

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

الاعتبار الشخصي وأثره في
تنفيذ العقود الإدارية
«دراسة تحليلية»

الدكتور: أشرف عبد الحليم عبد الفتاح عمر
أستاذ مساعد بقسم الأنظمة
كلية الأنظمة والدراسات القضائية



**Personal consideration and its impact on
Execution of administrative contracts
"An analytical study"**

Dr:Ashraf Abedull Hleem Omar

**Assistant Professor, Department of Law
faculty of Law and Judicial Studies**

2020

مقدمه

أولاً: تمهيد:

تعد العقود الإدارية من الوسائل القانونية للإدارة التي تمكنها من مباشرة أنشطتها بصفة عامة، وبصفة خاصة تشغيل المرافق العامة التي تضطلع بها؛ لذا فإن الإدارة لا تعهد إلى الغير بتنفيذ مقتضى هذه العقود التي تتصل بأهم أنشطتها إلا بعد اتخاذ العديد من الإجراءات وتحققها من العديد من الشروط ، وذلك لضمان تنفيذ العقد على نحو يحقق المصلحة العامة ويضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد، واستناداً إلى ذلك يتعين على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزاماته شخصياً، ولا يحق له - كأصل عام- النزول عنها للغير إلا في أحوال محددة ووقت وضوابط تضمن تحقيق المصلحة العامة.

وقد تضمن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/128) وتاريخ 1440/11/13هـ النص على عددٍ من الصفات التي تعد محلاً للاعتبار الشخصي ؛ كما رتب آثار ونتائج تترتب على اختلال أي من تلك الصفات ؛ وكذلك تضمن استثناءات على تلك النتائج والآثار.

وعلى ذلك فإن هذا البحث يبين المقصود بالاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية والنتائج المترتبة عليه والضوابط المحققة لتلك النتائج.

ثانياً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في إيجاد حل علمي يستند إلى الدراسة العلمية للإجابة عن تلك التساؤلات:

1- ماهو مفهوم الإعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية؟

2- هل تجسد الشروط التي تم على أساسها اختيار المتعاقد مع الإدارة المقومات القانونية للاعتبار الشخصي؟

3- إلى أي مدى يتأثر تنفيذ العقد بالاعتبار الشخصي للمتعاقد مع جهة الإدارة؟

4- ما هي النتائج المترتبة على اهتلال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع جهة الإدارة؟

5- إلى أي مدى يحق لجهة الإدارة إنهاء العقد متى كان راجعاً إلى إخلال المتعاقد معه بالتنفيذ الشخصي؟

ثالثاً: الأهمية العلمية للموضوع:

تكمن الأهمية العلمية لموضوع هذا البحث في العناصر الآتية:

- 1- وضع إطار عام لمفهوم الاعتبار الشخصي وبيان مقوماته.
- 2- بيان الآثار القانونية التي يقتضيها الاعتبار الشخصي للمتعاقد.
- 4- تسليط الضوء على آثار اختلال الاعتبار الشخصي للمتعاقد بشأن تنفيذ العقد
- 5- بيان الاستثناءات الواردة على نتائج الاعتبار الشخصي المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية.
- 6- بيان الحالات التي يمكن أن تطبق فيها الضوابط الواردة في اللائحة التنفيذية بشأن الاستثناءات الواردة على نتائج الاعتبار الشخصي.

رابعاً : أهداف البحث :

- 1- توضيح آراء فقهاء القانون وبيان موقف القضاء في مفهوم الاعتبار الشخصي.
- 2- دراسة النصوص النظامية المتعلقة بالاعتبار الشخصي وبيان مقوماته في العقود الإدارية.

3-تحديد النتائج التي تترتب على الاعتبار الشخصي وبيان أثر ذلك على تنفيذ العقود الإدارية.

4-معالجة الإشكاليات العملية التي تنتج عن نتائج الاعتبار الشخصي.

5-بيان الاستثناءات الواردة على نتائج الاعتبار الشخصي بشأن تنفيذ العقود الإدارية.

خامساً: أسباب اختيار الموضوع:

هناك العديد من الأسباب الشخصية والعلمية التي ترتبط بإشكالية البحث وأهميته؛ منها:

1-الرغبة في البحث الدقيق لهذا الموضوع؛ لما يتضمنه ذلك البحث من وضع الحلول للإشكاليات العلمية التي يطرحها.

2-تناول الفكرة بمزيد من التأصيل الذي يجمع بين آراء الفقه القانوني والتطبيق القضائي.

3-الرغبة في الإسهام بإضافة جديدة إلى الدراسات السابقة التي تناولت الموضوع.

4-إفادة الباحثين في هذا المجال من خلال جمع شتات الموضوع من كتب الفقه القانوني، والمدونات القضائية في بحث واحد.

سادساً : حدود البحث :

1- حدود البحث الموضوعية:

تتمثل حدود البحث الموضوعية في دراسة موضوع الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية ، مع التقيد في ذلك بالتقسيم الموضوعي للخطة ومنهج البحث ،

وسوف تشمل هذه الدراسة الأنظمة التالية:

نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/128) وتاريخ 1440/11/13هـ.

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (3479) في 1441/8/11هـ.

1- حدود البحث المكانية:

تتمثل حدود البحث المكانية في المملكة العربية السعودية باعتبارها مجال الانطباق للحدود الموضوعية المذكورة سلفاً.

2- حدود البحث الزمانية:

في هذا البحث أقوم بدراسة الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية وتناول فكرة الاعتبار الشخصي بالتأصيل بالقدر اللازم لإيضاحها ؛ مع التركيز على نتائجها وأثارها حال تطبيقها على العقود الإدارية المعاصرة لصدور نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/128) وتاريخ 1440/11/13هـ ؛ وهو النظام الساري عند كتابة البحث وحتى الانتهاء منه.

سابعاً: منهج البحث:

سوف أتبع -بإذن الله تعالى- في كتابة هذا البحث المنهج التحليلي القائم على شرح الفكرة وتفسيرها من خلال تقسيمها إلى عددٍ من العناصر، ومناقشة كل عنصر منها من خلال رصد وبيان الإيجابيات والسلبيات التي تنطوي عليها؛ ومن ثم استخلاص النتائج وترتيب التوصيات، مع اتباع المنهجية الآتية:

1- الرجوع إلى المصادر القانونية في جمع المادة العلمية، وتحريرها وتوثيقها من الأنظمة السعودية.

2- الاعتماد على المراجع الأصلية، في التحرير والتوثيق مع ذكر المراجع الحديثة حسب مقتضيات البحث.

3- تدعيم المادة العلمية -قدر الإمكان- بالأحكام القضائية الصادرة من المحاكم المملكة العربية السعودية والمبادئ التي أقرتها محاكم الاستئناف و هيئة التدقيق فيما يتعلق بموضوع البحث مع تناول هذه الأحكام والمبادئ القضائية بالبحث والتحليل في إطار موضوع البحث.

4- التركيز على موضوع البحث وتجنب الإطالة والاستطراد في شرح ما يخرج عن صلب الموضوع باستثناء ما يقتضيه البحث وبالقدر الملائم لإيضاحه دون إبهام أو غموض في أي من جوانبه.

5- التقيد بقواعد اللغة العربية وعلامات التنصيص والترقيم وسلامة اللغة في الكتابة واللفظ والصياغة.

6- كتابة الخاتمة في نهاية البحث تتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها ثم إعداد الفهارس.

ثامناً: خطة البحث:

يشتمل هذا البحث على مقدمة، ومبحثين، وخاتمة.

المقدمة: وتشتمل على التمهيد ومشكلة البحث والأهمية العلمية للموضوع وأهدافه، وأسباب اختياره، وحدود البحث ، ومنهج البحث، والخطة.

المبحث الأول: مفهوم الاعتبار الشخصي ومقوماته ، وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف الاعتبار الشخصي في التعاقد

المطلب الثاني: نطاق فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية.

المطلب الثالث: مقومات الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

المبحث الثاني: النتائج المترتبة على الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري ،
وفيه مطلبين:

المطلب الأول: تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد وأثاره.

المطلب الثاني: التعاقد من الباطن وأثاره.

المبحث الثالث : زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وأثره في إنهاء العقد؛
وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تأثر سمعة المتعاقد لاستخدامه أساليب غير مشروعة تجاه موظفي
الجهات الحكومية

المطلب الثاني: عوارض الكفاءة المالية وأثرها في إنهاء العقد.

المطلب الثالث: وفاة المتعاقد وأثرها في إنهاء العقد.

الخاتمة: وتتضمن نتائج وتوصيات البحث.

المبحث الأول

مفهوم الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

تمهيد:

في هذا المبحث أبين مفهوم الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، وهو ما يقتضي بيان تعريفه، ومن ثم بيان نطاقه والمقومات التي يعتمد عليها الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، وذلك خلال ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الاعتبار الشخصي في التعاقد

يعد الاعتبار الشخصي من الأساس القانوني الذي تقوم عليه بعض العقود، وشرط من شروط صحة انعقادها، وهو ما ينعكس على شروط تنفيذها إذ يلزم على المتعاقد شخصياً تنفيذ التزاماته، ويكون العقد قائم على الاعتبار الشخصي متى كانت شخصية المتعاقد، أو صفة من صفاته، هي السبب الرئيسي للتعاقد⁽¹⁾.

ففي مجال العقود المدنية تظهر فكرة الاعتبار الشخصي، حيث يرى البعض أن من مقتضاه التركيز في أغلب الأحيان على شخصية أحد المتعاقدين، أو صفة جوهرية من صفاته، دون إعطاء أهمية مماثلة لشخص المتعاقد الآخر أو صفاته، إلا أن ذلك ليس قاعده عامه ويمكن أن تكون شخصية كلا المتعاقدين محل اعتبار بالنسبة للآخر⁽²⁾.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الأول: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام- الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- 2000م، ص322.
(2) د/ سمير إسماعيل حامد، الاعتبار الشخصي في التعاقد - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية- 1975م، ص25 وما بعدها.

وهناك من يرى بأن المقصود بالاعتبار الشخصي هو أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصرًا جوهريًا في التعاقد⁽³⁾.

ففي مجال القانون المدني تظهر بوضوح فكرة الاعتداد المنفرد بالاعتبار الشخصي لأحد أطراف التعاقد، أو صفة من صفاته، دون غيره من المتعاقدين أو صفاتهم، ففي عقد المقاولة قد يتجه رب العمل نحو شخص المقاول أو أحد صفاته، بعكس هذا المقاول بالنسبة لشخص رب العمل أو بالنسبة لصفاته، وكذلك في عقد الوديعة الأصل أن يهتم المودع بشخص المودع عنده أو بإحدى صفاته دون أن يهتم هذا المودع عنده بشخص المودع أو بصفاته، وكذلك في عقد الهبة، وعقد التأمين، والكثير غيرها من العقود المدنية، التي تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل اعتبار في التعاقد وسببًا فيه.

في حين أن هناك نوع آخر من العقود المدنية تكون شخصية كلا المتعاقدين محل اعتبار لكل طرف عند إبرام العقد مع الطرف الآخر، أو الأطراف الأخرى إن تعددت، ومن ذلك عقود الوكالة، حيث يكون شخص كل من المتعاقدين الموكل والوكيل وصفاته محلاً للاعتبار يمتد طوال مدة العقد، كذلك الحال في شركات التضامن حيث تكون شخصية كل شريك وصفاته محل اعتبار للأطراف الأخرى⁽⁴⁾.

أما ما يتعلق بالاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، فلا يتصور أن تكون شخصية كلا المتعاقدين محل اعتبار بالنسبة للمتعاقد الآخر، ويكون الاعتبار الشخصي عادةً لشخصية المتعاقد مع الإدارة وصفاته عند التعاقد وعند تنفيذ العقد، فشخصية الملتمزم أو صفاته تشكل عنصرًا جوهريًا في نطاق عقود الامتياز، كذلك

(3) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، 2004م، بدون ناشر، ص 56 وما بعدها.

(4) د/ سمير إسماعيل حامد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.

الأمر في نطاق عقود الأشغال العامة والتوريد، حيث تكون شخصية المقاول أو المورد محلاً للاعتبار فيما يتعلق بإبرام العقد وتنفيذه⁽⁵⁾.

وعلى ذلك يعرف الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية بأنه «أن تكون شخصية المتعاقد مع الجهة الإدارية- بذاتها، أو صفة جوهرية من صفاتها، عنصراً جوهرياً في التعاقد»⁽⁶⁾.

ولا يقصر الاعتبار الشخصي على اختيار المتعاقد فقط وإبرام العقد، بل يمتد ذلك إلى مرحلة تنفيذ العقد، كما يمكن أن يكون ذلك الاعتبار الشخصي مبرراً لانتهاء العقد، وتطبيقاً لذلك فيما يتعلق باختيار المتعاقد فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه حتى ولو اختارته لجنة البت (فحص العروض)، أما فيما يتعلق بالتنفيذ فإن القضاء يجري على أنه من المبادئ الأساسية أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه⁽⁷⁾.

ومضمون التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي للعقد على النحو السابق تصويره يتفق مع فكرة الاعتبار الشخصي الذي من أجله تم اختياره لمعاونة الإدارة في إدارة المرفق العام وصيانة أمواله وتحقيق الغرض من إنشائه، فإذا حاول التنصل من تنفيذ التزامه شخصياً فإنه يرتكب خطأً جسيماً يستوجب توقيع جزاء عليه⁽⁸⁾، ومن ذلك التنصل أو الإخلال: التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن.

كما يؤدي الاعتبار الشخصي إلى إنهاء العقد، وذلك في حال إفلاس المتعاقد معه أو طلب إشهار إفلاسه، أو ثبوت إعساره، أو إذا صدر أمراً بوضعه تحت

(5) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص58.
(6) د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، دار الثقافة الجامعية، 1997م، ص119.

(7) د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي، 2011م، ص418.

(8) د/ هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979م، ص373.

الحراسة، أو كان شركة وجرى حلها وتصفياتها، وكذلك يمكن أن يكون سبب من الأسباب التي تجيز لجهة الإدارة إنهاء العقد وذلك في حال وفاة المتعاقد معه⁽⁹⁾.

المطلب الثاني

نطاق فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

إذا كان الاعتبار الشخصي يعد عنصر جوهري قائم في تكوين العقد واختيار المتعاقد مع الإدارة، فإن ذلك حتماً سينعكس على تنفيذ العقود، وهو ما يقتضي قيام المتعاقد معه بتنفيذ العقد شخصياً، إلا أن ذلك يطرح تساؤل عن ما إذا كان الاعتبار الشخصي للمتعاقد يشمل جميع العقود بنفس الدرجة؟ أم أن ذلك محل تفاوت؟

وهل معيار ذلك التفاوت هو مدى صلة العقد بالمرفق العام أو النفع العام؟ أم أن المعيار هو مدى جوهرية شخص المتعاقد وصفاته في تنفيذ العقد؟

هناك جانب من الفقه القانوني يرى أن الاعتبار الشخصي يمكن أن يتفاوت في أنواع العقود الإدارية المختلفة، حيث يتوقف ذلك على مدى درجة اتصال العقد بالإداري بالمرفق العام، إذ لا يكون الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي على نفس المستوى بالنسبة لكافة العقود، ذلك أن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي هو صلة العقد بالمرفق العام، وبالتالي فإنه من المنطقي أن يرتبط تطبيقها بمدى صلة المتعاقد بالمرفق العام، بحيث يتعين الالتزام بتطبيقها بغاية الصرامة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام؛ ولذلك فإن القضاء الإداري يولي اهتماماً بالغاً لقاعدة الاعتبار الشخصي في مجال عقود امتياز المرافق العامة؛ نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شؤون إدارته⁽¹⁰⁾.

ويؤيد جانب من الفقه القانوني صحة ذلك الرأي مستنداً إلى عددٍ من المبررات:

(9) المادة 76 من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/128) في 1440/11/13هـ.

(10) Jeze, Les contracts administratifs, Tom2, 1932, paris, p 214.

الأول: أن الاعتبار الشخصي كعنصر جوهري فيما يتعلق بإبرام العقد الإداري وآثاره لا يشكل هدفاً في حد ذاته بقدر ما يكون وسيلة تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق النفع العام ومصصلحة المرفق⁽¹¹⁾.

الثاني: أن صلة العقد بالمرفق العام هي ما يبرر التفاوت في تطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي على مختلف العقود الإدارية، بحيث يتعين الالتزام الشديد بتطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام، وتخف وطأة هذا الالتزام كلما تقلصت صلة العقد بالمرفق العام⁽¹²⁾.

بينما يرى جانب آخر من الفقه القانوني أن الاعتبار الشخصي يتفاوت بحسب أنواع العقود الإدارية، ويكون أشد صرامة في عقود التزام المرفق العام، إلا أنه يخلق مع الرأي السابق في الأساس الذي يستند إليه ؛ ويرى أن الأساس في ذلك هو سلطة الإدارة في تنظيم المرفق العام محل العقد من جهة، وإلى الالتزامات التي تقع على عاتق الملتزم من جهة أخرى، حيث يجب على الأخير أن يسهر شخصياً على التنفيذ الجيد لعقد التزام المرفق العام، كما أنه لا يستطيع أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته حتى في حال حدوث خلافات بينه وبين الإدارة، ومن ثم فإن عدم وفاء الإدارة بالتزاماتها لا يعني الملتزم من احترام التزاماته، وهذه الالتزامات التي تقع على عاتق الملتزم شخصياً هي التي تبرر السلطة التقديرية للإدارة في اختيار أفضل الأشخاص لإدارة المرفق العام محل عقد الالتزام، دون التقيد بإجراءات معينة نلتزم بها في العقود الأخرى⁽¹³⁾.

(11) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص59 وما بعدها.

(12) د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية – دراسة مقارنة -، الناشر دار النهضة العربية، 2003م، ص25 وما بعدها.

(13) Rchapus: Droit Administratifs general, paris, 1995, Tom1, p561, et. et suiv.

ويرى جانب من الفقه القانوني، أن القضاء لا يقيم تفاوت في الاعتبار الشخصي بين أنواع العقود، وأنه يطبق قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ في كافة العقود الإدارية دون أن يميز عقد الامتياز بأهمية خاصة⁽¹⁴⁾.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري على أن «الالتزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي للعقد يعد قاعدة عامة تطبق على كل العقود الإدارية ولو لم ينص عليه في العقد صراحة، وأن التزامات المتعاقد التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه»⁽¹⁵⁾.

وفي تقديري أن الإشكالية في بحث هذه المسألة هو الخلط ما بين تطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي على العقود الإدارية في حد ذاته، وبين تطبيقها مع التفاوت في ذلك من عقد لآخر.

إن قضاء المملكة العربية السعودية يطبق قاعدة الالتزام الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية، حيث قررت هيئة التدقيق «أن العقود الإدارية تقوم على اعتبارات فنية ومالية وشخصية، فمن الناحية الفنية يشترط في المقاول أن تكون له سابقة أعمال تشهد على كفاءته بتنفيذ العملية المطلوب تنفيذها، ومن الناحية المالية يجب أن يكون عطاؤه أقل العطاءات وأنسبها سعراً، أما من الناحية الشخصية فيشترط في المقاول أن يكون حسن السمعة. وفي ضوء هذه الاعتبارات تتجلى الحكمة من وجوب اشتراط موافقة الجهة كتابة على تنازل المقاول لغيره عن العملية»⁽¹⁶⁾.

(14) D:lautadere les contrast admintistratifs, tom2, p13 et suiv.

(15) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 27 يناير سنة 1957م، القضية رقم 198 لسنة 11 ق، منشور في مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإداري، السنة الحادية عشر، ص174، رقم 116.

(16) حكم هيئة التدقيق 678/ت/ العام 1411 هـ، الصادر في جلسة 1411/5/29 هـ، في القضية رقم 1/959 ق لعام 1407 هـ. المحكوم فيها ابتدائياً بالحكم رقم 1/د/ف/ 15 لعام 1410 هـ، منشورة بمجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام 1411 هـ، المجلد الأول ص517 وما بعدها.

كما أن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودية يؤكد في نصوصه على تطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي في العقود، حيث نص على «لا يجوز للمتعاقد معه التنازل عن العقد أو جزء منه لمقاول أو متعهد أو مورد آخر إلا بعد الحصول على موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية والوزارة، وتوضح اللائحة شروط وضوابط التنازل عن العقد أو جزء منه»⁽¹⁷⁾.

كما نص كذلك على «لا يجوز للمتعاقد معه التعاقد من الباطن مع مقاول أو متعهد أو مورد آخر دون الحصول على موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية، وتحدد اللائحة شروط التعاقد من الباطن وضوابطه»⁽¹⁸⁾.

إلا أن ذلك لا يعني أن النظام والقضاء السعودي لا يقيم تفاوت في الاعتبار الشخصي بين العقود بحسب أنواعها، وقد أكدت النصوص النظامية وجوب تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته شخصياً، وعدم جواز تنازله عن العقد أو جزء منه أو التعاقد من الباطن لتنفيذه دون الحصول على موافقة من الجهات الإدارية المختصة.

إن جهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عند إبرام العقد، حيث يمكنها عند إعداد شروط التعاقد أن تضمنها الحد الأدنى الملزم نظاماً، وكذلك يمكنها إضافة ما تراه مناسب من شروط ووثائق ملزمة لمن يرغب في التعامل معها حسب طبيعة المشروع الذي ترغب في طرحه للتعاقد على تنفيذه⁽¹⁹⁾، كذلك عند تنفيذ العقد فإن جهة الإدارة يمكنها أن توافق على التعاقد من الباطن أو التنازل عن العقد متى رأت أن ذلك التنازل أو التعاقد من الباطن يحقق مصلحة المرفق العام، ووفقاً للضوابط المحددة في اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية⁽²⁰⁾، وكذلك في حال وفاة المتعاقد مع

⁽¹⁷⁾ المادة (70) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (128/م) في 1440/11/13هـ.

⁽¹⁸⁾ الفقرة (1) من المادة (71) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

⁽¹⁹⁾ الفقرة (ي) من المادة (13) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

⁽²⁰⁾ المواد (117، 118) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الإدارة فإن الإدارة يمكنها الاستمرار في تنفيذ العقد مع ورثته بعد موافقتهم، وذلك متى توافر لديهم المؤهلات الفنية والضمانات اللازمة لإكمال تنفيذ العقد⁽²¹⁾.

ويعد ذلك سلطة تقديرية لجهة الإدارة في إقامة تفاوت بين العقود في الاعتبار الشخصي للمتعاقد وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، إلا أنه ينبغي أن يكون معيار إعمال ذلك التفاوت هو النظر في مدى جوهرية شخص المتعاقد وصفاته في تنفيذ العقد، والتي قد تتباين بطبيعة الحال من عقد إلى آخر.

ويتجلى بوضوح التفاوت بين العقود في تقدير الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة عند إجراء التأهيل المسبق أو اللاحق في فئة معينة من المشاريع، وهي: المشاريع الكبرى أو المعقدة أو التي تزيد تكلفتها التقديرية عن خمسين مليون ريال؛ وذلك لغرض تحديد المنافسين المؤهلين لتنفيذ المشروع قبل دعوتهم لتقديم العروض⁽²²⁾.

وقد أوجب نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أن تكون معايير التأهيل المسبق أو اللاحق موضوعية وقابلة للقياس ومتعلقة بالقدرات الفنية والمالية والإدارية ومقدار الالتزامات التعاقدية للمتنافسين، وبما يناسب مع طبيعة المشروع أو العمل وحجمه وقيمته⁽²³⁾.

إلا أن الجهة الحكومية حين قيامها بإجراء التأهيل المسبق أو اللاحق، ملزمة بأن تطبق المعايير والشروط والآلية المنصوص عليها في وثائق التأهيل التي يعدها مركز تحقيق كفاءة الإنفاق، المتضمنة لمعايير تضمن قياس القدرات المالية والإدارية والفنية وحجم الالتزامات التعاقدية القائمة وحجم المشاريع المنجزة وخبرات المتنافسين ونتائج التقييمات السابقة من جهة، ومن جهة أخرى قياس حجم المشروع وطبيعته وكلفته

(21) الفقرة (ب/ 2) من المادة 76 من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(22) المادة (15) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(23) المادة (20) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

التقديرية، على أن تكون معايير التأهيل واضحة وموضوعية ومحقة للمصلحة العامة ولا تهدف إلى حصر التعامل على متنافسين محددين⁽²⁴⁾.

وعلى ذلك فإن إجراء التأهيل المسبق من خلال قياس الكفاءة الفنية والمالية والإدارية للمتعاقد، في مقابل قياس حجم المشروع وطبيعته وتكلفته التقديرية، يعد إعمالاً للتفاوت بين العقود في الاعتبار الشخصي، وأن قاعدة الاعتبار الشخصي لا تطبق على جميع العقود بشكل مجرد أو متساوي، إذ يكون تطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي أكثر صرامة وتشدد في المشاريع الكبرى أو المعقدة أو التي تزيد تكلفتها التقديرية عن خمسين مليون ريال، بينما يكون تطبيقها بمستوى أقل في غير ذلك من العقود.

(24) المادة (17) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المطلب الثالث

مقومات الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

إن الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية يقوم على عدد من العناصر التي تمثل الصفات الجوهرية محل الاعتبار في التعاقد، والواقع أن فكرة الاعتبار الشخصي تتسع لكافة الصفات المتعلقة، بما يشتمل عليه العقد ويتطلبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود⁽²⁵⁾.

وفي مجال العقود الإدارية فإن غاية النفع العام يكون لها بلا شك أثرها الواضح في تحديد تلك الصفات الواجب توافرها في المتعاقد مع الإدارة؛ لضمان تنفيذ العقد على نحو يحقق الصالح العام على أكمل وجه⁽²⁶⁾.

وعلى ذلك، فإن الصفات التي يمكن أن تكون محلاً للاعتبار الشخصي من جانب الإدارة فيما يتعلق بالمتعاقد معها كثيرة ومتعددة، إلا أنها مرتبطة بمقتضيات المصلحة العامة التي أقرها النظام، أو فرضتها الإدارة بسلطتها التقديرية ابتغاء المصلحة العامة ومصلحة المرفق، ومن أمثلة تلك الصفات التي يقوم من خلالها الاعتبار الشخصي، الآتي:

1- الكفاية المالية:

وتعني درجة يسار المتعاقد وملائمته من الناحية المالية، إذ أن الكفاية المالية للمتعاقد تشكل ضماناً هامة لتنفيذ العقد الإداري وتحقيق النفع العام، وذلك يظهر بصفة خاصة في العقود الإدارية التي يتطلب تنفيذها إمكانات مالية ضخمة تمكن المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ العقد على النحو الذي يضمن سير المرفق العام انتظام واضطراب،

(25) د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 26.

(26) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 60.

وذلك مثل عقود الامتياز التي تؤدي دوراً مباشراً في خدمة المنتفعين من المرفق العام محل العقد⁽²⁷⁾.

وغير ذلك من عقود الجهات الإدارية، وبخاصة عقود الأشغال العامة، التي يتطلب تنفيذها إمكانيات مالية كبيرة، والتي تقتضي البحث عن درجة يسار التعاقد، والاحتياط لعدم التعاقد مع من لا يتمتع بالكفالة المالية حتى لا يتعطل سير المرفق العام؛ لذلك ورد النص في اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات السعودي على «أولاً: لا يجوز للجهة الحكومية ولا المتعاقد معها - فيما يخص الأعمال المتعاقد عليها مع الجهة الحكومية في أي مرحلة من مراحل التعاقد - التعامل وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة مع الأشخاص المشار إليهم فيما يلي:

1- المفلسون أو من ثبت إعسارهم أو صدور أمر بوضعهم تحت الحراسة القضائية.

2- الشركات التي جرى حلها أو تصفيتها».

ثانياً: مع عدم الإخلال بما ورد في الفقرة (1/ب) من المادة السادسة والسبعون من النظام، لا يعد في حكم المفلس - تطبيقاً لأحكام النظام - من لم يفتح له إجراء أو أكثر من إجراءات التصفية وفقاً لأحكام نظام الإفلاس⁽²⁸⁾.

واستناداً إلى ذلك، فإن المنع من التعامل لا يقتصر فقط على الجهة الحكومية، وإنما يشمل المتعاقد معها أيضاً فيما يخص الأعمال المتعاقد معه على تنفيذها، وهو ما يقتضي اعتبار المتعاقد مقصر في التنفيذ متى كان تقصيره مبني على تعامله مع شخص من الأشخاص المحظور التعامل معهم وفقاً لهذه المادة، كما تشمل أيضاً على

(27) د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 27.

(28) المادة (14) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (3479) في 1441/8/11 هـ.

عدم جواز المتعاقد معهم من الباطن أو التنازل لهم عن العقد، ويمتنع على الإدارة في هذه الحالة الموافقة على ذلك باعتبار أن المتعاقد معها محظور عليه التعاقد معهم.

وأن الغاية من منع التعامل لجهة الإدارة والمتعاقد معها مع أي من المشمولين بالحظر وفق النص السابق، هي ضمان الكفاية المالية لمن يتعاقد مع الإدارة بشكل مباشر أو يساهم بشكل غير مباشر في تنفيذ أعمالها من خلال من تعاقدت معه.

ومن صور الاعتبار الشخصي الذي يشمل الكفاءة المالية ؛ أنه يجب على الجهة الحكومية إجراء تأهيل مسبق أو لاحق في الأعمال والمشتريات، وتقتصر الدعوة للمشاركة في المنافسة على من اجتاز التأهيل المسبق فقط⁽²⁹⁾.

وقد تضمنت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية النص على إجراء التأهيل المسبق في المشاريع الكبرى، أو المعقدة، أو ذات التكلفة المرتفعة التي تزيد تكلفتها التقديرية عن (خمسين) مليون ريال، وذلك لغرض تحديد المتنافسين المؤهلين قبل دعوتهم لتقديم

كما أوجب نظام المنافسات والمشتريات أن تكون معايير التأهيل المسبق أو اللاحق موضوعية وقابلة للقياس ومرتبطة بالقدرات الفنية والمالية والإدارية ومقدار الالتزامات التعاقدية للمتنافسين، وبما يتناسب مع طبيعة المشروع أو العمل وحجمه وقيمه⁽³⁰⁾.

وعلى ذلك فإن إجراء التأهيل المسبق يقصد منه التحقق من اعتبارات شخصية للمتنافسين تتعلق بالقدرات الفنية والمالية والإدارية التي تراها الجهة الحكومية مناسبة للمشروع الذي ترغب الجهة الحكومية في طرحه، إلا أن ذلك الإجراء قاصر على فئات محددة من المشاريع، كما ورد في السابق.

⁽²⁹⁾ المادة (19) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (128/م) في 1440/11/13هـ.

⁽³⁰⁾ المادة (20) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

2- المقدرة الفنية:

ويقصد بالمقدرة الفنية المؤهلات والخبرات العملية التي يمتلكها المتعاقد معه، والتي ينبغي أن تتناسب مع نوع الأعمال المطلوبة وحجمها، ولا شك أن تلك المؤهلات والخبرات الفنية محل تقدير من جانب الإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، لا سيما العقود التي تتطلب خبرة فنية عالية بأصول العمل.

وعلى ذلك فإن اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية تشترط وجوباً أن يتوافر لدى الراغبين في التعامل مع الجهات الحكومية لتنفيذ مشترياتها وأعمالها الوثائق التالية:

السجل التجاري أو التراخيص النظامية في مجال الأعمال المتقدم لها، متى كان المتنافس غير ملزم نظاماً بالقيود في السجل التجاري.

أ- شهادة الانتساب إلى الغرفة التجارية، متى كان المتنافس ملزماً نظاماً بالانتساب إلى الغرفة.

ب- شهادة تصنيف في مجال الأعمال المتقدم لها، إذا كانت تلك الأعمال مما يشترط لها التصنيف.

ج- شهادة الانتساب إلى الهيئة السعودية للمقاولين، إذا كانت الأعمال المتقدم لها متعلقة بالإنشاءات والمقاولات.

د- شهادة الانتساب إلى الهيئة السعودية للمهندسين، إذا كانت الأعمال المتقدم لها أعمالاً هندسية⁽³¹⁾.

وعلى ذلك فإن تلك الوثائق التي أوجدت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات توافرها في من يرغب في التعامل مع الجهات الحكومية لتنفيذ مشترياتها وأعمالها تمثل

⁽³¹⁾ المادة (13) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (3479) في 1441/8/11هـ.

الحد الأدنى من الوثائق والمتطلبات التي تهدف إلى التحقق من الكفاءة والقدرة الفنية لمن يرغب في التعامل مع الجهات الحكومية، وأن هذه المتطلبات لا تقف عند هذا الحد، وإنما يمكن للإدارة أن تضيف إليها ما تراه من اشتراطات أو وثائق ترى لزومها حسب طبيعة المشروع.

3- جنسية المتعاقد:

إن جنسية المتعاقد تعد محل اعتبار عند إبرام العقد، وقد يكون ذلك راجعاً إلى أسباب اقتصادية، وقد يكون راجعاً لأسباب تتعلق بأمن وسلامة الدولة، مثل عقود التوريد الحربية⁽³²⁾.

إن من أهداف نظام المنافسات والمشتريات الحكومية تعزيز التنمية الاقتصادية، وتحقيق أفضل قيمة للمال العام عند التعاقد على الأعمال وتنفيذها بأسعار تنافسية عالية⁽³³⁾.

لذلك فقد تضمن التأكيد بالنص على «2- على الجهة الحكومية عند تعاملها مع أشخاص أجانب لتأمين مشتريات أو تنفيذ أعمال داخل المملكة، التأكد من عدم توافر أكثر من شخص محلي مؤهل لتأمين المشتريات أو تنفيذ الأعمال المطلوبة، وتحدد اللائحة الشروط والضوابط اللازمة لتطبيق حكم هذه الفقرة»⁽³⁴⁾.

وعلى ذلك، فإن جنسية المتعاقد مع الإدارة تكون محل اعتبار في حال عدم وجود أكثر من شخص محلي مؤهل لتأمين المشتريات وتنفيذ الأعمال، أو في حال التعامل مع شخص أجنبي لعدم توافر شخص محلي مؤهل لذلك المشروع.

4- سمعة المتعاقد:

⁽³²⁾ د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 61.

⁽³³⁾ المادة (2) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

⁽³⁴⁾ فقرة (2) من المادة (3) من المنافسات والمشتريات الحكومية.

تعد سمعة المتعاقد مع الإدارة محل اعتبار وشرط من الشروط الأساسية لإمكان التعامل معه؛ وذلك لضمان حرصه على الوفاء بالتزاماته تجاه الإدارة دون مماثلة⁽³⁵⁾.

لذلك لا يجوز للجهة الحكومية، ولا للمتعاقد معها - فيما يخص الأعمال المتعاقد عليها مع الجهة الحكومية في أي مرحلة من مراحل التعاقد - التعامل مع من تقضي الأنظمة بمنع التعامل معهم، بما في ذلك من صدر بمنع التعامل معهم حكم قضائي أو قراري من جهة مخولة بذلك نظاماً، وذلك حتى تنتهي مدة المنع⁽³⁶⁾.

كذلك نص نظام المنافسات على وجوب إنهاء العقد، إذا تبين أن المتعاقد معه قد شرع - بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر - في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام النظام، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة أو الغش أو التحايل أو التزوير أو التلاعب، أو مارس أيّاً من ذلك أثناء تنفيذ العقد⁽³⁷⁾.

5- صفة خاصة يترتب على توافرها الإعفاء من شرط أو إجراء:

هناك العديد من الصفات التي ما إن توافرت في من يرغب في التعامل مع الجهات الحكومية، فإنها تكون محل اعتبار في التعاقد معه؛ لما يترتب عليه من إعطائه أولوية في التعاقد، أو إعفائه من تقديم الضمانات اللازمة، أو استثناءه من المنافسة العامة.

⁽³⁵⁾ د/ سمير إسماعيل حامد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، المرجع السابق، ص 25. وأيضاً د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 30. وأيضاً د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 61.

⁽³⁶⁾ الفقرة (2 من أولاً) المادة (14) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.
⁽³⁷⁾ الفقرة (أ/ 1) من المادة (76) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

ومن ذلك ما تقرر النص عليه في نظام المنافسات بأن «تكون الأولوية في التعامل للمنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية وللمحتوي المحلي، وللشركات المدرجة في السوق المالية»⁽³⁸⁾.

وعلى ذلك فإن توافر تلك الصفات في مقدم العرض من شأنها أن تمنحه أولوية وأفضلية على غيره من المتنافسين، وتكون تلك الصفة محل اعتبار من الإدارة عند التعاقد معه.

كما ينص نظام المنافسات على «للجهة الحكومية التعاقد بأسلوب الشراء المباشر في الحالات الآتية.: « إذا كانت الأعمال والمشتريات متوفرة لدى مؤسسة أو جمعية أهلية واحدة، أو كيان واحد من الكيانات غير الهادفة للربح، بشرط أن تتولى بنفسها القيام بما تم التعاقد عليه»⁽³⁹⁾.

وعلى ذلك فإن توافر صفة المؤسسة أو الجمعية الأهلية كيان غير هادف للربح فيمن تتوافر لديه الأعمال، من شأنه أن يجيز للجهة الحكومية التعاقد بأسلوب الشراء المباشر وعدم اتباع أسلوب المنافسة، وهو الأصل العام في تنفيذ الأعمال والمشتريات الحكومية.

كذلك ينص نظام المنافسات والمشتريات على «للجهات الحكومية التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر، بشرط أن تتولى بنفسها تنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات، ولها كذلك أن تتوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد»⁽⁴⁰⁾.

وعلى ذلك، فإن صفة من تتوافر لديه الأعمال والمشتريات كجهة حكومية هي محل اعتبار عند التعاقد مع الجهة الحكومية بأسلوب الشراء المباشر.

⁽³⁸⁾ المادة التاسعة من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

⁽³⁹⁾ المادة (32) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

⁽⁴⁰⁾ المادة (89) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

وفي حالات أخرى تكون صفة معينة في من تتوافر لديه الأعمال محل اعتبار عند إعفائه من شرط أساسي في التعاقد، وهو تقديم الضمان، حيث ورد النص في نظام المنافسات على «3- لا يلزم تقديم الضمان النهائي في الحالات الآتية: ب- التعاقد بين الجهات الحكومية. ج- التعاقد مع مؤسسة أو جمعية أهلية أو كيان غير هادف للربح. د- التعاقد مع الشركات التي تمتلك فيها الدولة نسبة لا تقل عن (51%) من رأس مالها»⁽⁴¹⁾.

وعلى ذلك فإن تلك الصفات تعد من مقومات الاعتبار الشخصي التي تأخذها جهة الإدارة بعين الاعتبار عند التعاقد مع من توافرت فيه، ويترتب عليها نتيجة وأثر.

(41) المادة (61) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المبحث الثاني

النتائج المترتبة على الاعتبار الشخصي

في تنفيذ العقد الإداري

مما لا شك فيه أن الارتباط بين الاعتبار الشخصي والغاية من العقود الإدارية المتمثلة في تحقيق النفع العام؛ له تأثير واضح على مدلول التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصياً.

ذلك أن التنفيذ الشخصي في هذا المقام لا يعني التنفيذ المادي للعقد الإداري من جانب المتعاقد، بقدر ما يعني مسؤولية المتعاقد الشخصية عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد الإداري، وبلا شك فإن لذلك المعنى الأخير مداه الواضح في النتائج التي يربتها وجود الاعتبار الشخصي فيما يتعلق بتنفيذ العقد الإداري⁽⁴²⁾.

ويرتب القانون نتائج أساسية على التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد تنفيذاً شخصياً، تتمثل تلك النتائج في الآتي:

أولاً: عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده.

ثانياً: عدم جواز التعاقد من الباطن مع الغير لتنفيذ العقد.

ويعد ذلك الأصل العام كنتائج لتنفيذ المتعاقد لالتزاماته تنفيذاً شخصياً، وذلك ما لم تصدر موافقة من الجهة الحكومية المتعاقد معها مقدماً على السماح بالتنازل عن العقد، أو التعاقد من الباطن.

وعلى ذلك أبين في: المطلب الأول من هذا المبحث التنازل عن العقد وآثاره، وفي المطلب الثاني أبين التعاقد من الباطن لتنفيذ العقد أو جزء منه، والآثار المترتبة على ذلك.

(42) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها.

المطلب الأول

تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد وآثاره

في هذا المطلب يتعين بيان تعريف التنازل عن العقد والمقصود به، ومن ثم الضوابط القانونية التي تحكمه، ثم أبين الآثار المترتبة على هذا التنازل في حالة ما إذا تم بموافقة جهة الإدارة، ووفق الضوابط النظامية، وكذلك في حالة ما إذا تم التنازل بغير موافقة الإدارة، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

تعريف التنازل عن العقد

يعرف البعض من فقهاء القانون التنازل عن العقد بأنه «التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير، ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته واكتسابه حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة»⁽⁴³⁾.

ويعرفه البعض الآخر بأنه «عملية قانونية مؤداها أن يقوم المتعاقد الأصلي بإحلال طرف ثالث محله أو كبديل له في تنفيذ العقد، ويصبح الطرف الجديد (المتنازل له) مديناً مباشرة للإدارة بالالتزامات التي أنشأها العقد الإداري، على أن يستفيد في الوقت نفسه من الحقوق التي رتبها العقد الإداري لمصلحة المتنازل (المتعاقد الأصلي)»⁽⁴⁴⁾.

بينما هناك جانب من فقهاء القانون يعرف التنازل الكلي عن العقد بأنه «اتفاق المتعاقد مع الإدارة مع شخص آخر على أن يحل محله طولاً كلياً لتنفيذ كافة الالتزامات، واكتساب كافة الحقوق المتولدة عن عقده مع جهة الإدارة»⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 67.

⁽⁴⁴⁾ تعريف الأستاذ الدكتور فؤاد العطار، مشار إليه في كتاب د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 58.

⁽⁴⁵⁾ د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص 129.

كذلك يعرف البعض التنازل عن العقد بأن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية، أي تنفيذ العقد كلياً⁽⁴⁶⁾.

وبالنظر إلى التعاريف السابقة نجد أنها تتفق على عناصر شملتها وتضمنتها، واختلفت في عناصر أخرى.

أما ما كان محل اتفاق منها هو: أن التنازل هو تصرف قانوني يترتب عليه حلول الغير (المتنازل له) محل المتعاقد الأصلي (المتنازل) في أداء التزاماته واكتسابه الحقوق الناشئة عن العقد.

أما محل الاختلاف فيمكن في العناصر الآتية:

أولاً: هناك من اعتبر أن التنازل عن العقد متضمن للاتفاق مع الإدارة، إلا أن دور جهة الإدارة ليس الاتفاق على التنازل، وإنما دورها قاصر على إجازته، وإن كان دور الإدارة اتفاق مع من تعاقدت معه على نقل التزاماته للغير، فإن ذلك يعتبر بمثابة عقد جديد من الإدارة بغير اتباع الإجراءات القانونية التي ينص عليها القانون ويرتب بطلانه.

ثانياً: تضمنت بعض التعريفات الإشارة الصريحة إلى أن التنازل عن العقد يكون متضمن لتنفيذ العقد كلياً، وبالتالي يستبعد فكرة التنازل حال إجراءه بشأن الجزء المتبقي من العقد، بل إن بعض من صاغ تعريف التنازل عن العقد أقرنه بعبارة التنازل الكلي، وذلك تمييزاً له عن التنازل الجزئي عن العقد، والذي يقصد منه (التعاقد من الباطن) باعتبار من جانبيه أن التنازل الجزئي يعد تعاقداً من الباطن⁽⁴⁷⁾.

(46) د/ عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري – دراسة مقارنة، الناشر دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1975م، ص126.

(47) د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص129 و ص139، وأيضاً د/ عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص126 وما بعدها.

وفي تقديري أن التنازل الجزئي قائم وموجود ومتصور في العقود الإدارية، ويتميز عن التعاقد من الباطن للأسباب الآتية:

1- أن التعاقد من الباطن ينشأ أحكاماً تعاقدية جديدة ما بين المتعاقدين من الباطن والمتعاقد مع الإدارة، بينما يترتب على التنازل عن العقد أن تنتقل بموجبه أحكام الرابطة العقدية ما بين جهة الإدارة والمتعاقد الأصلي (المتنازل) إلى المتنازل له.

2- أن المتعاقد من الباطن لا يعد طرفاً في الرابطة العقدية المباشرة ما بين المتعاقد الأصلي وجهة الإدارة، بينما في حال التنازل عن العقد يصبح المتنازل له هو الملتزم وصاحب الحق المباشر مع جهة الإدارة متى أجازت جهة الإدارة ذلك التنازل.

3- أن التنازل الجزئي عن العقد متصور وموجود في العقود الإدارية حال أن تتوافر مبرراته وشروطه، ويسري على الجزء المتبقي من العقد المعاصر لإجراء التنازل، وقد ورد النص في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على ما يفيد ذلك، حيث تقرر «لا يجوز للمتعاقد معه التنازل عن العقد، أو جزء منه، لمقاول أو متعهد أو مورد آخر إلا بعد الحصول على موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية والوزارة، وتوضح اللائحة شروط وضوابط التنازل عن العقد أو جزء منه»⁽⁴⁸⁾.

وفي تقديري أن التعريف المناسب للتنازل عن العقد الإداري أنه «تصرف قانوني يبرمه المتعاقد مع الغير بعد موافقة الإدارة أثناء سريان العقد، ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته، واكتساب الحقوق الناشئة عن العقد المبرم بين المتعاقد الأصلي (المتنازل) والإدارة، وذلك من تاريخ إبرام ذلك التنازل حتى الانتهاء من تنفيذ العقد.

⁽⁴⁸⁾ المادة (70) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/128) في 1440/11/13هـ.

الفرع الثاني

الضوابط النظامية لإجازة

التنازل عن العقد الإداري

إن الأساس في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أن يقوم بتنفيذها شخصياً، وهو ما يستتبع بحكم الضرورة عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ تعاقدته للغير، أو إحلال محله في هذا التنفيذ، إلا أنه استثناء من ذلك الأساس أجاز النظام للمتعاقد التنازل عن العقد بشرط الحصول على موافقة مسبقة من الجهة الحكومية ووزارة المالية، على أن تكون موافقة الجهة الحكومية ووزارة المالية وفق الاشتراطات والضوابط الواردة في اللائحة التنفيذية⁽⁴⁹⁾.

ويمكن تقسيم تلك الاشتراطات التي نص عليها اللائحة التنفيذية إلى شروط موضوعية، وشروط إجرائية، وهي كالتالي⁽⁵⁰⁾:

أولاً: الشروط الموضوعية:

- 1- وجود أسباب لدى المتعاقد تستوجب التنازل عن كامل العقد أو جزء منه، وأن تقدير تلك المبررات ومدى اعتبارها موجبة للتنازل موكل إلى الجهة الحكومية، ممثلة في لجنة فحص العروض وصاحب الصلاحية في الترسية، تحت رقابة وزارة المالية.
- 2- أن يتوافر لدى المطلوب الموافقة على التنازل له الاشتراطات محل الاعتبار الشخصي التي تعاقدت الإدارة استناداً إليها مع المتعاقد طالب التنازل، وهذه الشروط هي:

أ- أن يكون مستوفياً لشروط التعامل مع الجهات الحكومية⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ المادة (70) من نظام المنافسات الحكومية.

⁽⁵⁰⁾ المادة (117) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

- ب- أن يكون مصنفاً في مجال ودرجة الأعمال المتنازل عنها.
- ج- أن يختار جميع متطلبات التقييم الفني والتأهيل إذا كان المشروع مما يشترط له التأهيل، أو رأت الجهة الحكومية إجراء تأهيل له.
- 3- ألا يترتب على التنازل أضراراً بالمشروع المتنازل عنه أو إخلال بالانتفاع به.
- 4- ألا يكون قد سبقت للمتعاقد التنازل عن أي مشروع آخر خلال السنوات الثلاثة السابقة على إبرام العقد المراد التنازل عنه.

ثانياً: الشروط الإجرائية للتنازل:

- 1- أن يقدم المتعاقد طلباً إلى الجهة الحكومية مرفقاً به المسوغات اللازمة والمستندات المؤيدة لاستيفاء الشخص المطلوب التنازل له لكافة الشروط الموضوعية، مبيناً بهذا الطلب نطاق التنازل، سواء كان تنازل كلي أو جزئي.
- 2- يعرض الطلب على لجنة فحص العروض لدراسته وإصدار التوصية اللازمة، على أن تبين اللجنة في محضرها الأسباب والمبررات التي اعتمدت عليها في توصيتها.
- 3- يرفع المحضر إلى صاحب الصلاحية، وفي حال موافقته على طلب التنازل يتم الرفع بطلب التنازل مرفقاً به محضر لجنة فحص العروض والمستندات ذات

(51) وذلك وفقاً لما تقتضيه المواد 13، 14 من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السابق الإشارة إليها.

العلاقة إلى الوزارة لإصدار القرار النهائي بالموافقة، وتصدر الموافقة على التنازل عن العقد كتابية، ولا يعتد بغير الكتابة في ذلك.

4- تسجل حالات التنازل بعد الموافقة عليها في سجل المتعاقد بالبوابة⁽⁵²⁾.

5- يتم التنازل بموجب اتفاقية تنازل مبرمة بين أطراف التنازل (المتعاقد الأصلي المتنازل والمتعاقد المتنازل له) ومصدقة من الغرفة التجارية، وأن تتضمن تحديد التزامات الأطراف تجاه المشروع والجهة الحكومية، ولا تعد اتفاقية التنازل نافذة إلا بعد اعتمادها من الجهة الحكومية.

والجدير بالذكر أنه كان من الأولى أن يشترط في طلب التنازل المقدم ابتداءً إلى الجهة الحكومية تقديم مشروع وثيقة الالتزامات المقترحة لأطراف التنازل تجاه المشروع والجهة الحكومية وحدود مسؤولية كل منهم، باعتبار أن تلك الالتزامات ومداهم تتعلق بالمشروع وقد ينتج عنها ضرر أو تؤثر في الانتفاع به، وبالتالي يكون لها أثر في قرار لجنة فحص العروض، وقرار صاحب الصلاحية بالجهة الحكومية والوزارة.

ويثور التساؤل عن مدى حق الجهة الحكومية المتعاقدة في عدم الموافقة على طلب المتعاقد معها للتنازل عن العقد المبرم معها لمتعاقد آخر.

أن حق الجهة الإدارية المتعاقدة في رفض الموافقة على التنازل يدخل في نطاق ما تتمتع به من سلطة تقديرية، ولا تنقيد في ذلك إلا بالمصلحة العامة، وبالتالي فمن حق الإدارة منع موافقتها على التنازل، أو حجب هذه الموافقة، إلا أن ذلك ينبغي أن يكون مبنياً على أسس مشروعة⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ ويقصد بالبوابة: البوابة الإلكترونية الموحدة للمشتريات الحكومية الخاضعة لإشراف وزارة المالية، يراجع في ذلك التعريف الوارد بالمادة الأولى من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية. ⁽⁵³⁾ د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص135، وأيضا د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص76.

وهناك من يرى تأصيل الحق في رفض الإدارة لطلب التنازل إلى مبادئ مستخلصة من القضاء الفرنسي بهذا الصدد، وهذه المبادئ هي:

الأول: أن الملتزم إذا تقدم إلى الإدارة بطلب الموافقة على التنازل عن عقده، فيجب على جهة الإدارة أن ترد عليه في ميعاد مناسب، ومن ثم لا يجديها نفعاً أن تلزم جانب الصمت، وإذا فعلت عرضت نفسها للمسؤولية.

الثاني: لا تستطيع الإدارة أن ترفض الموافقة لمجرد الرفض، بل يجب أن تستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتعلق بالصالح العام، مثال ذلك ضعف الكفاءة المالية، أو الفنية، للمتعاقد الجديد، فإذا كانت الأسباب التي تدرعت بها الإدارة غير وجيهة، فإن المتعاقد يستطيع أن يحصل من قاضي العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة، كما له أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة، أو الحكم بتعويض الأضرار التي تلحقه جراء الرفض⁽⁵⁴⁾.

وفي تقديري أن السلطة التقديرية لجهة الإدارة تجيز لها رفض الموافقة على طلب التنازل المقدم من المتعاقد، وإن توافرت كافة شروط تقديمه متى قدرت أن ذلك للمصلحة العامة، وأن قرينة الصحة تلازم تلك القرارات ما لم يثبت المدعي أن جهة الإدارة قد انحرفت بالسلطة أو أساءت استخدامها، ولعل السند القانوني لذلك هو أن التنازل عن العقد الأصل فيه الحظر وليس الرخصة، وبالتالي فإن المتعاقد مع الإدارة لا يمكن له أن يطعن على قرار الإدارة ليلزمها باستخدام رخصتها المستندة إلى السلطة التقديرية، ما لم يثبت أن تصرفها الصادر بالرفض ليس للمصلحة العامة.

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على التنازل عن العقد

(54) د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص425.

لبيان الآثار القانونية المترتبة على التنازل عن العقد الإداري ينبغي في هذا الصدد التمييز بين إجراء التنازل الذي تم بموافقة الإدارة، وإجراء التنازل الذي تم بغير موافقة الإدارة، كذلك ينبغي التمييز بين آثار التنازل فيما بين الإدارة بالمتعاقدين الأصلي (المتنازل)، وكذلك بيان آثار التنازل فيما بين الإدارة والمتعاقدين المتنازل إليه، وكذلك آثار التنازل فيما بين علاقة المتنازل والمتنازل له ببعضهما، وذلك على التفصيل الآتي:

المسألة الأولى

الآثار المترتبة على التنازل عن العقد بموافقة الإدارة

وهذه الآثار يمكن بيانها فيما يتعلق بأطراف التنازل، وكذلك فيما يتعلق بكل طرق وجهة الإدارة.

أولاً: الآثار الناتجة عن التنازل عن العقد فيما بين الإدارة والمتنازل:

يترتب على موافقة الإدارة على التنازل عن العقد إبرام اتفاقية تنازل بين المتنازل والمتنازل له، ويظل العقد الأساسي الذي تم التنازل عنه قائماً بين الإدارة والمتنازل⁽⁵⁵⁾، إلا أنه بموجب تلك الاتفاقية وما تضمنته من تنازل عن العقد واعتمادها من الجهة الحكومية، فإنه يتحرر من كافة التزاماته تجاه الإدارة، وذلك في حدود الالتزامات التي تم التنازل عنها، كما يكون له تسوية مستحقاته حتى تاريخ التنازل، ما لم تكن تلك المستحقات مشمولة بالتنازل للغير.

كذلك يحق للمتنازل الحصول على الضمان النهائي أو ما تبقى منه، وليس لجهة الإدارة الامتناع عن رد الضمان إليه، إلا في حدود المبالغ المتنازع عليها فيما

(55) الفقرة (4) من المادة (117) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات.

بينهم⁽⁵⁶⁾، على أن تلك القاعدة يعمل بها ما لم يوجد نص على خلافها، سواء في العقد الأصلي، أو اتفاقية التنازل.

ولكن التساؤل الذي يطرح: هل من شأن بقاء العقد الأساسي قائماً دون إلغاءه، وإبرام اتفاقية تنازل، أن يظل المتنازل ضامناً للمتعاقدين المتنازل إليه؟ أم أن المتعاقد الجديد يكون هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة؟

يرى جانب من فقهاء القانون أن مبدأ استمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي في حالة التنازل عن العقد هو من الأصول التي تراعيها جهة الإدارة دائماً، حرصاً منها على الالتزام بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري، فالتزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد الإداري شخصياً لا يعني في هذا المقام التنفيذ المادي للعقد من جانب المتعاقد بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن هذا التنفيذ على نحو يحقق الصالح العام، ويسد حاجة المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد⁽⁵⁷⁾.

وفي تقديري صحة ووجاهة هذا الرأي؛ لما استند إليه، إضافة إلى أن المتعاقد المتنازل هو من سعى بنفسه في اختيار المتعاقد الآخر المتنازل إليه، ولم يكون بسعي وتدبير من جهة الإدارة وفق الآليات القانونية المتبعة في التعاقدات الحكومية، وهو ما يستتبع استمرار مسؤوليته كضامن إلى جوار المتعاقد المتنازل له.

إلا أن نصوص النظام لم تبين طبيعة تلك المسؤولية؛ وفي تقديري أن مسؤوليته تنشأ من تاريخ التنازل عن العقد باعتباره ضامناً للمتنازل إليه في كافة الالتزامات المتولدة عن العقد؛ باعتبار أن الضمان هو التزام احتياطي في حال تقصير المدين (المتنازل له) في تنفيذ التزاماته؛ يتناسب مع الحلول الكلي للمتنازل له محل المتعاقد

⁽⁵⁶⁾ د/ هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، المرجع السابق، ص380.

⁽⁵⁷⁾ د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص75 وما بعدها.

الأصلي في كافة الحقوق والالتزامات وكونه هو من قدمه لجهة الإدارة ليحل محله في تنفيذ التزامه والحصول على مستحقاته.

ثانياً: الآثار الناجمة عن التنازل عن العقد فيما بين الإدارة والمتنازل إليه:

يترتب على موافقة الإدارة على إجراء التنازل ؛ أن يتم إبرام اتفاقية تنازل من شأنها إحلال المتنازل إليه محل المتنازل في كافة حقوقه والتزاماته في مواجهة الإدارة، ويكون المتنازل إليه وحده متلقي التعليمات والتوجيهات من الإدارة، كما يكون له الحق في الحصول على المقابل المادي المنصوص عليه في العقد، وذلك من تاريخ التنازل، وفي حدود ما تم التنازل عنه.

وعلى ذلك فإن المتعاقد المتنازل له لا يكون ذا صفة في مناقشة جهة الإدارة فيما يتعلق بتسوية الحساب عن الأعمال التي تم تنفيذها قبل إجراء التنازل⁽⁵⁸⁾.

كما يكون المتعاقد الجديد محلاً لتوقيع الجزاءات من قبل جهة الإدارة، وذلك في حال التقصير أو الغش أو التدليس في تنفيذ الأعمال.

ثالثاً: الآثار الناجمة عن التنازل عن العقد فيما بين المتنازل والمتنازل إليه:

إن تلك الآثار تحكمها ما تضمنته اتفاقية التنازل المبرمة فيما بينهما، والمتضمنة تحديد التزامات الأطراف تجاه المشروع وتجاه الإدارة ، إلا أن تلك الاتفاقية لا تعد نافذة إلا بعد اعتمادها من الجهة الحكومية⁽⁵⁹⁾.

وبالتالي فإن هذه الاتفاقية يمكن أن تتضمن أحكاماً تتعلق بضمان تنفيذ الأعمال من الطرف المتنازل، إلا انه لا يمكن أن تتضمن إخلاء لمسؤولية المتعاقد الأصلي (المتنازل) عن كامل الأعمال أو بعضها باعتبار أن العقد ما بينه وبين جهة الإدارة لازال قائماً ومهو ما يستتبع بقاء مسؤوليته كضامن لمن تنازل له عن العقد.

⁽⁵⁸⁾ د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص75.
⁽⁵⁹⁾ الفقرة (4) من المادة (117) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المسألة الثانية

الآثار المترتبة على التنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة

وفي هذه المسألة يتصور أن يتنازل المتعاقد عن العقد بعد أن يلجأ إلى جهة الإدارة قبل التنازل عن العقد للغير، إلا أن جهة الإدارة ترفض الموافقة على التنازل، أو يكون المتعاقد قد تنازل عن العقد للغير دون أن يطلب من الإدارة الموافقة على ذلك من الأساس.

ويترتب على قيام المتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن العقد للغير دون الحصول على موافقة مسبقة من الإدارة، الآثار الآتية:

أولاً: الآثار المترتبة على التنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة بالنسبة للمتنازل:

من المسلم به أن التنازل بغير موافقة جهة الإدارة لا يسري ولا يحتج بأحكامه في مواجهتها ، ويظل المتعاقد الأصلي (المتنازل) هو الملتزم أمامها بتنفيذ العقد، وليس لتنازله عن العقد للغير أي أثر في إعفائه من المسؤولية أمامها، كما يعد مسؤولاً عن الآثار والأضرار الناجمة عن ذلك التنازل⁽⁶⁰⁾.

كما أن من شأن ثبوت تنازل المتعاقد الأصلي عن عقده دون الحصول على الموافقة السابقة من جهة الإدارة أن يعد خطأً عقدياً جسيماً مستوجباً لقيام الإدارة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة ؛ حيث ينص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على «يجب على الجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات الآتية: - إذا تنازل المتعاقد معه عن العقد دون موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية والوزارة»⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، ص136 وما بعدها.

⁽⁶¹⁾ المادة (71) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

ويرى جانب من الفقه القانوني أنه تماشياً مع حكمة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري بوصف ذلك الاعتبار وسيلة وليس غاية تتمكن بها جهة الإدارة من الاطمئنان إلى حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، فإن مسؤولية المتعاقد الأصلي عن الخطأ في حال التنازل بغير الحصول على موافقة الإدارة السابقة لا تتعد إلا إذا كان ثمة ضرر لحق الإدارة من جراء ذلك التنازل⁽⁶²⁾.

وإن كان لهذا الرأي وجهة وأساسه القانوني المبني عليه، إلا أن استحقاق الجزاء المتمثل في إنهاء العقد مستوجب نظاماً بمجرد التنازل للغير دون انتظار تحقق ضرر أو عدمه، وذلك باعتبار أن تنازل المتعاقد عن العقد دون موافقة الإدارة حتماً سيسبب ضرر لها، وإلا لما تم دون موافقتها.

ثانياً: الآثار المترتبة على التنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة بالنسبة للمتنازل إليه:

باعتبار أن تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد للغير لا يمكن أن يحتج به في مواجهة الإدارة، ولا يرتب أي آثار قانونية مباشرة في مواجهتها، فلها أن تتصرف كما لو أن التنازل غير قائم، ولها أن تتخذ الإجراءات الكفيلة بمنع تمكين المتنازل إليه من المساهمة في تنفيذ العقد.

كما لا يستطيع المتنازل إليه أن يتمسك في مواجهة الإدارة بأي حق مستنداً إلى نصوص عقده مع المتنازل (المتعاقد الأصلي)، وليس له أن يرجع على الإدارة بأي حقوق تعاقدية مباشرة.

ومع ذلك فإن المتنازل إليه إذا قام بتنفيذ بنود العقد الأصلي تنفيذاً صحيحاً، فإنه يستطيع الرجوع على الإدارة والمطالبة بالتعويض، استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب،

(62) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص77 وما بعدها، وأيضاً:

كما يكون له باعتباره دائناً للمتعاقد الأصيل أن يطالب الإدارة بحقوق مدينة عن طريق الدعوى غير المباشرة وإجراءات حوالة الحق⁽⁶³⁾.

المطلب الثاني

التعاقد من الباطن وآثاره

في هذا المطلب أبين تعريف التعاقد من الباطن والمقصود به، ثم أبين الضوابط القانونية التي تحكمه، وأخيراً أبين الآثار المترتبة على هذا التعاقد في حال ما إذا تم بموافقة الإدارة، وحال ما إذا تم بغير موافقتها، وذلك خلال الفروع الآتية:

(63) د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص137.

الفرع الأول

تعريف التعاقد من الباطن

إذا كان التنازل عن العقد مقتضاه أن يحل المتنازل له محل المتنازل في تنفيذ التزاماته في مواجهة الإدارة - وذلك بعد موافقة الإدارة على التنازل - فإن التعاقد مع الغير من الباطن لتنفيذ تلك الالتزامات أو جزء منها ليس له هذا المؤدى، وإن كان يشترك التعاقد من الباطن مع التنازل عن العقد في كونه صورة من صور مساهمة غير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد، بما يؤثر في الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، ويحل بالتزامه بالتنفيذ الشخصي للعقد ما لم تجيز ذلك جهة الإدارة.

ففي القانون الخاص يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفايته الشخصية، مع بقاء مسؤوليته عن المقاول من الباطن قبل رب العمل⁽⁶⁴⁾.

وبالنظر إلى طبيعة العقد الإداري الذي تكون شخصية المتعاقد مع الإدارة محل اعتبار عند إبرام العقد وهو ما يستتبع تنفيذه للعقد شخصياً، فإن الأساس هو حظر التعاقد من الباطن دون الحصول على موافقة جهة الإدارة.

ويعرف فقهاء القانون التعاقد من الباطن أنه «ذلك التصرف القانوني الذي يعهد من خلاله المتعاقد إلى الغير بتنفيذ جزء من محل العقد»⁽⁶⁵⁾.

(64) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- العقود الواردة على العمل، الجزء السابع - المجلد الأول- منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2000م، ص208 وما بعدها.

(65) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص79، وأيضاً د/ عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص132، ، وأيضاً د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق ص139.

ويعرفه جانب آخر بأنه «الاتفاق الذي بمقتضاه يتخلى المتعاقد الأصلي عن كل أو جزء من العقد المبرم مع الإدارة لصالح شخص آخر، على أن يبقى مسؤولاً بصفة شخصية أمام الإدارة عن تنفيذ العقد الأصلي»⁽⁶⁶⁾.

كما يعرف أيضاً بأنه «العقد الذي يبرمه المتعاقد - المشترك - مع شخص أجنبي عن العقد الأصلي، يقال له المتعاقد من الباطن وذلك بهدف تنفيذ العقد الأصلي، أو الحصول على منفعة ناشئة عن العقد الأصلي»⁽⁶⁷⁾.

ويعرف أيضاً بأنه «تصرف قانوني بموجبه يعهد المتعاقد مع الإدارة إلى شخص آخر (المتعاقد من الباطن) بتنفيذ جزء من محل العقد الأصلي، على أن يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد برمته وضامناً للمتعاقد من الباطن»⁽⁶⁸⁾.

والجدير بالبيان أن التعريفات التي صاغها فقهاء القانون تتفق فيما بينها على أن التعاقد من الباطن هو تصرف قانوني يعهد من خلال المتعاقد إلى الغير بتنفيذ العقد، إلا أن هناك اختلاف بينهم في نطاق التعاقد من الباطن، هل يقتصر فقط على التزامات العقد، ولا يجوز أن يشمل كل نطاق العقد.

بالنظر مجرداً إلى التعاقد من الباطن كفكرة قانونية -دون الضوابط التي تضعها جهة الإدارة- نجد أن التعاقد من الباطن يمكن أن يكون كلياً، ويمكن أن يكون جزئياً، ولعل إيراد القول بأن التعاقد من الباطن لا يرد على كامل الالتزامات العقدية، وإنما يكون محلة بعضها هو الخلط بين النظام القانوني للتنازل عن العقد، والتعاقد من الباطن، لتنفيذ كامل التزامات العقد.

⁽⁶⁶⁾ د/ فؤاد العطار، مشار إليه في كتاب د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي ومجال العقود الإدارية المرجع السابق. ص88.

⁽⁶⁷⁾ د/ حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، 2002م، ص17 وما بعدها.

⁽⁶⁸⁾ د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص89 وما بعدها.

إن التنازل عن العقد وإن كان يشترك مع التعاقد من الباطن، في أن كلاهما يعد من صور الإخلال بالاعتبار الشخصي، إلا أن التعاقد من الباطن ليس بالخطورة ذاتها في التنازل، إذ إن التنازل يؤدي إلى حلول المتنازل إليه حلولاً كاملاً في كافة الحقوق والالتزامات محل المتعاقد المتنازل، بينما في التعاقد من الباطن يظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً أمام الإدارة عن تنفيذ العقد، ومستحقاً للحقوق الناشئة عنه⁽⁶⁹⁾.

وعلى ذلك، فإن التعريف المناسب للتعاقد من الباطن أنه: تصرف قانوني بموجبه يسند المتعاقد الأصلي تنفيذ كل أو جزء من التزامات عقده مع الإدارة إلى شخص آخر، على أن يبقى مسؤولاً بصفة شخصية أمام الإدارة عن تنفيذ العقد.

والتعاقد من الباطن بالمعنى السابق تحديده يجب ألا يختلط بالاتفاقات التي يبرمها المتعاقد مع الغير بقصد تسهيل تنفيذ العقد الأصلي، فمثل هذه الاتفاقيات لا تؤدي إلى إشراك الغير مباشرة في تنفيذ جزء محدد من المشروع أو التنفيذ المباشر لأحد بنود العقد أو التزاماته، مثال ذلك الاتفاقات التي يبرمها المتعاقد في العقد الإداري مع الغير من الموردين والمتعهدين والبنوك والمؤسسات الفنية المتخصصة لتأمين احتياجاته اللازمة لتنفيذ العقد من مواد أولية أو سلع أو خدمات أو موارد مالية أو معونة فنية، هذه الاتفاقيات لا يجب أن تختلط بالتعاقد من الباطن؛ لأن دور الغير فيها يقتصر على تزويد المتعاقد مع الإدارة بالعناصر المادية والمالية والفنية اللازمة لتنفيذ العقد دون أن يقوم بتنفيذ جزء محدد أو أحد الالتزامات الواردة عيناً بالعقد⁽⁷⁰⁾.

(69) د/ علي خطار شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية، 2016م، ص146 وما بعدها، وأيضاً/ حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، المرجع السابق، ص43 وما بعدها.

(70) د/ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ص216، وأيضاً د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص141. وأيضاً د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص104، وما بعدها. وأيضاً د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص82.

وهذه الاتفاقات مسموح بها في إطار مبدأ حرية التعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته ؛ إلا إذا نص العقد صراحة على ضرورة حصول التعاقد مع الإدارة على احتياجاته من شركات معينة، أو حظرت القوانين واللوائح التعامل مع مؤسسات معينة⁽⁷¹⁾.

ولا شك أن العرف يلعب دوراً مهماً في التمييز بين التعاقد من الباطن غير المسموح به كأصل واتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الجائزة كمبدأ عام⁽⁷²⁾، ويستند ذلك الرأي إلى مبدأ أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 14 مايو سنة 1966م (س16 ص658) والحكم الصادر في 16 يناير سنة 1971م (س16 ص151)، حيث كان أحد متعهدي الألبان يستعين ببعض المندوبين في المحافظات الأخرى، فقررت المحكمة: «.. لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده، من غير الاستعانة بمجهودات غيره في أعمال التنفيذ، وإلا وضع أمام استحالة مطلقة، وأنه بالبناء على ما تقدم، وإذا جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود المقررة والجائزة في العقود الإدارية...».

الفرع الثاني

الضوابط القانونية للتعاقد من الباطن

إن الأساس في تنفيذ التعاقد مع الإدارة لالتزاماته أن يقوم بتنفيذها شخصياً، نظراً لما يمثله اعتباره الشخصي في العقد من أساس للتعاقد، وهو ما يجعل عدم جواز التعاقد من الباطن لتنفيذ تلك الأعمال من أبرز النتائج المترتبة عليه، إلا أنه بالنظر لاعتبارات التقدم الفني والتقني، وما يستتبعه من تخصصات وتقسيم للعمل، مما يؤدي

(71) د/ عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص141، ويلاحظ أن المادة 14 من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات قد حظرت تعامل التعاقد مع الجهة الحكومية فيما يخص الأعمال التعاقد عليها مع بعض الفئات، وعلى ذلك لا يجوز التعامل معهم فيما يتعلق بتزويد المتعاقد بالعناصر المادية والمالية والفنية اللازمة لتنفيذ العقد.

(72) د/ سلمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص422، وأيضاً د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص142.

إلى ضرورة مشاركة أكثر من فرد في تنفيذ العقد، مما قد يضطر جهة الإدارة إلى إبرام العديد من العقود لتنفيذ مشروع واحد بحسب التخصصات التي يقتضيها تنفيذه، وهو ما يؤدي إلى تعدد المسؤولية الناشئة عن تنفيذ العقد، وهو ما لا ترغب فيه جهة الإدارة انطلاقاً من قاعدة وحدة الضمان، والتي يكون بمقتضاها المتعاقد الأصلي وحده المسؤول شخصياً عن تنفيذ العقد برمته في مواجهة الإدارة⁽⁷³⁾.

لذلك فإن النظام، وإن كان يحظر على المتعاقد مع الإدارة التعاقد من الباطن، إلا أنه يجيز ذلك بموافقة جهة الإدارة وفقاً لما تضمنته اللائحة التنفيذية⁽⁷⁴⁾.

ويمكن تقسيم شروط التعاقد من الباطن إلى شروط موضوعية، وأخرى إجرائية، كالتالي:

أولاً: الشروط الموضوعية:

1- أن يتوافر لدى المتعاقد من الباطن الشروط والصفات محل الاعتبار الشخصي في المتعاقد الأصلي، وهي كالتالي:

أ- أن يكون مستوفياً لشروط التعامل مع الجهات الحكومية الواردة في المادة 114 من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات.

ب- أن يكون مرخصاً في الأعمال المتعاقد على تنفيذها من الباطن، ومصنفاً في المجال والدرجة المطلوبة، إذا كانت الأعمال مما يشترط لها التصنيف.

ج- أن يكون لديه المؤهلات والقدرات الكافية لتنفيذ الأعمال محل التعاقد من الباطن.

2- ألا تزيد نسبة الأعمال والمشتريات المسندة إلى المتعاقد من الباطن عن (30%) من قيمة العقد، ومع ذلك يجوز أن يتم التعاقد من الباطن لتنفيذ أعمال ومشتريات

⁽⁷³⁾ د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 87.
⁽⁷⁴⁾ المادة (118) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

تزيد عن (30%) ونقل عن (50%) من قيمة العقد، على أن يتم إسنادها إلى أكثر من متعاقد.

3- عدم جواز قيام المتعاقد من الباطن بالتعاقد مع أي متعاقد آخر من الباطن لتنفيذ الأعمال المتعاقد معه على تنفيذها.

ثانياً: الشروط الإجرائية:

1- الاختصاص بالموافقة على التعاقد من الباطن:

أ- أن تصدر موافقة مكتوبة من صاحب الصلاحية بالجهة الحكومية، متضمنة السماح للمتعاقد مع الجهة الحكومية بالتعاقد من الباطن فيما لا يزيد عن (30%) من قيمة العقد.

ب- فيما يزيد عن (30%) ولا يصل إلى (50%) يجب أن تصدر موافقة مكتوبة من صاحب الصلاحية بالجهة الإدارية، ومركز تحقيق كفاءة الإنفاق.

2- أن تشمل العقود المبرمة مع متعاقدين الباطن على الكميات والأعمال الموكلة لهم، وأسعار التعاقد معهم، وفقاً لمتطلبات وشروط ومواصفات المشروع.

3- أن يقدم المتعاقد الرئيسي إقراراً منه يسمح للجهة الحكومية أن تتولى صرف مستحقات متعاقدي الباطن عن الأجزاء التي قاموا بتنفيذها من المشروع من مستحقاته لدى الجهة، وذلك في حال تأخره أو عدم قيامه بذلك.

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن

لبيان الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن ينبغي التمييز بين حالة التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة، وحالة التعاقد من الباطن بغير موافقتها، إذ أن لكل حالة من تلك الحالات آثاراً تختلف عن الأخرى، وهي على التفصيل الآتي:

المسألة الأولى

الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة

تختلف وتتباين الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن - بموافقة جهة الإدارة - بحسب من تنصرف إليه تلك الآثار، وعلى ذلك أبين تلك الآثار فيما يتعلق بكل طرف من أطراف التعاقد من الباطن وجهة الإدارة، وكذلك آثار التعاقد من الباطن بالنسبة للمتعاقدين على التفصيل الآتي:

أولاً: آثار التعاقد من الباطن فيما بين الإدارة والمتعاقد الأصلي:

تظل علاقة المتعاقد الأصلي بالإدارة قائمة فيما بينهما، ولا يؤدي التعاقد من الباطن إنهاء تلك العلاقة، أو حلول التعاقد من الباطن محل التعاقد الأصلي.

وتظل الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد الأصلي قائمة استناداً إلى مبدأ المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي في حالة التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة، وذلك في تنفيذ العقد برمته بما في ذلك الجزء الذي تم التعاقد في شأنه من الباطن⁽⁷⁵⁾.

ويدخل في المسؤولية الشخصية الكاملة للمتعاقد الأصلي استناداً إلى ما سبق، كافة الالتزامات المنصوص عليها في العقد الأصلي أو القوانين التي تنظم علاقات العمل وتسري على العمال والمستخدمين في المشروع، وتمتد مسؤولية المتعاقد الأصلي إلى حالات الخطأ في التنفيذ، أو عدم القيام به، أو التأخير فيه والذي يكون مصدره المتعاقد من الباطن⁽⁷⁶⁾.

ففي هذه الحالات تفرض غرامات التأخير أو الجزاءات العقدية الأخرى على المتعاقد الأصلي وليس المتعاقد من الباطن؛ لانقضاء أي رابطة عقدية بين جهة الإدارة

(75) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 90.
(76) د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها.

والمتعاقدين من الباطن، كما أن المتعاقد الأصلي يكون له وحده الحق في المطالبة بالحقوق المالية المتولدة عن العقد الأصلي، وذلك بالنسبة لجميع الأعمال، بما في ذلك الأعمال التي تم تنفيذها عن طريق المتعاقد من الباطن⁽⁷⁷⁾.

وقد تضمن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية النص على « للجهة الحكومية تقديم الدفعات مباشرة إلى المقاول أو المتعهد أو المورد من الباطن، وتحدد اللائحة شروط وضوابط ذلك يكون المتعاقد معه - في جميع الأحوال - مسؤولاً بالتضامن مع المقاول أو المتعهد أو المورد من الباطن عن تنفيذ العقد وفقاً لشروطه»⁽⁷⁸⁾.

كما نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على: «يشترط في التعاقد من الباطن ما يلي. أن يقدم المتعاقد الرئيس إقراراً منه يسمح للجهة الحكومية أن تتولى صرف مستحقات متعاقدي الباطن عن الأجزاء التي قاموا بتنفيذها من المشروع في مستحقاته لدى الجهة، وذلك في حال تأخره أو عدم قيامه بذلك»⁽⁷⁹⁾.

وتلك النصوص النظامية واللائحية تؤكد على المسؤولية الشخصية للمتعاقدين الأصليين - وإن كانت بالتضامن مع المتعاقد من الباطن في حدود الأعمال المشمولة بذلك التعاقد - كما تؤكد على أنه هو صاحب الصفة المباشرة والرئيسية في المطالبة بمستحقاته.

وهناك تساؤل عن إمكانية اختصاص الإدارة من قبل المتعاقد الأصلي، وذلك في حال مقاضاته من جانب المتعاقد من الباطن، ويقرر الفقه القانوني في هذا الخصوص أن استمرار المسؤولية الشخصية للمتعاقدين الأصليين في مواجهة الإدارة لا يحول ولا يمنع من اختصاص جهة الإدارة في حال رفع دعوى عليه من المتعاقد من الباطن الذي يطالب بالتعويض عن أضراره أصابته نتيجة صعوبات مادية غير متوقعة في التنفيذ، أو نتيجة

(77) د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 427.

(78) المادة (71) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(79) المادة (118) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

أخطاء يمكن نسبتها إلى جهة الإدارة المتعاقدة، وأن تتكرر الإدارة من أي علاقة مباشرة بينها وبين المتعاقد من الباطن لا يقصد منه سوى استبعاد الدعوى المباشرة منه، أما المتعاقد الأصلي فيمكنه إدخال جهة الإدارة طرفاً في الدعوى⁽⁸⁰⁾.

ثانياً: آثار التعاقد من الباطن فيما بين الإدارة والمتعاقد من الباطن:

من مقتضيات فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري انتفاء أية علاقة تعاقدية مباشرة بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن، إلا أن إجازة جهة الإدارة للتعاقد من الباطن من شأنه أن يرتب آثاراً إيجابية لصالح المتعاقد مع الإدارة، واكتسابه بعض الحقوق تجاهها، كما يترتب عليه التزامات للمتعاقد من الباطن في مواجهة الإدارة، ومن ذلك الآتي:

1- أن لجهة الإدارة الرجوع على المتعاقد من الباطن وحده، أو المتعاقد الأصلي، أو كلاهما، إذا ما رأت ذلك باعتبار أنهما مسؤولان سويّاً بالتضامن عن تنفيذ العقد، وذلك في حدود الالتزامات محل التعاقد من الباطن⁽⁸¹⁾.

وليس من شأن التضامن القائم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن في تنفيذ تلك الالتزامات أن يجعلهما - وبشأن تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها من الباطن - ملتزمين مباشرين أمام الإدارة، وإنما التضامن هو استثناء من أحكام الالتزام الشخصي بالتنفيذ للمتعاقد الأصلي ناتج عن إجازة جهة الإدارة له التعاقد من الباطن لتنفيذ عقده معها، أو جزء من التزاماته.

(80) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص93، وأيضاً د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص129 وما بعدها.

(81) الفقرة (3) من المادة (71) من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية.

2- يجوز لجهة الإدارة دفع مستحقات المتعاقد من الباطن مباشرة حسماً من مستحقات المتعاقد الأصلي لديها، بما يقابل الأجزاء التي قام متعاقد الباطن بتنفيذها، وذلك في حال امتناع المتعاقد الأصلي أو تأخره عن السداد⁽⁸²⁾.

ومن ثم فإن جهة الإدارة تتصرف كضامن للمتعاقد الأصلي في حدود مستحقاته لديها، وعلى ذلك فإن سلطة جهة الإدارة في السداد المباشر للمتعاقد من الباطن مقابل أعماله تقتضي تحقق الشروط الآتية:

أ- أن تكون مستحقات المتعاقد من الباطن ثابتة واجبة السداد على المتعاقد الأصلي، وعلى ذلك فإن قيام نزاع بين المتعاقد من الباطن والمتعاقد الأصلي بشأن استحقاقها يتمتع به على الإدارة استخدام سلطتها في السداد المباشر للمتعاقد من الباطن.

ب- أن يكون للمتعاقد الأصلي مستحقات مالية لدى الجهة الحكومية كافية لسداد مستحقات متعاقد الباطن، أو جزء منها.

ج- أن يتم إعدار المتعاقد الأصلي من قبل المتعاقد من الباطن، ومطالبتة بسداد المستحقات الناشئة عن عقد الباطن، إذ أن الأساس في الإخلال بالالتزامات العقدية وإثباته إعدار المدين.

ولا يفترض على الإدارة في هذه الحالة إعدار المتعاقد الأصلي؛ لأنها ليست هي الدائن المباشر له بسداد مقابل عقد الباطن.

د- تأخر المتعاقد الأصلي عن سداد مستحقات المتعاقد من الباطن، أو امتناعه نهائياً عن السداد بعد إعداره.

ثالثاً: آثار التعاقد من الباطن فيما بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن:

⁽⁸²⁾ الفقرة (2) من المادة (71) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وكذلك الفقرة (ز) من المادة (118) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

إن العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن علاقة عقدية مباشرة من قيم روابط القانون الخاص - سواء كان ذلك بموافقة الإدارة أو بغير موافقتها - وينعقد الاختصاص بشأن المنازعات الناجمة عنها للقضاء العادي، كما تطبق في شأن موضوعها قواعد وأحكام القانون الخاص⁽⁸³⁾.

إلا أن العقد المبرم ما بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن بخصوص تنفيذ العقد، أو جزء من التزاماته مع الإدارة عادةً ما يحيل إلى دفتر الشروط العامة والشروط الخاصة التي يخضع لها المتعاقد الأصلي في علاقته بجهة الإدارة.

وإن تلك الشروط تتعلق بشروط التنفيذ الفنية، واستلام الأعمال، ومواعيد التنفيذ وتسليم الأعمال، والجزاءات المترتبة على التأخير أو التقصير في تنفيذ الأعمال، وبلا شك فإن الإخلال بأي من تلك الشروط يترتب على المتعاقد مع الإدارة بشكل مباشر جزاءات وآثار في حقه، فما مدى تأثير تلك الشروط الواردة في عقد المتعاقد الأصلي مع الإدارة على عقده مع المتعاقد معه من الباطن.

هناك اتجاه من فقهاء القانون يرى أنه يجب التفرقة في ذلك بين حالتين:

الأولى: إذا كان المتعاقد الأصلي شخصاً من أشخاص القانون العام، وفي هذه الحالة يجوز له أن يضمن اتفاق العقد من الباطن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

(83) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص100 وما بعدها. وأيضاً د/ عبد المجيد عبد العليم مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص135.

الثانية: وهي أن يكون المتعاقد شخص من أشخاص القانون الخاص، فإن المتعاقد لا يملك صلاحية مطلقة في إدراج الشروط الاستثنائية التي تملك الإدارة إدراجها في العقد الأصلي، وهي الشروط التي لها طابع السلطة العامة⁽⁸⁴⁾.

إلا أنه في تقديري أن تلك التفرقة غير مبررة وغير قائمة على أساس قانوني، كما أن التعاقد مع الجهات الحكومية يتم عادةً بالأسلوب المباشر، وهو ما يمنعها من التعاقد من الباطن.

بينما يرى جانب آخر من فقهاء القانون أنه لا غضاضة بالنسبة للمتعاقد الأصلي الذي يخشى لأسباب معقولة تتعلق بالصالح العام احتمال تقاعس مدينه (المتعاقد من الباطن) عن الوفاء بالتزاماته في الموعد المحدد، أن يضمن الاتفاق المبرم بينهما لشروط غير مألوفة في القانون الخاص؛ لضمان تنفيذ ذلك الاتفاق على الوجه الأكمل، وستكون تلك الشروط منتجة لآثارها بطبيعة الحال طالما أنها صادفت قبلاً من المتعاقد من الباطن لحظة إبرام الاتفاق⁽⁸⁵⁾.

وفي تقديري وجاهة الرأي الأخير، إذ أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يمنع المتعاقد في القانون الخاص من إيراد شروطاً غير مألوفة تعد شروطاً جزائية، إذ أن الشرط الجزائي في القانون الخاص أثره قاصر على نقل عبء الإثبات، فإذا ما أثبت المتعاقد من الباطن أن المتعاقد الأصلي لم يضار من تقصيره أو تأخيره في مواجهة الإدارة، فإنه يمكن له أن ينفي بذلك عن نفسه المسؤولية.

مع التأكيد على أهمية النص الصريح في العقد أو الاتفاق المبرم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، على الإحالة على الإحالة إلى دفتر الشروط العامة و

(84) د/ عبد المجيد عبد العليم مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص138.

(85) د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص108، وأيضاً د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص149.

الشروط الخاصة والعقد الأصلي المنظم لعلاقته بالإدارة المتعاقدة، واعتبار ذلك من الشروط الأساسية المكتملة للتعاقد معه.

المسألة الثانية

الآثار المرتبة على التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة

إن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن للمتعاقد الأصلي لتنفيذ العقد، أو جزء منه، يخضع لاعتبارات السلطة التقديرية لدى الإدارة، بشرط عدم إساءة استخدام السلطة، أو الانحراف بها عن المصلحة العامة، وعلى ذلك فإن التعاقد من الباطن بغير موافقة جهة الإدارة يتصور حدوثه في أمرين، الأول: إذا تم التعاقد بعد رفض الإدارة الموافقة على التعاقد من الباطن، وفي حال التعاقد من الباطن مباشرة دون اللجوء إلى جهة الإدارة لأخذ موافقتها.

فإذا ما تم التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة، فإن ذلك التعاقد ليس له أي حجية أمام الإدارة، ويظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً مسؤولاً شخصية وكاملة في مواجهة الإدارة عن تنفيذ العقد، وعن أخطاء المتعاقد من الباطن، وبشكل منفرد⁽⁸⁶⁾.

كما أن قيام المتعاقد الأصلي بالتعاقد من الباطن دون موافقة مكتوبة من جهة الإدارة يجيز لها إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، حيث ينص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على: «...2- يجوز للجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات الآتية: ...ج- إذا تعاقد المتعاقد معه لتنفيذ العقد من الباطن دون موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية»⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص150.
⁽⁸⁷⁾ المادة (76) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

وعلى ذلك فإن جهة الإدارة تملك سلطة تقديرية في إنهاء العقد، متى تبين لها أن ذلك التعاقد من شأنه أن يضر بالمشروع، أو يضر بالانتفاع به على الوجه الأمثل.

وبالمقارنة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن من حيث الجزاء، يتبين أن التنازل عن العقد موجباً لإنهائه، بينما التعاقد من الباطن يجيز لجهة الإدارة إنهاء العقد، وذلك باعتبار أن التعاقد من الباطن أقل مساساً بالاعتبار الشخصي، حيث تظل المسؤولية الشخصية للمتعاقد قائمة في مواجهة الإدارة، بخلاف التنازل عن العقد الذي يؤدي إلى حلول المتنازل له محل المتنازل في كامل حقوقه والتزاماته.

المبحث الثالث

زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة

وأثره في إنهاء العقد

إذا كان الاعتبار الشخصي للمتعاقد هو الأساس في ترتيب النتائج المتعلقة بالتزامه بالتنفيذ الشخصي للعقد، وعدم جواز التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن لتنفيذه أو لتنفيذ جزءاً منه، فإن زوال الاعتبار الشخصي من شأنه أن يؤدي إلى انقضاء الرابطة العقدية بقوة القانون، أو يوجب على جهة الإدارة إصدار قرار بإنهاء العقد، وامتناع استمراره من تاريخ زوال شخصية المتعاقد أو الصفة محل الاعتبار.

وقد سبق أن بينا مقومات الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية الواردة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، وقد بينا أن هذه المقومات التي يقوم عليها الاعتبار الشخصي في العقد الإداري ليست على سبيل الحصر، وإنما تمثل الحد الأدنى منها، وللجهة الحكومية أن تشترط في من يرغب في التعاقد معها لتنفيذ أعمالها أو مشترياتها ما تراه مناسب من شروط تتناسب مع طبيعة وحجم الأعمال، وأن تجري التأهيل المسبق لمن يرغب في التعاقد معها، وفق المعايير التي تراها مناسبة لقياس تلك الاشتراطات.

وفي هذا المبحث أبين أثر زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة في إنهاء العقد، من خلال القرائن القانونية الواردة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي والمثبتة لزوالها مع بيان سلطة الإدارة في إنهاء العقد حال تحقق أي منها ؛ من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

تأثر سمعة المتعاقد لاستخدامه أساليب غير مشروعة

تجاه موظفي الجهات الحكومية

إن حسن السمعة من أهم الصفات الشخصية التي تراعيها جهة الإدارة حين اختيار المتعاقد معها، فإذا تبين عدم توافر تلك الصفة، أو حدوث ما من شأنه الإخلال بها، فإن ذلك حتماً يؤدي إلى إهدار الاعتبار الشخصي الذي بُني عليه العقد، ويتعين إنهاءه، وقد أورد نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي عدداً من الأعمال والتصرفات غير المشروعة التي إن ثبت ارتكاب المتعاقد لها، تستوجب إنهاء العقد، وهذه الأفعال هي⁽⁸⁸⁾:

1- الشروع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام النظام.

وعلى ذلك، فإن ارتكاب المتعاقد لهذا الفعل تجاه موظفي الجهة المتعاقد معها، أو غيرها من الجهات المشمولة بتطبيق نظام المنافسات والمشتريات، يستوجب إنهاء العقد، وبالتالي سوف يكون إثر ذلك في التطبيق جسيماً على المتعاقد في حال ما إذا كان لديه تعاقدات في العديد من الجهات الحكومية⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁸⁾ الفقرة (أ/ 1) من المادة (76) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

⁽⁸⁹⁾ حيث تنص المادة العاشرة من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن النظام يطبق على جميع الجهات الحكومية، والجهات الحكومية في حكم النظام، ووفقاً لما ورد في المادة الأولى من أنه يقصد منها: الوزارات، والأجهزة الحكومية، والهيئات، والمصالح، والمؤسسات العامة، والأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة المستقلة.

2- إذا حصل على العقد عن طريق الرشوة أو الغش أو التحايل أو التزوير أو التلاعب:

والعبرة هنا بثبوت الحصول على العقد باستخدام أي من تلك الأساليب، والتي تدل على سوء مسلك المتعاقد من جانب، ومن جانب آخر تعيب إرادة الجهة المتعاقدة، والتي يفترض فيها التزام نصوص القانون حين إبرام عقودها.

وقد ورد النص على اعتبار الغش والتحايل والتلاعب المؤدي للحصول على العقود موجباً لإنهائه، إلا أن النظام خلا من بيان المقصود بهما، تاركاً لجهة الإدارة سلطة تقديرية في تحديد مدلول تلك العبارات وما تشتمله في أعمال؛ وذلك تحت رقابة السلطة القضائية، إلا أنه يبين أن المقصود بتلك العبارات إعطاء مفهوم واسع لمعنى الغش والتحايل المتعارف عليهم في القانون الخاص⁽⁹⁰⁾.

ويرى جانب من فقهاء القانون أن مفهوم الغش في مجال العقود الإدارية يختلف في مفهومه المعروف في القانون الجنائي "بالنصب"، وأن الغش في مجال تلك العقود له معنى أوسع من معناه في القانون الجنائي⁽⁹¹⁾.

إلا أن ذلك الرأي مستنداً إلى حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، حيث تقرر فيه: «ويتعين الفصل والتفرقة بين مفهوم الغش في مجال العقود الإدارية، وبين مفهومه في نطاق القانون الجنائي؛ لأن الغش في نطاق التعاقد له معنى أوسع من معناه في المجال الجنائي، وذلك لعلّة واضحة هي اختلاف الغاية المستهدفة من الجزاء على

⁽⁹⁰⁾ التدليس: هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، والتدليس بهذا التحديد (التحايل) يختلف عن الغش؛ لأن التدليس يكون في أثناء تكوين العقد، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد، أو يقع خارجاً عن العقد، وعناصر التدليس هي:

1- أن تكون الحيل التي لجأ إليها المتعاقد أو نائبه من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم العقد.
2- السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملاحظة، يراجع في ذلك د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 318 وما بعدها.
⁽⁹¹⁾ د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، المرجع السابق، ص 153.

ارتكاب الغش، فهو يستهدف بالنسبة إلى المتعاقد ضمان تنفيذ العقد على الوجه الأكمل، وحرمان من لجأ إلى وسائله من التعامل مع جهة الإدارة، بينما يهدف المشرع الجنائي إلى محاربة ظاهرة اجتماعية رأى تأثيها لمساسها بمصلحة المجتمع، وعلى ذلك يجوز اعتبار المتعهد غاشاً، ولو لم يصدر ضده حكم جنائي بإدانته، أو حتى صدر حكم ببراءته⁽⁹²⁾.

أما في معنى التلاعب، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه ما يجاوز الإهمال ولا يرقى إلى مرتبة الغش، ويفترض إتيان المتعاقد أعمالاً تتم عن عدم التزامه الجاد في تنفيذ التزامه، ومحاولته إيجاد الثغرات لتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التي يستهدفها العقد الإداري⁽⁹³⁾.

3- ارتكاب جريمة الرشوة أو التزوير، أو القيام بأعمال الغش أو التحايل أو التلاعب أثناء تنفيذ العقد:

إن الغاية التي ارتبطت الإدارة مع المتعاقد لأجلها هي ضمان تنفيذ العقد الإداري، بما يحقق المصلحة العامة، والغاية من إبرام العقد الإداري، وبالتالي فإن ارتكاب المتعاقد مع الإدارة لأي من أعمال الرشوة أو التزوير أو الغش أو التحايل أو التلاعب، والأثر المترتب عليه من وجوب إنهاء العقد، لا يقتصر مجاله على إجراءات الحصول على العقد، وإنما يشمل تنفيذه أيضاً، باعتبار أن تلك الأفعال أن حدثت من المتعاقد يترتب عليها زوال حسن السمعة محل الاعتبار الشخصي للتعاقد معه.

(92) حكم محكمة القضاء الإداري في 14 إبريل 1971م، مجموعة المكتب الفني، ص25، ص346، مشار إليه في كتاب د/ عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص153. وأيضاً د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص176.

(93) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 17 يونيو عام 1967م منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً، من أول أكتوبر عام 1955 إلى آخر سبتمبر عام 1970، المكتب الفني ص257، مجموعة أحكام العقود الإدارية.

المطلب الثاني

عوارض الكفاءة المالية وأثرها في إنهاء العقد

إن الكفاءة المالية للمتعاقد مع الإدارة تعد من مقومات الاعتبار الشخصي التي يرتكن إليها عند التعاقد، إذ لا يجوز التعاقد مع المفلس أو المعسر أو من صدر أمراً بوضعهم تحت الحراسة القضائية⁽⁹⁴⁾.

وبطبيعة الحال يلزم استمرار شرط الكفاءة المالية محل الاعتبار عند التعاقد إلى الانتهاء من تنفيذ العقد؛ لذلك أوجب نظام المنافسات والمشتريات الحكومية إنهاء العقد في الحالات الآتية:

- إذا أفلس المتعاقد معه، أو طلب إشهار إفلاسه، أو ثبت إعساره، أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة، أو كان شركة وجرى حلها وتصفيته⁽⁹⁵⁾.

وعلى ذلك فإن طلب إشهار إفلاس المتعاقد مع الإدارة يسوغ لها إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، إلا أنه يلزم لاعتباره في حكم المفلس أن يقتتح له إجراء أو أكثر من إجراءات التصفية وفقاً لأحكام نظام الإفلاس⁽⁹⁶⁾.

كذلك يستوجب على الإدارة إنهاء العقد في حال كون المتعاقد شركة جرى حلها أو تصفيته، ويقصد بحلها وتصفيته زوال شخصيتها الاعتبارية، إلا أن زوال الشخصية الاعتبارية للشركة يمكن أن يكون ناتج عن تصرف آخر، مثل الاندماج، أو البيع لشركة أخرى، أو تغيير مسماها، فهل يعد ذلك خروجاً عن مبدأ شخصية التزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية؟

إن الإجابة على ذلك التساؤل تفرض واجباً أساسياً على جهة الإدارة، وهو تحديد صفة المتعاقد معها بدقة وكذلك تحديد المقومات محل الاعتبار عند التعاقد، ويتعين

⁽⁹⁴⁾ المادة (14) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

⁽⁹⁵⁾ المادة (76) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

⁽⁹⁶⁾ الفقرة (ثانياً) من المادة (14) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات.

على جهة الإدارة حتى يتسنى لها الاعتراف بالتغيير أن تتأكد من أن الاسم الأصلي الذي تم التعاقد على أساسه، والاسم الجديد الذي أتى به التغيير المشار إليه، هما اسمان لشخص اعتباري واحد، هو ذات الشركة المتعاقد معها، وأنه لم يترتب أو ينشأ نتيجة لذلك التغيير أدنى مساس بصفة جوهرية في الشركة قبل تغيير اسمها مما كان محل اعتبار عند التعاقد، وبالتالي لا يؤثر ذلك التغيير في كفاءة تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد قبل الشركة، وترتيباً على ذلك إذا كان التغيير المذكور لم يمتد سوى للاسم التجاري للشركة دون المساس بكيانها القانوني؛ فإن الشركة باسمها الجديد تنتقل إليها كافة الالتزامات والحقوق التي كانت على الشركة، بحسبان أنها أصبحت امتداداً قانونياً لهذه الشركة⁽⁹⁷⁾.

وفي تقديري أن هذا القول يلزمه التفصيل، ولا يؤخذ على إطلاقه، إذ يجب التمييز في هذا الصدد بين شركات الأشخاص، وشركات الأموال، حيث يكون الأساس في تكوين شركات الأشخاص قائماً على الاعتبار الشخصي للشركاء، وبالتالي فإن تعاقد جهة الإدارة مع تلك الشركة يكون قائم على اعتبارات شخصية تتعلق بالشركاء فيها، ومن ثم فإن اندماج الشركة أو بيعها للغير يعد خروجاً عن مبدأ شخصية التزامات المتعاقد ونقلها للغير، ويتضمن تنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة، أما تغيير مسمى الشركة دون الأشخاص محل الاعتبار، فلا يكون له أثر على الاعتبار الشخصي.

أما في شركات الأموال فإن محل الاعتبار الشخصي هو الشخصية المعنوية لتلك الشركة، وعلى ذلك فإن بيع الشركة للغير أو تغيير مسماتها لا يؤثر في الاعتبار الشخصي لتلك الشركة ولا يعد إخلالاً بمبدأ التنفيذ الشخصي للالتزامات المتعاقد.

(97) د/ محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الناشر دار الفكر الجامعي، 2007م، ص278 وما بعدها. وأيضاً فتوى إدارة الفتوى لوزارة الأشغال العامة المصرية في 1989/12/4م، وفتوى إدارة الفتوى لوزارات النقل والاتصالات والطيران المدني في 2003/1/18م، مشار إليها في كتاب د/ محمد ماهر أبو العنين ص755 وما بعدها، موسوعة العقود الإدارية، 2009م، الكتاب الأول.

المطلب الثالث

وفاة المتعاقد وأثرها في إنهاء العقد

تتميز حالة وفاة المتعاقد عن الحالات السابقة في أن الأثر المترتب عليها هو جواز إنهاء العقد، وليس وجوبه كما في الحالات السابقة.

حيث ينص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على «يجوز للجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات الآتية:

- إذا توفي المتعاقد معه، وفي هذه الحالة ينهى العقد وتسوى المستحقات وتعاد الضمانات، وللجهة الحكومية الاستمرار في التعاقد مع الورثة - بعد موافقتهم - على أن يتوافر لديهم المؤهلات الفنية والضمانات لتنفيذ العقد»⁽⁹⁸⁾.

وعلى ذلك يفترض تحقق إحدى الحالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يتوافر في ورثة المتعاقد المؤهلات الفنية والضمانات اللازمة لتنفيذ العقد، في مثل هذه الحالة لا تملك جهة الإدارة الاستمرار في تنفيذ العقد، ويتوجب عليها إنهاءه، وتسوية المستحقات، وتعاد الضمانات المالية للورثة.

أما تقدير وجود الضمانات والشروط والمؤهلات الفنية اللازمة للتنفيذ لدى ورثة المتعاقد المتوفى، فإنها مسألة واقع تخضع لتقدير جهة الإدارة المتعاقدة.

الحالة الثانية: وهي حال توافرت لدى ورثة المتعاقد المتوفى الضمانات الكافية والمؤهلات الفنية لتنفيذ العقد، فإن ذلك لا يوجب على جهة الإدارة

⁽⁹⁸⁾ المادة (76) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي.

الاستمرار في العقد مع ورثة المعاهد المتوفى، إلا أنه يجوز لجهة الإدارة ذلك.

في جميع الأحوال يكون إنهاء العقد بموجب قرار من صاحب الصلاحية في الترسية بناءً على توصية من لجنة فحص العروض، أو اللجنة المختصة بالشراء المباشر، بحسب صلاحيات كل منهم⁽⁹⁹⁾، ويتم إشعار المتعاقد بذلك عن طريق البوابة الإلكترونية، أو العنوان الوطني، أو البريدي، أو البريد الإلكتروني المعتمد، أو الرسائل النصية⁽¹⁰⁰⁾.

ويكون الإخطار وفق أي من تلك الوسائل منتجاً لآثاره القانونية في التبليغ، ويتعين على المتعاقد التوقف فوراً عن تنفيذ الأعمال، إلا إذا وجه الاستشاري بخلاف ذلك؛ لحماية الأشخاص أو الممتلكات أو لضمان سلامة الأعمال المنفذة⁽¹⁰¹⁾.

على أنه يجوز للجهة الحكومية إذا رأت أن من مصلحة المشروع استمرار تنفيذ الأعمال دون انقطاع، جاز لها تعليق قرار الإنهاء، وإدارة المشروع بنفسها أو عن طريق استشاري على حساب المتعاقد⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁹⁾ المادة (131) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات.
⁽¹⁰⁰⁾ المادة (90) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات.
⁽¹⁰¹⁾ المادة (134) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات.
⁽¹⁰²⁾ الفقرة (3) من المادة (131) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات.

الخاتمة

تكمن الأهمية العلمية لهذا البحث في كونه يوضح المقصود بالاعتبار الشخصي في العقود الإدارية ومداه، كما يبين النتائج المترتبة عليه في تنفيذ العقد الإداري، وأثر زوال تلك الاعتبارات الشخصية في انتهاء العقد وفق نظام المنافسات والمشتريات بالمملكة العربية السعودية، وقد نتج عن ذلك البحث عدداً من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

1- أن الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية يكون محله شخصية المتعاقد مع الإدارة، أو صفة من صفاته، متى كانت تلك الشخصية أو الصفة عنصراً جوهرياً في التعاقد.

2- أن الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع جهة الإدارة يعد الأساس القانوني للالتزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته شخصياً.

3- أن الاعتبار الشخصي للمتعاقد يمكن أن يتفاوت بحسب أنواع العقود الإدارية وأهميتها وقيمتها، حيث تتشدد جهة الإدارة في ضمان توافر العديد من الاعتبارات الشخصية للمتعاقد معها في عقود المشاريع الكبرى أو المعقدة أو التي تتجاوز قيمتها خمسين مليون ريال، بينما يكون لجهة الإدارة سلطة تقديرية في تقدير الاعتبارات الشخصية لمن يرغب في التعاقد معها بما يزيد عن الحد الأدنى الملزم نظاماً.

4- أن الأصل في تنفيذ الالتزامات والأعمال المتعاقد عليها هو التنفيذ الشخصي للمتعاقد، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز له التنازل عن العقد، أو التعاقد من الباطن، كأصل عام؛ لما يترتب على ذلك من مساس بالاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، إلا أنه استثناء من ذلك ووفق اشتراطات وضوابط معينة يجوز لجهة الإدارة أن توافق على تنازل المتعاقد عن العقد، أو التعاقد من الباطن.

5- أن موافقة جهة الإدارة على تنازل المتعاقد معها عن العقد لا تعني إبراماً لعقد جديد، وإنما هو إجازة وموافقة على نقل التزامات المتعاقد الأصلي إلى المتنازل له.

6- أن التنازل عن العقد يمكن أن يكون كلياً، ويمكن أن يكون جزئياً، وهو يختلف عن التعاقد من الباطن، إذ يترتب عليه حلول المتعاقد المتنازل له محل المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ الالتزامات المتنازل عنها، وفي استحقاق المقابل لها، وفي المسؤولية الشخصية عنها.

7- أن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، واللائحة التنفيذية، لم تبين حدود مسؤولية المتعاقد المتنازل عن العقد، أو الالتزامات المتنازل عنها، إذ يقتضي اختياره للمتعاقد المتنازل إليه وتقديمه لجهة الإدارة لإجازة التنازل له عن العقد أن يظل مسؤولاً عن العقد كضامن للمتنازل إليه.

8- أن التنازل عن العقد، وكذلك التعاقد من الباطن في العقود الإدارية - بخلاف العقود المدنية - الأصل فيه الحظر وليس الرخصة، وبالتالي يجوز لجهة الإدارة أن ترفض التنازل أو التعاقد من الباطن، استناداً إلى سلطتها التقديرية.

9- أن تنازل المتعاقد عن العقد بغير موافقة الإدارة يترتب عليه وجوب إنهاء العقد، بينما يجوز لجهة الإدارة إنهاء العقد في حال قيام المعاهد معها بالتعاقد من الباطن، والمبرر لذلك هو أن التعاقد من الباطن أقل مساساً بالاعتبار الشخصي للمتعاقد.

10- أن اتفاقيات تسهيل الأعمال التي يبرمها المتعاقد مع الموردين والمتعهدين والبنوك والمؤسسات الفنية المتخصصة لتأمين احتياجاته اللازمة لتنفيذ العقد من مواد أولية أو سلع أو خدمات أو معونة فنية أو موارد مالية، لا تعد تعاقد من الباطن، ولا تدخل فيه؛ لكونها لا تنصب على تنفيذ التزام من الالتزامات الواردة بالعقد، وتندرج في إطار مبدأ حرية المتعاقد في الوفاء بالتزاماته، وذلك ما لم ينص النظام على

التعاقد على تلك الاحتياجات مع شركات معينة، أو يحظر التعاقد أو التعامل معها.

11- إن موافقة جهة الإدارة على التعاقد من الباطن يحقق ميزة للمتعاقد من الباطن، تتمثل في اعتبار جهة الإدارة ضامناً للمتعاقد الأصلي في سداد مستحقاته الناشئة عن العقد، وفي حدود مستحقات المتعاقد الأصلي لديها.

12- من شأن زوال أي صفة من الصفات محل الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، وجوب إنهاء العقد، وذلك باستثناء وفاة المتعاقد مع الإدارة، وهي الحالة الوحيدة التي يجوز لجهة الإدارة تقدير استمرار وإكمال العقد مع الورثة، إلا أن شرط ذلك أن يتوافر لديهم المؤهلات الفنية والضمانات اللازمة لتنفيذ العقد.

13- تتباين الآثار المتعلقة بالمساس بالاعتبار الشخصي للمتعاقد بحسب طبيعة المتعاقد، إذ أن تغيير الاسم أو المالك للشخص المعنوي أو اندماجه مع غيره، لا يرتب ذات الأثر في زوال الاعتبار الشخصي، ومن ذلك تتباين تلك الآثار متى كان المتعاقد شخص معنوي من شركات الأشخاص، في حال كون المتعاقد من شركات الأموال.

ثانياً: التوصيات:

- 1- ينبغي النص في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية واللائحة التنفيذية على حدود مسؤولية المتعاقد المتنازل عن العقد أو جزء منه، واعتباره ضامناً للمتنازل إليه في تنفيذ العقد أو الجزء المتنازل عنه ضمان كلي وشخصي، حيث يتم الرجوع عليه في حال امتناع أو عجز المتنازل إليه عن الوفاء بالتزاماته، وتمييزاً له عن المتعاقد من الباطن، حيث يكون المتعاقد مع الإدارة متضامن معه في تنفيذ التزامه، ومدين بصفة أساسية.
- 2- يشترط في طلب التنازل المقدم ابتداءً إلى الجهة الحكومية أن يرفق به مشروع وثيقة التنازل المتضمن التزامات أطراف التنازل (المتعاقد الأصلي والمتنازل إليه) تجاه المشروع، والجهة الحكومية، وحدود مسؤولية كل منهم؛ لما لتلك الالتزامات من أثر في إجازة الجهة الحكومية للمتنازل عن العقد أو عدمه.
- 3- ضرورة النص الصريح في العقد أو الاتفاق المبرم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن على الإحالة إلى الشروط العامة والخاصة، والعقد الأصلي المنظم لعلاقته بالإدارة المتعاقدة، واعتبار ذلك من الشروط الأساسية المكملة للتعاقد معه في حال عدم النص على ذلك.
- 4- يجب أن يتضمن العقد تحديد صفة المتعاقد بدقة وطبيعته والمقومات محل الاعتبار الشخصي في ذلك، حتى يمكن الحكم من خلالها على مدى تأثير تلك الاعتبارات الشخصية بالعوامل التصرفات والإجراءات التي تطرأ على شخصية المتعاقد معها، مثل تغيير الاسم، أو الاندماج، أو البيع، إذا كان المتعاقد شخص معنوي.

المراجع :

- د/ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية بدون سنة طباعة..
- د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، دار الثقافة الجامعية، 1997م.
- د/ حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، 2002م.
- د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة - دار الفكر العربي، 2011م.
- د/ سمير إسماعيل حامد، الاعتبار الشخصي في التعاقد - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية- 1975م، ص25 وما بعدها.
- د/ عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، دار الثقافة الجامعية، 1997م.
- د/ حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، 2002م،
- د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- العقود الواردة على العمل، الجزء السابع - المجلد الأول- منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2000م.
- د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الأول: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام- الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- 2000م.
- د/ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، الناشر دار النهضة العربية، 2003م.
- د/ عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري -دراسة مقارنة-، الناشر دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1975م.
- د/ علي خطر شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية، 2016م.
- د/ محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، 2004م، بدون ناشر، ص56 وما بعدها.
- د/ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الناشر دار الفكر الجامعي، 2007م.
- د/ محمد ماهر أبو العنين ، موسوعة العقود الإدارية، 2009م، الكتاب الأول.
- د/ هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979م، ص373.

الأنظمة واللوائح والقرارات:

- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (128/م) في 13/11/1440هـ.
- اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (3479) في 11/8/1441هـ.
- فتوى إدارة الفتوى لوزارة الأشغال العامة المصرية في 4/12/1989م.
- فتوى إدارة الفتوى لوزارات النقل والاتصالات والطيران المدني في 18/1/2003م.

المراجع الأجنبية :

D:lautadere les contrast admintistratifs, tom2.
De laubadeve, les contracts alminis tra life, op,cit.,
Jeze, Les contracts administratifs, Tom2, 1932, paris.
Rchapus: Droit Administratifs general, paris, 1995, Tom1,.

الأحكام القضائية:

-حكم هيئة التدقيق 678/ت/ العام 1411 هـ، الصادر في جلسة 1411/5/29 هـ، في القضية رقم 1/959/ق لعام 1407 هـ.
المحكوم فيها ابتدائيًا بالحكم رقم 1/د/ف/ 15 لعام 1410 هـ، منشورة بمجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام 1411 هـ، المجلد الأول.
-حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 27 يناير سنة 1957م، القضية رقم 198 لسنة 11 ق، منشور في مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإداري، السنة الحادية عشر.
- حكم محكمة القضاء الإداري في 14 إبريل 1971م، مجموعة المكتب الفني، س25، ص346.
-حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 17 يونيو عام 1967م منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً، من أول أكتوبر عام 1955 إلى آخر سبتمبر عام 1970، المكتب الفني ص257.

فهرس المحتويات

أولاً: تمهيد:

المبحث الأول

مفهوم الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

تمهيد:

المطلب الأول

تعريف الاعتبار الشخصي في التعاقد

المطلب الثاني

نطاق فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

المطلب الثالث

مقومات الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

المبحث الثاني

النتائج المترتبة على الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري

المطلب الأول

تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد وأثاره

الفرع الأول

تعريف التنازل عن العقد

الفرع الثاني

الضوابط النظامية لإجازة التنازل عن العقد الإداري

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على التنازل عن العقد

المسألة الأولى

الآثار المترتبة على التنازل عن العقد بموافقة الإدارة

المسألة الثانية

الآثار المترتبة على التنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة

المطلب الثاني

التعاقد من الباطن وأثاره

الفرع الأول

تعريف التعاقد من الباطن

الفرع الثاني

الضوابط القانونية للتعاقد من الباطن

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن

المسألة الأولى

الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة

المسألة الثانية

الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة

المبحث الثالث

زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وأثره في إنهاء العقد

المطلب الأول

تأثر سمعة المتعاقد لاستخدامه أساليب غير مشروعة تجاه موظفي الجهات الحكومية

المطلب الثاني

عوارض الكفاءة المالية وأثرها في إنهاء العقد

المطلب الثالث

وفاة المتعاقد وأثرها في إنهاء العقد

