادة تسديد الزكاة أو الضريبة.

٤- شهادة من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بتسجيل المنشأة في المؤسسة، وتسديد الحقوق التأمينية.

٥ - شهادة الانتساب للغرفة التجارية.

٦ - رخصة الاستثمار إذا كان المتنافس مرخصاً وفقاً لنظام (الاستثمار الأجنبي).

٧- شهادة تحقيق النسبة النظامية لتوطين الوظائف.

ب- يجب أن تكون الوثائق والتراخيص المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة سارية المفعول. مع مراعاة ما ورد في المادة (الأربعين) من النظام؛ بصرف المستخلص الختامي بعد تنفيذ التعاقد لكافة التزاماته التعاقدية، وتقديمه الشهادات التالية:

١- شهادة من مصلحة الزكاة والدخل، تثبت تسديد الزكاة أو الضريبة المستحقة.

٢- شهادة من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، بتسجيل المنشأة في المؤسسة، وتسديد الحقوق التأمينية.

٣ - الشهادات التي يتوجب تقديمها بموجب نماذج العقود المعتمدة.

^{١٣} انظر: التعميم السامي رقم ٢٧٩٤٥ وتاريخ ٢١ ١ ١٧ ١٤٢٤ هـ الذي ألزم جميع الجهات الحكومية بأن يقدم صاحب العمل الذي يتعامل معها شهادة صادرة من مكتب التأمينات المختص يثبت فيها أن منشأته مسجلة في المؤسسة.

^{١٤} انظر: نظام الاستثمار الأجنبي الصادر بالمرسوم الملكي رقم : (١/م) وتاريخ : ٥ / ١ / ١٤٢١هـ ، وأكد التعميم السامي رقم ١٦٧٢٢ م ب وتاريخ ١١ ١٩ ١٤٢٧ هـ أن للمستثمر الأجنبي المرخص له بالعمل في المملكة طبقاً لنظام الاستثمار الأجنبي الدخول في المنافسات الحكومية.

^{١٥} المادة الأولى ج من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

ستدخل في مجال منافسة القطاع الخاص في تنفيذ المشاريع، والحصول على حصة من سوق المقاولات، يفترض أن توفر لشركات ومؤسسات القطاع الخاص. وهناك تمييز آخر سنتطرق إليه بالتفصيل لاحقاً؛ وهو إعفاء الجهات الحكومية الراغبة في التعاقد من تقديم الضمانات البنكية، سواء كانت ضمانات ابتدائية أو نهائية^{١٦}، وفقاً لنص المادتين (١١ و ٣٣). وهنا أمر يحتاج إلى تأمل؛ إذ كيف يعفي النظام الجهات الحكومية من تقديم الضمان الابتدائي وهي لن تدخل أصلاً في منافسة مع الشركات والمنافسات؛ لأنها ستتعاقد مباشرة مع الجهة الحكومية الأخرى، وبالتالي لا يتطلب الأمر إثبات جدية من هذه الجهة عند تقديمها للمنافسة.

المطلب الثاني

إسقاط تعريف العقد الإداري على خصائص هذه العقود

تتوافر في العقد الإداري الأركان التي تتوافر في العقود الأخرى، مثل: الرضى، والقبول، والأثر القانوني المترتب على هذين العنصرين. فالعقد الإداري شأنه شأن أي عقد آخر هو في حقيقته توافق إرادتين تقوم على التراضي بإيجاب وقبول بين طرفيه^{١٧}، غير أن العقد الإداري يتسم بصفات أخرى تجعله مختلفاً عن سائر العقود؛ إذ إن الجهة الإدارية المتعاقدة تستند إلى قواعد القانون العام عند التعاقد؛ لذا تتميز عن الطرف الآخر بميزات معينة، تمنحها قوة تفوق قوة الطرف المتعاقد معها، وتعطيها سلطة تستطيع فرضها على الطرف الثاني في العقد.

وقد أشارت بعض أحكام ديوان المظالم إلى هذا؛ إذ نص أحد الأحكام بأن "الجهة الإدارة - استثناءً ولمقتضيات المصلحة العامة - أن تفرض إرادتها على الطرف الآخر، باعتبار أن العقد عقد إداري أبرمته باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات عن الطرف الآخر، مع التزامها بتعويضه التعويض العادل عما يتكلفه جراء ما تفرضه

^{١٦} الفقرة (ب) من المادة الحادية عشرة، والفقرة (ب) من المادة الثالثة والثلاثين من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

^{١٧} قرار ديوان المظالم رقم ٨٦١٦ لعام ١٤٠٠ هـ في القضية رقم ١١١٣٥/١٤٠٠ هـ، منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان ودوائر الديوان، منشور عام ١٤٠٠ هـ، ص ٤٩.

عليه طبيعة العقد الإداري؛ كونه يقدم خدمات عامة، وطرحه للمزايدة العامة والشروط الاستثنائية الواردة فيه^{١٨}.

وتتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بخصائص وطبيعة تجعل لها نظاماً يختلف جد الاختلاف عن النظام الذي تخضع له العقود المدنية، ويضفي عليها طابعاً خاصاً قائماً بذاته؛ حيث تبرز قاعدة أساسية جوهرية تسود قواعد تفسير العقود الإدارية؛ وهي أن هذه العقود تقوم أولاً وقبل كل شيء على فكرة المصلحة العامة، وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد^{١٩}.

فهدف الجهة الإدارية عند إبرامها للعقد الإداري تحقيق مصلحة عامة، تساعد على تحقيق المرفق العام لأهدافه بانتظام واطراد.

ويتضمن العقد أيضاً شروطاً معينة، تمارسها الجهة الإدارية بسبب ممارستها لنشاطها، وهذه الشروط استثنائية لا محل لها في عقود القانون الخاص. والعقد الإداري يتميز - بصفة أساسية - بوجود أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه، ويطلق عليها عرفاً في السعودية الجهات الإدارية؛ وهي الجهات التي تندرج إما تحت المركزية الإدارية، مثل: الوزارات، أو تحت اللامركزية الإدارية، مثل: المؤسسات والهيئات العامة.

وقد عرف الدكتور سليمان الطماوي العقد الإداري على أنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية، وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"^{٢٠}.

وقد تضمن هذا التعريف معايير أساسية ثلاثة لتمييز العقد الإداري عن غيره:

١. أن تكون الجهة الإدارية طرفاً في العقد.

^{١٨} حكم ديوان المظالم رقم (١٢١/١٥٢) لعام ١٤٢٧هـ، في القضية رقم (١٢٦٤٢) ٢١٢٦٤٢٦ لعام ١٤٢٦هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٤٩٨) ت ١١ لعام ١٤٢٧هـ، منشور في الصمعاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ص ٣٣٤، هامش رقم ٣.

^{١٩} قرار ديوان المظالم رقم ١٤٠ ت لعام ١٤٠١ هـ في القضية رقم ١١١٦٣٢ ق لعام ١٤٠٠ هـ، منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان ودوائر الديوان، منشور عام ١٤٠١ هـ، ص ٢٩٩.

^{٢٠} الطماوي، د. سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١م، ص ٥٨.

٢. أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام؛ سواءً من حيث تنظيم المرفق، أو تسييره، أو إدارته، أو استغلاله، أو المعاونة أو المساهمة فيه.

٣. أن تظهر نية الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام؛ وذلك إما بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص؛ كمنح الإدارة المتعاقدة سلطات استثنائية تمثل امتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها، أو تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، وإما بإشراك المتعاقد مباشرة في تنفيذ وتسيير المرفق العام ذاته.^{٢١}

ولأن موضوع البحث عن التعاقد بين الجهات الحكومية، فإنه يفترض أننا أمام عقد إداري اتضحت أركانه وأساسه؛ ولذا فإن الباحث لن يتوسع في شرح هذه المعايير الثلاثة إلا بقدر ما يتعلق بموضوع البحث.

ولا منازعة في أن الجهة المشترية في العقد الإداري جهة حكومية، وهي التي طرحت المنافسة، وترغب من الطرف المتعاقد معها تنفيذها وفقاً للشروط والمواصفات المطروحة، لكن الأمر يتعلق بصفة المقاول المنفذ (البائع)، فقد يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص - مؤسسة أو شركة -، وهذا يخرج عن بحثنا، وقد يكون جهة حكومية، وهو مناط هذا البحث، وهنا يتعين علينا تحديد صفة هذه الجهة الحكومية أولاً، هل نعتبرها شخصاً معنوياً عاماً، وبالتالي تطبق شروط وإجراءات معينة؟ أم نعتبرها مثل الشركات والمؤسسات الخاصة، وبالتالي تعامل نفس معاملتها؟ هذا يعتمد على عنصر السلطة والسيادة التي يتمتع بها الشخص المعنوي العام؛ فإذا كانت الجهة الحكومية المتعاقدة (المقاول) تتمتع بسلطة وسيادة - بحيث تكون قوتها القانونية أثناء تنفيذ العقد تماثل قوة الجهة الحكومية الأخرى المتعاقدة معها -، فإننا في هذه الحالة سنكون أمام شخصيتين متساويتين في الحقوق والواجبات؛ شخصية الجهة الحكومية المنفذة للعقد، وشخصية الجهة الحكومية التي ينفذ لحسابها العقد، وبالتالي لا ينطبق عليه أحد معايير العقد الإداري؛ وهو ظهور نية أحد الأطراف في الأخذ بأحكام القانون العام وتطبيق الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص؛ أي تطبيق هذه الشروط الاستثنائية على من سينفذ العقد، فهل تستطيع الجهة

^{٢١} السيد، د. محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، الطبعة الأولى ١٩٩٣م، ص ٧.

المتعاقدة (المقاول) معاملة الجهة المشتريّة (صاحبة العقد) بالمثل؛ بحيث تُطبق عليها أيضاً الشروط الاستثنائية، أو تفرض عليها عدم تطبيقها.

لو أخذنا بهذه الفرضية لخرجنا من إطار معايير العقد الإداري، وكان تكييف هذا العقد تكييفاً مختلفاً لا تنطبق عليه معايير وقواعد العقود الإدارية، وبالتالي يعتبر عقداً له ظروف محددة، وشروط معينة يجب أن تتضمن بالتفصيل حقوق وواجبات كل طرف، خاصة عند إخلال أحدهما بتنفيذ العقد، وكذلك تحديد الجزاءات التي يجب أن تطبق على الطرف المخل.

أم أننا أمام جهتين مختلفتين في القوة؛ صاحبة العقد ذات سلطة وسيادة، وبالتالي من حقها تطبيق قواعد القانون العام ومعايير الشروط الاستثنائية كما افترضتها المصلحة العامة، والأخرى لا تتمتع بأي سلطة وسيادة أثناء تنفيذ العقد، بل تعامل وكأنها أحد أفراد القطاع الخاص، فرداً عادياً تعاقد لتنفيذ شروط ومواصفات معينة، ويخضع بالتالي لقواعد وأحكام نظام المنافسات.

باستقراء نصوص النظام، والواقع العملي، نجد أن الجهة الحكومية المنفذة للعقد لم يميزها نظام المنافسات بميزات خاصة عن الجهات الخاضعة للقانون الخاص إلا في التعاقد المباشر بدون اتباع الإجراءات التمهيديّة للمنافسة التي أشرنا إليها سابقاً، وفي السماح لها بعدم تقديم الضمانات المالية^{٢٢}، ولم يشر النظام إلى غير ذلك من مميزات، وهذا يعني أنه يلزم أن تعامل نفس معاملة الشركات والمؤسسات، فلا يُسمح لها باستخدام أساليب القانون العام، ولا يجوز لها استخدام ما تملكه من سلطة وسيادة أثناء تنفيذ العقد، وبالتالي نخلص إلى أن الطرف الأول في العقد - حتى لو كان جهة حكومية - يعامل معاملة الشخص المعنوي الخاص من مؤسسات وشركات، ويتم التعاقد معه على هذا الأساس. ويفهم من هذا أن المميزات التي حصلت عليها الجهة الحكومية بتعاقدتها مع جهة حكومية أخرى إنما كانت في المراحل الأولية قبل التعاقد فقط، أما بعد توقيع العقد، فالذي يظهر مما رأيناه من واقع عملي، ومن استقراء نصوص النظام - أن سلطة هذه الجهة وسيادتها تتحسر، وتترجع، بل هناك قضايا رفعت على تلك الجهات التي أخلت بالتزاماتها التعاقدية، وطُبقت عليها غرامات تأخير.

^{٢٢} المادتان الحادية عشرة والثالثة والثلاثون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المطلب الثالث

النظر في اختصاص المحكمة الإدارية، وهل تنظر منازعات هذه العقود

في عام ١٣٨٧هـ ١٩٦٧م تعاقدت وزارة الصحة مع أحد المقاولين لإنشاء مستوصف في العيساوية التابعة للقريات، وآخر في الكاف، ونظراً لعدم استطاعة المقاول تنفيذ العقد، أصدرت الوزارة قراراً بسحب العملية من المقاول، ورفع المقاول قضية أمام المحكمة الكبرى بالرياض للتعويض عن خسائره، وأرسل القاضي ناظر القضية إلى مدير عام وزارة الصحة بالرياض للحضور للمحكمة، وحلف اليمين بأن المدعي لا يستحق غير ما سلم إليه من مبالغ. فكتب مدير عام وزارة الصحة إلى وزيره بذلك، وأنه لا مجال لحلف اليمين؛ لأن تنفيذ المناقصة تم بواسطة جهة أخرى هو يشرف عليها إدارياً، لكنه لا يتدخل في أعمالها، وقام الوزير برفع برقية للمقام السامي يطلعه على الأمر، وتم تبادل الخطابات^{٢٣} بين الملك ورئيس القضاة بخصوص هذه القضية، فصدر الأمر السامي رقم ٣١٣٣ تاريخ ١٣٨٧/١٢/١٧هـ والموجه لرئيس القضاة والقاضي بعدم نظر القضايا التي تكون الدولة طرفاً فيها مستقبلاً قبل العرض على المقام السامي، والاستئذان منه بنظر الدعوى، وتم إبلاغ وزارة الداخلية لإبلاغه إلى كافة إمارات المناطق بخطاب المقام السامي رقم ١٨٤١٤ تاريخ ١٩١٧/١٢/١٧هـ، كما صدر الأمر السامي رقم ١١٤٧٨ م وتاريخ ١٤٠٧/١٩/١٧هـ بنفس التوجيه^{٢٤}.

ومن هنا أصبح ديوان المظالم يختص بنظر المنازعات التي تكون الحكومة طرفاً فيها بعد أخذ موافقة المقام السامي، ولم ترد أي إشارة للعقود التي تبرم بين الجهات الحكومية، ولم نجد أي إشارة أيضاً في أحكام الديوان إلى عقود تبرم بين الجهات الحكومية في ذلك الوقت.

^{٢٣} الخطاب رقم ٣٢٩٨ وتاريخ ١٣٨٧/١٠/١٨ هـ والخطاب رقم ١١١٦٦ وتاريخ ١٣٨٧/٦/١٩ هـ، والخطاب رقم ٢٠٩٤١ وتاريخ ١٣٨٧/١٠/٢٨ هـ، وكل هذه الخطابات وشرح الموضوع وردت في Al-Jerba Mohammed Abdullah, The Board of Grievances, a thesis submitted for the degree of Doctor Philosophy, University of Essex, November 1992, pp. 127 -129.

^{٢٤} Al-Jerba Mohammed Abdullah, مرجع سابق، ص ١٤٠، وانظر: الوهبي، عبدالله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة، الطبعة الأولى، ص ٣٨٢ - ٣٨٣.

وقد اكتسب ديوان المظالم استقلاله تماماً بصدور نظامه لعام ١٤٠٢هـ، وأصبح محكمة إدارية مستقلة، مختصة بنظر قضايا معينة، من ضمنها العقود التي تبرمها الحكومة.

وقد تم تعديل نظام الديوان في عام ١٤٢٨هـ؛ حيث نصت الفقرة (د) من المادة الثالثة عشرة منه نظام عام ١٤٢٨ هـ على أن تختص المحاكم الإدارية بالفصل في "الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها". والفقرة هنا لم تحدد نوع العقود، بل تركتها عامة، وتشمل كل أنواع العقود التي تبرمها الجهات الإدارية.

وقد ورد نص مماثل تقريباً في نظام ديوان المظالم لعام ١٤٠٢هـ؛ حيث نصت الفقرة (د) من المادة الثامنة على اختصاص الديوان بنظر "الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية طرفاً فيها"، ولم يحدد النظام نوع العقود، غير أن المذكرة الإيضاحية للنظام أشارت في ص (٢٤) إلى أن المراد بالعقد هو العقد مطلقاً؛ سواءً كان عقداً إدارياً بالمعنى القانوني، أم عقداً خاصاً، بما في ذلك عقود العمل". والنظام نظر إلى الجهة الإدارية باعتبارها هي الأساس في اختصاص الديوان أو المحكمة الإدارية بنظر الدعوى التي يكون أحد أطرافها شخصاً معنوياً عاماً.

وديوان المظالم هو المحكمة الإدارية في المملكة، وهو المختص وفقاً لنظامه بنظر عقود المشتريات الحكومية، وهذا لا جدال فيه؛ لأن الطرف الرئيس والثابت في العقد الإداري هو جهة الإدارة، أو الجهة المشتريّة، لكن السؤال يثار عن الجهة البائعة - الطرف الثاني في العقد -، وهو في بحثنا أيضاً جهة إدارية: هل يختص ديوان المظالم بنظر الدعاوى التي تكون فيها الجهة الإدارية بائعة، وليست مشتريّة؟ ويمكن القول: إن المادة (١٣) نصت على وجود الجهة الإدارية، لكنها لم تهتم بكونها بائعة أم مشتريّة، طرفاً أولاً أم طرفاً ثانياً في العقد، وبالتالي فإن ديوان المظالم يختص بنظر الدعاوى التي تكون طرفاً فيها؛ ولذا فمن باب أولى نقول: إن الديوان يكون مختصاً بنظر الدعاوى التي يكون كلا الطرفين فيها شخصين عامين، أو جهتين إداريتين.

والجدير بالذكر أن هذا الاختصاص أضيف مؤخراً إلى ديوان المظالم بعد صدور نظامه الجديد عام ١٤٢٨ هـ - أقصد الفصل بين جهتين حكوميتين متنازعتين

-، وقبل ذلك كان هناك اتجاه في الديوان ب " عدم اختصاص الديوان بنظر النزاعات الناشئة بين الجهات الإدارية؛ لخروج ذلك عما نُص عليه في المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم (عام ١٤٠٢ هـ)، وأن ذلك قاصر على المنازعات التي تثار بين الإدارة والأفراد، ولا تمتد ولاية الديوان إلى منازعات الجهات الإدارية فيما بينها، وأن المقام السامي هو الذي ينظر في أية منازعات إدارية تثار بين مصالح الدولة بموجب ولايته الرئاسية على تلك الأجهزة، ويتم حسمها على ضوء توجيهاته"^{٢٥}.

ويرى الباحث أن تدخل مجلس الوزراء هنا مستمد من صفته التنفيذية، وينظر إلى النزاع الدائر بين جهتين حكوميتين من وجهة نظر إدارية. أما القضائية، فهي تعود إلى المحكمة الإدارية، ويؤكد هذا عدد من الأحكام التي صدرت من ديوان المظالم باختصاصه بنظر تلك القضايا؛ حيث قررت إحدى دوائر الديوان في قضية مقامة من الهيئة العامة للطيران المدني ضد الهيئة السعودية للمواصفات والمقاييس أنه .." بما أن المطالبة ناشئة عن عقد الإجارة بين جهتي الإدارة، فإن نظرها والفصل فيها من اختصاص المحاكم الإدارية بديوان المظالم وفقاً للمادة (١٣/د) من نظامه الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٨/م) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ هـ، كما تختص الدائرة بنظر الدعوى مكانياً بموجب المادة الثانية من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣/م) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥ هـ، وتختص بنظرها نوعياً وفقاً لقرار معالي رئيس مجلس القضاء الإداري رقم (٤٤) لعام ١٤٣٦ هـ"^{٢٦}.

وقد نحى الديوان نفس المنحى في قضية أخرى مقامة من فرع وزارة الشؤون الإسلامية بمنطقة عسير ضد بلدية محايل عسير"^{٢٧}.

ويود الباحث أن يشير إلى أن استناد الديوان إلى الفقرة (د) من المادة (١٣)؛ والتي تنص على أنه: تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي: (د) الدعاوى

^{٢٥} حكم ديوان المظالم رقم (١٧٠) ت ١١ لعام ١٤١٣ هـ في القضية رقم ١١١٥٣٣ ق لعام ١٤١٣ هـ، والقضية مقامة من وزارة البرق والبريد والهاتف ضد أمانة مدينة جدة، ومنشور في كتاب الوهبي، عبدالله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ، ص ٣٩٨.

^{٢٦} الحكم في الدعوى الإدارية رقم ١/٦٢٤٧/ق لعام ١٤٣٧ هـ (غير منشور).

^{٢٧} الحكم في الدعوى الإدارية رقم ٤/١٠٥٤/ق لعام ١٤٣٧ هـ (غير منشور).

المتعلقة بال عقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها"، وأن ذلك يفهم منه أن الديوان اعتمد على كون أحد أطراف الدعوى جهة إدارية، بغض النظر عن الطرف الثاني.

وهذا الرأي الذي كان يذهب إلى عدم اختصاص ديوان المظالم بنظر المنازعات بين الجهات الإدارية يستند إلى أن المنازعة الإدارية هي المنازعة التي تثار بين الجهات الإدارية والأفراد، وأن جهات الإدارة ينظمها كيان إداري ومالي واحد، فهي فروع لشخصية واحدة هي الدولة، ومن ثم يكون رئيس مجلس الوزراء هو المختص بنظر المنازعات التي تثار بينها^{٢٨}.

ورغم أن هذا الرأي كان يتبناه فريق من قضاة الديوان، إلا أن الديوان صدرت عنه عدة أحكام تم فيها نظر منازعات بين جهات إدارية قبل صدور نظام الديوان الجديد عام ١٤٢٨هـ؛ فمثلاً: في عام ١٤٢٤هـ، رفعت هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر دعوى ضد وزارة التجارة لمنعها من تسجيل علامة تجارية تتضمن صوراً محرمة شرعاً، وبمسمى ستار أكاديمي، لما تحمله من مضامين مخالفة للقيم والعادات الإسلامية، ولمخالفة هذه العلامة للفقرتين (ب.ج) من المادة الثانية لنظام العلامات التجارية، وتم نظر الدعوى، وصدر الحكم لصالح الهيئة، وأيد الحكم من محكمة الاستئناف^{٢٩}.

المبحث الثاني

الدولة التاجرة، والمرحلة التمهيدية للتعاقد

سيركز هذا المبحث على دراسة تحول دور الدولة من دولة رعاية، مهمتها تقديم الخدمات للمجتمع - ومن ضمنها شراء اللوازم الحكومية لتنفيذ مهامها الأساسية - إلى دولة تشارك في تنفيذ هذه المشتريات، وتنافس القطاع الخاص في صفة من

^{٢٨} حكم ديوان المظالم رقم (١٧٦ د ١٩١ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ١٢١٤٦٩٩ ق لعام ١٤٢٦ هـ، المؤيد بالحكم رقم (٣٤٦ ت ٦١ لعام ١٤٢٨ هـ)، منشور في الصمعاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ج ٢، ص ٢٤٨، هامش رقم ١.

^{٢٩} حكم ديوان المظالم رقم (١٣ د ١٣١ لعام ١٤٢٥ هـ في القضية رقم ١١٢٨٧ ق لعام ١٤٢٤ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٧٢ ت ٥١ لعام ١٤٢٥ هـ)، منشور في الصمعاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ج ٢، ص ٢٤٩، هامش رقم ١.

أخص صفاته؛ صفة تحقيق الرباح^{٣٠}؛ وبناءً على هذا الدور الجديد فقد أخذ نظام المنافسات في اعتباره هذا التحول، ومنح الجهات الحكومية امتيازات في المرحلة التمهيديّة للمنافسات، لا يتمتع بها القطاع الخاص عند تعاقد مع الجهات الحكومية. وعليه، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ الأول: يناقش تحول الدولة من راعية إلى تاجرة. والثاني: الامتيازات التي تحصل عليها الدولة في المرحلة التمهيديّة للتعاقد.

المطلب الأول

الدولة التاجرة

تخضع الجهات الإدارية لقواعد القانون العام، وتسعى لتقديم النفع العام، وتحقيق المصلحة العامة، وهذه القواعد تميز الجهات الحكومية عن غيرها؛ فالعاملون في هذه الجهات يعتبرون موظفين عموميين، والعقود التي تبرمها - غالباً - تكون عقوداً إدارية، وأمواله أموالاً عامة، لها حصانتها وحمايتها، والقرارات التي تتخذها تعتبر قرارات إدارية، والنشاط الذي تقوم به - في الغالب - يكون نشاطاً إدارياً، وقواعد القانون العام تجعل الجهة الإدارية تتميز بالسلطة والفوقية، ومع هذا قد تقوم ببعض التصرفات، أو تبرم بعض العقود، أو تعين بعض العمال الذين يخضعون لقواعد القانون الخاص، والعبرة هنا بالأغلب والأعم؛ ولهذا، فإن الأساس النظامي الذي تخضع له هذه الجهات الحكومية يختلف جذرياً عن الأساس النظامي الذي تخضع له جهات القطاع الخاص، وبالتالي تسود أحكام هذا الأساس على تصرفات الشخص المعنوي العام. كذلك فإن الشخص المعنوي العام يخضع لرقابة إدارية، تختلف عن الرقابة التي يخضع لها القطاع الخاص.

الهدف الأساسي لوجود الشخص المعنوي العام - سواءً كان وزارة أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة - هو تحقيق المنفعة العامة، وإشباع حاجات الأفراد في المجتمع،

^{٣٠} وقع مدير عام معهد الإدارة العامة، ووكيل وزارة العدل يوم الثلاثاء ١٦/٢/١٤٣٣هـ عقد مشروع تدريب، يقوم معهد الإدارة العامة بموجبه بتنفيذ (٣٣٥) برنامجاً تدريبياً يلتحق بها (٨,٣٧٥) ثمانية آلاف وثلاثمائة وخمسة وسبعون متدرباً من منسوبي وزارة العدل.

ويتكون مشروع الاتفاقية الذي تبلغ تكلفته الإجمالية (١٣,٦٦٥,٠٠٠) ثلاثة عشر مليون وستمائة وخمسة وستون ألف ريال، من ثلاثة فصول تدريبية ينفذها معهد الإدارة العامة في كل من مركزه الرئيس بالرياض وفروعه في منطقة مكة المكرمة بمدينة جدة، والمنطقة الشرقية بمدينة الدمام.

انظر: موقع معهد الإدارة العامة

<https://www.ipa.edu.sa/Arabic/Media/News/Pages/news55.aspx>

ولأجل هذا الهدف صيغت القواعد القانونية المختلفة للعمل على تحقيقه بشتى الطرق والوسائل والإجراءات. فالشخص المعنوي العام لا يهدف أساساً للحصول على الربح حتى لو قام ببعض التصرفات التي تدر عليه دخلاً؛ فرسوم استخراج الجواز، أو رسوم رخصة القيادة، أو إصدار تراخيص البناء... إلخ، إنما هي لإيجاد مصادر دخل للخزينة العامة؛ لتقوم هذه الموارد بالمساعدة في تغطية النفقات التي تحتاجها الوزارات والمصالح العامة لتحقيق أهدافها.

هل تمارس الجهات الحكومية التجارة عند توقيعها للعقد الإداري؟ هذا سؤال يحتاج إلى تحليل لنصل إلى إجابة... فالجهات الحكومية نشأت أساساً - كما أوضحنا سابقاً - بهدف تحقيق نفع عام وتوفير احتياجات المواطنين وهذا يقتضيه مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

إذاً، هل يمكن للجهة الإدارية أن تكتسب صفة التاجر؛ لأنها تسعى لتحقيق الربح عند تنفيذ العقود الإدارية، ولأنها تنافس القطاع الخاص في مجال من أهم مجالات الكسب المادي فيه؟

هناك عدة آراء يمكن إدراجها جواباً عن هذا السؤال؛ الرأي الأول: أن الشخص المعنوي العام يخضع أساساً لقواعد القانون العام، الذي تكون فيه سلطة الإدارة أعلى من سلطات القطاع الخاص، والذي يتمتع بمميزات مختلفة لا يتمتع بها القطاع الخاص، فهو أساساً أنشئ لتقديم المصلحة العامة، وتحقيق النفع العام، أما القطاع الخاص فأساس تكوينه لتقديم نشاط خاص، وتحقيق الربح.

فالقطاع العام يستهدف غايات عامة تتضاءل عندها صفة التاجر حتى لو اعتاد القيام بالأعمال التجارية الذاتية؛ لأنه من غير المستساغ أو الممكن خضوع الدولة لنظام التجار، وخاصة نظام الإفلاس، ولأن هناك تعارضاً بين مباشرة الجهات الإدارية للنشاط التجاري وطبيعة سلطاتها بوصفها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام^{٣١}.

أما الشركات والمؤسسات فأساس تكوينها يرجع إلى تقديم نشاط خاص يهدف إلى تحقيق الربح - كما أسلفنا -، فهو نشاط يقوم على المنافسة بين هذه الشركات والمؤسسات، هذه المنافسة تستدعي استقلال هذه الوحدات عن بعضها، في حين أن

^{٣١} البنان، حسن محمد علي، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير: دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤م، ص ٢١٩.

الجهات الإدارية لا تضع المنافسة أحد أهدافها، بل التعاون والرقابة والتوجيه، ويتم ذلك بواسطة موظفين عموميين، يخضعون لقواعد قانونية تستند إلى قواعد القانون العام. وذلك في حين أن هناك رأياً يرى أن المؤسسات العامة تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة، وبذمة مالية مستقلة، وهذا يوفر لها الاستقلال وعنصر الاحتراف واستهداف الربح؛ حينئذ لا يمكن لأحد أن ينكر صفة التاجر على هذه المؤسسات. أما من ناحية خضوع هذه المؤسسات للرقابة من الجهات المنشئة لها، فإن التاجر - أفراداً كانوا أم شركات - يخضعون لرقابة الدولة دون أن ينكر عليهم أحد صفة التاجر، إذ ما دام العمل الذي يقوم به الشخص المعنوي العام يحتفظ بصفته التجارية بصرف النظر عن صفة القائم به - سواءً كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً خاصاً أو شخصاً معنوياً عاماً -، إذا كان الأمر كذلك وبأشخص المعنوي العام نشاطاً من نوع النشاط الذي يباشره الأفراد، ونزل إلى ميدانهم - فقد وجب أن يعامل معاملتهم^{٣٢}.

ركز هذا الرأي على طبيعة العمل الذي يقوم به الشخص المعنوي العام، وطبق عليه بالتالي القواعد القانونية التي تطبق على من يقوم بذلك العمل، فاعتبر أن هدف تحقيق الربح يعتبر عملاً تجارياً بغض النظر عن من يقوم به، سواءً كان شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً، وهذا الرأي مع وجاهته يحتاج إلى تأمل عميق؛ إذ يعتمد على حجم هذا العمل الذي تقوم به الجهة الإدارية، هل يأخذ حيزاً كبيراً من أعمالها، أم لا؟ كذلك هل يدخل هذا العمل ضمن الأهداف الأساسية التي نشأت الجهة الإدارية لتحقيقها، أم جاء هذا الهدف عرضاً بمناسبة ممارسة الجهة الإدارية لأعمالها الأساسية؟ كذلك هل تحقيق الربح بواسطة أعمال طبيعتها تعتبر تجارية يُغيّر صفة الجهة الإدارية الخاضعة لقواعد القانون العام والتي تتميز بمزايا استثنائية نتيجة لهدف تحقيق النفع العام وتقديم المصلحة العامة؟

في السعودية أجاز نظام البلديات والقرى الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ٢١ / ٢ / ١٣٩٧هـ للبلديات وأمانات المدن باستثمار الأراضي والمباني والحدائق العامة التي تملكها؛ حيث نصت المادة الخامسة على أن تقوم البلدية بما يلي: (٧) - إنشاء الأسواق وتحديد مراكز البيع. (١٣) - تحديد واستيفاء رسوم وعوائد البلدية. ونصت المادة الخامسة والثلاثون على أن تتألف موارد البلدية من: (٣)

^{٣٢} البنان، حسن محمد علي، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

إيرادات أموال البلدية. وتقوم البلدية باستمرار بالإعلان عن الفرص التجارية وتطرحها في مزاد عام، ويرسو المزداد على من يقدم السعر الأعلى للبلدية، وهذه الأرباح لا تذهب للخرينة العامة (وزارة المالية)، وبالتالي لا تحسب ضمن الميزانية العامة، وإنما تتصرف بها البلدية لتطوير وتحسين منطقتها وإصلاحها وتجميلها، والمحافظة على الصحة والراحة والسلامة العامة، ومع ذلك لم يعتبر المشرع هذه الأعمال التي تكتسب الصفة التجارية أعمالاً تجارية، بل إن البلديات - ومنذ بواكير إنشائها - اعتبرت الأعمال التي تقوم بها من الأعمال التي تندرج تحت قواعد القانون العام؛ ولهذا ذهب جانب من الفقهاء إلى أن العمل يفقد الصفة التجارية إذا قام به الشخص المعنوي العام؛ لأن العمل التجاري لا يدخل ضمن أغراضه^{٣٣}.

ولأن الجهة الإدارية تمارس أعمالاً طبيعتها تجارية، فإنها معرضة للخسارة مثلما هي معرضة للكسب وتحقيق الأرباح، فإذا تعرضت للخسارة فإنه يتم التعامل معها بطريقة تختلف عن تلك التي تتعامل بها الكيانات التجارية، فإذا أفلست مثلاً فهل يجوز شهر إفلاسها ومعاملتها بقواعد الإفلاس كما يتم التعامل مع الكيان التجاري التابع للقطاع الخاص. والسؤال الآن: هل يمكن الحجز على أموالها تمهيداً لتسديد حقوق الدائنين؟

في الواقع العملي لا يمكن أن يحدث هذا؛ لا إشهار إفلاسها، ولا الحجز على أموالها؛ لأن هذا يتنافى مع الأهداف الأساسية لإنشاء هذه الجهة، وسيؤدي إلى تعطيل التنمية، والتأثير في الخطط العامة التي ترغب الدولة في تحقيقها، وتؤثر كذلك في انتظام وإطراد سير الجهة الإدارية. ومع هذا، فإنه يلزم دفع حقوق الدائنين؛ إذ إنه لو أفلست شركة من الشركات، وكان للدولة دين عليها لاكتسب هذا الدين حق الامتياز، ولحصلت الدولة على حقوقها أولاً قبل الدائنين الآخرين.

وبمفهوم المخالفة ينبع سؤال: هل يمكن تطبيق ذلك على الشخص المعنوي العام، وتسديد دين الدائنين من موجوداته؟

في الحقيقة، إنه يلزم للمشرع أن يتدخل ليضمن حقوق هؤلاء الدائنين بدون إشهار إفلاس الجهة الإدارية، وبدون الحجز على ممتلكاتها؛ لأن الذمة المالية للدولة واحدة، حتى لو توزعت هذه الذمة بين الوزارات والمؤسسات العامة؛ لذا يجب - حفاظاً

^{٣٣} المصري، د. حسني، نظرية المشروع العام وقانون شركات القطاع العام المصري، وردت الإشارة إليه في كتاب البنان، حسن محمد علي، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٢١.

على ممتلكات الجهات الإدارية - أن تأخذ الدولة على عاتقها دفع مستحقات الدائنين من الخزينة العامة.

وهذا ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي؛ إذ رأى أنه خلافاً للقاعدة العامة التي تجيز الحجز على أموال المدين الذي يتمتع عن الوفاء بديونه، لا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة وفاءً لما يتقرر للغير من ديون في مواجهتها؛ لما يترتب على ذلك من تعطيل للخدمات التي تؤديها.

ويستوي في ذلك أن تتم إدارة المرافق العامة بالطريق المباشر، أو أن تتم إدارتها بطريق الالتزام - مع أن أموال المرفق في الحالة الأخيرة تكون مملوكة للملتم -، فقد استقرت أحكام القضاء على أنه لا يجوز الحجز على هذه الأموال؛ تأسيساً على مبدأ دوام استمرار المرافق العامة، ولأن المرافق العامة أياً كان أسلوب أو طريقة إدارتها تخضع للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة^{٣٤}.

المطلب الثاني

المبادئ الأساسية للتعاقد، والامتيازات التي حصلت عليها الجهة الإدارية المتعاقدة

مرحلة ما قبل تنفيذ العقد الإداري يقصد بها المرحلة التمهيدية التي تسبق التعميد والتعاقد، وهي مرحلة اشترطها النظام؛ لخلق فرص التنافس بين المتقدمين للمناقصة، وكذلك لتنظيم إجراءات العمل وترتيبها؛ مما يؤدي إلى حرية المنافسة، وتوحيد معاملة المتنافسين، وتطبيق نفس الإجراءات عليهم، وتوحيد الوقت المطلوب لتقديم عروضهم، وكل ذلك يتطلب شفافية عالية من الإدارة، مما يثبت عدم تحيزها لتعاقد دون آخر.

والمرحلة التمهيدية تتطلب توافر مبادئ أساسية للتعاقد، تلتزم بها الجهة الإدارية؛ لتكون أساساً للمنافسة، مثل: حرية المنافسة، والمساواة بين المتنافسين، وتوفر الاعتماد المالي، والإذن بالتعاقد، ومراجعة وزارة المالية وديوان المراقبة للعقود إذا تجاوز مبلغ المنافسة أو مدتها حداً معيناً، وكذلك وضع المواصفات، وتحديد القيمة التقديرية للتعاقد، وكيفية التعامل مع العرض الوحيد.

^{٣٤} الطماوي، د. سليمان محمد، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٢، ص ٣٧٧.

وسيركز هذا المطلب على مبدئين فقط؛ هما: حرية المنافسة، والمساواة بين المتنافسين؛ لصلتهما بموضوع البحث.

١. حرية المنافسة:

يقصد بحرية المنافسة إمكانية اشتراك كل شخص تنطبق عليه الشروط فيها؛ بأن يسمح لكل مؤسسة أو شركة أو فرد مؤهل لدخول المنافسة أن يشارك فيها، بحيث لا تكون هناك أي عوائق، أو إجراءات، أو شروط، يمكن أن تعوق الشخص المؤهل عن دخول المنافسة. فهي تعني "حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة في الحدود التي يحددها القانون، ولا تستطيع الإدارة أن تمنع أحد الأفراد أو الشركات من التقدم للمناقصة التي أعلنت عنها طالما أن المتقدم استوفى الشروط التي تطلبها القانون"^{٣٥}. وقد أكدت المادة الثانية من النظام ذلك؛ حيث نصت على أن تتعامل الجهات الحكومية عند تنفيذ منافساتها وتوفير مشترياتها مع الأفراد والمؤسسات والشركات المرخص لهم بمزاولة العمل الذي تقع في نطاقه الأعمال طبقاً للأنظمة والقواعد المتبعة؛ فالسماح للمرخص لهم بمزاولة العمل يقتضي منحهم جميعاً الفرصة للدخول في المنافسة. كذلك ألزمت المادة الرابعة من النظام الجهات الحكومية بتوفير نسخاً كافية من وثائق المنافسة؛ لتلبية طلبات الراغبين في الحصول عليها، أي كل شخص يريد أن يتقدم للمنافسة، مما يعني التزام الجهة الإدارية بمنح كل من تنطبق عليه الشروط من تراخيص وتصنيف وغيرها نسخاً من وثائق المنافسة ومستنداتها لينتهي إجراءات التقدم لها.

ويتوج حرية المنافسة اشتراط النظام الإعلان عنها في الجريدة الرسمية، وفي صحيفتين محليتين، وكذلك في الوسائل الإعلانية الإلكترونية؛ بحيث يحدد في الإعلان نوع المنافسة، وموعد تقديم العروض، وموعد فتح المظاريف، ومكان التقديم... إلخ، وهذا الإعلان يوفر العلم لكل من يرغب من المؤسسات والشركات والأفراد بنوع المنافسة وطبيعتها.

وتقتضي حرية المنافسة أن تكون المواصفات المطروحة في متناول جميع المتنافسين؛ بحيث يستطيع كل من يرغب في التقدم للمنافسة تنفيذها، ولا تكون مقيدة بحيث لا يستطيع تنفيذها إلا عدد محدود أو شركات معينة، أو يشار فيها إلى عناصر

^{٣٥} جبير، د. مطيع علي حمود، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ٢٦٢.

أو مواصفات تحتكر تنفيذها مؤسسة أو شركة معينة، بل يلزم أن تكون المواصفات عامة، يستطيع كل متنافس يرغب في دخول المنافسة، وتطبق عليه شروطها - تنفيذها.

أيضاً ينطبق هذا القيد على إجراءات المنافسة؛ فيجب أن توحيد تلك الإجراءات، وتطبق بعدالة على جميع الراغبين في دخول المنافسة، وأن تحدد بدقة الجهة التي ستطرحها، ومكانها، بحيث يتوفر العلم عن هذه المنافسة لكل مهتم في كل منطقة من مناطق المملكة، وبذلك تتاح للمقاولين في المناطق الأخرى فرصة الاشتراك في المناقصة.

ويصطدم مبدأ حرية المنافسة مع فكرة الاتفاق المباشر الذي يتم بين جهتين حكوميتين؛ إذ يمنح هذه الجهة ميزة تفضيلية، لا يتمتع بها المقاولون الآخرون من القطاع الخاص كما أسلفنا، ويلغي بالتالي إمكانية دخولهم للمنافسة.

والسؤال في هذه الحالة: هل اختيار المشرع لهذا النوع من التنافس بين الجهتين الحكوميتين يلغي حرية المنافسة؛ بحيث تقوم الجهة الحكومية المشتريه بقفل الباب أمام جميع المتنافسين، وفتح فقط أمام الجهة الحكومية الأخرى؟ .. أيضاً ماذا لو كانت هناك جهة حكومية أخرى ترغب في تنفيذ المنافسة؛ هل يتم استلام عرضي الجهتين الحكوميتين ثم تتم المفاضلة بينهما، أم يتم اختيار إحدهما وتمنع الجهة الإدارية الأخرى؟

أسئلة كثيرة يفرضها هذا النوع من المنافسات، والذي يراه الباحث، أنه رغم أن مبدأ حرية المنافسة عُطل في المنافسة التي تقدمت لها جهة حكومية لتنفيذها، الأمر الذي يؤثر في عدالة الإجراءات، وعدالة التعامل بين الراغبين في دخول المنافسة من القطاع الخاص - إلا أن المشرع بمنحه ميزة تفضيلية للجهة الحكومية قد يرى أنه يحمي حرية المنافسة حين يمنح جهة ليست المنافسة من صميم أعمالها، ولا من صلب تخصصها فرصة للتنفيذ.

وهناك رأي آخر يمكن أن يثيره الباحث؛ ألا وهو أن المواد الخاصة بحرية المنافسة في نظام المنافسات خاطبت الأفراد والمؤسسات والشركات فقط، ولم تخاطب الجهات الحكومية، وبالتالي لا ينطبق عليها هذا المبدأ، وإنما ينطبق فقط على الفئات الثلاث التي تمثل القطاع الخاص؛ حيث إن النظام أفرد العقود التي تبرم بين جهات حكومية بقواعد وأحكام خاصة مستقلة، ليس لها علاقة بالقواعد التي تخص العقود التي

تبرمها الشركات والمؤسسات والأفراد؛ ولهذا فإن حرية المنافسة تنص على المنافسة المفتوحة المصممة ابتداءً على أن يشارك فيها أكبر عدد من المقاولين والمتعهدين الراغبين في الاشتراك فيها، والذين تنطبق عليهم شروطها. أما المنافسة التي تكون بين جهتين حكوميتين فإنها ليست منافسة مفتوحة، وإنما منافسة استثنائية، أعطت الجهات الحكومية التي ليس تنفيذ المنافسات من اختصاصها أو أهدافها فرصة لدخولها بدون المرور بالمرحلة التمهيدية لها.

٢. المساواة بين المتنافسين:

تقتضي المساواة بين المتنافسين أن تقوم الجهة الإدارية بمعاملة كل من يرغب في التقدم للمنافسة بنفس المعاملة، دون تمييز شخص على آخر، وهذا المبدأ اقتضته أحكام النظام. والمبدأ صورة أولية لإجراءات المنافسة؛ فإذا بدأت الإجراءات بتفضيل بعض المتنافسين على بعض، فإنها قد تنتهي بالتعاضي عن بعض عيوب التنفيذ، أو ستمت مجاملة المتنافس الذي تم التمييز لصالحه؛ لذا يعتبر هذا المبدأ جوهر العدالة، وحجر الزاوية في التعامل السليم مع المتنافسين، فإذا أخل به أثر هذا الإخلال في باقي متطلبات المنافسة.

ويرتكز على هذا المبدأ مبدأ آخر هو حرية المنافسة، وهما وجهان لعملة واحدة، فلا حرية للمنافسة إذا وضعت عقبات أمام متنافس معين، أو منع آخر من الاشتراك، أو منح البعض تفضيلاً في المعاملة لا يتمتع به المتنافسون الآخرون. وتأكيداً لتمسك النظام بمبدأ المساواة بين المتنافسين نصت الفقرة (ج) من المادة الأولى من النظام على تعزيز النزاهة والمنافسة، وتوفير معاملة عادلة للمتعهدين والمقاولين؛ تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص. فتعزيز المساواة يترتب عليه تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص، وينتج عنه أيضاً توفير معاملة عادلة لكل من يتقدم للمنافسة.

والمساواة تقتضي الإعلان عن المنافسة، وإعلام كافة المتنافسين برغبة الجهة الإدارية بطرحها، وقد اشترط النظام أن تعلن الجهة الإدارية عن المنافسات في الجريدة الرسمية، وجريدتين محليتين^{٣٦}، ويقترح الباحث - إعمالاً لمبدأ المساواة بين المتنافسين - أن تكون هناك صيغتان للإعلان عن المناقصات؛ الأولى: يتم فيها الإعلان في بداية السنة المالية بعد صدور الميزانية العامة ومعرفة المبالغ المرصودة للمشاريع التي طلبتها الجهة الحكومية؛ وذلك حتى يعطى المقاول أو المتعهد الذي يرغب في دخول

^{٣٦} المادة (٧)، نظام المنافسات.

المناقصة فرصة كافية للاستعداد للمشاركة. والثانية: الإعلان عن المناقصات في وقتها المحدد كما هو معمل به الآن في الجهات الحكومية؛ بحيث يتم الإعلان عن كل مناقصة في الوقت الذي جدولت له. والفرق بين الإعلانين أن الأول يكون عاماً لجميع المناقصات التي تنوي الجهة الحكومية طرحها خلال العام المالي، في حين أن الإعلان الثاني يخص كل مناقصة على حدة. والإعلان المبكر عن المناقصات يساعد على إعطاء مؤشر عن حجم سوق المشتريات الحكومية، وسعته، وعدد الشركات والمؤسسات والأفراد والجهات الحكومية، التي ترغب في المشاركة حين تتصل بالجهة الحكومية التي ستطرح المنافسة؛ للحصول على مزيد من المعلومات عن المناقصات. ويجب أن تكون المساواة في جميع أنواع المناقصات؛ فالمناقصة المفتوحة تهدف إلى فتح الباب أمام كل من تنطبق عليه الشروط القانونية، وأيضاً المنافسة المحدودة، رغم أنها تقتصر على عدد محدد من المتنافسين، إلا أنه يجب على الإدارة معاملة هؤلاء المحدودين معاملة متساوية، فلا تميل إلى أحد منهم، ولا تؤثر بعضهم بمعاملة مختلفة عن الآخرين.

وقد لاحظ مجلس الوزراء أن بعض الجهات الحكومية ترفع للمجلس بطلب الاستثناء من أحكام نظام المنافسات، وتطلب الموافقة على ترسية مشاريعها على شركات معينة، ورأى المجلس أن مثل هذه الطلبات تتعارض مع ما يقضي به النظام من التوجيهات المشددة بطرح المشاريع الحكومية في منافسات عامة؛ لإعطاء الفرصة العادلة للمقاولين المؤهلين للدخول فيها، وقد أبلغ المجلس جميع الجهات الحكومية الالتزام بذلك^{٣٧}.

وتلزم الإشارة إلى أن حرية المنافسة تنطبق فقط على أولئك الأشخاص الذين استوفوا شروطها؛ من ترخيص، وتصنيف، وخبرات سابقة... إلخ. أما من لا تنطبق عليه بعض تلك الشروط فليس من حقه الاشتراك في المنافسة، ولا يمكن القول: إن الجهة الإدارية أخلت بمبدأ المساواة إذا لم تسمح له بتقديم أوراقه للاشتراك في المنافسة. كذلك يجوز للجهة الإدارية أن تمنع المتنافس المتعثر من الاشتراك في المنافسة إذا قدرت تقديراً واقعياً بأنه لن يستطيع تنفيذها، ومثل هذا القرار اتخذته جامعة الملك سعود، إذ رست إحدى المناقصات على شركة معينة، وبعد الترسية لم تستطيع التنفيذ، وبعد إنذارها من قبل الجامعة واستنفاد كل الإجراءات النظامية بحقها،

^{٣٧} تعميم مجلس الوزراء رقم ٣٩٣٠٧ وتاريخ ٢٥/١٠/١٤٣٤هـ.

أصدرت الجامعة قراراً بسحب العملية منها، والتنفيذ على حسابها، وبعد ستة أشهر من هذا القرار طرحت الجامعة عملية أخرى مشابهة لتلك المنافسة، فتقدمت هذه الشركة لشراء دفتر الشروط والمواصفات، فرفضت الجامعة؛ لأن الشركة ستكون غير قادرة على التنفيذ، خاصة أن الجامعة سحبت منها عملاً مشابهاً قبل أشهر قليلة، وتظلمت الشركة لدى وزارة المالية، لكن الوزارة أيدت قرار الجامعة ورفضت دخول تلك الشركة للمنافسة إلا بعد أن تثبت قدرتها المالية والفنية على إنجاز أعمال مشابهة، وقد استندت وزارة المالية على قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦٠) وتاريخ ١٨١١ ١٤٣٤هـ، الذي أكد عدم السماح ببيع كراسة الشروط والمواصفات على المقاول المتعثر^{٣٨}.

وكذلك يستلزم هذا المبدأ أن تكون الشروط والمواصفات عامة ودقيقة ومفصلة ومطابقة للمواصفات القياسية المعتمدة، أو المواصفات العالمية فيما ليس له مواصفات معتمدة^{٣٩}. ويجب على الجهة الحكومية عند إعداد مواصفات وشروط المنافسة أن تكون محققة للمصلحة العامة، وألا تكون معدة لتتطابق مع منتجات أو خدمات مماثلة لشركات أو موردين بعينهم^{٤٠}. أما إذا وضعت مواصفات معينة لا يستطيع تنفيذها إلا عدد محدد من المتنافسين، أو تضمنت تحديد نوع معين أو موديل معين، فإن هذا يؤثر على شفافية مبدأ المساواة.

ومبدأ المساواة بين المتنافسين يستمر أيضاً طوال مدة تنفيذ العقد، ولا ينتهي بمجرد ترسية العقد على أحد المتنافسين، وهذا يعني أن واجب معاملة جميع المتقدمين بالتساوي يقع على عاتق الجهة الإدارية حتى بعد توقيع العقد، فليس من حق الجهة الإدارية أن تغير في المواصفات المطروحة والتي خضعت للمنافسة وقدم جميع المتنافسين أسعارهم على أساسها، حتى لو قدم المتعاقد مواصفات أفضل منها، بل يجب على الإدارة الالتزام بالمواصفات التي على أساسها طرحت المنافسة.

وقد أشار حكم لديوان المظالم إلى هذا؛ حيث ذكر أن من خصائص العقود الإدارية أن لجهة الإدارة سلطة لا تقف عند حد الإشراف على تنفيذ تلك العقود، بل

^{٣٨} قرار مجلس الوزراء رقم ٢٦٠ وتاريخ ١٤٣٤/١٨١١ هـ المتضمن الترتيبات الخاصة بمعالجة تأخر أو تعثر مشروعات الجهات الحكومية التنموية والخدمية.

^{٣٩} المادة (٦٤)، نظام المنافسات.

^{٤٠} المادة (٦٥)، نظام المنافسات.

تتعداها إلى سلطة التغيير والتعديل في التزام المتعاقد، إلا أن ذلك لا يعني أن تمارس سلطتها وفقاً لمحض إرادتها، بل يتعين عليها احترام كافة الشروط الواردة بالعقد^{٤١}.

والجدير بالذكر أنه رغم أن مبدأ المساواة يقتضي فتح باب المشاركة أمام جميع من تنطبق عليهم الشروط النظامية، إلا أن للجهة الإدارية الحق في منع بعض هؤلاء من التقدم للمنافسة دون أن يخل ذلك بمبدأ المساواة؛ فإذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بوساطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة، أو أفلس، أو طلب إشهار إفلاسه، أو ثبت إفساره، أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة، أو كان شركة وجرى حلها أو تصفيتها - فللإدارة أن تستبعده من الدخول في المنافسة.

وبالنظر إلى بعض مواد نظام المنافسات، نجد أنها تتعارض مع مبدأ المساواة بين المتنافسين حين يكون طرفا المنافسة جهتين حكوميتين؛ إذ أعفيت الجهات الحكومية البائعة للخدمة من الإجراءات التمهيدية للمنافسة كما أشرنا سابقاً، كذلك فإن النظام أعفى الجهات الحكومية من تقديم الضمانات المالية الابتدائية والنهائية، في حين يلزم على كيانات القطاع الخاص أن تقدم مع العرض الذي سترسله للجهة الإدارية ضماناً ابتدائياً يتراوح من (١%) إلى (٢%) من قيمته وفقاً لشروط المنافسة، وكذلك ضماناً نهائياً بنسبة (٥%) من قيمة العقد، يقدمه من رُسي عليه العقد، وذلك في حين أن تعاقدات الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام فيما بينها مستثناة من تقديم هذا الضمان، بشرط أن تنفذ الأعمال بنفسها^{٤٢}.

واستثناء الجهات الحكومية من تقديم الضمانات المالية يؤثر في مبدأ المساواة بين المتنافسين؛ حيث مُنحت هذه الجهات ميزة تفضيلية ميزتها عن المتنافسين الآخرين، ومعلوم أن الضمان وجدت لتتمكن الجهة من اقتضاء ما تستحقه من مبالغ نتيجة إخلال المقاول المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية^{٤٣}.

^{٤١} حكم التدقيق رقم ١٦٣ ت ١١ لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ٤٢٢٨ ١٢١ ق لعام ١٤٢٧ هـ، منشور في مجموعة الأحكام الإدارية لعام ١٤٢٩ هـ الصادرة عن ديوان المظالم، ص ٢٣١٠.

^{٤٢} المادة (١١) و (٣٣ب)، نظام المنافسات.

^{٤٣} حكم الدائرة الإدارية الثالثة رقم ٣١١١٨ ١٣١١٨ ٢١ لعام ١٤١٥ هـ في الدعوى رقم ١١٩٣٤ ق لعام ١٤٠٣ هـ (غير منشور).

وفي حكم آخر لديوان المظالم رأى أن الضمان يقدم للوفاء بمستحققات العقد عند تمامه في حالة الإخلال بها، فأصبح قاعدة مستقرة لتوثيق العقود، والتأكد من إبرام الصفقة والالتزام بها، والوفاء بشروطها^{٤٤}؛ ولهذا فإن استثناء الجهات الحكومية المتعاقدة من تقديم الضمانات المالية قد يعوق وفاء هذه الجهات بالتزاماتها إذا أخلت بتنفيذ العقد، أو قد لا تكفي مستحققات الجهة المنفذة للعقد للوفاء بما عليها من التزامات نتيجة إخلالها بالعقد؛ ولهذا فإن إعطاء هذه الجهات هذه الميزة قد تتعكس آثاره السلبية على الإدارة المتعاقدة عند التنفيذ.

ولعل استثناء الجهات الحكومية من الضمانات مرده إلى أن هذه الجهات ستكون جدية عند التقدم للمناقصات الحكومية، كذلك سوف تلجأ الجهة المتعاقدة إلى محاولة استيفاء ما لها من مستحققات على الجهة الإدارية التي تعاقدت معها بمخاطبة وزارة المالي باستقطاع تلك المبالغ من مستحققات الجهة المنفذة، ودفعه للجهة المستفيدة، تعويضاً لها عن إخلال تلك الجهة ببند العقد، غير أن الواقع العملي يثبت صعوبة هذا الإجراء، وإحجام وزارة المالية - غالباً - عن الدخول في مشاكل الجهات الحكومية فيما بينها، وبيروقراطية إجراءات التعويض، وطول مدتها، خاصة إذا كان التعويض سوف يستقطع من ميزانية قادمة لعام تالٍ للجهة الإدارية؛ ولهذا يرى الباحث أن سلبات تمييز الجهات الحكومية بعدم تقديم الضمانات المالية أكثر من إيجابياتها.

المبحث الثالث

التعاقد بين الجهات الحكومية، وموقفه من الإجراءات الإدارية والفنية المتعلقة بالمنافسة

تمر منافسات الجهات الإدارية بسلسلة من الإجراءات الإدارية والفنية التي اقتضاها النظام تمهيداً لتوقيع العقد الإداري، وتختلف هذه الإجراءات عن بعضها وفقاً لطبيعة كل منها؛ إذ إن بعضها يتعلق بتوفر الاعتماد المادي للمنافسة قبل طرحها، وكذلك ضرورة أخذ الإذن بالتعاقد قبل الإعلان عن المنافسة، وضرورة رسم شروط ومواصفات للعملية الشرائية قبل طرحها - وغيرها مما سيناقشه هذا المبحث -، وربط

^{٤٤} الحكم ٤٩١ ات ١ العام ١٤٢٧ هـ في القضية ٣١٤٧١ اق لعام ١٤٢٦ هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧ هـ، المجلد الخامس، ص ٢٥٢٠.

كل هذه الإجراءات مع أحكام التعاقد بين الجهات الحكومية، وما إذا كان هذا التعاقد يؤثر على كل أو بعض هذه الإجراءات.

كل هذه المواضيع سيناؤها هذا المبحث في عدة مطالب.

المطلب الأول

توفر الاعتماد المالي

تمهيد:

توفر الاعتماد المالي يستلزم أن تكون هناك خطة سنوية، تضعها الجهة الإدارية لمشاريعها وبرامجها التي ترغب في تنفيذها خلال عام مالي، ثم تدرج هذه الخطة في مشروع ميزانيتها، تمهيداً لمناقشتها مع وزارة المالية قبل اعتمادها، فإذا تم اعتماد تلك الخطة، تُدرج المشاريع في الميزانية العامة للدولة التي تصدر في كل سنة ضمن ميزانية الجهة الإدارية، وبالتالي تعرف كل جهة إدارية - إجمالاً - عدد المشاريع والبرامج والأنشطة التي ترغب في تنفيذها خلال العام المالي، والقيمة التقريبية لتلك البرامج؛ ولهذا فإن القول بأنه يجب أن يتوفر الاعتماد المالي يعني أنه يلزم ابتداءً أن تكون - أغلب - تلك البرامج والمشاريع والأنشطة التي ستطرح للمنافسة معروفة بشكل مسبق للجهة الإدارية، وقد تطرأ بعض المشاريع الضرورية، وهذه لها استثناءات مالية وإجرائية يتم تنسيقها مع وزارة المالية، كذلك قد يكون هناك وفر في بعض المشاريع والبرامج، فتلجأ الجهة الإدارية بسبب توفر هذه المبالغ إلى طرح منافسات جديدة لم تدرج ضمن الميزانية لكن مبالغها تكون متوفرة.

ومن المناسب الإشارة إلى أن الاعتماد المالي للمشاريع قد لا يكون عن سنة واحدة بل عدة سنوات؛ ففي عقود النظافة أجاز النظام في المادة (٣٥) أن تبرم العقود لمدة خمس سنوات، فالاعتماد المالي يتم في السنة الأولى، بحيث يتم اعتماد كامل المبلغ، ويوزع بالتالي على ميزانية السنوات الأربع التالية، فإذا طرحت المنافسة فإنها تطرح لخمس سنوات بمبلغ واحد؛ هو المبلغ الإجمالي، ولا يهم المتعاقد ما إذا المبلغ سيتم توفيره كاملاً في أول سنة أم لا، وليس من حقه أيضاً أن يسأل عن هذا، وإنما من حقه أن يتم إبرام العقد معه بالمبلغ الإجمالي حتى لو كانت المنافسة لعدة سنوات. وفي الواقع العملي، رأى الباحث أن لجنة فحص العروض تستفسر من إدارة الميزانية عن مدى توفر المبالغ المالية في بند المنافسات عن كل عملية، فإذا كان المبلغ متوافراً يتم الارتباط عليه؛ أي حجزه لصالح هذه العملية قبل الترسية على

العرض الفائز، وإذا لم يكن هناك مبلغ مالي تتم الكتابة لوزارة المالية لتعزيز البند، فإذا لم توافق الوزارة يتم إلغاء المنافسة.

ولعل اشتراط إرسال نسخ من العقود التي تزيد مدتها عن سنة ويزيد مبلغها عن خمسة ملايين ريال إلى وزارة المالية وديوان المراقبة العامة أحد الأسباب؛ للتأكد من توفر المبلغ المالي لدى جهة الإدارة؛ إذ تستطيع وزارة المالية بالنظر إلى الميزانية الخاصة بتلك الجهة معرفة عدد المشاريع، أو قيمة مبالغ المشاريع التي يتم اعتمادها في كل سنة للجهة الحكومية، أيضاً رقابة ديوان المراقبة العامة تجعل الجهة الإدارية أكثر جدية في التأكد من توفر المبلغ المالي قبل طرح العملية للمنافسة؛ لأنها قد تتعرض لاحقاً للمسائلة بسبب مخالفة نظام المنافسات، أو مخالفة مرسوم إصدار الميزانية العامة.

وهناك قيد آخر يشمل العقود الكبيرة التي تزيد قيمتها على مائة مليون ريال؛ إذ اشترط مجلس الوزراء أن يرفع عنها أولاً للمقام السامي للنظر فيها قبل الارتباط المالي عليها، ولا فرق في ذلك بين العقود التي تبرم وفقاً لنظام المنافسات أو وفقاً لقرارات خاصة، أو حتى أعمال إضافية على مشروعات قائمة تمت إجازتها سابقاً^{٤٥}.

وهناك قيد دستوري كذلك أشارت إليه المادة (٧٣) من النظام الأساسي للحكم؛ أنه لا يجوز الالتزام بدفع مال من الخزينة العامة إلا بمقتضى أحكام الميزانية، فإن لم تتسع له بنود الميزانية وجب أن يكون بموجب مرسوم ملكي.

بعد هذا التمهيد، هناك سؤالان جديران بالمناقشة: هل يجب توفر الاعتماد المالي عندما تتعاقد جهة إدارية مع جهة إدارية أخرى؟ وهل يمكن معاملتها من هذه الناحية مثل المتعاقد من القطاع الخاص؟

الإجابة عن هذين السؤالين تستدعي النظر في مبدأ توفر الاعتماد المالي قبل التعاقد؛ إذ - كقاعدة عامة - يجب على الجهة الحكومية عدم التعاقد إلا بعد توفر المبلغ المالي الخاص بالمناقصة، وهذا الوجوب اقتضته المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للنظام؛ حيث قررت أن الجهة الإدارية لا تملك أن تتعاقد أو تدخل في أي نشاط يترتب عليها فيه عبء مالي إلا إذا وجد الاعتماد المالي اللازم لمواجهة هذا العبء. وذلك حتى لا يتم تحميل الجهة المالية المتعاقدة أعباءً مالية لم يتم أخذها في

^{٤٥} قرار مجلس الوزراء رقم (٢٩٣) وتاريخ ١٤٣٦/٦/٢٤ هـ.

الحسابان عند وضع الميزانية العامة، وبالتالي إثقال الميزانية العامة بمبالغ مالية إضافية.

ويتساوى في هذا الجهة المالية التي ستبوع الخدمة والشركات والمؤسسات والأفراد؛ إذ لم تفرق المادة بينهم، بل وضعت قيداَ عاماً ينطبق على الجميع، غير أن الجهة الإدارية قد تتميز في هذا الأمر عن المتعاقدين من القطاع الخاص بحيث تُمكن - باعتبارها عضواً في الحكومة - من معرفة ما إذا كانت هناك بنود تسمح بالتعاقد أم لا، وأيضاً قد تستطيع الجهة الحكومية الأخرى إقناع الجهة المشتريّة بتدبير مبلغ التعاقد من فائض البنود الأخرى في ميزانيتها، وهذا ما لا يتيسر للكيانات الخاصة، وقد تطلب من الجهة الحكومية التعاقد على أن يتم التسديد لها من ميزانية العام القادم. وكأصل عام - كما أشرنا سابقاً -، ليس من حق الجهة الإدارية معرفة ما إذا كانت هناك مبالغ مالية في خزينة الجهة الحكومية الأخرى، وليس من حقها أن تجبر الجهة الأخرى على دفع مستحقاتها المالية إذا نفذت العقد ولم يكن هناك اعتماد مالي لتلك العقود.

وقد اعتبر ديوان المظالم إبرام العقود بغير توفر الاعتماد المالي خطأً إدارياً ارتكبه الجهة الإدارية التي طلبت من المتعاقد تنفيذ العقد، ولم يرَ الديوان أن هذا الخطأ سبب في بطلان العقد، بل قرر صحة العقد؛ لأن هذا الخطأ لا يمس نفاذ العقد ولا حجبيته؛ ونصه: "العقد مع الإدارة وفق الثابت في فقه القضاء الإداري ينعقد صحيحاً منتجاً لآثاره حتى ولو لم يكن ثمة اعتماد مالي للأعمال محل التعاقد، أو جاوزت الإدارة في حدود ذلك الاعتماد، أو خالفت الغرض المقصود منه، أو أغفلت الصلاحية الممنوحة لها في إبرام العقد؛ لكون تلك المخالفات لا تمس صحة العقد ولا نفاذه وحجبيته، غايتها أنها مخالفات إدارية؛ لكون العقود التي يبرمها الغير هي روابط فردية ذاتية، وليست تنظيمية عامة؛ كعلاقة الموظف بالوظيفة العامة التي تحكمها مع الرضائية الأنظمة واللوائح، وهو أمر يترك أثره الظاهر من حيث وجوب حماية الغير الذي ليس في مقدوره أن يعرف سلفاً عن صدور الاعتماد أو كفايته، أو كون العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد، أو أن الإدارة التي وقّعت معه صاحبة صلاحية أم لا؛ إذ إن كل هذه المسائل هي من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي - بل الحريص - الإحاطة بها، فضلاً عما يسببه ارتهاان صحة العقود ونفاذها بذلك من

زعزعة الثقة في الإدارة، والإحجام عن التعاقد معها، ومن ثم تعطل سير المرافق العامة"^{٤٦}.

ونفس الرأي أخذ به الفقه الفرنسي؛ حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الفصل بين قواعد القانون المالي، وقواعد القانون الإداري؛ حيث قرر صراحة أن العقد المبرم دون اعتماد، أو الذي تم فيه تجاوز الاعتماد المقرر يكون مشروعاً وصحيحاً، والإدارة لا يمكن أن تنهرب من دفع المبالغ المالية الناجمة عنه"^{٤٧}.

وما ذهب إليه ديوان المظالم صحيح؛ إذ لو كانت نتيجة المخالفة الإدارية التي قامت بها الجهة الإدارية بالترسية دون توفر الاعتماد المالي عدم صحة العقد الإداري - لكان ذلك سبباً في تردد الكثير من المقاولين في التعامل مع الحكومة، حتى لا يتفاجؤون بإنهاء عقودهم نظراً لخطأ الإدارة، ولأسباب لا يمكن لهم معرفتها مسبقاً قبل التعاقد.

المطلب الثاني

الإذن بالتعاقد

يقصد بالإذن بالتعاقد حصول الجهة الإدارية على إذن مسبق، أو موافقة، أو تصريح قبل إجراء العملية التعاقدية، وهذا الإذن ليس عاماً في كل العقود التي تبرمها الجهات الحكومية؛ بل وضعت بعض الأنظمة اشتراطات معينة ألزمت الجهات الحكومية بالتقيد بها.

من هذه الأنظمة النظام الأساسي للحكم، وكذلك بعض مواد في نظام المنافسات اشترطت الحصول على موافقة مسبقة لبعض العقود التي ترغب الجهات الحكومية في إبرامها، والقاعدة في النظامين عامة تطبق على كل الجهات الحكومية مهما كان الطرف الآخر المتعاقد معها؛ سواء كان من القطاع العام أو الخاص.

وبالنسبة للنظام الأساسي للحكم، فقد اشترط في المادة (١٥) أنه لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد إلا بموجب نظام؛ أي يلزم صدور مرسوم

^{٤٦} حكم ديوان المظالم رقم (١٦٥ د ١٠١ لعام ١٤٢٨ هـ في القضية رقم ٤٨٣٩ / ٢١ ق لعام ١٤٢٧ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٥٤٦ ت ١١ لعام ١٤٢٨ هـ)، منشور في الصمغاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ج ٢، ص ٣٤٠، هامش رقم ١.

^{٤٧} إسماعيل، د. هاني عبدالرحمن، النظام القانوني لعقود التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ٢٥٠.

ملكي بإجازة هذه الأنواع من التعاقدات. ولأن هذا البحث لا يتعلق بمنح امتياز أو استثمار مورد من موارد الدولة، فإننا نكتفي بهذه الإشارة لهذا النوع من القيود. أما نظام المنافسات، فقد ألزم الجهات الإدارية بضرورة الحصول على إذن بالتعاقد في بعض العقود قبل إبرامها؛ حيث نصت المادة (٣٢) من النظام على أن "تلتزم جميع الجهات والمصالح والهيئات والمؤسسات الحكومية بعرض عقودها التي تزيد مدة تنفيذها على سنة وتبلغ قيمتها خمسة ملايين ريال فأكثر على وزارة المالية؛ لمراجعتها قبل توقيعها..."، فالقيد هنا يوجب على جميع الجهات الحكومية عرض تلك العقود إذا كانت مدة تنفيذها أكثر من سنة وكانت مبالغها خمسة ملايين أو أكثر على وزارة المالية لمراجعتها، وقد يفهم من هذا القيد بطلان صحة العقد إذا لم يرسل لتلك الوزارة للمراجعة.

وبطلان العقد هنا يحتاج إلى تأمل عميق، فالمتعاقد لا ذنب له في خطأ إداري ارتكبه الإدارة؛ ولذا لو أصرت وزارة المالية على عدم صحة العقد، فإن من حق المتعاقد أن يحصل على تعويض مناسب، يجبر خسارته وما وقع عليه من ضرر. ونفس الحال ينطبق على الجهة الإدارية المتعاقدة مع جهة إدارية أخرى، أما لو لاحظ ديوان المراقبة العامة على الجهة الإدارية عدم أخذها موافقة وزارة المالية قبل أن يتم التعاقد، فإن للديوان أن يلزم الجهة الإدارية بإلغاء العقد لبطلان الإجراءات، "والتعاقد لا يستطيع - في حالة إلغاء العقد - لعدم أخذ رأي وزارة المالية - أن يطالب بالتعويض على أساس الرابطة التعاقدية؛ لأن هذه الرابطة لم توجد كلية، ولكنه يستطيع أن يرجع على الإدارة؛ إما على أساس الخطأ التقصيري باعتبار أن الإدارة قد أخطأت بعدم الحصول على الإذن، وإما على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب إذا استطاع أن يثبت أن الإدارة قد أفادت من جراء تنفيذ العقد المعدم"^{٤٨}.

وهنا قيد مهم يلزم أخذه في الحسبان؛ وهو قيد افتراضته المادة (٢٨) من النظام، يتعلق بتمديد عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر؛ كالصيانة، والنظافة، والإعاشة، أكثر من خمس سنوات، ويجب أخذ موافقة وزارة المالية على هذا التمديد، مما يعلق صحة هذا التمديد على استجابة وزارة المالية، وهنا يختلف الأمر عن الإذن بالتعاقد الوارد في المادة (٣٢)؛ لأن التمديد هنا يكون لعقد حدد النظام أقصى مدة له وهي خمس سنوات، ورصد المبالغ المالية اللازمة له، فإذا رغبت الجهة الإدارية في

^{٤٨} إسماعيل، د. هاني عبدالرحمن، النظام القانوني لعقود التوريد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٦٥.

التمديد بعد الخمس السنوات، فيجب الحصول على موافقة وزارة المالية؛ لأنه سيجري على التمديد مبالغ مالية إضافية لم تتضمنها ميزانية الجهة الإدارية؛ ولهذا فإن صحة التمديد وبطلانه متعلقان بموافقة وزارة المالية على التمديد، فإذا وافقت يتم التمديد؛ لأن موافقتها تعني توفير مبالغ مالية تغطي مرحلة التمديد، أما إذا لم توافق، أو لم يؤخذ رأيها في التمديد، فإن تصرف الجهة الإدارية هنا مخالف، ويؤدي إلى بطلان هذا التمديد.

وهناك عقود أوجبت السلطة التنفيذية الحصول على الإذن من مجلس الوزراء قبل الارتباط المالي عليها؛ وهي العقود ذات الميزانيات الكبيرة التي تزيد قيمة عقودها عن مائة مليون ريال، مهما كان نوع هذه العقود؛ سواء كانت عقوداً جديدة أو عقود ناتجة عن تمديد لأعمال إضافية لعقود قائمة، وفي هذه العقود يجب الحصول على الإذن مرتين، مرة قبل طرح هذه العقود للمنافسة، وهذا يقع على عاتق الجهة الحكومية التي ستطرح المنافسة، والثاني يقع على عاتق وزارة المالية؛ إذ يجب أن ترفع لمجلس الوزراء للموافقة على الارتباط المالي لهذه العقود؛ ليتم إدراج مبالغها وفقاً لذلك في ميزانية الجهة الحكومية.

إذا فهناك إندان لازمان؛ الأول: ليوافق مجلس الوزراء على مبدأ طرح المنافسة، والثاني: ليوافق على الارتباط المالي لتلك العقود. ولا يلزم أن تطرح المنافسة في العام المالي الذي تم أخذ موافقة مجلس الوزراء عليه؛ إذ قد لا تتوفر تلك المبالغ في الخزينة العامة وقت موافقة المجلس، وإنما متى كانت تلك المبالغ متوفرة؛ ولذا تم ربط الإذن بوزارة المالية لبيان مدى توفر ذلك المبلغ. ومن البديهي القول: إنه سيكون هناك تنسيق بين وزارة المالية والجهة الإدارية التي ستطرح المنافسة؛ لتحديد الوقت المناسب لطرحها.

والإذن بالتعاقد بالنسبة للجهة الحكومية المتعاقدة لا تختلف أحكامه عن أحكام المتعاقدين من القطاع الخاص، غير أنه لا يتصور عمل في عقود الامتياز، أو استثمار مورد من موارد الدولة - أن تقوم به جهة حكومية. ومن استقراء الواقع العملي، لم يجد الباحث في تاريخ المشتريات الحكومية السعودية أن جهة حكومية منحت حق امتياز خدمات معينة، أو حق امتياز مورد من الموارد الطبيعية في المملكة في العقود الماضية، على سبيل المثال كانت وزارة البرق والبريد والهاتف تقدم خدمات البرق والبريد والهاتف باعتبارها أحد فروع السلطة التنفيذية في المملكة، ثم جرى

خصخصة خدمات هذه الوزارة، وأنشأت الحكومة شركة الاتصالات السعودية كشركة مساهمة، تملك الحكومة حوالي ٧٥% من رأس مالها، وطرحت الربع للاكتتاب العام، وتمت أيضاً خصخصة مرفق البريد.

المطلب الثالث

الإجراءات الفنية المتعلقة بالمنافسة

سيناقش هذا المطلب الإجراءات الفنية التمهيديّة للمنافسة، والتي بناءً عليها سوف يتم اختيار المؤسسة أو الشركة أو الجهة التي ستتعاقد مع الجهة الإدارية لتنفيذ العقد.

وسيقصر بحثنا على إجراءات أربعة؛ تبدأ من وضع كراسة شروط ومواصفات العملية، وطرحتها للمنافسة، ثم استلام العروض، وفحص لجنة فتح المظاريف لها، ثم إرسال نتيجة العروض إلى لجنة فحص العروض لتحليلها، واختيار المتعاقد الذي استوفى شروط المنافسة لتنفيذها، وسوف يتطرق هذا المطلب للقواعد العامة في نظام المنافسات، وبعض أحكام ديوان المظالم، ثم نُسقط هذه الأحكام على الجهة الإدارية التي ستتخذ العقد؛ للنظر فيما إذا كان هناك اختلاف في تنفيذ تلك الأحكام أم لا.

١. وضع الشروط والمواصفات

وضع الشروط والمواصفات من الواجبات الأساسية التي تلتزم بها الجهة الإدارية؛ إذ يقع على عاتقها واجب رسم المواصفات الفنية للأعمال التي ترغب من المتنافسين تنفيذها، على أن تكون هذه المواصفات دقيقة للغاية، ويتم وضعها من قبل فنيين متخصصين وذوي خبرة، والشروط والمواصفات هي جوهر التعاقد، ومركزه وحجر الزاوية في الاتفاق الذي يتم بين المتعاقد وجهة الإدارة؛ حيث يعتمد قبول المتنافس للتعاقد مع الإدارة على موافقته والتزامه بتنفيذ الشروط والمواصفات كما وضعت من قبل الإدارة. والأصل أنّ من يوجه الإيجاب في العقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط والمواصفات المعلنة، والتي تستقل الإدارة بوضعها من دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها، فإذا أراد الخروج من عطائه على هذه الشروط فإن الأصل هو أن يستبعد هذا العطاء^{٤٩}.

^{٤٩} ناصيف، د. إلياس، عقد ال BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٦م، ص ١٩١.

وتطبيقاً لهذا الأمر، فقد أوجبت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية من النظام على الجهات الحكومية قبل طرح أعمالها في المنافسات العامة أو تأمين مشترياتها - أن تضع شروطاً ومواصفات فنية تفصيلية دقيقة، مطابقة للمواصفات القياسية المعتمدة، أو المواصفات العالمية فيما ليس له مواصفات معتمدة، وأن تكون محققة للمصلحة العامة، وألا تكون معدة لتتطابق مع منتجات أو خدمات مماثلة لشركات أو موردين بعينهم، وأن توضع المواصفات عن طريق الجهاز الفني لدى الجهة الحكومية، أو بتكليف استشاري بذلك، على أن تراعي تجنب الإشارة إلى النوع أو الصنف، أو تحديد علامات تجارية، أو وضع مواصفات لا تنطبق إلا على علامات تجارية معينة. كما يجب عليها عدم المبالغة في المواصفات، وألا تتجاوز حاجة ومتطلبات المشروع، والاعتمادات المالية المخصصة له، وعليها التأكيد على المكاتب الاستشارية التي تضع المواصفات بالتقيد بذلك^{٥٠}.

ومن الواجبات التي تقع على جهة الإدارة المتعلقة بالشروط والمواصفات، مراجعتها وتحديثها أولاً بأول، وقد أكدت المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية على هذا؛ إذ ألزمت الجهات الحكومية بتحديث معلومات مشاريعها وأعمالها قبل اعتمادها، ومراجعة المواصفات الفنية والرسومات والمخططات، وإجراء أي تعديل أو تصحيح عليها قبل طرح أعمالها في المنافسة العامة، أو تأمين مشترياتها، وبخاصة تلك الوثائق التي يمضي على إعدادها فترة طويلة، أو مواصفات الأجهزة والبرامج التي يجري تحديثها بشكل مستمر^{٥١}.

وتتضمن كراسة الشروط والمواصفات^{٥٢} نوعين من الشروط؛ أحدهما ذو طبيعة عامة مستمدة من القواعد المطبقة في القانون الإداري، والمعبرة عما تتمتع به جهة

^{٥٠} المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات، والمادتين ٦٤ و ٦٥ من نظام المنافسات.

^{٥١} المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

^{٥٢} في تطور جديد في نظام المنافسات لعام ١٤٢٧هـ، نصت المادة الخامسة عشرة من اللائحة التنفيذية على تقديم الشروط والمواصفات آلياً كما يلي: يكون استخدام الوسائل الإلكترونية لإعداد وثائق المنافسات وتقديم العروض المشار إليها في المادة (العاشرة) من النظام وفقاً لما يلي: أ إعداد وثائق المنافسة كاملة أو جزء منها كجداول الكميات، على أقراص الحاسب الآلي المدمجة أو الأقراص المرنة وما يماثلها، التي يمكن فتحها وقراءتها واستكمال بياناتها، ولا يمكن تعديل محتوياتها.

ويقوم المتنافس بإعداد عرضه على النسخة التي استلمها، ووضع أسعاره على جداول الكميات، وتسليمها للجهة الحكومية ضمن وثائق عرضه الأخرى.

ب إعداد وثائق المنافسة واستقبال العروض إلكترونياً، باستخدام تقنية التوقيعات الإلكترونية.

الإدارة من حصانات وامتيازات تعاقدية، ومما ورد من أحكام في نظام المنافسات. وأما النوع الثاني من تلك الشروط فهو ذو طابع فني خاص، يتعلق بنوعية العقد المزمع إبرامه، وهو ما اصطلح على تسميته بقائمة الشروط الإدارية الخاصة^{٥٣}، وتتضمن غالباً الشروط الخاصة أو الشروط الفنية جداول كميات، وقائمة أسعار، يتم تعبئتها من قبل العارضين، وتختلف الشروط الفنية باختلاف نوع المناقصة.

ولا يجوز وفقاً للمادة الثامنة من النظام قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقاً للشروط والمواصفات الموضوعية لها.

ويمكن أن نستنتج من هذه المادة أن الالتزام بالمواصفات يجب أن ننظر إليه من زاويتين؛ الأولى: الالتزام بالمواصفات أثناء فترة إرسال العروض. والثاني: الالتزام بالمواصفات أثناء تنفيذ العقد. ففي الحالة الأولى للجنة فحص العروض استبعاد أي عرض لا يلتزم بالشروط والمواصفات التي طرحتها الإدارة. أما الحالة الثانية، فإنها تتم بعد أن يتم اختيار المتعاقد، وتتم الترسية عليه على أساس المواصفات التي اشترطتها الإدارة وقبلها؛ لذا فإن عدم تقيده بتلك المواصفات يؤدي إلى أن تنذره الجهة الإدارية بالالتزام بالعقد، وقد تفرض عليه غرامة تقصير أو تأخير نتيجة لذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن على الجهة الإدارية أن تعيد قيمة كراسة الشروط والمواصفات للمتنافسين إذا ألغيت المنافسة للمصلحة العامة قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف، أو لوجود خطأ في الشروط والمواصفات، أو إذا تم إلغاء المنافسة بسبب ارتفاع الأسعار المقدمة. ويجب على الجهة الإدارية ألا تغالي في قيمة كراسة الشروط والمواصفات، بل تتحرى الدقة في تقدير التكلفة الفعلية للكراسة^{٥٤}.

وبإسقاط قواعد الشروط والمواصفات السابقة على موضوع بحثنا، نجد أن الجهة الإدارية المتعاقدة لا يختلف مركزها القانوني بالنسبة للشروط والمواصفات عن المتعاقدين الآخرين من القطاع الخاص، بل إن الجهة الإدارية يقع على عاتقها واجب الالتزام بالشروط والمواصفات، وتنفيذها كما هي في العرض الفني الذي تقدمت للجهة الإدارية الأخرى على أساسه؛ ولهذا يجب على الجهة الإدارية التي ترغب في التعاقد

ج- تستخدم الوسائل الإلكترونية فيما أشير إليه في الفقرتين (أ ، ب) من هذه المادة، وفقاً لقواعد تقنية التوقيعات الإلكترونية في طرح واستقبال عروض المنافسات الحكومية المعتمدة من وزارة المالية.

^{٥٣} الهويدي، د. السلال سعيد جمعة، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية، ١٩٩٨م، ص ٨٧.

^{٥٤} تعميم وزارة المالية رقم ٤٥٦١٧١٢١٨ وتاريخ ١٣/٦/٢٠١٣ هـ.

مع جهة إدارية أخرى أن تحصل على كراسة الشروط والمواصفات، وتدرسها بعناية، ثم تقدم عرضها مرفقاً به السعر الذي تراه.

وتثور أماناً عدة أسئلة؛ منها: هل من حق الجهة الإدارية أن تحصل مجاناً على كراسة الشروط والمواصفات؟ وهل يلزم أن تقدم الإدارة كراسة الشروط مختومة في اليوم المحدد في الإعلان، أم تقدمها في أي وقت باعتبارها غير ملزمة بالمرحلة التمهيدية للتعاقد؟ وماذا لو لم تضع سعراً لكل بند من بنود الأسعار في جدول الكميات؟ وهل تتقيد بقواعد الشروط والمواصفات من حيث عدم وجود كشط في نماذج الكراسة، والتوقيع على كل صفحة؟ وماذا لو خالفت الجهة الإدارية المواصفات حتى لو قدمت مواصفات أفضل من تلك التي طرحتها الجهة المتعاقدة؟ ... إلخ.

والاجابة ن هذه الأسئلة يستدعي استعراض بعض أحكام النظام واللائحة التنفيذية؛ إذ اشترطت المادة الرابعة من النظام على الجهات الحكومية أن توفر للمتنافسين المعلومات الواضحة الكاملة والموحدة عن العمل المطلوب، ويُمكنون من الحصول على هذه المعلومات في وقت محدد، على أن توفر نسخاً كافية من وثائق المنافسة؛ لتلبية طلبات الراغبين في الحصول عليها، ويجب عليها بيع كراسة الشروط والمواصفات لكل من يستطيع نظاماً الدخول للمنافسة^{٥٥}، إلا من نص النظام أو المحكمة الإدارية أو اللجان شبه القضائية على حرمانهم من المشاركة.

ويجب أن تكون النسخ المشتملة على وثائق المنافسة مرقمة ومختومة بختم الجهة، حتى يمكن تمييزها عن النسخ غير الأصلية؛ حيث يجب أن تقدم العروض على النماذج الأصلية التي تم شراؤها من الجهة الإدارية، وهذا يعني عدم قبول أي عرض قدم للجهة الإدارية على غير الوثائق الرسمية للمنافسة.

ويقع على عاتق الجهة الحكومية تحري الدقة في تحديد أسعار وثائق المنافسة، بحيث تكون الأسعار متناسبة مع تكاليف إعدادها، وألا تتبالغ بتقدير أثمانها، بما يؤدي إلى إحجام الراغبين عن التقدم للمنافسة^{٥٦}.

^{٥٥} تقدمت إحدى الشركات لوزارة الصحة لشراء كراسة الشروط والمواصفات لمنافسة تقديم تغذية لبعض المستشفيات، لكن الوزارة رفضت بيعها الكراسات؛ لأن الشركة لم يسبق لها العمل بتقديم الوجبات في مستشفيات الوزارة، وليس لها خبرات سابقة في هذا المجال، فنظمت الشركة إلى وزارة المالية التي أفادت بخطابها رقم ٢٨٢٥٢ وتاريخ ٢٠ | ٣ | ١٤٣١ هـ الموجه لوكيل وزارة الصحة للشؤون التنفيذية أن منع الشركة من الحصول على كراسة الشروط والمواصفات يتعارض مع مقتضى المادة (٤) من نظام المنافسات، والمادة (٦ أ) من لائحته التنفيذية.

^{٥٦} المادة (٦)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

وقد ورد نص المادة عاماً؛ أي ينطبق على كل من يرغب في التقدم للمنافسة؛ ولذا فإن الجهات الحكومية التي ترغب في التقدم للمنافسة ملزمة - مثلها مثل مؤسسات القطاع الخاص - بشراء كراسة الشروط والمواصفات، ولا يعفيها من الشراء كونها جهة حكومية؛ لأن النظام ولائحته التنفيذية لم يستثيا أي جهة من دفع قيمة الكراسة.

وفي الواقع العملي، فقد رأى الباحث جامعة الملك سعود تدفع قيمة كراسات الشروط والمواصفات في المنافسات التي شاركت فيها، ولم يتم إعفاء الجامعة منها رغم أن الجامعة كتبت لعدة جهات متعاقدة تطلب تزويدها بكراسات الشروط مجاناً، لكن لم تتم الاستجابة لها.

ويلزم أن تقدم الجهة الإدارية كراسة الشروط والمواصفات مختومة، ومرقمة، وموقع على كل صفحة من صفحاتها وفقاً لما اشترطته الفقرة (ب) من المادة السادسة من اللائحة التنفيذية. ولا يلزم تقديم الكراسة في اليوم المحدد في الإعلان؛ لأنه تم استثناء الجهات الحكومية من إجراءات المرحلة التمهيديّة، ولكن على الجهتين الإداريتين عند توقيعهما للاتفاق المباشر بينهما على التعاقد تحديد وقت لتقديم الكراسة، ويجب أن تلتزم الجهة الإدارية التي قدمت المواصفات بكراسة الشروط والمواصفات حرفياً، بحيث يتم استبعادها من تنفيذ العقد إذا خالفت تلك المواصفات حتى لو قدمت مواصفات أفضل من تلك التي طرحتها الجهة المتعاقدة؛ إذ تعتبر قاعدة الالتزام بالشروط والمواصفات قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها من قبل الأطراف المتعاقدة. والجهة الإدارية هنا لا تتمتع بأي ميزة أو أفضلية عن كيانات القطاع الخاص، بل تطبق عليها نفس القواعد التي يخضعون لها، وبالتالي أي خروج على هذه القواعد يعتبر إخلالاً بنصوص آمرة يترتب عليها الاستبعاد من تنفيذ العقد.

هل يعرض العرض على لجنتي فتح المظاريف وفحص العروض؟

إن على المتنافسين إرسال عروضهم في مظاريف مختومة في الموعد والمكان المحددين في إعلان المنافسة، ويكون ذلك على النماذج الأصلية المستلمة من الجهة الحكومية، والمختومة بختمها، ويُعطى المتقدم إيصلاً يثبت فيه تاريخ وساعة التقديم. ولا يجوز قبول العروض التي تقدم أو تصل إلى الجهة الحكومية بعد انتهاء الموعد المحدد لتقديمها؛ ولذا اعترضت وزارة المالية على وزارة الصحة قبول عرض مقدم من

أحد المقاولين بعد ٤٥ دقيقة من الموعد المحدد لانهاء استقبال فتح المظاريف - الساعة العاشرة صباحاً -، وقبل أن يتم فتح المظاريف الأخرى^{٥٧}.

يقدم العرض موقِعاً من مقدمه أو من ممثل الشركة بموجب خطاب رسمي، تحدد فيه الأسعار الإجمالية، وما يرد عليها من زيادة أو تخفيض^{٥٨}، وعلى الجهة الحكومية أن تعلن عن أسماء الشركات والمؤسسات التي تقدمت بعروضها.

وقد حدد النظام مدة تسعين يوماً لسريان العروض، تبدأ من التاريخ المحدد في الإعلان لفتح المظاريف. وقد لاحظ تقرير البنك الدولي^{٥٩} الصادر لتقييم نظام المنافسات أن مدة (٩٠) يوماً تعتبر طويلة نسبياً قد ترتفع الأسعار خلالها مما يؤثر على تقديرات مقدمي العروض، كذلك فالمدة ينبغي أن تأخذ في الاعتبار نوع المنافسة، فالمنافسة الكبيرة أو المتضمنة تنفيذاً معقداً قد لا تكفي هذه المدة لتقديم العروض من خلالها، غير أن المادة الحادية والأربعين من اللائحة التنفيذية وضعت حلاً لهذا؛ حيث قررت أنه إذا لم تتمكن الجهة الحكومية من البت في الترسية خلال مدة سريان العروض، فعليها أن تشعر أصحاب العروض برغبتها في تمديد مدة سريان عروضهم لمدة تسعين يوماً أخرى، ولهم الخيار في سحب عروضهم أو استمرارها.

كما لاحظ البنك الدولي أن تحديد اليوم التالي لفتح العروض بعد الموعد النهائي المحدد في الإعلان يعتبر فترة طويلة؛ إذ إنه قد تتسرب بعض أسعار العروض في هذا الوقت، أو يتم استلام عروض بعد الموعد النهائي للتقديم، ويقترح البنك أن يكون فتح المظاريف بعد ساعة أو ساعتين أو ثلاث على الأكثر من الساعة المحدد في إعلان المنافسة لاستلام العروض^{٦٠}.

ويرى الباحث أن وجهة نظر البنك غير مقبولة؛ لأنه يشك في نزاهة موظفي الجهة الحكومية المسؤولين عن استلام العروض، وكذلك خوفه من تسرب أسعار بعض العروض غير مبرر؛ لأن النظام اشترط أن يتم فتح المظاريف علناً بحضور

^{٥٧} خطاب وكيل وزارة المالية لشؤون الحسابات رقم ٢٣٠٨١ وتاريخ ١١٨ / ١٥ / ١٤٣٢ هـ.

^{٥٨} المادة (٢٤)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

^{٥٩} تقرير تقييم نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، وثيقة من وثائق البنك الدولي، نوفمبر ٢٠١١م، ص ٥٧.

^{٦٠} تقرير تقييم نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٥٨.

جميع من تقدم للمنافسة، ويجب التأكد من أن كل مظاريف العروض مغلقة بالشمع الأحمر؛ ولذا فإن اقتراح أن يتم فتح المظاريف بعد ساعتين أو ثلاث من الموعد النهائي لاستقبالها يضع الجهة الإدارية في حرج، خاصة إذا كان الموعد النهائي بعد الساعة الثانية عشرة ظهراً؛ حيث إن الدوام الرسمي ينتهي في الثانية والنصف ظهراً، وفتح المظاريف وقراءتها على الحاضرين واستبعاد العروض التي لم ترفق بضمان مالي قد يأخذ أكثر من ثلاث ساعات خاصة إذا كانت العروض المرسله للجهة الإدارية كثيرة، ولذا يرى الباحث أن ما نص عليه النظام من فتح المظاريف في اليوم الثاني أمر لا تشيب فيه.

وإن على الجهة الإدارية التي طرحت المنافسة أن تكون لجنة أو أكثر لفتح المظاريف، لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة، إضافة إلى رئيسها الذي لا تقل مرتبته عن العاشرة أو ما يعادلها، وتكون مدة اللجنة ثلاث سنوات^{٦١}.

وتكوين اللجنة يعتبر من النظام العام؛ إذ لا تعتبر إجراءات المنافسة صحيحة إذا لم يتم تشكيل لجنة فتح المظاريف وفقاً لما حدده نظام المنافسات. وتعتبر هذه اللجنة لجنة سكرتارية للجنة فحص العروض؛ أي لجنة تمهيدية تقوم بفتح وتحليل العروض وكتابة تقارير عنها، ترفعها إلى لجنة فحص العروض لتقرر هذه الأخيرة من هو العارض الذي ستوقع معه الجهة الإدارية العقد لتنفيذ المنافسة.

وتتركز مهمة اللجنة على التأكد من سلامة المظاريف التي استلمتها الجهة الإدارية، واتفاقها مع الشكل الذي حدده النظام واللائحة، وعلى اللجنة أن تثبت في محضرها عدد العروض المقدمة، وإعطاء كل عرض رقماً متسلسلاً، وأن تعلن على الحاضرين من أصحاب العروض أو مندوبيهم (اسم مقدم العرض)، وسعره الإجمالي، وما ورد على سعره من زيادة أو تخفيض في خطاب العرض الأصلي. وإن على رئيس اللجنة وكافة الأعضاء التوقيع على خطاب العرض الأصلي، وجداول الكميات، وخطاب الضمان البنكي، والشهادات المرفقة ضمن العرض، والمحضر الذي تدون فيه اللجنة إجراءاتها، وكذلك إثبات محتويات المظاريف التي قامت بفتحها، وما اشتملت عليه الأسعار الواردة بها من تعديل أو تصحيح، أو طمس، كما يجب عليها حصر البنود غير المسعرة، أو التي لم تدون أسعارها الإفرادية أو الإجمالية، رقماً وكتابةً. ولا يجوز للجنة فتح المظاريف الطلب من المتنافسين توضيح أي غموض أو عدم وضوح

^{٦١} المادة (١٤)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

في عروضهم، أو التخاطب معهم بشأن عروضهم إلا بعد استئذان لجنة فحص العروض، وموافقتها على ذلك.

ومهام لجنة فتح المظاريف تقتصر فعلياً على ضمان سرية معلومات العطاءات، بحيث تلتزم بفتح جميع العروض بحضور أولئك المتنافسين الذين شاركوا في المنافسة فقط؛ أي أولئك الذين أرسلوا عروضهم للجهة الإدارية، فتعلن اللجنة أمام الجميع عدد العروض التي استلمتها الجهة الإدارية، وتؤكد لهم واقعاً أن جميع العروض مختومة بالشمع الأحمر، فليس هناك مجال لمعرفة المعلومات الواردة بها قبل فتح العرض، وهذا يمنح الثقة في عدالة ونزاهة الجهة الإدارية، وفي مهنية واحتراف لجنة فتح المظاريف، وكذلك معاملة جميع المتنافسين المتقدمين للمنافسة بنفس المعاملة، وهذا يعطي هؤلاء الحق في التنظيم للجهة الإدارية، وأيضاً للجهات القضائية إذا اكتشفوا أن هناك متنافسين رست عليهم العملية ولم يكونوا متواجدين وقت فتح المظاريف.

ومن المهم الإشارة إلى أنه لا يجوز لهذه اللجنة أن تستبعد أي عرض، أو أن تطلب من أصحاب العروض تصحيح الأخطاء، أو تلافي الملاحظات الواردة في عروضهم. كما لا يجوز لها استلام أي عروض أو مظاريف أو خطابات أو عينات يقدمها لها أصحاب العروض أثناء جلسة فتح المظاريف^{٦٢}.

وبعد استكمال لجنة فتح المظاريف أعمالها، تحيل محضرها وأوراق المنافسة إلى لجنة فحص العروض، خلال سبعة أيام من تاريخ فتح المظاريف^{٦٣}. ولم يتضمن النظام أو اللائحة التنفيذية أي نص يمنع أو يجيز للجنة فتح المظاريف استبعاد أي عرض، حتى لو كان غير مكتمل الشروط؛ إذ إن مهمة اللجنة تحليل كل عرض، وكتابة تقرير عنه، ورفعها للجنة فحص المظاريف؛ لنقرر ما تراه بشأنه.

ويرى الباحث أن أمر الاستبعاد يتعلق بأعمال لجنة فحص العروض وليس فتح المظاريف، وينبغي بالتالي على لجنة فتح المظاريف كتابة تقرير دقيق، يتضمن كل الملاحظات الخاصة بكل عرض، ثم رفع جميع التقارير إلى لجنة فحص العروض؛ لأنها صاحبة الاختصاص في اختيار المتعاقد الملتزم بالشروط

^{٦٢} المادة (٢٧)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

^{٦٣} المادة (١٥)، نظام المنافسات.

والمواصفات، والذي قدم أقل سعراً ليكون هو المتعاقد الذي سينفذ العقد. غير أن لجنة فتح العروض تستطيع أن تطلب من المتنافسين استكمال بعض المستندات غير الجوهرية بعد فتح المظاريف، مثلاً لو كانت شهادة التصنيف لأحد المتنافسين منتهية، فتطلب منه تجديدها، وتقديم الشهادة الجديدة، أو كان سجله التجاري غير واضح النشاط الخاص بالمناقصة فيه، فتطلب منه اللجنة أن يزيل ذلك الغموض.

وبالنسبة للعقود التي تكون بين جهتين حكوميتين، فإن لجنة فتح المظاريف ملزمة - إذا أرسلت لها العروض - أن تعاملها نفس المعاملة التي تعامل بها العروض الأخرى المرسلة من شركات القطاع الخاص، بحيث تحلل كل عرض، وتكتب بالتفصيل كل الملاحظات التي لاحظتها اللجنة على تلك العروض، وأن تشير اللجنة إلى أن هذه العروض لا تتضمن ضمانات مالية؛ لأن تلك الجهات أعفيت من تقديمها، كذلك أن تشير إلى عدم اتباع الإجراءات التمهيدية للمنافسة بالنسبة لهذه العروض؛ حيث استثنى النظام العقود بين الجهات الحكومية من تلك الإجراءات، وأن تشير اللجنة إلى النصوص النظامية التي تنظم ذلك، فإذا كان هناك أكثر من عرض من أكثر من جهة حكومية، فيجب على اللجنة تحديد يوم لفتح المظاريف، وتوجيه الدعوات لتلك الجهات للحضور، وتوجيه الدعوات في هذه الحالة؛ لأن المراحل التمهيدية للمنافسة أعفيت منها الجهة الحكومية مثلما أوضحنا سابقاً؛ إذ يتم الأمر بالاتفاق المباشر، ولكن الاتفاق المباشر يكون بين جهتين حكوميتين.

أما إذا تقدمت أكثر من جهة حكومية، فإن الباحث يرى أن ترسل العروض إلى لجنة فتح المظاريف لتقوم بتحليلها، وكتابة تقرير تفصيلي عنها، وعلى اللجنة أن تدون في المحضر أسعار العروض، والإشارة إلى البنود غير المسعرة، أو التي لم تدون أسعارها الإفرادية أو الإجمالية، رقماً وكتابةً، ونوع المنافسة، وأي تحفظات مرفقة بالعروض. ولا يجوز للجنة فتح المظاريف استبعاد أي عرض من العروض المقدمة من الجهات الحكومية حتى لو كان مخالفاً للشروط والمواصفات، وإنما على اللجنة توضيح نوع المخالفة، وإدراج ذلك في محضر اللجنة، ورفع المحضر للجنة فحص العروض.

ثم يأتي دور لجنة فحص العروض، ودورها رئيس في كل ما يتعلق بطرح، وترسية، وتنفيذ العقد الإداري إلى أن يتم تسليمه تسليمًا نهائيًا.

ونظراً لأهمية أعمال اللجنة، فقد أفرد لها نظام المنافسات فصلاً كاملاً، تضمن عشر مواد؛ من المادة السادسة عشرة حتى السادسة والعشرون. ويجب على كل جهة حكومية تكوين لجنة لفحص العروض، وهي لجنة إدارية مهمتها الرئيسية - حددتها المادة السادسة عشرة من النظام - تولي تقديم توصياتها في الترسية على أفضل العروض وفقاً لأحكام نظام المنافسات ولائحته التنفيذية.

وقد حرص النظام على تنوع اختصاصات الأعضاء في هذه اللجنة ما بين فني ومالي وقانوني، فنص على أن يكون عدد أعضاء اللجنة أربعة على الأقل، من بينهم المراقب المالي، ومن هو مؤهل تأهيلاً قانونياً^{٦٤}، وأن يكون هناك عضو احتياطي احتياطي ليكمل النصاب إذا غاب أحد الأعضاء الأساسيين، وهذا يستلزم أن يحضر جميع الأعضاء جلسات اللجنة؛ أي يكون حضور جلسات اللجنة إلزامياً لجميع الأعضاء، فإذا تخلف أحدهم عن الحضور يحضر بدلاً عنه العضو الاحتياطي.

ويكون تشكيل اللجنة لمدة سنة واحدة، ولم يتضمن النظام أو اللائحة التنفيذية أي حكم بخصوص مدة التجديد للأعضاء، ويفهم من هذا أنه ليس هناك مدة محددة لعضوية اللجنة؛ إذ قد يستمر نفس الأعضاء في ممارسة مهام اللجنة لسنوات عديدة، بشرط أن يتم في كل سنة إصدار قرار جديد بتشكيلها. وفي اجتماعات اللجنة يجب أن تدون توصياتها بدقة في محضر اللجنة، ويوضح فيه جميع آراء الأعضاء؛ الرأي الموافق للتوصية، والرأي المخالف لها، وحجة كلا الرأيين، ومن ثم يتم عرضهما على صاحب الصلاحية؛ لينظر في الآراء المختلفة قبل أن يبيت في الترسية.

وقد يفهم من هذا أن للوزير أو رئيس الدائرة الحكومية المستقلة أن يخالف رأي لجنة فحص العروض؛ بحيث يُرسي العملية على من يراه، وفي الحقيقة أن الأمر ليس كذلك؛ إذ إن عرض الآراء المختلفة على صاحب الصلاحية يجعله ينظر في مدى جدية وجدوى الرأي المعارض، فإذا اقتنع به أعاد التوصية إلى اللجنة لإعادة المناقشة فإن أصرت اللجنة على موقفها، فللوزير أن يأخذ به.

ويقع على عاتق لجنة فحص العروض مراجعة جداول الكميات، والأسعار الواردة في العروض المقدمة للجهة الإدارية؛ سواء في مفرداتها أو مجموعها، وإجراء التصحيحات المادية اللازمة في العرض، فإذا وجدت اختلافاً بين السعر المبين كتابةً والسعر المبين بالأرقام، فعليها أن تأخذ بالسعر المبين كتابةً؛ لأن احتمال الخطأ في

^{٦٤} المادة (١٦) من نظام المنافسات.

كتابته أقل من الكتابة بالأرقام، وإذا وجدت اختلافاً بين سعر الوحدة وسعر مجموعها، فتعتمد سعر الوحدة، وإذا لاحظت اللجنة أن الأخطاء الحسابية في الأسعار بعد تصحيحها كبيرة بحيث أثرت على سعر العقد فلها أن توصي باستبعاد ذلك العرض^{٦٥}. وأكد النظام على مهنية أعمال لجنة فحص العروض؛ إذ يجب أن تلتزم بالمعايير الفنية والنظامية لتحليل العروض، وتحديد المقدرة الفنية والمالية للمتنافسين، ولا يجوز لها استبعاد أي عرض بحجة عدم مناسبته من الناحية الفنية ما دام مطابقاً للشروط والمواصفات الموضوعية، ومتفقاً مع أحكام النظام ولائحته التنفيذية. فإذا تبين لها وجود غموض في أحد العطاءات، أو لبس، أو عدم وضوح فعليها أن تطلب من صاحب العرض توضيح ذلك كتابة، بشرط أن لا يؤدي هذا التوضيح إلى التغيير في مسائل جوهرية بما في ذلك السعر، أو يحول العرض المخالف للشروط والمواصفات إلى عرض مقبول^{٦٦}.

ونصت المادة التاسعة والعشرون من اللائحة التنفيذية على أن توصي لجنة فحص العروض بالترسية على أقل العروض سعراً، وأفضلها من الناحية الفنية، المطابق للشروط والمواصفات، وتستبعد ما لا يتفق من العروض مع الشروط والمواصفات، وهذا نص يحتاج إلى تأمل عميق؛ إذ إن الواقع العملي غالباً يخالفه، إذ يتم التركيز في الترسية على أقل الأسعار، ثم تأتي الكفاءة الفنية تالية له، أي يتم التركيز على السعر عند النظر في العروض المتنافسة قبل النظر في أي خبرة فنية لدى المتقدمين للمنافسة، بحيث يتم ترتيب العروض أولاً على أساس أقل الأسعار ثم الذي يليه ثم الذي يليه، وهكذا، ثم يأتي بعد ذلك النظر في الخبرة الفنية للمتنافس، فإذا كانت لديه خبرة ولو بسيطة فإنه تتم الترسية عليه؛ ولذا لجأ النظام إلى البحث عن تصنيف الشركات والمؤسسات التي تتقدم للمنافسة، فإذا كان هناك تنافس بين شركتين لعقد نظافة مثلاً فعلى اللجنة أن تنظر إلى السعر الأقل أولاً، ثم تنظر إلى قوة التصنيف؛ فلو كانت الشركة التي قدمت أقل الأسعار في الدرجة الخامسة في التصنيف، والشركة التي بعدها في السعر تصنيفها على الدرجة الأولى، وكان الفرق بين السعرين معقولاً وغير كبير - فإن لجنة فحص العروض لا تستطيع ولا تملك أن توصي بالترسية على الشركة ذات التصنيف الأول إذا لم يكن هناك أي عائق قانوني

^{٦٥} المادة (٣٣)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

^{٦٦} المادة (٣١) والمادة (٣٢)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

آخر، رغم أنه أعلى تصنيف في مجال النظافة، وأن خبرتها كبيرة جداً؛ لأن النظام، وكذلك الجهات الرقابية تلزم الجهات الحكومية على الترسية على الشركة الأقل سعراً. ولجنة فحص العروض تمارس أعمالها على العروض التي تمر بالمرحلة التمهيديّة للمناقصة؛ أي تلك التي تكون المنافسة فيها بين كيانات القطاع الخاص الشركات والمؤسسات، ولكن كيف يكون الأمر بالنسبة للعقود التي تبرم بين جهتين حكوميتين؟

قبل أن يتم نقاش هذه الجزئية يود الباحث الإشارة إلى أن الواقع برهن على أنه ليس كل أنواع العقود الإدارية يتم إبرامها بين الجهات الحكومية؛ فمثلاً لم يجد الباحث - بعد البحث والسؤال في كثير من الجهات الحكومية - أنه تم ترسية عقد أشغال عامة على جهة حكومية لبناء مبنى، أو رصف طريق، كذلك لم يجد الباحث أنه تم منح امتياز^{٦٧} لأي نوع من أنواع الأعمال لجهة حكومية، وأغلب العقود التي رصدها الباحث تتمثل في عقود الاستشارات، وهي أكثر العقود وأشهرها - تقريباً - التي تبرم بين الجهات الحكومية؛ فمثلاً أبرمت جامعة الملك فهد للبترول والمعادن عقداً مع وزارة العدل لتطوير البيئة العدلية للوزارة في عام ١٤٢٩ هـ، ومن العقود التي تبرمها الجهات الحكومية مع بعضها عقود توظيف؛ فمثلاً أبرمت جامعة الملك عبدالعزيز عقوداً مع وزارة التعليم العالي لتزويدها بالكفاءات المؤهلة للعمل في وكالات الوزارة، وفي الملحقيات التعليمية خارج المملكة.

ويمكن لجهة إدارية أن تقوم بعقد تصنيع لحساب جهة إدارية أخرى؛ بحيث تتفقان على أن تصنع الأولى للثانية منقولات معينة بمواصفات خاصة وتقوم بالتنفيذ تحت إشرافها، مثل عقد تصنيع الطوابع، أو عقد طباعة الكتب المدرسية^{٦٨}، ونحو ذلك.

كذلك من المتصور عملاً أن يتم بين جهتين حكوميتين إبرام عقد شغل الدومين العام، بحيث تتفق مع الجهة الإدارية الأخرى أن تشغل أحد المباني التابعة لها لمدة معينة، وهذا أمر يكثر في الواقع العملي، أيضاً عقد النقل يمكن أن يبرم بين جهتين حكوميتين. ووزارة التعليم وكذلك الجامعات الحكومية غالباً ما تتعاقد مع وزارة

^{٦٧} نصت المادة ١٥ من النظام السياسي للحكم أنه (لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد إلا بموجب نظام).

^{٦٨} الوهبي، عبدالله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة، الطبعة الثالثة، ١٤٣٢ هـ، ص ٨٢.

الحج لتأجير حافلات نقل الطلاب للوزارة للاستفادة منها لنقل الحجاج. وكذلك عقد المعاونة أو المساهمة في نفقات إدارة مرفق عام، وهو عقد يتعهد بمقتضاه شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، برضاه واختياره بالمساهمة أو المشاركة في تكاليف إنشاء أو تشغيل أو صيانة لمرفق عام. فعرض المساعدة هو التزام من جانب الأشخاص الذين قرروا المشاركة في مثل تلك التكاليف، وذلك من خلال توفير مبلغ من المال أو توفير مساحة من الأراضي أو تقديم بعض اللوازم، أو من خلال تنفيذ بعض الأعمال أو الخدمات، وذلك مقابل مصلحة أو عوض، أو بدون مقابل أو مصلحة^{٦٩}.

وبعض العقود الإدارية لا تسمح طبيعتها وخصائها أن تبرم بين جهات حكومية مثل عقد القرض العام؛ إذ لا يتصور عملاً أن يتم توقيع عقد بين جهتين إداريتين تقرر، فيه إحداها الأخرى مبلغاً من المال؛ وذلك لأن عقد القرض سيكلف الخزينة العامة مبالغ مالية، وقد نص نظام مجلس الوزراء في مادته ال (٢٥) على أنه (لا يجوز للحكومة أن تعقد قرضاً إلا بعد موافقة مجلس الوزراء وصدور مرسوم ملكي بذلك).

وعودة إلى السؤال الذي أثاره الباحث سابقاً: كيف تمارس لجنة فحص العروض أعمالها بالنسبة للعقود التي تبرم بين جهتين حكوميتين؟ سبق أن ناقشنا أن للجهة الحكومية وفقاً للمادة (٦٨) أن تتعاقد مع الجهة الإدارية الأخرى بطريق الاتفاق المباشر، فلا يلزم أن تجري عليها إجراءات المرحلة التمهيديّة للمنافسة؛ بمعنى أنه يمكن أن يتم إرسال الشروط والمواصفات إلى الجهة الإدارية البائعة، أو الطلب منها إحضار مندوب ليستلم كراسة الشروط والمواصفات: فهل الاتفاق المباشر يلغي أيضاً إجراءات لجنة فحص العروض بالنسبة للعروض المقدم من الجهة الحكومية؟ في الواقع الجواب بالنفي؛ إذ إنه يجب على لجنة فحص العروض تحليل ذلك العرض فنياً ومالياً وتقديم تقرير عنه لصاحب الصلاحية؛ سواءً كان الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة.

^{٦٩} علي، د. سعيد حسين، العقد الإداري: أداة تمويل المشروع العام، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م، ص ٩٤.

الاتفاق المباشر مرحلة مؤقتة أوصلت عرض الجهة الحكومية مباشرة إلى لجنة فحص العروض، وبالتالي تنتهي آثاره عند استلام اللجنة لذلك العرض؛ لتبدأ الإجراءات الرسمية التنافسية التي حددها نظام المنافسات ولائحته التنفيذية. والاتفاق المباشر قد نعتبره نوعاً جديداً من أنواع المناقصات، مثل: المناقصة المفتوحة، والمحدودة، والمزايدة، والشراء المباشر، والهدف من وجود هذا النوع من المناقصات عدم دخول الجهات الحكومية في منافسة مع كيانات القطاع الخاص، ولكن هذا النوع يتوقف آثاره بمجرد وصول عرض الجهة الحكومية إلى الجهة الحكومية المشترية؛ وهذا يعني ألا تستفيد الجهات الحكومية البائعة من أي استثناء آخر بعد هذه المرحلة سوى الإعفاء من تقديم الضمان النهائي، أما باقي الإجراءات فإنه يجب تطبيقها وبدقة وموضوعية على العرض المقدم من الجهة الحكومية، مثل: استبعاد العروض.

ويعني استبعاد العرض ان يتم قبوله أولاً من جهة الإدارة، وفتحته وتحليله وتقديم تقرير عنه، وصلاحيه الفحص، واتخاذ القرار بالإبقاء أو استبعاد العروض من صلاحيات لجنة فحص العروض. واستبعاد العرض يعني رفضه وعدم إدراجه في المناقصة بعد فتحه وتحليله، وقد نظم النظام ولائحته التنفيذية الحالات التي يمكن استبعاد العروض من خلالها، ويمكن تقسيمها إلى نوعين؛ شكلية، وفنية: ويقصد بالاستبعاد الشكلي رفض العرض لعدم اكتماله، أو لمخالفته للشكل الذي اقتضاه النظام، وهذا لا علاقة له بكفاءة المتنافس الفنية، ولا يستبعد العرض في هذه الحالة بسبب موضوعي له علاقة بالقدرة الفنية أو المالية للمتنافس، وإنما بسبب إجرائي، نص عليه النظام ولائحته التنفيذية؛ فإذا لم يقدم المتنافس الوثائق والمستندات التي اشترطتها المادة (٢٢ هـ) من اللائحة التنفيذية مع عرضه - مثل التراخيص الحكومية اللازمة التي تثبت تسجيله، وتصنيفه، ومجال تخصصه التجاري؛ إذ يلزم النظام واللائحة المتنافس أن يرفق مع الأوراق نسخة من سجله التجاري، وشهادة الانتساب للغرفة التجارية، وشهادة تصنيف في مجال الأعمال المتقدم لها، وشهادة من مصلحة الزكاة والدخل تثبت تسديده للزكاة أو الضرائب، وشهادة من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بتسجيل المنشأة في المؤسسة - فإذا قدم عرضه بدون إحدى هذه الشهادات فإنه يمنح مهلة قصيرة لإحضارها، فإذا أخفق، تم استبعاد عرضه.

ولا يمكن استبعاد العروض التي تقدم من الجهة الحكومية لهذه الأسباب؛ لأن الجهات الحكومية لا تملك سجلات تجارية، ولا شهادات تصنيف متخصصة، ولا تقوم بتسديد اشتراك الزكاة لمصلحة الزكاة، ولهذا فإن لجنة فحص العروض ينبغي أن تأخذ هذه الأمور في اعتبارها عند النظر في استبعاد العروض المقدمة من الجهات الحكومية.^{٧٠}

كذلك يجوز للجنة فحص العروض - وفقاً للمادة (٢٠) من اللائحة التنفيذية - استبعاد العرض، إذا تضمن أي تعديل على الشروط والمواصفات وجداول الكميات، أو القيام بشطب أي بند من بنود المنافسة أو مواصفاتها، وهذا أمر ينطبق على العروض المقدمة من الشركات أو من الجهات الحكومية؛ إذ ينبغي تقديم العروض على أساس الشروط والمواصفات الموضوعية، واستبعاد أي عرض يخالف ذلك مهما كانت الجهة التي أرسلته.

أيضاً يتم استبعاد العروض شكلياً إذا كان العرض مبنياً على تخفيض نسبة مئوية من أقل العروض، فقد يشترط بعض المتنافسين أن يخفض عرضه بنسبة معينة - ٢٠% مثلاً - عن أقل العروض؛ ليحصل على المنافسة، وعرضه سوف يكون بهذا الشرط أقل العروض؛ لذا - ومن باب العدالة، والمساواة بين المتنافسين - منعت اللائحة التنفيذية صراحة مثل هذا الشرط، حتى لو كان مقدماً من جهة حكومية؛ إذ أجازت المادة (٣٧) من اللائحة للجنة فحص العروض استبعاد العرض الذي يكون مبنياً على تخفيض نسبة معينة من العرض المتضمن أقل الأسعار.^{٧١}

أما الاستبعاد الفني أو الموضوعي للعروض فيقصد به رفض العرض لاحتمال عدم كفاءته فنياً، والاستبعاد هنا موضوعي يتعلق بالقدرة الفنية للمتنافس على تنفيذ العقد، ويمكن إجمال الأسباب الفنية فيما يلي:

١. قبول العرض غير العادي:

العرض غير العادي Abnormal low bid: هو العرض الذي يقل سعره عن أقل الأسعار المطروحة في المنافسة، أو عن السعر التقديري الذي تضعه الجهة

^{٧٠} الحديثي، د. إبراهيم محمد، حالات استبعاد العروض في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، مقال أرسل لجريدة الرياض في ٢٣/٥/١٤٢٨هـ.

^{٧١} Alhudaithy, Dr. Ibrahim, The Exclusion of Tenderers under Saudi Procurement Regulations, Oct. 2017, not yet published.

الإدارية للمنافسة، هذا الانخفاض في القيمة جعل للعرض صفة تميزه عن العروض الأخرى.

وقد حددت المادة (٢٢) هذه النسبة ب (٣٥%)، فإذا كان العرض يقل بنسبة (٣٥%) عن السعر السائد في السوق، أو عن التقدير الذي وضعته جهة الإدارة - فإنه مع ذلك لا يجوز استبعاده من المنافسة، بل يعامل من ناحية القبول والفتح مثل العروض الأخرى، بشرط إجراء تحليل مالي وفني للعرض، ومناقشة صاحب العرض بشأنه، فإذا وصلت لجنة فحص العروض إلى قناعة بجدوى العرض فإنه لا يجوز استبعاده من المنافسة، ولهذا يعامل العرض ابتداءً معاملة تختلف عن العروض العادية الأخرى؛ بحيث ينظر فيه إلى الكفاءة الفنية والمالية للشركة أو للجهة الإدارية البائعة، فإذا كانت مقبولة أعطي الفرصة مثل العروض الأخرى ليدخل المنافسة؛ لتحديد العرض المناسب لتنفيذ العقد، وإلا تم استبعاده.^{٧٢}

٢. إذا كان المقاول ينفذ عدداً من المشاريع في نفس الوقت

أجازت المادة (٢٣) من النظام للجنة فحص العروض التوصية باستبعاد أي عرض حتى لو كان أقل الأسعار إذا كان لدى صاحب العرض عدد من المشاريع، ورأت اللجنة أن حجم التزاماته التعاقدية أصبح مرتفعاً بدرجة تفوق قدراته المالية أو الفنية، مما قد يؤثر على تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، غير أن هذه الصلاحية مقيدة بأن تتأكد اللجنة من حجم التزامات المتنافس، وقدرته على تنفيذ كل العقود في وقت واحد، ومراحل ومستوى التنفيذ، ومقارنة ذلك مع خبرته الفنية، وقدرته المالية، فإذا تأكد لدى اللجنة بأسباب قوية عدم قدرته على إنجاز كل تلك العقود دفعة واحدة - جاز لها أن توصي باستبعاده من المنافسة، وعليه فإنه يجب أن تبني لجنة فحص العروض قرارها بإقصاء العرض من المنافسة على تقرير فني، يدعم قرارها بالاستبعاد، وغني عن البيان أن للمتنافس أن يطعن في قرار اللجنة.^{٧٣}

٣. العرض المتضمن أسعاراً متدنية

يقصد بالأسعار المتدنية الأسعار المقدمة من المتنافس بأقل من السعر التقديري للمنافسة، والذي يفترض أن الجهة الإدارية تضعه في اعتبارها عند طرح

^{٧٢} الحديثي، د. إبراهيم محمد، حالات استبعاد العروض في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، مقال أرسل لجريدة الرياض في ١٤٢٨/٥/٢٣ هـ.

^{٧٣} Alhudaithy, Dr. Ibrahim, The Exclusion of Tenderers under Saudi Procurement Regulations, Oct. 2017, not yet published.

المنافسة، وهناك مؤشرات كثيرة تدل على السعر التقريبي للمنافسة، مثل: المبلغ المعتمد للمنافسة، وسعر المنافسة المماثلة، وسعر نفس المنافسة في العقد المماثل المنتهي، أو الذي أشرف على الانتهاء، أو الاسترشاد بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها، كذلك المقارنة مع سعر السوق، وقد قرنت المادة (٣٧ / هـ) تدني سعر المنافسة مع ضعف الإمكانيات الفنية للمتنافس، واشترطت على اللجنة أن تتأكد من اعتدال الأسعار التقديرية وتوافقها مع الأسعار السائدة في السوق وقت تقديم العروض، وأن تتأكد من الخبرة الفنية والإمكانيات المالية لصاحب العرض، وما إذا سبق أن نفذ أعمالاً مماثلة، ومقابلة صاحب العرض ومناقشته؛ لإيضاح الأسس والمعايير التي تم بموجبها تحديد أسعار العرض، فإذا أجمع رأي لجنة فحص العروض على ضعف إمكانيات صاحب العرض - حتى لو كانت جهة حكومية -، وتدني الأسعار المقدمة منه، مما قد يعوقه في تنفيذ العمل - فإن اللجنة أن توصي باستبعاد العرض من المنافسة.^{٧٤}

فإذا تم استبعاد عرض أي متنافس - عاماً كان أم خاصاً - لأي سبب من الأسباب، فإن من حقه - وفقاً للمادة (٤٠) من اللائحة التنفيذية - أن يطلب إبلاغه كتابة بأسباب استبعاده من المنافسة، وغني عن القول، أن له أن يطعن في هذه الأسباب أمام المحكمة المختصة.

ويلزم لجنة فحص العروض أن ترفع تقريرها عن عرض الجهة الحكومية لصاحب الصلاحية؛ سواءً كان وزيراً أو رئيس دائرة مستقلة، وتوصي بقبول أو رفض العرض، فإذا أوصت بالقبول، واعتمده المسؤول، فإن العملية تنتقل من المرحلة التمهيديّة إلى المرحلة العملية، أو من المرحلة الإجرائية إلى المرحلة التنفيذية، فيتم إرسال خطاب للجهة الحكومية بترسية العملية عليها، وخطاب الترسية يعتبر عقداً إدارياً التقت فيه إرادتا الإيجاب والقبول^{٧٥}، ولا يلزم هنا أن تقدم الجهة الحكومية ضماناً مالياً نهائياً؛ لأنها مستثناة من تقديمه - كما أشرنا إليه سابقاً -.

^{٧٤} Alhudaithy, Dr. Ibrahim, The Exclusion of Tenderers under Saudi Procurement Regulations, Oct. 2017, not yet published.

^{٧٥} انظر المادة (٤٣)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

المبحث الرابع

حقوق وواجبات طرفي العقد

تبدأ هذه المرحلة من تاريخ إرسال خطاب التعميد للجهة الإدارية المتعاقدة، وقد تتوج بتوقيع العقد بينهما، غير أن التزامات الطرفين تبدأ من وقت خطاب الترسية؛ إذ تنشأ لكل طرف حقوق وواجبات نظمتها نصوص نظام المنافسات ولائحته التنفيذية، ونصت المادة الثلاثون من النظام على أن يُحرر العقد بين الجهة الحكومية ومن رست عليه الأعمال بعد إبلاغه بالترسية، وتقديم خطاب الضمان النهائي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب على الجهة الإدارية إرسال عقودها التي تزيد مدة تنفيذها على سنة، وتبلغ قيمتها خمسة ملايين ريال فأكثر إلى وزارة المالية؛ لمراجعتها قبل توقيعها^{٧٦}؛ سواءً كان الطرف الأول جهة إدارية أم من القطاع الخاص، وعلى وزارة المالية إنهاء المراجعة خلال أسبوعين من تاريخ ورود العقد، فإن لم تَرُد الوزارة خلال هذه المدة عُذت موافقة.

ولن يتعرض هذا المبحث للتفاصيل الدقيقة لكل حقوق وواجبات الأطراف، بل سيتم التحليل بما يتناسب مع موضوع هذا البحث، وبشيء من التفصيل ما أمكن ذلك. سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين؛ الأول عن حقوق وواجبات الطرفين أثناء تنفيذ العقد، والثاني عن حقوقهما وواجباتهما بعد التنفيذ.

المطلب الأول

حقوق وواجبات الطرفين أثناء تنفيذ العقد

بمجرد إرسال خطاب التعميد أو توقيع العقد بين الطرفين تنشأ حقوق والتزامات لكل طرف تجاه الآخر، وحقوق طرف تعني التزامات الطرف الآخر، ويفترض عملاً، وقانوناً، أن يسعى الطرفان لتنفيذ التزاماتهما؛ ليحصلوا على حقوقهما، ويفترض أيضاً أن يتعاون كلا الطرفين لتنفيذ شروط ومواصفات العقد كما هي موضوعة. ومعظم الإشكالات التي تتم بين الطرفين تكون بإخفاق أحدهما في تنفيذ التزاماته كما رسمتها وثائق العقد. والجهة الإدارية المنفذة ليست بمعزل عن هذا؛ فيجب أن تنفذ التزاماتها وفقاً للشروط والمواصفات التي تعاقدت عليها حتى تحصل على مستحقاتها المتفق عليها.

^{٧٦} المادة (٣٢) من نظام المنافسات.

وفي هذا قضى ديوان المظالم أن الدائرة تستخلص أن إرادة الطرفين قد تلاقتا على استئجار المدعي عليها فناء المدعي، وأن العقد بينهما جرى على نحو تسبغ عليه صفة الصحة والنفاد، ومن ثم فهو عقد نافذ؛ إذ الثابت أن التزام المدعي بتنفيذ الإصلاحات المطلوبة نابع من العقد؛ وهو التزام مقابل لالتزام المدعي عليه باستئجار الفناء المدة المنوه عنها بالعقد^{٧٧}.

ومن لحظة توقيع العقد أو إرسال خطاب التعميد، لا تكون هناك ميزة للجهة الإدارية المتعاقدة يمكن أن تتميز بها عن المتعاقدين من القطاع الخاص، إلا الاستثناء من تقديم الضمان النهائي، وهو استثناء مُيزت به الجهة الإدارية عن كيانات القطاع الخاص رغم أن الجهة الإدارية قد تخفق في تنفيذ التزاماتها التعاقدية؛ لذا فليس أمام الجهة الإدارية المشتريّة إلا حجز مستحقات الجهة الأخرى حتى تستوفي حقوقها؛ بسبب إخفاق تلك الجهة في تنفيذ التزاماتها.

ومن الواجبات العامة على الطرفين التي فرضتها المادة (٧٧): أن تنفذ الجهتان الحكوميتان العقد وفقاً لشروطه، وبحسن نية، وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصالحته. وإذا كانت المادة خاطبت المتعاقد من القطاع الخاص بضرورة توافر حسن النية في التنفيذ، فإن التنفيذ بحسن نية من الجهة الحكومية أوجب وأهم؛ لأنها مثلما هي طرف أول (بائعة) في عقد المشتريات، فإنها قد تكون طرفاً ثانياً (مشتريّة) في عقد آخر ينفذ من شخص آخر في نفس المدة، ولأن واجب سير المرفق العام بانتظام واطراد يقتضي من كل جهة حكومية - مهما كان طرفها في عقود المشتريات - أن تسعى إلى تأكيد هذا المبدأ، وتحرص على توفيره، وتشجع المتعاقد الآخر على أخذه بعين الاعتبار عند تنفيذ العقد، حتى لا تتأثر مصلحة المرفق، ولا تتعطل أعماله. ومبدأ حسن النية أصل من أصول القانون التي تحكم العقود المدنية والإدارية على حد سواء، بمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفق عليه في العقد، فإذا حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسؤولاً عن إخلاله بالتزامه العقدي، ووجب حمله على الوفاء بهذا الالتزام، وصار تحميله بما رتبته العقد من جزاءات - كغرامة التأخير - أمراً واجباً^{٧٨}.

^{٧٧} حكم التدقيق رقم ١١٦٥/١١ لعام ١٤٢٦ هـ في القضية رقم ١١٢٠١٣/١١ لعام ١٤٢٥ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢١٩٥.

^{٧٨} إسماعيل، د. هاني عبدالرحمن، النظام القانوني لعقود التوريد الإداري، مرجع سابق، ص ٦٧٥.

ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية استقر عليه تنفيذ عقود المشتريات الحكومية في السعودية، وهو مبدأ لازم يجب التقيد به، حتى ولو لم ينص عليه العقد أو النظام. ويفهم من مبدأ حسن النية في التنفيذ الالتزام بتنفيذ شروط ومواصفات العقد كما وضعت، ويكون ذلك بمهنية واحترافية، فإذا رأت الجهة المشتريّة تعديل شروط العقد أو زيادتها أو إنقاصها، فإن ذلك يجب أن يكون في الحدود التي وضعها النظام، بحيث تكون الزيادة بنسبة ١٠% من قيمة العقد، والإنقاص بنسبة ٢٠%^{٧٩}، كذلك يجب الأخذ في الاعتبار التوازن المالي للعقد، فلا يتم تعديله بطريقة تخل بهذا التوازن المالي، وأن تحفظ حق المتعاقد في التعويض عن أي تعديل قد يترتب عليه زيادات مالية، أو تجعل المتعاقد يحتاج إلى وقت إضافي لتنفيذها.

وثاني الالتزامات المهمة التي تقع على الجهة الإدارية: أن تنفذ العقد بنفسها، وهذا هو - تقريباً - جوهر منح هذه الجهات الحكومية الاستثناءات التي أشرنا إليها في هذا البحث؛ حيث أوجبت المادة الثامنة والستون من النظام على الجهات الإدارية - لكي تتجاوز المرحلة التمهيديّة، وتتعاقد مع الجهة الإدارية الأخرى مباشرة بدون الدخول في المنافسة مع كيانات القطاع الخاص - أن تنفذ أعمال العقد بنفسها. والتزام الجهة الإدارية بأن تقوم بنفسها بتنفيذ العقد التزم رئيس، يترتب على الإخلال به بطلان العقد، خاصة أن المادة (٦٨) أكدت صراحة على أهمية هذا الالتزام.

والجهة الإدارية المشتريّة رأت عند رغبتها في التعاقد مع الجهة الإدارية الأخرى البائعة صفات وخصائص، أو حتى اعتبارات معينة حملتها على توقيع العقد مع تلك الجهة؛ ولهذا فإن هذه الاعتبارات يجب أن تتوافر طوال مدة تنفيذ العقد؛ بحيث تستمر الجهة الحكومية البائعة متعاقدًا رئيساً في تنفيذ العقد، ولا يمنع هذا من أن تلجأ هذه الجهة إلى التعاقد من الباطن مع جهة أخرى عامة أو خاصة؛ للمساعدة في تنفيذ جزء من العقد بعد موافقة الجهة الحكومية المشتريّة كتابة على ذلك.

ويرى الباحث أن التزام الجهة الإدارية التي أبرمت عقداً مع جهة حكومية لتنفيذه أن قيامها بالتنفيذ بنفسها من النظام العام، لا يجوز الإخلال به، أو التحايل عليه؛ لأن النظام منح هذه الجهات الحكومية امتيازات لتساعدها على تنفيذ العقد بنفسها؛ ولهذا يرى الباحث أن شخصية الجهة الإدارية في تنفيذ العقد تعتبر عنصراً جوهرياً لصحته، ويعتبر باطلاً إذا لم تلتزم به.

^{٧٩} المادة (٣٩) من نظام المنافسات.

وتنفيذ الجهة الإدارية للعقد بنفسها أمر جوهري ومهم لصحة العقد الإداري. وقد لاحظ الباحث أثناء جمع المادة العلمية لهذه الدراسة أن هناك عقوداً تبرم بين جهتين حكوميتين، ولكن تتنازل الجهة البائعة عن التنفيذ بنفسها، وتعطي تنفيذ العقد كاملاً لجهات من القطاع الخاص مقابل نسبة تحصل عليها تلك الجهة الإدارية.

ورغم بطلان هذا التصرف، وعدم نظامية التنازل عن كامل العقد لمتعاقد آخر بدون تحقيق شروط ذلك التنازل الواردة في المادة (٤٧) من اللائحة التنفيذية - ومنها موافقة الجهة الحكومية المشتريّة كتابة على ذلك -، إلا أنه - مع الأسف - تجد هذه الممارسة موجودة في بعض العقود التي تبرم بين جهات حكومية؛ ولذا يشدد الباحث على ضرورة تدخل الجهات الرقابية في مراقبة تنفيذ العقود التي تبرم بين الجهات الحكومية طوال مدة التنفيذ؛ لأن بعض الجهات الحكومية - مع الأسف - ورغم أنه يفترض أن تلتزم وتشدّد على التنفيذ وفقاً لقواعد نظام المنافسات والمشتريات الحكومية - ومنها أن تنفذ الجهة الحكومية العقد بنفسها - إلا أنها تجامل الجهة الإدارية الأخرى، ولا تتشدّد معها في تطبيق بعض نصوص نظام المنافسات.

وثالث الالتزامات: أن تنفذ العقد وفقاً للشروط والمواصفات الموضوعية، وقد أشرنا إلى ذلك سابقاً في المطلب الثاني من المبحث الثاني، وهذا الالتزام له جانبان؛ فعلى الجهة البائعة أن تلتزم حرفياً بتنفيذ الشروط والمواصفات كما هي، وألا تعدلها تعديلاً جوهرياً يخل بما تم الاتفاق عليه، ووضعت الأسعار على أساسه. وعلى الجهة الإدارية الأخرى المشتريّة أن تراقب هذا التنفيذ، وأن تتأكد من التزام الجهة المنفذة بذلك، وألا تتهاون معها، وهي واجبات تنطبق على الجهات الإدارية مثلما تنطبق على الشركات والمؤسسات المنفذة.

وتملك الجهة الإدارية المشتريّة هذه الرقابة حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو في الشروط والمواصفات، ويمكن تنفيذها عن طريق إصدار أوامر تعديل توجه للجهة الأخرى المتعاقدة معها، أو قرارات إدارية، أو حتى إنذارات للطرف الثاني؛ لتنفيذ العقد وفقاً لشروطه ومواصفاته.

وقد استقر قضاء ديوان المظالم على أن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها، وإبرادتها المنفردة حق تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها أو تنقصها، وتتناول الأعمال والكميات

المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق لهذا التعديل؛ إذ يجوز للجهة الحكومية - وفقاً لنص المادة التاسعة والثلاثين من النظام - زيادة التزامات المتعاقد ضمن نطاق العقد، بما لا يتجاوز (١٠%) من القيمة الإجمالية للعقد، أو تخفيض هذه الالتزامات بما لا يتجاوز (٢٠%) من تلك القيمة، غير أن سلطة التعديل هذه ليست مطلقة من غير قيد، بل ترد عليها قيود تقتضيها إرادة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدین معها، ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل، وما يترتب عليه من أعباء جديدة، تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لهذا التعديل؛ إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، وفي نطاق موضوع العقد، بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية^{٨٠}.

ومن الواجبات التي تقع على الجهة الحكومية المشتريّة أثناء تنفيذ العقد أن تدفع مستحقات الجهة الأخرى وفقاً لجدول الدفعات، أو طبقاً لما تم الاتفاق عليه^{٨١}، وهذا حق أصيل يقوم عليه أساس قبول المتعاقد للتعامل مع الجهة الإدارية، ويضع دائماً في حساباته الشك في استلام حقوقه في مواعيدها؛ نظراً لبطء وطول الإجراءات الحكومية في الصرف حتى ولو تكن على المقاول أي ملاحظات؛ ولهذا يضع أغلب المقاولين في حساباتهم عند وضع أسعار جدول الكميات هذا الاعتقاد، وقد يضطرون لرفع سعر بعض المواد أو بعض البنود كتعويض سريع لتأخر صرف مستحقاتهم. وغالباً ما تنص العقود على طريقة ومدة ونسبة الدفعات، وربطها إما بنسبة إنجاز، أو مضي مدة معينة، أو غيرها، ويكون الصرف على أساسها، وقد جرى العرف المالي في المملكة على إرسال كل المستخلصات في نماذج مالية ومحاسبية محددة إلى وزارة المالية لصرفها.

^{٨٠} حكم ديوان المظالم رقم (١٧ د ا ٥١ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ١٠٨٩ / ١١ ق لعام ١٤١٧ هـ، المؤيد بالحكم رقم (٣٣٥ ت ١١ لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢٣١١.

^{٨١} يجوز للجهة الحكومية أن تدفع للمتعاقد معها دفعة مقدمة من استحقاقه بنسبة (٥%) من القيمة الإجمالية للعقد، بشرط ألا تتجاوز قيمة الدفعة مبلغ خمسين مليون ريال أو ما يعادلها مقابل ضمان بنكي مساوٍ لهذه القيمة، وينص على الدفعة المقدمة، إن وجدت، في الشروط والمواصفات عند طرح المنافسة، وتحسم هذه الدفعة من مستخلصات المتعاقد على أقساط ابتداءً من المستخلص الأول، وفقاً للضوابط الموضحة في اللائحة التنفيذية، والمادة (٣٨) من النظام.

وتأخير دفع المستحقات للمقاولين مشكلة مستمرة تعاني منها الشركات والمؤسسات، وقد تعاني منها أيضاً الجهات الحكومية المنفذة.

وهناك أسباب كثيرة تؤثر على تأخير دفع مستخلصات المقاولين؛ بعضها بسبب المقاول، وبعضها يعود سببه للجهة الحكومية المشتريّة؛ ولذا رأى الديوان في بعض أحكامه عدم التعويض عن التراخي في صرف المستخلصات للمقاول إذا لم تثبت المدعية أنه أصابها أضرار محققة ومحددة بسبب التأخير^{٨٢}. لكن إذا كان التأخير في صرف المستحقات يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد، وقلة السيولة النقدية لدى المقاول؛ مما تنتج عنه آثار سلبية على المشروع، أقلها الإخلال بالبرنامج الزمني لتنفيذ الأعمال؛ مما يؤدي إلى التأخير في إنجاز المشروع في أوقاته المحددة - فإن المقاول يستحق تعويضاً عن هذا التأخير^{٨٣}.

وتصرف مستحقات المقاول على دفعات طبقاً لما يتم إنجازه من عمل بموجب المستخلصات التي تعتمدها الجهة الحكومية^{٨٤}. وجرت العادة في عملية صرف مستحقات المقاولين أن يرفع المقاول للجهة الإدارية فاتورة لتسديدها، وذلك وفق ما يتم إنجازه من عمل، وحسب المستخلصات التي يصادق عليها الاستشاري أو الجهة الفنية المشرفة على المشروع، وبصفة دورية وبمعدل مستخلص واحد كل شهر على الأقل، ثم تراجع الفاتورة بناءً على نسبة الإنجاز، ثم ترسلها للإدارة المالية التي تقوم بمراجعتها، ومن ثم إرسالها لوزارة المالية للصرف.

وقد رفض ديوان المظالم تطبيق غرامة التأخير على شركة من الشركات بسبب تأخرها عن تسليم العقد في المدة المحددة؛ لأن بنود العقد نصت على أنه (على صاحب العمل أن ينفذ شروط العقد بحسن نية، وأن يدفع للمقاول الأقساط المستحقة دون تأخير)؛ وحيث إن هذا التأخر من جانب المدعية في صرف المستخلصات يؤدي بلا ريب إلى الإخلال باقتصاديات العقد؛ وذلك بسبب قلة السيولة النقدية لدى المقاول أو انعدامها؛ مما ينتج عنه الإخلال بالبرنامج الزمني المعد لسير تنفيذ أعمال المشروع،

^{٨٢} حكم ديوان المظالم رقم (١٠٩ د ١١٤١ ٤ لعام ١٤٢٦ هـ في القضية رقم ١١١٥٤٥ ق لعام ١٤١٩ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٤١ ت ١١ لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢١٧٠.

^{٨٣} حكم ديوان المظالم رقم (١٥٨ د ١١٤١ ٤ لعام ١٤٢٦ هـ في القضية رقم ١١١١٩٣ ق لعام ١٤٢٥ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٨٧ ت ١١ لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢٢٣٤.

^{٨٤} المادة (٣٩) من نظام المنافسات.

وعليه فإن الدائرة تقضي بتمديد العقد مدة مماثلة لمدة التأخر في صرف المستخلصات؛ مما ينتج عنه رفع غرامة التأخير عن المدعية، وهو ما استقر عليه قضاء الديوان بهذا الصدد؛ إذ إنه لا وجه للجمع بين التأخر في صرف المستخلصات وفرض غرامة التأخير، فالواجب دفع المستخلصات مهما بلغت قيمتها، وعدم التأخر في صرفها بغض النظر عن تطبيق غرامات التأخير^{٨٥}.

والتأخر في صرف مستحقات المقاولين مشكلة مستمرة، يشكو منها المقاولون منذ عقود، وكلما مرت سنوات وتم حلها عادت المشكلة مرة ثانية. وإن آثار التأخر في الصرف لا يتأثر بها المقاول فقط، بل كل من يتعامل معه تعاملًا مباشرًا، أو غير مباشر، وأول المتأثرين عمال هذا المقاول؛ إذ غالباً ما يعتمد المقاول على الدفعات الحكومية ليسدد رواتب عماله، ومستحقاتهم، فإذا تأخرت تأخر - غالباً - في دفعها. كذلك يتأثر المقاول من الباطن الذي يعمل مع المقاول؛ إذ قد لا يصرف له المقاول الأصلي مستحقاته وفقاً لنسب إنجاز العمل، وإنما بعد ما يتم صرف مستحقاته هو أولاً بأول. كذلك قد يتأثر من يمد المقاول بالمواد الخام، والآلات المستخدمة في تنفيذ العقد، أيضاً قد يضطر المقاول إلى الاقتراض من البنوك لتسديد ما عليه من التزامات تجاه من يتعامل معهم؛ ولهذا فإن تأخير تسديد الدفعات في وقتها لا يعود على المقاول بالنفع.

وبإسقاط هذا التوجس على العقد الحكومي بين الجهتين، فقد تتأثر أيضاً الجهة الحكومية المنفذة من تأخر تسديد مستحقاتها.

وقد اطلع الباحث على طلبات من مستشاري إحدى الجهات الحكومية الذين قدموا خدماتهم الاستشارية بناءً على عقد أبرمته معهم الجهة التي ينتمون إليها لتنفيذ عقد رسم خطة استراتيجية لجهة حكومية، وبعد إنجاز العمل وتقديمه تأخرت تلك الجهة في الصرف لأسباب تعود إليها، فما كان من المستشارين إلا أن طالبوا جهتهم بدفع مستحقاتهم بغض النظر عما إذا تم الدفع لها من الجهة المشتريّة أم لا، فاضطرت بعد إلحاحهم، والتلويح برفع قضايا، وعدم وجود نص في عقودهم يربط الإنجاز بصرف الدفعات من الجهة المشتريّة إلى دفع مستحقاتهم من ميزانيتها، ومن ثم هي ستعود على تلك الجهة لاستيفاء تلك المبالغ.

^{٨٥} حكم ديوان المظالم رقم (٢٥ / ١٠١ / ١٥ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ٦٤٠ / ٣ / ق لعام ١٤٢٤ هـ، المؤيد بالحكم رقم (٤٩٩ / ١١ لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧ هـ، المجلد الخامس، ص ٢٥٤٣.

ومن الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الجهة الحكومية حقه في التنازل عن جزء من عقده لطرف ثالث لتنفيذه، ويسمى هذا الأمر بالتعاقد من الباطن، وقد أجاز نظام المنافسات والمشتريات الحكومية التعاقد من الباطن بشروط معينة؛ حيث نصت المادة الحادية والسبعون على أن ينفذ المتعاقد العمل بنفسه، ولا يجوز له التنازل عنه أو عن جزء منه، أو إنابة غيره في تنفيذه بغير إذن خطي سابق من الجهة المتعاقدة. ومع ذلك يبقى المتعاقد مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه أو المقاول من الباطن عن تنفيذ العقد.

وممارسات التعاقد من الباطن ممارسات تحتاج إلى وقفة جادة من الجهات الرقابية؛ لإلزام الجهات الحكومية بالتقيد بنصوص النظام، وأخذ ضوابطه التي وضعها للتعاقد من الباطن في الاعتبار. ومع الأسف، فإن عملية التعاقد من الباطن فُهمت من كثير من الجهات الحكومية بطريقة تختلف عن التي قصدها النظام؛ إذ أخذ النظام في اعتباره أن المقاول لن يستطيع تنفيذ بعض العقود بنفسه ١٠٠%، فقد يحتاج المقاول الذي يشيد مستشفى مثلاً إلى أن يتعاقد مع متخصص طبي ليبنى غرف الأشعة، أو غرف العناية المركزة بمواصفات طبية دقيقة، قد لا تتوافر لدى كل مقاولي التشييد؛ لذا كان في النظام فسحة للتعاقد مع آخرين للمساعدة في تنفيذ جزء من العقد، أما بقية العقد فينفذه المقاول الأصلي.

أما الواقع العملي فيختلف؛ إذ يتم التنازل عن العقد كلياً لمقاول آخر مقابل نسبة مالية يتم الاتفاق عليها بينهما، وهذا يخالف شرط التعاقد من الباطن كلية؛ إذ الأمر في حقيقته تنازل، وليس تعاقد جزئي. "وفي حالة التنازل يوجد عقد جديد يحل محل عقد، في حين أنه في حالة التعاقد من الباطن يوجد عقدين يسيران جنباً إلى جنب أثناء تنفيذ المفاوضة. ويختلف التنازل عن العقد عن التعاقد من الباطن في أنه في حالة التنازل عن العقد يتحلل المقاول الأصلي من تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويلقي بها على عاتق المتنازل إليه، في حين أنه في حالة التعاقد من الباطن، فإن المقاول الأصلي يظل مسؤولاً عن تنفيذ العقد حتى بالنسبة للجزء المتعاقد عليه من الباطن"^{٨٦}.

وقد اتجه بعض مقاولي الإنشاءات والصناعيين إلى تعميم مقاولين بالباطن لتنفيذ مشاريعهم التي تم إرساؤها عليهم من قبل القطاع الحكومي أو القطاع الخاص؛

^{٨٦} محمد، سامح عبد الله عبد الرحمن، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٣٧ هـ، ص ٢٣٣.

لاختزال أكبر قدر ممكن من "الأرباح" حسب شروطهم وأنظمتهم الخاصة، وتجد الآخر يبيع المشروع لمقاول ثانٍ، وربما ثالث؛ مما يؤدي إلى خفض تكلفة المشروع لنسب توصل إلى ١٢٠%؛ مما يتسبب في تعثر الكثير من المشروعات الحكومية "التنموية"؛ حيث إن مقاولي "الباطن" ينفذون قرابة ٥٠% من تلك المشروعات^{٨٧}.

والتعاقد بين الجهات الحكومية - وفقاً لما راه الباحث - لا يختلف كثيراً في بعض الممارسات الحكومية؛ إذ بدلاً من التعاقد من الباطن بين جهة حكومية وشركة أو مؤسسة، أو حتى جهة حكومية أخرى لتنفيذ جزء من العقد، تقوم الجهة الحكومية بالتنازل كلياً عن تنفيذ العقد إلى بعض شركات القطاع الخاص مقابل نسبة مالية معينة يتم الاتفاق عليها، والجهة الحكومية الأخرى المشتري تعلم بهذا التنازل، ولا تتخذ حياله أي قرار رغم أن النظام أكد في مادته الثانية والستين على أن تقوم الجهة الحكومية بتنفيذ العقد بنفسها.

وقد وجد الباحث أثناء جمعه للمادة العلمية لهذه الدراسة أن إحدى الجهات الحكومية رسى عليها عقد لتصميم برج سكني وتجاري لجهة حكومية أخرى لاستثماره لزيادة دخول تلك الجهة، فقامت الجهة البائعة بالتعاقد من الباطن مع مكتب هندسي لتنفيذ العمل، وتم تسليمه، وعند بدء التنفيذ الإنشائي لاحظت الجهة المشتريّة أن هناك أخطاءً جوهرية في التصميم، وبعد مناقشات مطولة مع الجهة الأخرى اكتشفت أن تلك الجهة لم تقم بالتصميم بنفسها بل عمّدت مكتباً هندسياً للقيام بذلك^{٨٨}.

والجدير بالذكر أن اللائحة التنفيذية للنظام أعطت الجهة الإدارية المشتريّة الحق في زيادة التزامات المتعاقد أو تخفيضها، أو إجراء أي تعديل أو تغيير في الأعمال المتعاقد على تنفيذها، إلا أنها وضعت ضوابط، يجب على الجهة الحكومية الالتزام بها؛ منها أن تكون الأعمال الإضافية محلاً للعقد، وليست خارجة عن نطاقه، فإذا كانت غير مماثلة لأعمال العقد فإنه يلزم العرض على لجنة فحص العروض أو اللجنة المختصة بالشراء بحسب الأحوال؛ لدراسة التكاليف بتلك الأعمال، ومناسبة الأسعار المقدمة من المتعاقد. فإن لم يوافق المتعاقد على ما تنتهي إليه اللجنة، يتم

^{٨٧} بالطيور، عبد المحسن. مشروعات تباع على «مؤسسات وهمية».. والمنفذون «عمالة مخالفة»: مقالون الباطن».. التنفيذ تحت الطاولة. تحقيق نشر في جريدة الرياض، السبت ٩ رجب ١٤٣٢ هـ - ١١ يونيو ٢٠١١م - العدد ١٥٦٩٢.

^{٨٨} تم الاشتراط على الباحث ألا يشير إلى أي من أطراف العقد، ولا مكانه، ولا المكتب الهندسي كشرط للاطلاع على المعلومات الخاصة به.

التعاقد على تنفيذها بواسطة مقاولين آخرين. ومن الضوابط أيضاً ألا تؤدي التعديلات أو التغييرات اللازمة للأعمال إلى الإخلال بالشروط والمواصفات، أو التغيير في طبيعة العقد، أو توازنه المالي، كذلك فإنه يجب على الجهة المتعاقدة التأكد من توافر المبالغ اللازمة لتغطية قيمة الأعمال الإضافية، قبل تعميم التعاقد بها^{٨٩}.

المطلب الثاني

حقوق وواجبات الطرفين بعد تنفيذ العقد

يقصد بحقوق وواجبات الطرفين بعد تنفيذ العقد أي بعد التسليم الابتدائي للعقد، وكما هو معروف، فإن هناك مرحلتين لتسليم أعمال العقد؛ مرحلة أولى: ويطلق عليها التسليم الابتدائي، وتستمر فيها علاقة أطراف العقد قائمة. ومرحلة ثانية: وهي مرحلة التسليم النهائي، وبمجرد صدور القرار بقبول العمل نهائياً تنتهي الرابطة التعاقدية بين الأطراف، غير أنها قد تستمر شبه قائمة في حالات معينة، مثل: الضمان العشري للأعمال عند تنفيذ عقود الأشغال العامة.

وقد ميزت اللائحة بين طرق استلام عقود المشتريات؛ إذ تضمن الفصل السادس عشر أحكام استلام أعمال عقود الأشغال العامة وعقود الخدمات، في حين تضمن الفصل السابع عشر أحكام استلام الأصناف الموردة. فمثلاً في عقود الأشغال العامة تستلم الأعمال استلاماً ابتدائياً بعد تقديم المتعاقد إشعاراً بإنجازها، وعلى الجهة المتعاقدة أن تكون لجنة للبدء في المعاينة والاستلام خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ ورود إشعار المتعاقد، وإذا لم تتمكن الجهة من استلام المشروع لأسباب لا علاقة للمتعاقد بها؛ كوجود ما يمنع من التشغيل أو التجربة، أو عدم توافر التيار الكهربائي، أو لسبب آخر مما هو من مسؤوليات الجهة - تعد بذلك محضر معاينة بمشاركة المتعاقد أو ممثله؛ لخصر كافة الأعمال المنجزة في المشروع^{٩٠}، ويبقى المشروع بعد التسليم الابتدائي تحت ضمان المتعاقد، مدة لا تقل عن (سنة)، تبدأ من تاريخ الاستلام الابتدائي، ويلتزم خلالها المتعاقد بصيانة وإصلاح واستبدال ما يظهر من عيوب في المواد المستخدمة، أو عيوب في التنفيذ^{٩١}.

^{٨٩} المادة (٥٨)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

^{٩٠} المادة (١٠٦)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

^{٩١} المادة (١٠٧)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

وتستلم الأعمال استلاماً نهائياً في عقود الأشغال العامة بعد انتهاء مدة الضمان، وبعد تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وتسليمه المخططات ومواصفات الأجهزة والمعدات، والمستندات المتعلقة بالمشروع.

وفي العقود ذات التنفيذ المستمر، تكوّن الجهة لجنة فنية لمعاينة الأعمال واستلامها بعد انتهاء مدة العقد، وذلك بموجب محضر يوقع عليه المتعاقد. وإذا وجد أي تقصير أو نقص في تنفيذ الأعمال، يلتزم المتعاقد باستكمال تنفيذها، وإذا لم يلتزم بذلك، تُنفذ على حسابه بعد إنذاره، وذلك بالطريقة التي تراها الجهة مناسبة، بما لا يتجاوز الأسعار السائدة^{٩٢}.

الاستلام الابتدائي بداية مرحلة نهاية التنفيذ، وبداية الاستلام؛ إذ تفترض هذه المرحلة أنه تم إنجاز الأعمال بصفة شبه نهائية، ولم تتبق إلا ملاحظات الجهة الإدارية على تلك الأعمال. وإذا تبين لدى التسليم الابتدائي أن الأعمال الناقصة لا تمنع من الانتفاع بالعمل، واستخدامه للغرض الذي أنشئ من أجله، فيجوز لصاحب العمل في هذه الحالة أن يعتبر الأعمال مسلمة ابتدائياً، ويطلب من المقاول إكمال الأعمال الناقصة خلال مدة معقولة^{٩٣}.

وتتطبق نفس أحكام التسليم الابتدائي والنهائي على عقود المشتريات التي تبرمها الجهات الحكومية بغض النظر عن هو الطرف الثاني؛ بمعنى تساوي الأحكام للعقود المبرمة بين جهات حكومية مع أحكام العقود المبرمة بين جهة حكومية وإحدى كيانات القطاع الخاص، وبالتالي، إذا سلمت الجهة الإدارية أعمالها تسليماً ابتدائياً فعلى الجهة الأخرى تكليف لجنة التسليم بمقارنة الأعمال المنفذة على الشروط والمواصفات الموضوعية، ومن ثم تقديم التقرير، وفيه التوصيات اللازمة؛ إما بقبول العمل، وبالتالي إعطاء الضوء الأخضر للاستلام النهائي، أو يطلب من الجهة المنفذة إكمال الأعمال الناقصة أو تعديل الأعمال المنفذة، وذلك خلال مدة يتم الاتفاق عليها. وتقوم الجهة الإدارية من تاريخ تقديم طلب التسليم الابتدائي، واستلام الأعمال - باحتساب مدة التنفيذ الفعلية، ومقارنتها بالمدة المحددة في العقد، فإذا تم التسليم قبل

^{٩٢} المادة (١١٠)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

^{٩٣} حكم ديوان المظالم رقم (٢٥ د ١٥١ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ١٣١٦٤٠ ق لعام ١٤٢٤ هـ، المؤيد بالحكم رقم (٤٩٩ ت ١١ لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧ هـ، المجلد الخامس، ص ٢٥٩٨.

نهاية هذه المدة فإن المفاوض أو المتعهد يخرج من إشكالات تطبيق غرامة التأخير، أما إذا تأخر عن هذه المدة، فإن للجهة الإدارية أن توقع غرامة تأخر وفقاً للنسب المحددة الواردة في النظام.

وقد اطلع الباحث على عقد عمل تم تطبيق غرامة تأخير على شركة من الشركات؛ لأنها تأخرت يوماً واحداً فقط عن تسليم العمل في المدة المتفق عليها في العقد.

ويعتبر تطبيق غرامات التأخير من الجزاءات التي منحها النظام للجهة المشترية لمعاقبة المتعاقد معها إذا أحل بالتزاماته.

وهناك ثلاثة أنواع من الغرامات أشار إليها نظام المنافسات؛ غرامات تأخير، وغرامات تقصير، وغرامات إشراف. وتوقع غرامات التأخير على المتعاقد إذا لم ينجز تنفيذ العقد في التاريخ المحدد، فيحق للجهة الإدارية أن تفرض عليه غرامة بنسب محددة؛ حددها النظام على سبيل الحصر: ٦ % من قيمة العقد في عقود التوريد، و ١٠ % من قيمة العقد في سائر العقود الأخرى. وقد أشارت اللائحة التنفيذية إلى بعض الحالات التي يمكن إعفاء المتعاقد من هذه الغرامة - ليست هذه الدراسة مجالها -.

وقد رأى الديوان في إحدى القضايا التي عرضت عليه أن التأخير في صرف المستخلصات من شأنه أن يؤثر تأثيراً مباشراً في إنجاز الأعمال في مواعيدها المحددة بالعقد، ولا شك أن قيام الوزارة بحسم الغرامات المالية من مستحقات الشركة المدعية مع تأخرها في صرف المستخلصات لا يتفق مع مبدأ حسن النية، وإذا كانت الوزارة تطالب الشركة بتسليم المشروع في موعده المحدد بالعقد فإن عليها في المقابل الالتزام بتسليم المستحقات في مواعيدها المحددة في العقد^{٩٤}.

وغرامة التقصير من اسمها يفهم أنها تفرض على المفاوض الذي أنجز العقد في مدته، لكنه لم ينفذه وفقاً لشروطه ومواصفاته، وقبلت الجهة الحكومية ذلك بالتنفيذ، لكن تفرض عليه غرامة تقصير بنسبة ١٠ % من قيمة العقد جبراً لتقصيره.

^{٩٤} حكم ديوان المظالم رقم ٢١ / ١ د / ١١ / ٤١٢١ هـ في القضية رقم ٤٦٣ / ١١ / ٤١١١ اق لعام ١٤٢٠ هـ.

وترتبط غرامات الإشراف مع غرامات التأخير وجوداً وهدماً، وهي غرامة تبعية يتم تطبيقها في عقود الأشغال العامة، مع غرامة التأخير إذا تأخر المقاول في تسليم المشروع في التاريخ المحدد في العقد.

وهذه الغرامات تطبق على المقاولين من القطاع الخاص، وكذلك على الجهات الحكومية المتعاقدة مع بعضها، ولم يستثن النظام أي جهة من هذه الغرامات؛ ولهذا يجب على كل جهة حكومية مشترية أن تطبق هذه الغرامات وفقاً لظروفها على الجهات الحكومية المقصرة أو المتأخرة في تسليم عقودها في الوقت المحدد.

والجدير بالذكر أنه لا توجد عقوبات أو غرامات واضحة على الجهة الإدارية المتعاقدة إذا أخلت بالتزاماتها؛ مثلاً لو تأخرت تأخراً كبيراً في تسليم الموقع للمتعاقد، أو لو تأخرت في صرف مستخلصاته المالية أو غير ذلك، وليس أمام المتعاقد أن يتخذ قراراً مباشراً ضد الإدارة، بل عليه أن يلجأ إلى لجنة النظر في طلبات التعويض، ومنع التعامل مع المقاولين والمتعهدين، والمشار إليها في المادة (٥٤) من النظام، أو التقدم بعد انتهاء العقد إلى ديوان المظالم لطلب التعويض.

ويحسن أن نشير إلى أن الجهات الحكومية التي أبرمت عقوداً مع جهات حكومية أخرى لا تطبق بحقها بعض العقوبات التي تطبق على المتعاقدين الآخرين، مثل: عقوبة مصادرة الضمان النهائي؛ حيث تطبق العقوبة على المتعاقد إذا أخل إخلالاً جسيماً بالتزاماته التعاقدية، مثل: مخالفته للتقيد بالشروط والمواصفات، أو عدم استلام موقع العمل لفترة طويلة رغم إنذاره، أو التخلي عن العقد كلية، حتى لو قامت الجهة الحكومية ببعض هذه الأعمال؛ لأن النظام أعفى الجهات الحكومية ابتداءً من تقديم الضمانات الابتدائية والنهائية؛ ولذا ليس أمام الجهات الحكومية إلا تطبيق العقوبات الأخرى عن الإخلال بشروط العقد، أو وجود العيب في تنفيذه.

ويمكن باستقراء مواد النظام واللائحة تحديد ثلاثة أنواع منها؛ هي: سحب العمل، وفسخ العقد، وفسخ العقد مع التنفيذ على حساب المتعاقد، وبيان ذلك كما سيأتي .

تم وضع الجزاءات في نظام المنافسات ولائحته التنفيذية لتطبيقها الجهة الحكومية على المتعاقد معها؛ إذ نهج النظام حماية الجهة الإدارية من عبث المقاولين،

ومن يتعاقد مع الحكومة، فمنحها تطبيقاً لمبدأ السلطة والسيادة وضعاً إشرافياً وتطبيقياً أفضل من المتعاقد معها، وقرر لها عدة خيارات عقابية لتطبيقها على المتعاقد وفقاً لجسامة المخالفة التي يقترفها. وفي المقابل، لم يمنح الطرف الآخر أي ميزة عقابية تقابل تلك الميزات التي منحت للجهات الإدارية. والنظام عند صياغته افترض إخلال الطرف الثاني أو المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، ولم يفترض نفس الأمر للجهة الإدارية؛ ولهذا لا يستطيع المتعاقد الذي أخلت الجهة الإدارية بالتزاماتها تجاهه أن يتخذ أي إجراء فردي ضد الجهة الحكومية، بل يجب أن يتقدم إلى القضاء أو اللجان شبه القضائية ذات العلاقة بنظام المشتريات للمطالبة بحقه. وتطبق هذه الجزئية تماماً على الجهة الإدارية البائعة، التي تعاقدت مع جهة إدارية أخرى لتنفيذ عقد إداري، فلا تستطيع مهما أخلت الجهة المشتريّة بالتزاماتها أن تتخذ قراراً فردياً بإنهاء العقد، أو تجميد مستحقات تلك الجهة لديها، أو حسم مستحقاتها من تلك المبالغ الموجودة لديها، أو التنفيذ على حسابها، أو طلب تعويض - إلا إذا رفعت قضية أمام ديوان المظالم للمطالبة بحقوقها.

وستتم دراسة هذه العقوبات واحدة واحدة بشيء من الإيجاز، والنظر في مدى إمكانية تطبيقها على الجهات الحكومية المتعاقدة التي أخلت بالتزاماتها.

١. سحب العقد من المتعاقد:

أعطى النظام ولأئحته التنفيذية للجهة الإدارية صلاحية اختيار العقوبة التي ترغب في تطبيقها على المتعاقد معها، ومنحها سلطة تقديرية لاختيار إحداها أو بعضها، وميّز بين جسامة هذه العقوبات، ووضع أمثلة لبعض الحالات التي يجوز فيها تطبيق واحدة من تلك العقوبات إذا صدرت من المتعاقد، والنظام وضع تلك الجزاءات، وكذلك أمثلة العقوبات لتطبيق على كل من يتعاقد مع الحكومة - حكومة أم فرداً -؛ حيث نصت المادة (٥٣) من النظام على أنه يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابها مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك في أي من الحالات التالية:

أ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بوساطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة.

ب - إذا تأخر عن البدء في العمل، أو تباطأ في تنفيذه، أو أخل بأي شرط من شروط العقد ولم يصلح أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه كتابة بتصحيح الوضع.

ج - إذا تنازل عن العقد، أو تعاقد لتنفيذه من الباطن دون إذن خطي مسبق من الجهة الحكومية.

د - إذا أفلس، أو طلب إشهار إفلاسه، أو ثبت إعساره، أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة، أو كان شركة وجرى حلها أو تصفيتها.

هـ - إذا توفي المتعاقد وكانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، ويجوز للجهة الحكومية الاستمرار في التعاقد مع الورثة إذا توافرت الضمانات الفنية أو المالية الكافية لدى الورثة^{٩٥}.

كذلك أشارت المادة (٤٣) من النظام جواز سحب العمل من المقاول إذا تأخر عن توقيع العقد بعد تقديم الضمان النهائي دون عذر مقبول بعد إنذاره.

وفي نفس السياق تضمنت المادة (٤٦) من النظام جواز سحب عقد الأشغال العامة، أو عقد الخدمات إذا تأخر المتعاقد في استلام موقع العمل، ولم يتم بالاستلام بعد انتهاء مدة الإنذار.

ولم يتضمن النظام ولا لائحته التنفيذية تعريف معنى السحب أو فسخ العقد، ولم يضع أي معايير يمكن لجهة الإدارة اللجوء إليها للتمييز بينهما؛ لذا يعتمد الباحثون على شروحات الفقهاء، وعلى الأحكام القضائية لتحديد الفروق بينها، وإن كانت تجتمع في جسامه الخطأ الصادر من المتعاقد.

^{٩٥} المادة (٥٣)، نظام المنافسات.

ويعتبر قرار سحب العمل قراراً أحادي الجانب، تتخذه الجهة الإدارية من تلقاء نفسها بإرادتها المنفردة، للابتعاد عن إجراءات فسخ العقد والتنفيذ على الحساب، ويعني سحب العمل من المتعاقد عدم رغبة الجهة الإدارية في استمرار نفس المقاول في تنفيذ العقد. وتكتفي الجهة الإدارية في هذه الحالة بسحب العمل؛ بحيث تتم مصادرة الضمان النهائي جبراً للضرر الذي يلحق الجهة الإدارية، ويتم سحب العمل من المتعاقد بقرار من الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة، وذلك بناءً على توصية من لجنة فحص العروض، ويتم إخطار المتعاقد بذلك بخطاب مسجل^{٩٦}.

فإذا توفرت الظروف التي تدعو إلى سحب العمل، فإن الأمر يقتضي الحصول على تقرير شامل من الجهة المشرفة على التنفيذ، وعرضه على لجنة فحص العروض؛ لتتخذ في كيفية معالجة المشروع وظروفه، ومدى مصادرة الضمان، وما يكون موجوداً للمقاول في الموقع من مواد ومعدات بحيث تراعي اللجنة عند دراستها للأسباب التي تدعو للسحب كافة الظروف والملابسات الخاصة بالتنفيذ، ما يمكن أن يترتب عليها من آثار بحق الطرفين.^{٩٧}

ويجب إنذار المتعاقد بكتاب مسجل لتصحيح الأوضاع قبل سحب العمل منه؛ ولذا رأى الديوان عدم أحقية الجهة الإدارية سحب العمل من المقاول بسبب عدم إنذاره؛ "لأنه لما كانت قرارات جهة الإدارة بفسخ العقد أو سحبه من المتعاقد من أخطر السلطات التي تملكها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فقد أحاط نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية استعمال الإدارة لهذه السلطة بعدة ضمانات؛ لحماية المتعاقد مع الإدارة من التجاوز في استعمال هذه السلطات؛ ومن ضمن هذه الضمانات: وجوب أن تنذر المتعاقد معها قبل استعمال سلطتها بأن عليه إصلاح الخطأ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار، ووجوب أن يكون الخطأ المنسوب إلى المتعاقد من الجسامه بحيث يحق لجهة الإدارة أن تستعمل سلطتها في فسخ العقد، أو سحبه وتنفيذه على حساب المتعاقد"^{٩٨}.

^{٩٦} المادة (٧٨)، اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

^{٩٧} الوهبي، عبدالله، مرجع سابق، ط ٢، ص ٤٣٥.

^{٩٨} حكم ديوان المظالم رقم ٤١ د ١١ ١٥ ١٤٣٠ هـ في القضية رقم ١١١٩٩٦ ق لعام ١٤٢٩ هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٢ هـ، المجلد الرابع، ص ١٣٠٩ - ١٣١٠.

وفي حالة التعاقد بين الجهات الحكومية، فإن الاكتفاء بسحب العمل من الجهة المخلة قد يكون هو القرار الذي قد تأخذ به الجهات الحكومية المشتركة بدون التنفيذ على حساب تلك الجهة، وقد يعود هذا إلى الحفاظ على أموال الخزينة العامة^{٩٩}.

أ. فسخ العقد:

الفسخ يعني حل الالتزام التعاقدى بين الطرفين، وهو جزء إداري توقعه الإدارة على المتعاقد معها لإخلاله بالتزامه، وهناك فسخ قضائي، يستطيع المتعاقد طلبه من القضاء لفسخ العقد بسبب عدم التزام الجهة الإدارية بتنفيذ نصوص العقد؛ حيث قرر ديوان المظالم في إحدى القضايا فسخ العقد قضائياً نظراً لأن الجهة الإدارية سلمت موقع العمل بعد حوالي سنة من توقيع العقد لشخص غير مفوض نظاماً من قبل الشركة^{١٠٠}.

والفسخ أورده نظام المنافسات كطريقة من طرق إنهاء العقد المبرم بين الجهة الإدارية والمتعاقد؛ إذ قد تحتاج الجهة الإدارية إلى إنهاء العقود التي أصبحت غير ذات جدوى للجهة الإدارية، أو التي تقتضي المصلحة العامة عدم استمرار تنفيذها.

ومن استعراض نصوص النظام نجد أن هذا الحق مُنح فقط للجهة الإدارية التي طرحت المنافسة باعتبارها جهة ذات سيادة، تملك امتيازات السلطة العامة، وتطبق أساليب القانون العام، غير أن القضاء أيضاً يتدخل لحماية حق المتعاقد مع الإدارة، فيقوم بدوره بفسخ العقد قضائياً إذا كانت أسباب الفسخ متوفرة.

ويتضح من قراءة نصوص نظام المنافسات أن فسخ العقد ينصب في جانب الجزاءات التي توقع على المتعاقد مع الإدارة، ويترتب عليه إنهاء الالتزامات التعاقدية بصورة غير طبيعية، بقرار فردي من جهة الإدارة، أحادي الجانب، تتخذه الجهة الإدارية من تلقاء نفسها بإرادتها المنفردة؛ لمعاقبة المتعاقد، وللابتعاد عن إجراءات فسخ العقد والتنفيذ على الحساب.

^{٩٩} ومع الأسف فإن الباحث لم يستطع الحصول على أحكام من ديوان المظالم تتعلق بهذه المواضيع رغم الكتابات الرسمية، والمحاولات الشخصية للحصول على تلك الأحكام، ولم يجد الباحث في مدونات الأحكام الإدارية المنشورة أي حكم ينظم علاقة إدارية بين جهتين حكوميتين.

^{١٠٠} حكم ديوان المظالم رقم ٤٦١٨١١٨١٤٣١ هـ في القضية رقم ١١١٧١٤٥ ق لعام ١٤٢٩هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٢هـ، المجلد الرابع، ص ١٠٨٨.

وقد جمعت المادة (٥٣) من النظام للجهة الإدارية حق مصادرة الضمان، وتنفيذ العقد على حسابه إن أرادت، والحصول قضائياً على التعويضات اللازمة؛ لجبر ضررها من إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية.

وقد يتجه قرار الإدارة بسحب العمل على أساس المصلحة العامة بدون أي خطأ من المتعاقد؛ ولهذا يجب على الإدارة إذا اتجهت إلى هذا الاتجاه أن يكون قرارها للسحب مسبباً، ومبرراً قانونياً حفظاً لحقوق المتعاقد مع الإدارة، وأن تعوض المتعاقد عن آثار ذلك القرار.

وفي كل حالات الفسخ يجب أن تتم المحاسبة بين طرفي العقد وفقاً لما تم تنفيذه من أعمال، وما لحق بكل طرف من خسارة أو أضرار، وتنتهي بذلك العلاقة التعاقدية بينهما^{١٠١}.

ج. التنفيذ على الحساب:

التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر المخل بالتزاماته وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الإدارة لإجباره على حسن التنفيذ. وهو إجراء تستهدف به الإدارة ضمان حسن سير المرافق العامة لأطراف سيرها، ومنعاً من تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق^{١٠٢}.

والحالات التي أجاز فيها النظام سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد هي نفسها الحالات التي أجاز فيها النظام للإدارة فسخ العقد؛ فقد أعطى الخيار للإدارة للاختيار بين هذين الجزأين^{١٠٣}.

وتختلف إجراءات سحب العمل من المتعاقد وفقاً لنوع المخالفة التي ارتكبها؛ فإذا قدم رشوة، أو زور للحصول على العقد، أو قدم نسخة ضمان مالي غير صحيحة

^{١٠١} حكم ديوان المظالم رقم ١٧٠ د ١١١ ٢١١ ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ١٣٢٩ ١١١ ق لعام ١٤٢٣ هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٩ هـ، المجلد الخامس، ص ٢٢٣٠.

^{١٠٢} أبو العينين، د. محمد ماهر، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، بدون تاريخ نشر، ص ٨٥٧.

^{١٠٣} المطوع، سالم بن صالح، العقود الإدارية على ضوء نظام المناقصات والمشتريات الحكومية، الطبعة الثانية، ١٤٢٩ هـ، ص ١٩١.

- فإن للجهة الإدارية أن تفسخ العقد وتنفذ على حسابه بدون إعداره أو تنبيهه؛ نظراً لفداحة الجرم الذي ارتكبه. أما إذا كان السحب متعلقاً بالتنفيذ؛ كأن تأخر عن استلام الموقع تأخراً ملحوظاً، أو تباطأ في التنفيذ، أو ثبت أن تنفيذه كان معيباً - فهنا يجب على الجهة الإدارية أن تنذره بكتاب مسجل أولاً قبل فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه لعله يلتزم بشروط العقد، وينفذه كما تم الاتفاق عليه.

والجدير بالذكر أنه قد لا تنفذ الجهة الإدارية كل متطلبات العقد على حساب المتعاقد الأصلي؛ ولهذا فمن حقه إذا نفذت تلك الجهة جزءاً من العقد على حسابه اعتبار تصرف الجهة الإدارية فسحاً بالنسبة للأعمال التي لم تنفذها؛ لأنها تعتبر قد استغنت عنها، وعليه فتحسم فقط مقابل تلك الأعمال التي تم تنفيذها من مستحقات المقابل الأصلي، وصرف باقي مستحقاته عن الجزء الذي أنجزه.

ويجب أن يكون التنفيذ على الحساب وفقاً للشروط والمواصفات التي تعاقدها عليها المقاول الأصلي - باستثناء السعر طبعاً -؛ ولذا فمن حق المقاول الأصلي عدم تحمل أي تجاوز لتلك الشروط والمواصفات أثناء التنفيذ من قبل المقاول الجديد. وبمفهوم المخالفة، إذا تم التنفيذ على الحساب بأقل من أسعار العقد الأصلي فمن حق ذلك المتعاقد الحصول على قيمة ما نفذه من أعمال دون أية حسومات.

بعد هذا الاستعراض الموجز للجزاءات التي توقعها الجهة الإدارية على المتعاقد، سوف نسلط الضوء على مدى إمكانية تطبيقها على الجهة الإدارية المتعاقدة. من نظرة عامة على مواد النظام واللائحة التنفيذية نجد أنه بعد توقيع العقد يمكن تطبيق جميع قواعد النظام على الجهات الحكومية المتعاقدة، ولا يوجد في النظام أي استثناء لهذه القاعدة، وبالتالي - من حيث المبدأ - يمكن معاقبة الجهة الحكومية المخلة بالتزاماتها بسحب العمل، أو فسخ العقد، أو فسخ العقد والتنفيذ على الحساب، غير أنه يمكن أن ننظر من ناحية أخرى إلى مدى تطبيق هذه الجزاءات في الواقع العملي.

أما بالنسبة لسحب العمل، فهذا جزء متوقع تطبيقه، وقد يكون هو الجزء الشائع؛ نظراً لحساسية وضع الجهة الإدارية الأخرى، فتقوم الجهة الإدارية المشتريّة بمعاقبة الجهة الإدارية الأخرى بسحب العمل منها عند إخلالها ببنود العقد أو شروطه ومواصفاته بعد إنذار تلك الجهة بإصلاح التنفيذ.

نفس الأمر ينطبق على فسخ العقد الإداري، وهو من العقوبات التي تلجأ إليها الجهات الحكومية لمعاقبة الجهة الأخرى المتهاونة في تنفيذ العقد إذا انطبقت عليها إحدى المخالفات المشار إليها في المادة (٥٣) من النظام، وخاصة إذا تأخر عن البدء في العمل، أو تباطأ في تنفيذه، أو أخل بأي شرط من شروط العقد، ولم يصلح أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه كتابة بتصحيح الوضع، أو إذا تنازل عن العقد، أو تعاقد لتنفيذه من الباطن دون إذن خطي مسبق من الجهة الحكومية.

الجدير بالذكر أن المخالفات الأخرى المشار إليها في المادة (٥٣) لا يمكن أن تطبق على الجهة الإدارية، وخاصة الفقرتان (د، هـ)؛ إذ لا يتصور عملاً أن تقلس الجهة الحكومية المتعاقدة، أو تطلب إشهار إفلاسها، أو يثبت إعسارها، أو وضعها تحت الحراسة، أو حلها أو تصفيتها. كذلك لا ينطبق شرط الفقرة (هـ)؛ لأنه لا يمكن تصور وفاة الجهة الإدارية.

ومما يحسن التنبيه إليه أنه يجوز للجهة الإدارية المشتري أن تطلب تعويضاً عن الأضرار التي أصابها نتيجة لفسخ العقد الإداري، على أن يتم الحكم لها بالتعويض قضاءً.

تبقى مسألة فسخ العقد مع التنفيذ على الحساب، وهي عقوبة تحتاج إلى تأمل: فمن ناحية النص القانوني، من حق الجهة الإدارية المشتري تطبيقها على الجهة الأخرى التي أخلت بالتزاماتها التعاقدية، غير أنه من ناحية التطبيق العملي، فإن الأمر يحتاج إلى تحليل. إذ توصلنا في المباحث الأولى إلى أنه يتم اختيار الجهة الإدارية بالتكليف المباشر، بحيث لا تدخل الجهة في عملية إرسال العروض، وتحليلها والترسية على أقل عطاء - إذ يحق للجهات الإدارية كما أشرنا من قبل وفقاً للمادة (٦٨) التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر، فلا عروض، ولا أقل الأسعار - وبالتالي نواجه حالة جديدة عند التنفيذ على الحساب؛ ذلك أنه جرت العادة عند التنفيذ على حساب المتعاقد أن تتم مخاطبة صاحب العرض الثاني لتنفيذ العقد، بحيث يتحمل المتعاقد الأصلي فرق السعر بين عقده، وسعر المتعاقد الثاني الذي يليه؛ عقاباً له على إخلاله، فإذا لم يقبل المتعاقد الثاني تتم مخاطبة الذي يليه في الترتيب، وهكذا حتى يقبل أحد المتقدمين بتنفيذ العقد، ومن ثم يتحمل المتعاقد الأصلي فروق الأسعار، فإذا لم يوافق أي من المتعاقدين على التنفيذ يتم طرح العمل في منافسة، ومن ثم الترسية

على من يُقدم أقل الأسعار؛ ولهذا فليس أمام الجهة الإدارية في حالة التعاقد بين الجهات الحكومية إلا هذه الحالة الأخيرة؛ وهي أن تطرح العملية في منافسة عامة، وتستجلب عروضاً ثم تحللها، وتُرسي العقد على الأنسب منهم الذي سينفذ العقد وفقاً للشروط والمواصفات الموضوعية، ويكمل التنفيذ وفقاً لما انتهت إليه الجهة الإدارية الأصلية.

والسؤال الذي تفترضه الواقعة هنا هو: هل يمكن مخاطبة الجهات الحكومية للنظر في إمكانية تنفيذ إحداها للعقد أم يتم طرحه للكافة - لكيانات القطاعين العام والخاص للنظر في من يتقدم للتنفيذ -؟

بالنظر إلى نصوص النظام ولائحته التنفيذية، وكذلك الواقع العملي - لم نجد النصوص تطرقت إلى هذه المسألة، وبالتالي فإن الأمر يمكن اعتباره سلطة تقديرية للجهة الإدارية المشتريّة، ويمكن لها مخاطبة الجهات الحكومية فقط للنظر في مدى إمكانية إكمال تنفيذ العقد على حساب الجهة الإدارية الأخرى، أو طرح الموضوع للجميع، لمن يرغب أن ينفذ ذلك العقد.

تبقت مسألة حساسة؛ وهي الفرق في السعر بين العقدتين: من يتحملها؛ الجهة الإدارية البائعة من حساباتها الخاصة، أم الخزينة العامة باعتبار أن لكل جهة إدارية ميزانيتها السنوية، وأن قيمة العقد الذي تم ترسيته على الجهة الإدارية كان ضمن مشاريع ميزانيتها؟

التنفيذ على حساب الجهة الإدارية سيكلف الخزينة العامة مبالغ إضافية لم تحسب حسابها، فضلاً عن إجراء التحقيق من قبل الجهات الرقابية عن مدى جدية تلك الجهة في الدخول في التزامات تعاقدية لم تدرسها دراسة متأنية قبل الدخول فيها.

الخاتمة

ركز هذا البحث على إجراء دراسة تحليلية لتعاقد الجهات الحكومية فيما بينها طبقاً لنصوص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، واستعرض إجراءات التعاقد، والترسية، وتنفيذ العقد، ثم التسليم الابتدائي والنهائي، وما ترتب على ذلك. وقد توصل الباحث في نهاية البحث إلى النتائج التالية:

١. أصبح التعاقد بين الجهات الحكومية لتنفيذ عقود إدارية ظاهرة تتزايد يوماً فيوماً، مما حدا بالمشرع ولأول مرة تضمين نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لعام ١٤٢٧ هـ مواد تحكم هذه التعاقدات.
٢. جاءت القواعد القانونية التي تحكم التعاقد بين الجهات الحكومية مختصرة، وغير شاملة، وأشارت لهذه العلاقة بصفة عامة، وموجزة، وترك تفسير أمر التصرفات القانونية الصادرة من تعاقد بين جهتين حكوميتين إلى لجان فحص العروض في الجهات الحكومية، وإلى شراح القانون.
٣. أفرز الواقع العملي وجود عقود مشتريات لا تستطيع الجهات الحكومية تنفيذها؛ بسبب طبيعة تلك العقود، مثل: عقود الامتياز، وعقود القرض العام، وعقود البوت.
٤. أشهر العقود التي تكرر تعاقد الجهات الحكومية فيما بينها عليها هي عقود الاستشارات، وعقود دراسات الجدوى، وعقود التصميم، وعقود التوظيف، وعقود التصنيع.
٥. تضمن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية استثناءات للجهات الحكومية عند التعاقد مع بعضها في المرحلة التمهيدية لإجراءات المنافسات فقط، ولم يتضمن النظام أي استثناءات بعد إبرام العقد بين الجهتين الحكوميتين.
٦. شدد نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن تُنفذ الجهة الإدارية العقد بنفسها، ولا تتنازل عنه كلية لمتعاقدين آخرين، وأجاز النظام التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من العقد بواسطة مقاول آخر.
٧. لاحظ الباحث تنازل بعض الجهات الحكومية عن تنفيذ عقودها إلى جهات من القطاع الخاص مقابل نسبة من مبلغ العقد، مع معرفة بعض الجهات الحكومية بذلك، وبدون اتخاذ أي إجراء نظامي ضد تلك الجهات.

٨. يتم - غالباً - اختيار الجهة الإدارية التي ستنفذ العقد مباشرة من قبل الجهة الإدارية المشتريّة، دون الدخول في منافسة مع الجهات الإدارية الأخرى الراغبة في تنفيذ العقد.
٩. عدم حصول الجهات الحكومية على استثناءات من أحكام النظام بعد المرحلة التمهيديّة للتعاقد يفرض على الجهات المشتريّة تنفيذ أحكام العقد كاملة مثلها مثل كيانات القطاع الخاص.
١٠. يختص ديوان المظالم بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الحكومية المتعاقدة فيما بينها.
١١. يحق للجهة الإدارية المشتريّة تطبيق الغرامات الماليّة على الجهة الإدارية البائعة إذا تأخرت أو قصرت في تنفيذ العقد.
١٢. يحق للجهة الإدارية المشتريّة سحب العقد من الجهة الإدارية البائعة، أو فسخ العقد، أو فسخ العقد مع التنفيذ على حساب تلك الجهة، مع الرجوع عليها بالتعويضات.
١٣. لا تستطيع الجهة الإدارية المشتريّة الحصول على أي تعويضات بسبب سحب العقد أو فسخه إلا عن طريق القضاء.
١٤. لم يتضمن نظام المنافسات ولا لائحته التنفيذية أي حكم يتعلق بكيفية دفع الفرق في السعر بين العقد الأصلي والعقد الذي تم الترسية عليه ليكمل العقد تنفيذاً على حساب الجهة الإدارية البائعة المقصرة.
١٥. قد يتم تكليف جهة إدارية أخرى، أو مقاول من أشخاص القانون الخاص لاستكمال تنفيذ العقد على حساب الجهة الإدارية المقصرة.

المراجع

الكتب والمجلات:

- أبو العينين، د. محمد ماهر، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، بدون تاريخ نشر، ص ٨٥٧.
- إسماعيل، د. هاني عبدالرحمن، النظام القانوني لعقود التوريد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م.
- البنان، حسن محمد علي، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير: دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤م.
- بالطيور، عبدالمحسن، مشروعات تباع على «مؤسسات وهمية».. والمنفذون «عمالة مخالفة: مقالو الباطن».. التنفيذ تحت الطاولة. تحقيق نشر في جريدة الرياض، السبت ٩ رجب ١٤٣٢ هـ - ١١ يونيو ٢٠١١م - العدد ١٥٦٩٢.
- جبير، د. مطيع علي حمود، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص ٢٦٢.
- الحديثي، د. إبراهيم محمد، تأثير انضمام المملكة العربية السعودية لاتفاقية المشتريات الحكومية التابعة لمنظمة التجارة العالمية على أحكام نظام المنافسات والمشتريات السعودي، نشر في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ١٢٨، يونيو ٢٠١٦م.
- الحديثي، د. إبراهيم محمد، حالات استبعاد العروض في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، مقال أرسل لجريدة الرياض في ٢٣/٥/١٤٢٨ هـ.
- زيدان، د. علي الدين، قانون المناقصات والمزايدات، الجزء الأول، الطبعة الأولى ٢٠١٤م.
- السيد، د. محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، الطبعة الأولى ١٩٩٣م.
- الطماوي، د. سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١م.

- الصمعاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مج ١، ١٤٣٥ هـ، ص ٣٣٨.
- علي، د. سعيد حسين، العقد الإداري: أداة تمويل المشروع العام، الطبعة الأولى، ٢٠١٦ م.
- محمد، سامح عبد الله عبد الرحمن، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٣٧ هـ.
- المطوع، سالم بن صالح، العقود الإدارية على ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، الطبعة الثانية، ١٤٢٩ هـ.
- نابلسي، د. نصري منصور، العقود الإدارية: دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية، ٢٠١٢ م.
- الهويدي، د. السلال سعيد جمعة، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية، ١٩٩٨ م، ص ٨٧.
- الوهبي عبد الله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة، الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ، والطبعة الثالثة، ١٤٣٢ هـ، ص ٨٢.

- Al-Jerba Mohammed Abdullah, The Board of Grievances, a thesis submitted for the degree of Doctor Philosophy, University of Essex, November 1992, pp. 127 -129.
- Alhudaithy, Dr. Ibrahim, The Exclusion of Tenderers under Saudi Procurement Regulations. Oct. 2017, sent for publishing.

• أحكام قضائية:

- حكم ديوان المظالم رقم (١٢٥ د إ ١٥ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ١٣١٦٤٠ ق لعام ١٤٢٤ هـ، المؤيد بالحكم رقم (٤٩٩ ت ا ١ لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢٥٩٨.

- حكم ديوان المظالم رقم ١٢١ د ١١٤١١٤٢١ هـ في القضية رقم ٤١١١٤٦٣ ا ق لعام ١٤٢٠ هـ.
- حكم ديوان المظالم رقم ١٤١ د ١١٥١١٤٣٠ هـ في القضية رقم ١١١١٩٩٦ ق لعام ١٤٢٩ هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٢ هـ، المجلد الرابع، ص ١٣٠٩ - ١٣١٠.
- حكم ديوان المظالم رقم ١٤٦ د ١١٨١١٤٣١ هـ في القضية رقم ١١١٧١٤٥ ق لعام ١٤٢٩ هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٢ هـ، المجلد الرابع، ص ١٠٨٨.
- حكم ديوان المظالم رقم ١٧٠ د ١١٢١١٤٢٩ هـ في القضية رقم ١١١١٣٢٩ ق لعام ١٤٢٣ هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٩ هـ، المجلد الخامس، ص ٢٢٣٠.
- حكم ديوان المظالم رقم (١٠٩ د ١٤١١٤٢٦ لعام ١٤٢٦ هـ في القضية رقم ١١١٥٤٥ ق لعام ١٤١٩ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٤١ ات ١١ لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢١٧٠.
- حكم ديوان المظالم رقم (١٥٨ د ١٤١١٤٢٦ لعام ١٤٢٦ هـ في القضية رقم ١١١١١٩٣ ق لعام ١٤٢٥ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٨٧ ات ١١ لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢٢٣٤.
- حكم ديوان المظالم رقم (٢٥ د ١٥١١٤٢٧ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ٦٤٠ / ٣ / ق لعام ١٤٢٤ هـ، المؤيد بالحكم رقم (٤٩٩ ات ١١ لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢٥٤٣.
- حكم التدقيق رقم ١٦٥ ات ١١ لعام ١٤٢٦ هـ في القضية رقم ١١٢٠١٣ ا ق لعام ١٤٢٥ هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢١٩٥.

- حكم ديوان المظالم رقم (١٧ د ا د ا ٥ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ١١١١٠٨٩ ق لعام ١٤١٧ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٣٣٥ ت ا لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧، المجلد الخامس، ص ٢٣١١.
- حكم التدقيق رقم ١٦٣ ت ا لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ١٤٢٢٨ ق لعام ١٤٢٧ هـ، منشور في مجموعة الأحكام الإدارية لعام ١٤٢٩ هـ الصادرة عن ديوان المظالم، ص ٢٣١٠.
- حكم الدائرة الإدارية الثالثة رقم ١٣١١١٨ د ا ا ١٣ لعام ١٤١٥ هـ في الدعوى رقم ١١٩٣٤ ق لعام ١٤٠٣ هـ (غير منشور)
- الحكم ٤٩١ ت ا لعام ١٤٢٧ هـ في القضية ٣١٤٧١ ق لعام ١٤٢٦ هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧ هـ، المجلد الخامس، ص ٢٥٢٠.
- حكم ديوان المظالم رقم (٦٥ د ا د ا ١٠ لعام ١٤٢٨ هـ في القضية رقم ١٤٨٣٩ ق لعام ١٤٢٧ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٥٤٦ ت ا لعام ١٤٢٨ هـ)، منشور في الصمعاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ج ٢، ص ٣٤٠، هامش رقم ١.
- حكم ديوان المظالم رقم ١١١٤٧ د ا ا لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ١١٤٥١ ق لعام ١٤٢٦ هـ، منشور في مجموعة الأحكام الإدارية لعام ١٤٢٩ هـ، المجلد الخامس، ص ٢١٦٦.
- قرار ديوان المظالم رقم ٨٦١٦ لعام ١٤٠٠ هـ في القضية رقم ١١١٣٥ ق لعام ١٤٠٠ هـ، منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان ودوائر الديوان، منشور عام ١٤٠٠ هـ، ص ٤٩.
- حكم ديوان المظالم رقم (١٥٢ د ا ا ١٢ لعام ١٤٢٧ هـ)، في القضية رقم (١٢٦٤٢ ق لعام ١٤٢٦ هـ)، المؤيد بالحكم رقم (١٤٩٨ ت ا لعام ١٤٢٧ هـ)، منشور في الصمعاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ص ٣٣٤، هامش رقم ٣.

- قرار ديوان المظالم رقم ١٤٠ ت لعام ١٤٠١ هـ في القضية رقم ١١٦٣٢ ق لعام ١٤٠٠ هـ، منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان ودوائر الديوان، منشور عام ١٤٠١ هـ، ص ٢٩٩.
- حكم ديوان المظالم رقم (١٧٠) ت ١١ لعام ١٤١٣ هـ في القضية رقم ١١١٥٣٣ ق لعام ١٤١٣ هـ، والقضية مقامة من وزارة البرق والبريد والهاتف ضد أمانة مدينة جدة، ومنشور في كتاب الوهبي، عبدالله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ، ص ٣٩٨.
- الحكم في الدعوى الإدارية رقم ١/٦٢٤٧/ق لعام ١٤٣٧ هـ (غير منشور).
- الحكم في الدعوى الإدارية رقم ١/١٠٥٤/ق لعام ١٤٣٧ هـ (غير منشور).
- حكم ديوان المظالم رقم (١٧٦) د ١١ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ١٢١٤٦٩٩ ق لعام ١٤٢٦ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٣٤٦) ت ٦١ لعام ١٤٢٨ هـ)، منشور في الصمعاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ج ٢، ص ٢٤٨، هامش رقم ١.
- حكم ديوان المظالم رقم (١٣) د ١١ لعام ١٤٢٥ هـ في القضية رقم ١١١٢٨٧ ق لعام ١٤٢٤ هـ، المؤيد بالحكم رقم (١٧٢) ت ٥١ لعام ١٤٢٥ هـ)، منشور في الصمعاني، د. وليد محمد، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ج ٢، ص ٢٤٩، هامش رقم ١.

أنظمة ولوائح وقرارات:

- نظام المناقصات والمزايدات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م ١٦١ وتاريخ ١٣٨٦/١٢/٢٤ هـ.
- نظام المشتريات الحكومية وتنفيذ أعمالها ومشروعاتها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م ١٤١ وتاريخ ١٤١٧/١٤/١٣٩٧ هـ.

- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م ٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٢ هـ.
- اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٣٦٢ وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠ هـ.
- التعميم السامي رقم ٢٧٩٤٥ وتاريخ ١٤٢٤/٧/٢١ هـ
- نظام الاستثمار الأجنبي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ : ١٤٢١/١/٥ هـ ،
- التعميم السامي رقم ١٦٧٢٢ م ب وتاريخ ١٤٢٧/٩/١١ هـ
- قرار مجلس الوزراء رقم (٢٩٣) وتاريخ ١٤٣٦/٦/٢٤ هـ.
- تعميم مجلس الوزراء رقم ٣٩٣٠٧ وتاريخ ١٤٣٤/١٠/٢٥ هـ
- قرار مجلس الوزراء رقم ٢٦٠ وتاريخ ١٤٣٤/١١/١١ هـ المتضمن الترتيبات الخاصة بمعالجة تأخر أو تعثر مشروعات الجهات الحكومية التنموية والخدمية.
- تعميم وزارة المالية رقم ٤٥٦١٧/٢/١٨ هـ وتاريخ ١٤٢٧/٦/١٣ هـ.