الشروط غير المألوفة "الاستثنائية "في النظام السعودي والمصري وأثر إغفالها على عمومية العقد الإداري

(دراسة تطبيقية تحليلية مقارنة)

إعداد

الدكتور/ خالد إبراهيم محمد حسين

أستاذ القانون العام المشارك بقسم الحقوق بكلية الدراسات الإنسانية والإدارية–كلية عنيزة الاهلية–القصيم –المملكة العربية السعودية

بريد الكترونى : khalidibrahim19000@hotmail.com

مستخلص البحث

تباشر جهة الإدارة أعمالها بإحدى فرضيتين الاولى منها الاعمال المادية وهذه لا تسعى من خلالها إلى إحداث أو ترتيب أثار قانونية بخلاف الأعمال القانونية وهي عادة ما تجئ على صورتين الاولى منها القرارات الادارية بنوعيها الفردي والجماعي اما الصورة الثانية فهي تأخذ شكل العقد وهو خيار متاح امامها حالة عدم امكانيتها في الوصول لأهدافها عن طريق القرارات الإدارية ومن ثم فان هذا العقد اما ان يكون عقدا خاصا أو عقدا عاما حيث يتميز العقد الأخير في أن إبرامه يكون مع الاشخاص الاعتبارية أو الأشخاص الطبيعية الخاصة منها العامة وهنا يثور التساؤل حول كيفية تمييز العقود العامة عن تلك الخاصة إذ في العقود الحكومية تعمد الادارة الى استخدام وسائل السلطة العامة واساليب القانون العام بما يمكن ان يخل بالتوازن المفترض بين طرفي العقد اذ هي القاعدة العامة في مجال القانون الخاص مما يقتضي معه ضرورة موقف الفقه والقضاء السعودي والمقارن ازاء تضمين او اغفال العقد تلك الشروط غير المألوفة الاستثنائية ومدى تأثير ذلك على تمييز العقد الاداري عن غيره من العقود الخاصة اعتمد كل من المنهج المقارن والمنهج التحليلي والمنهج التاريخي والمنهج الوصفي، وذلك ببيان ماهية تلك الشروط والمقصود منها

في كل من النظام السعودي الساري والسابق الخاص بالمنافسات والمشتريات الحكومية بالاضافة الى القانون المصري الخاص بالعقود الحكومية ثم اجراء المقارنات اللازمة بينهما وصولا الى عدد من النتائج والتوصيات ادرجت في خاتمة البحث.

الكلمات المفتاحية:

الشروط غير المألوفة – الشروط الاستثناثية – العقد الإداري– تمييز العقد– اغفال الشرط الاستثنائي

Abstract

The management body proceeds with one of two hypotheses, the first of which is material works, and these do not seek to create or arrange legal effects other than legal works, and they usually come in two forms, the first of which is administrative decisions of both individual and collective types, while the second picture takes the form of a contract, which is an option available to it in case it cannot reach its objectives through administrative decisions, and therefore this contract is either a private contract or a public contract where the last contract is characterized by In that its conclusion is with legal persons or private natural persons, including the public, and here the question arises about how to distinguish public contracts from private ones, since in government contracts, the administration uses the means of public authority and methods of public law in a way that can disturb the supposed balance between the parties to the contract, as it is the general rule in the field of private law, which requires with it the necessity of the position of Saudi jurisprudence and the comparative judiciary towards The inclusion or omission of the contract of these exceptional unusual conditions and the extent to which this affects the distinction of the administrative contract from other private contracts adopted both the

comparative approach, the analytical method, the historical approach and the descriptive method, by indicating what these conditions are and what they are intended in both the Saudi system in force and the previous one for government competitions and procurement in addition to the Egyptian law on government contracts and then make the necessary comparisons between them to reach a number of conclusions and recommendations included in the conclusion of the research.

Keywords:

Uncommon Terms – Apprehensive Conditions – Administrative Contract – Distinction of Contract – Omission of Exceptional Clause

تمهيد

جاء في تعريف العقد وفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي ما يلي: "تعتبر عقود إدارية، تلك التي يبرمها شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام وتظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك إما بتضمين العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.[١]

وبناء على ذلك التعريف فإن معايير تمييز العقد الإداري ثلاثة، الاول منها أن يكون أحد أطراق العقد الإداري الدولة ومن يمثلها، وأما الثاني فموضوع العقد الإداري يتعلق بإدارة مرفق عام بتنظيم سيره بانتظام واضطراد وآخرها استعمال الإدارة لوسائل القانون العام وذلك يتلخص بتضمين العقد شروط غير مألوفة لأن السماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك في مباشرة المرفق العام في تقديري لا يخرج عن طائفة الشروط غير المألوفة في مجال القانون الخاص.

[١]- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م ص ٩٤٢.

أهمية البحث:

تأتي أهمية تمييز العقد وفقاً للشروط غير المألوفة "الاستثنائية" في تحديد العقد هل هو إداري أم مدني في بيان القانون المختص والجهة القضائية صاحبة الولاية بنظر المنازعات الناشئة عن تلك العقود وأخيراً الجهة ذات الاختصاص بالتنفيذ في القانون المقارن والنظام السعودي.

مشكلة البحث:

في بعض الأحوال قد يخلو العقد من تلك الطائفة من الشروط وحينها يثور التساؤل حول حقيقة العقد هل هو عقد إداري بمعنى أن الإدارة استخدمت وسائل القانون العام" القوة والقهر" ومن ثم لا يتطلب ذلك تضمين تلك الشروط وبالتالي لا يكون هناك توازن فعلي بين طرفي العقد، أم هو عقد مدني أو تجاري مجاله القانون الخاص. فما هو المعيار في الفقه القانوني والقضاء المقارن وما عليه الفقه والقضاء والنظام السعودي، بعبارة أخرى هل بالضرورة تضمين العقد الإداري الشروط غير المألوفة والتي هي عماد التفرقة بين نوعي العقود والمشار اليهما أم ان خلو العقد من تلك الشروط يخرجه من طائفة العقود الإدارية ومن ثم يخضع لأحكام القانون الخاص.

فرضيتا البحث:

الفرضية الأولى: أن العقد الذي تجريه جهة الإدارة في المملكة العربية السعودية يوصف بأنه عقد إداري حتى وإن خلا من تلك الشروط غير المألوفة (الاستثنائية).

الفرضية الثانية: ان العقد الذي تجريه جهة الإدارة لابد من احتوائه واشتماله لتلك الشروط غير المألوفة (الاستثنائية) حتى يصبغ بالصفة الإدارية.

منهج البحث:

للوصول لحل اشكالية البحث كان لابد من استخدام بعض المناهج العلمية في مثل تلك الحالات وعليه فإن المناهج المستخدمة تتمثل في:

١- المنهج المقارن: وذلك بدراسة الشروط غير المألوفة (الاستثنائية) في الفقه والقانون والقضاء المقارن بتحديد مفهومها وطبيعتها وأثرها في تمييز العقود التي تجريها جهة الإدارة عن سواها في مجال القانون الخاص ومقارنتها بنظيراتها في المملكة العربية السعودية.

٢- المنهج الوصفي: شرح وتوصيف العقود الإدارية من منطلق احتوائها أو خلوها الشروط غير المألوفة (الاستثنائية) في بعض الأنظمة القانونية العربية

بالإضافة إلى نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤. ونظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٢٨ بتاريخ ١٤٤٠/١١/١٣هـ، ولائحته التنفيذية، فضلاً عن بيان مفهومهما بوجه عام في الفقه القانوني.

٣- المنهج التاريخي: تتبع أصل الشروط غير المألوفة (الاستثنائية) في الانظمة القانونية المعنية بالمنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية.

٤- المنهج التحليلي: تحليل النصوص القانونية والنظامية المتعلقة بالشروط غير المألوفة (الاستثنائية) في القانون المقارن والنظام السعودي ومحاولة بيان أثرها على عمومية العقد الذي تبرمه جهة الإدارة من عدمه.

الدراسات السابقة:

١- عاطف سعدي، الشروط غير المألوفة (الاستثنائية)، في العقود الإدارية ماهيتها–قيمتها القانونية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والرأي القانوني بمملكة البحرين، بالاشتراك مع جامعة البحرين، المنامة، البحرين، العدد التاسع، يناير ٢٠١٩.

٢- لؤي كريم عيد، الأسس القانونية اللازمة لشرعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي للبحوث الإنسانية الصادرة من جامعة ديالي كلية التربية للعلوم الإنسانية، العدد ٥٣، لسنة ٢٠١٢.

٣- حلمي مجيد الحمدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد الخامس، العددان الأول والثاني، ١٩٨٦.

رغم هذه الدراسات السابقة لكننا لم نحظى بدراسة خاصة بالمملكة العربية السعودية.

خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" في الفقه والقضاء والقانون المقارن.

المبحث الثاني: صور الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" في القانون المصري.

المبحث الثالث: صور الشروط غير المألوفة "الاستثنائية "في النظام السعودي.

المبحث الرابع: أثر اغفال عدم تضمين غير المألوفة "الاستثنائية" في العقد الإداري في القانون المقارن والسعودي.

الخاتمة: النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الشروط غير المألوفة (الاستثنائية) في الفقه والقضاء والقانون المقارن

تمهيد وتقسيم :

تقتضي ضرورة البحث الوقوق على ماهية الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" بيان تعريفها واتجاهات الفقه والقضاء المقارن في ذلك وما إذا كانت هناك تمايزاً واضحاً بين الشروط غير المألوفة والشروط الاستثنائية والأسانيد القانونية في اقرارها وتضمينها العقود ثم المقارنة بينها وبين الشروط الواردة في عقود الإذعان "الانضمام" ثم بيان صورها وأخيراً أثرها على العقود الإدارية.

المطلب الأول المقصود والمعنى من الشروط غير المألوفة "الاستثنائية":

يعزو بعض الفقه القانوني إلى أن السبب وراء عدم الدقة في تحديد مكنون الشروط غير المألوفة **(الاستثنائية)** جملة عوامل تتلخص في عدم اسهاب القضاء الفرنسي في أحكامه على نحو يبين تلك الشروط بشكل محدد وإنما اقتصر دوره في ما إذا تضمن العقد الإداري على تلك الشروط من عدمها، ثم التباين القائم بين فقهاء القانون الإداري حول ما هو أساس القانون الإداري القائم على نظريتي المرفق العام

والسلطة العامة ومدى تأثير ذلك في تحديد المقصود من الشروط غير المألوفة (الاستثنائية) وأخيراً عدم استقرار أحكام القضاء الإداري على مبدأ واحد يستطاع من خلاله استنتاج تعريف موحد للشروط غير المألوفة، فالقضاء يتطلب وجود سلطة عامة طرفاً في العقد لاشتراطها كما انه يكفي وجودها –أي الشروط غير المألوفة (الاستثنائية) طالما أنها تختلف عن نظيراتها في القانون الخاص، وفي تقديري يرد على ذلك الرأى ان تلك الاحكام الصادرة من القضاء يمكن أن يستخلص من خلالها تعريف للشروط غير المألوفة (الاستثنائية) أو على الأقل بيان لخصائصها ومظاهرها وصفاتها بانها تقر من السلطة الإدارية وحدها دون غيرها طالما أنها طرفاً في العقد وأن هذا الشرط بخصائصه تلك يضفى الصفة الإدارية على العقد المبرم بين الجهة الإدارية والمتعاقد[١]. بينما ذهب ذات الاتجاه الفقهي السابق أن مسلك الفقه القانوني إزاء الشروط غير المألوفة (الاستثنائية) قد انقسم حولها الى ثلاثة اتجاهات: الأول

[١]– د. عاطف سعدي، الشروط غير المألوفة (الاستثنائية)، في العقود الإدارية ماهيتها–قيمتها القانونية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والرأي القانوني بمملكة البحرين، بالاشتراك مع جامعة البحرين، المنامة، البحرين، العدد التاسع، يناير ٢٠١٩، ص٣٥.
https://www.lloc.gov.bh/qanoniya/author/%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%83%D8%AA%D9%88%D8%B1%20%D8%B9%D8%A7%D8%B7%D9%81%20%D8%B3%D8%B9%D8%AF%D9%8A%20%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF%20%D8%B9%D9%84%D9%8A

منها يذهب إلى ان الشروط غير المألوفة (الاستثنائية) منعدمة تماماً[١] في نطاق القانون الخاص وإنما جاء اقرارها في مجال القانون العام لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة. [٢]

في تقديري أن تلك الشروط حسب رؤية هذا الاتجاه الذي أخذ بالغالب في نطاق القانون الخاص من أن العقد شريعة المتعاقدين ومن ثم فإن إدارة طرفي العقد تنبني على مبدأ سلطات الإرادة وإن كان الواقع أن هناك بعض العقود التي يمكن أن تخرج عن تلك القاعدة العامة حتى في مجال القانون الخاص وهي ما تسمى بعقود

---

[١]- وذلك مرجعه أن تلك الشروط تجعل جهة الإدارة والتي هي أحد أطراف العقد في مركز قانوني يعلو على الطرف المتعاقد معها وهذا خلاف للمبدأ السائد في نظرية العقد وهو مبدأ المساواة بين المتعاقدين في المراكز القانونية وخروجا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومدى تأثير ذلك على مبدأ سلطان الإرادة حيث لا يترك للطرف المتعاقد مع جهة الإدارة حرية الاختيار الكامل في بنود العقد وإنما يقتصر دوره على الموافقة عليها دون مناقشتها.

د. عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية، دراسة قانونية تحليلية تطبيقية وفقا لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، ط١٤٣٨،٧_٢٠١٧، ص ٢٤.

وبذات المفهوم كان من عرفها بأنها اختصاص أحد طرفي العقد بسلطات لا يتمتع بها الطرف الاخر حيث يتبين من روح العقد أن ابرامه قد تم باستخدام وسائل القانون العام من قبل الجهة الإدارية، حيث توصف هذه الشروط بأنها غير قانونية من حيث أصلها في القانون الخاص لكونها لم تتحقق بشأنها الإدارة الكافية للطرف المتعاقد مع الجهة الإدارية.

د. على شفيق، الرقابة على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية "دراسة تحليلية مقارنة "، منشورات مركز البحوث بمعهد الإدارة العامة، الرياض ،١٤٢٢هـ-٢٠٠٢، ص ٢٢٧.

[٢] – د. عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ٣٦

الإذعان " الانضمام" –نتطرق لها في حينه –أما الاتجاه الثاني من الفقه فيرى أن إصباغ الشرط بعدم الاستثنائية وعدم المألوفية بناء على ما تقرر من حقوق والتزامات للطرف المتعاقد تغاير تماما الأثار المترتبة له وعليه ما إذا كان العقد من العقود الخاصة[١]، وقد عاب عليهم البعض ذلك باعتبار أنه لم تحدد تلك الحقوق والالتزامات غير المألوفة على وجه الدقة .

[١]– نجد أن هناك جانب من الفقه قد ساير ذلك وربط تعريف الشروط غير المألوفة "الاستثنائية " بذلك ومنه:" الشروط غير المألوفة هي تلك الشروط التي تقرر لجهة الإدارة صلاحيات واسعة في العقد تمكنها من تحقيق المصلحة العامة وفي ذات الوقت تقرر للطرف المتعاقد حقوق والتزامات تختلف عن تلك التي تقرر بموجب القانون الخاص ومثاله تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة.

أد. علي خطار شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد ناشرون، ط١ ،٢٠١٤–١٤٣٥هـ، ص ١٥

ولعل ذات المعنى قد تم ارساؤه في حكم لمجلس الدولة الفرنسي في العام ١٩٥٠،فالسلطة المعنية بتحديد مدى مألوفية الشروط من عدمها فترجع إما إلى المحكمة العادية ما إذا نشب نزاع بين طرفي العقد حول طبيعته أحد البنود أو القانون العام "الإداري" أو جهة القضاء الإداري بحسب الحال مع ملاحظة أن دور القاضي في تحديد ماهية الشرط غير المألوف "الاستثنائي" سنده في ذلك الوقوف على نية طرفي العقد عند ابرامهم للعقد هل كان مقصدهم في ذلك الخضوع لأحكام القانون العام أم الخاص ،مع التأكيد أن دور القاضي هنا وتدخله لحسم النزاع من النظام العام ومن ثم طبقا لتحديد الشرط يتحدد الاختصاص إما للقضاء الإداري أم القضاء العادي .

د. محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ص ١٣.

https://pedia.svuonline.org/pluginfile.php/975/mod_resource/content/16/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF%20%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%A9.pdf

وهو في نظري أمر يدعو للغرابة لأن القانون الإداري من خصائصه أنه مرن ومتطور ومتجدد ومن ثم يرد على منتقدي هذا الاتجاه من الفقه أنه من الصعب تحديد تلك الاعتبارات التي تعيق تطور القانون الإداري وإن كان في هذه الفترة المرحلية يمكن أن يفهم بمفهوم المخالفة أن كل ما يرد عكس ما هو مألوف في القانون الخاص من حقوق والتزامات فهو مقبول في مجال القانون العام "العقود الإدارية "طالما أنه كان محققاً للمصلحة العامة.

واخيراً فإن الاتجاه الثالث يرى ان تقرير الشروط غير المألوفة بالإدارية ويتوخى من خلالها تحقيق المصلحة العامة في العقد يتطلب إدراجها في العقد الإداري[١] حيث أعيب على هذا الفريق أنه رغم معقوليته أنه تطلب ضرورة إدراج الشرط في العقد "كونه يحمل الطابع الإداري"-رغم أن هذا الشرط في بعض الاحوال قد يكون عدم مدرج وهو محل بحثنا – ومن ثم يثور التساؤل حول هذه الطبيعة الإدارية للشرط رغم عدم تدوينه في العقد أو حتى النص عليه صراحة.

وفي تقديري ان كل فريق اقتصر على خاصية محددة للشروط غير المألوفة حيث إن من شأن جمعها أن يحدد ملامح هذه الشروط غير المألوفة الاستثنائية وفي هذا تناسباً وتماشياً مع مرونة القانون الإداري وتطوره ومن ثم يمكن وصف الشروط

[١]-عاطف سعدي، مرجع سابق، ص ٣٨

غير المألوفة بأنها شروط يتوخى من خلالها تحقيق المصلحة العامة في العقد الإداري بصرف النظر عن إدراجها أو حتى عدم إدراجها في العقد إضافة لترتيبها آثار قانونية على الطرف المتعاقد لا تقرر له في ظروف العقد في الأحوال العادية في مجال القانون الخاص. فهو شرط غير مألوف كونه لم يؤلف أو يتعارف عليه حسب المتبع في القانون الخاص (أي لا يقع تحت حصر) والغرض منه ضمان سير وانتظام المرفق العام بصرف النظر عن ذاتيته إداري ام غير ذلك لأن نظرية العقد الإداري وهي الاصل في بنائها تعتمد اساساً على نظرية العقد في القانون المدني[١] كمصدر من مصادر الالتزام رغم أنها من صنع القضاء الإداري الفرنسي[٢].

[١]– د. ابراهيم الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح الصفاة، الكويت، ط١، ١١٩٨١، ص١٤٤.

[٢]– الثابت أن نشأتها–أي العقود الإدارية– ترجع للقضاء الإداري الفرنسي حيث تم وضع لبنات بنائها على مراحل كما هو معروف في أحكامها التي صدرت في قضايا "تيريه" (١٩٠٣)– والتي اعتمدت ارتباط العقد بالمرفق العام تمييزاً له عن العقود الأخرى التي تجريها الإدارة وهو ما تم اعتماده في حكم "تيرون" عام (١٩١٠)، ثم جاء حكم "جرانيت ألفوج" عام (١٩١٢) والذي اعتمد الشروط غير المألوفة الاستثنائية كمعيار مميزاً للعقد الإداري، ثم جاء حكم "بريتان" والذي أعاد المرفق العام كمعيار مميز للعقد =الإداري متى كانت العلاقة واضحة بين المرفق العام والعقد الإداري، ثم اردف معيار الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" لأول مرة كمعيار آخر بديل يأتي في المرتبة الثانية بعد المرفق العام.

جدير بالذكر أن هناك تحديداً قد تم للعقود الإدارية في القانون الفرنسي في تاريخ سابق لتلك الدعاوى والاحكام المشار اليها آنفاً، ولكن تلك النصوص ما كانت لتميز العقد الإداري عن العقود العادية التي تجريها جهة الإدارة وإنما انحصر دورها فقط في تحديد ولاية القضاء بنظر الدعاوى

المطلب الثاني مقاربة بين العقد الإداري وعقد الإذعان من ناحية الشروط المضمنة في العقد:

أساس تلك المقارنة هو نقطة التلاقي بين العقد الإداري وعقد الإذعان في إنهما يشكلان خروجا واستثناء عن الاصل العام من أن العقد شريعة المتعاقدين لذلك نجد حفاظا على حق الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية يمكن للمحكمة أن تتدخل في تعديل بنود العقد بما يحقق التوازن بين طرفيه[١].

هنا لابد لنا من عقد مقارنة بين كل من العقد الإداري وعقد الإذعان من ناحية ابرام العقد، فالثابت أن هناك اختلافاً بينهما يتمثل في "ابرام العقد ووضع الشروط" ففي العقد الإداري يتم "اختيار الشخص المتعاقد" بدعوة الى التعاقد من جانب

دون وضع معايير لتميزها عن غيرها من العقود الأخرى. ومثله تلك العقود التي حددها القانون الفرنسي "عقود الاشغال العامة" عقود القرض العام.

د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٨، ص١٣.

د.ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤م، مكتبة الفلاح، الصفاة، الكويت، ط١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م، ص٢٥.

[١]- أد نزيه كمال حداد، عقود الإذعان في الفقه الاسلامي، مجلة العدل، العدد ٢٤، شوال ١٤٢٥هـ، ص٥٢.

https://adlm.moj.gov.sa/topic_d_d.aspx?ID=24&IDd=391

الجهة الإدارية وليس ايجاباً ومن ثم يجئ الايجاب من الطرف المتعاقد ويترتب على بأن يكون للجهة الإدارية الخيار أم القبول أو الرفض للإيجاب المقدم ويتم ذلك بشروط واجراءات تختلف عن تلك المتبعة في مجال القانون الخاص "المدني والتجاري"، هذا من ناحية اولى ومن ناحية اثار وتنفيذ العقد فإن الحقوق المقررة لجهة الإدارة فإنها تستعمل وسائل القانون العام من توقيع الجزاءات على الطرف المتعاقد عند الاخلال أو التقصير بما التزم به بموجب العقد المبرم، كما أن لها الحق في تعديل بنود العقد دون الرجوع للطرف المتعاقد معها فيما يلي الشروط اللائحية، وإنهاء العقد من طرف واحد دون اللجوء الى القضاء أو حتى اخطار الطرف الآخر دون تقصير منه متى ما قدرت ذلك، وفي ذلك خروج عن مقتضيات وقواعد الفسخ في القانون المدني[١] فالملاحظ هنا ان تلك الشروط غير واردة اصلاً في عقد الإذعان لسببين الاول منهما ان الدولة ممثلة في الجهة الإدارية طرفاً في العقد وهو شرط ومعيار اساسي لتمييز

[١]– د.عبد المحسن سيد ريان عمار، مبادئ النظام الإداري السعودي المقارن، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، ط٣، ١٤٢٩هـ–٢٠٠٨م، ص٢٩٩.

أد.محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤، مصادر وأحكام الالتزام ،١٩٩٧، مطبوعات كلية القانون جامعة النيلين، الخرطوم، ص٩٤.

العقد الإداري[١] عن العقود الخاصة ومن ضمنها عقد الإذعان ولسبب آخر أن هناك من الشروط غير المألوفة الاستثنائية ما يقرر بموجب القانون ومنه ما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري في مصر "... ان الشروط الاستثنائية لا يجب حتماً ان تكون شروط رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان بل قد يفرضها عليهما القانون سلفاً ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام وكيفية المساهمة فيه والاشتراك في إدارته وتيسيره"[٢].

ومن ناحية ثالثة فإن خصائص عقد الإذعان تتجلى في أن موضوع العقد محله حاجة ضرورية لا غنى عنها للمستهلك أو المنتفع، كما أن الموجب واضع الشروط هو المحتكر أو المسيطر على تلك السلعة والمتحكم فيها حتى وإن كان هناك آخرين يشتركون في تقديم ذات الخدمة ولكن التنافس محدود جداً[٣]، كما ان الايجاب في

---

[١]- أد.على خطار شنطاوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ١٢.

[٢]- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢يوليو ١٩٥٧، مجموعة أحكام السنة الحادية عشر، ص٤٩٣.

[٣]- تجدر الإشارة أن العقد الإداري يمكن ان يكون مجاله خدمات أو اعمال محتكرة تقدم من فئات محددة "عددهم خمسة فاقل" ولكن مع ذلك فإن الدولة ممثلة في الجهة الإدارية هي التي تنفرد بوضع شروط طرح المنافسة، حيث أنه بموجب أحكام المنافسة المحدودة في المادة (٣٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٤٠هـ ولائحته التنفيذية في " الفصل الثالث ، المنافسة المحدودة المواد من (٣٦-٤١)، ومن ذلك أيضاً ما جاء في المادة (٥/أ) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في

عقد الإذعان موجه للكافة دون تحديد مدة بصورة مستمرة وشروط واحدة تحتوي شروط غالبها اعفاء الموجب واثقال كاهل القابل وفي العادة تكون مطبوعة وفي قالب نموذجي[١].

وبالنظر الى تلك الخصائص ومحاولة تطبيقها على العقد الإداري يلاحظ أن الاخير –أي الإداري–قد يكون موضوعه أي امر يتحقق من خلاله سير المرافق العامة بصورة مطردة ومستمرة سواء تعلق موضوع العقد بالمرفق بصورة مباشرة أو غير ذلك. وهناك معايير يتحدد من خلالها العقد الإداري "الدولة طرفاً في العقد، يتصل بالمرفق العام، شروط غير مألوفة، استثنائية، وقد يكون بعض هذه العقود منصوص عليها في النظام عقود مسماة" وقد يكون غير ذلك، أي قد يتولى النظام تنظيم وترتيب بعض هذه العقود بخلاف عقود الإذعان فهي لا تخضع لأي تنظيم[٢].

شان المناقصات والمزايدات الملغي، ان مجال الممارسات المحدودة وهي أحد اساليب اختيار المتعاقد مع السلطة الإدارية إذا كان موضوع العقد ومحله محتكر من قبل فئة محددة إما بصفاتها أو بذواتها في شان تصنيعها أو استيرادها الى مصر.

[١]– أد. نزيه كمال حدا، عقود الإذعان في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص ٥٢ وما بعدها.

[٢]– د. عبد القادر الشيخلي، القانون الإداري السعودي، ط١، ٢٠١٥–١٤٣٦هـ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص٣٨٤.

المبحث الثاني

صور الشروط غير المألوفة "الاستثنائية "في القانون المصري:

تتعدد الجزاءات التي تعرضها السلطة الإدارية على المتعاقد معها دون تدخل القضاء كأصل عام وهي تنقسم الى جزاءات مالية "الغرامة التأخيرية، مصادرة التأمينات، التعويض" وجزاءات غير مالية "جزاءات جنائية" كالوضع في القائمة السوداء وجزاءات غير مالية ضاغطة أو مؤقتة "سحب العمل ويكون في عقود المقاولة، الوضع تحت الحراسة ويكون في عقود التزام المرافق العامة والشراء على حساب المتعاقد وإنهاء العقد "الفسخ، اسقاط الالتزام، وتعديل الشروط للعقد المبرم مع المتعاقد والرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، وحق المتعاقد في اقتضاء الرسوم من المنتفعين من خدمات المرفق العام ونزع الملكية من جانب المتعاقد. ولما كانت هذه الطائفة من الشروط غير المألوفة الاستثنائية –الاستثنائية–كثيرة ومتنوعة وقد لا يسع المجال لتناولها تفصيلاً في هذا البحث لذلك سنلقي الضوء على بعض منها كنموذج لها لمعرفة أثر اغفالها في العقد الإداري ودورها في عمومية العقد الإداري والذي هو محل نطاق بحثنا.

المطلب الأول غرامة التأخير:

الواقع ان هناك كثير من الخلط قد يقع فيه البعض عند تناولهم للغرامة التأخيرية أو الشرط الجزائي "التعويض الاتفاقي، رغم التمايز والفارق الواضح بينهما فالشرط الجزائي يقرر في العقد نفسه أو في اتفاق لاحق له وقبل البدء في تنفيذ العقد، والفائدة منه أن الضرر مفترض حال عجز المدين عن الوفاء بالتزاماته بموجب العقد المبرم بينه والدائن ،فعند استحقاقه يقع على المدين عبء اثبات عدم تحقق الضرر للدائن جراء عدم ايفائه بالتزامه، لأن الشرط الجزائي "التعويض الاتفاقي" مجرد إدراجه في العقد يعفي الدائن من اثبات الضرر، ويصبح وقوع الضرر عليه كقرينة مفترضة قابلة للنفي من جانب المدين، فالتعويض الاتفاقي هو وسيلة لحمل المدين على الوفاء بالتزاماته ومن ثم فلا يستحق بمجرد تأخر المدين وعدم وفائه بالتزامه، فلابد من تحقق الضرر للدائن بفعل المدين وتحقق علاقة السببية بينهما[1] أما غرامة التأخير وإن كانت تشترك مع الشرط الجزائي بأنها وسيلة تهديدية لإجبار المتعاقد "المدين" للإيفاء بالتزامه إلا أن غرامة التأخير تستحق بمجرد التأخير دون حاجة لإثبات أن هناك

[1]– أد محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤، مصادر وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص١٤٠.

ضرراً قد حدث والعلة[١] في ذلك ارتباطها بعقد إداري يتصل بمرفق عام ويعمل على سيره بانتظام واضطراد، فأساس استحقاق غرامة التأخير هو مقتضيات الصالح العام وليس الضرر المباشر المتصل بالعقد المبرم.

تجدر الإشارة أن الفقه أورد جملة فروقات بين كل من غرامة التأخير والتعويض الاتفاقي "الشرط الجزائي" تتمثل في أن غرامة التأخير تستحق بمجرد التأخير في تنفيذ الالتزامات المحددة بموجب العقد كون الضرر تحقق أم لا كون هناك قرينة مفادها أن هناك ضرراً قد لحق بسير المرفق العام ولاستحقاقها لا يلزم اعذار المدين، كما أنها تفرض على المتعاقد سواء نص عليها في العقد أم لا، كما أن الإدارة تفرضها وتستوفيها بنفسها بقرار إداري صادر عنها دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بينما التعويض الاتفاقي "الشرط الجزائي" لا يستحق بمجرد التأخير أو التقصير من جانب المدين وفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد لكون الضرر قرينة قابلة لإثبات العكس وحينها يمكن للمدين أن يتحلل من دفع قيمة التعويض

[١]- جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ما يلي: ".... بحسبان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب سواء ترتب على هذا التأخير اضرار اصابت جهة الإدارة أم لم يترتب على ذلك اضرار..."
محكمة القضاء الإداري (ط) رقم (٣٧٦١) لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٨، الموسوعة الإدارية، ج٤٩، ص٢٢٥.

الاتفاقي "الشرط الجزائي" للدائن، كما أن استحقاقه يستلزم اعذار المدين لوضعه موضع المقصر. كما يشترط النص عليه في العقد أو في أي اتفاق آخر ملحق بالعقد قبل البدء في التنفيذ حيث لا يقتضي به إلا باستصدار حكم من القضاء فليس بإمكان الدائن فرضه بنفسه[١].

غني عن البيان فإن الفقه القانوني المقارن يقرر أن هناك حالات تستوجب الاعفاء الوجوبي من غرامة التأخير منها إذا كان سبب التأخير مجرد سبب أجنبي خارج عن إدارة المتعاقد[٢] مع جهة الإدارة أو قوة قاهرة، أو كان السبب راجع للإدارة نفسها. أما إذا كان التأخير مرجعه طرفي العقد الإداري فهنا يخصم ما تسببت فيه الإدارة وما تبقي يحمل كغرامة تأخير للمتعاقد[٣].

يثور التساؤل عن إمكانية الزيادة عن الحد المقرر لغرامة التأخير حال تم النص عليها في العقد المبرم، تجدر الإشارة أن الفقه القانوني المقارن يذهب الى ان غرامة التأخير لا يجوز بأي حال من الأحوال زيادتها عما هو محدد في العقد أو حتى

[١]– د. محمود خلف الجبوري "العقود الإدارية "، مرجع سابق، ص ١٢١.
[٢]– المادة (٤٨) بعنوان "التأخير في تنفيذ العقد" قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.
[٣]– د. محمود خلف الجبوري، المرجع سابق، ص ١١٧.

استبدالها بشي آخر ويقتصر دور المتعاقد في المنازعة في مشروعية قرار فرضها وتحصيلها[١].

كما يمكن الجمع بين غرامة التأخير وأي جزاءات أخرى متى توافرت الاسباب الموجبة لذلك بعبارة أخرى فرض جهة الإدارة لغرامة التأخير على المتعاقد معها لا يسلبها حقها في فرض جزاءات أخرى متى ما اقتضت الحاجة ذلك وهو ما استقر عليه القضاء الإداري المصري[٢] حيث أن سلطة الإدارة تقديرية وجوازيه في فرض غرامة التأخير تستعين بها في ضمان استمرار تسيير المرفق العام.

في تقديري يحمد للمشرع المصري أنه قد رتب احكاما فيما يتعلق بفرض غرامة التأخير حيث فرق بين ما إذا كان سبب التأخير المتعاقد نفسه أم سبب خارج عن إدارة المتعاقد، فإذا كان ذلك يرجع لسبب خارج عن إرادته فيمنح مدة اضافية دون دفع أي غرامة تأخير، أما وإن كان التأخير يرجع للمتعاقد فيعطى مدة اخرى ملحقة بالمدة الاصلية (تمديد) دون حاجة لإعذاره مع فرض غرامة تأخير تختلف في قيمتها

---

[١]-د. ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٠٩.

[٢]-ذات الحكم الوارد في هامش ١٧ الصادر من المحكمة الإدارية العليا المشار اليها سابقاً رقم (٣٧٦١) لسنة ٤١ ق، جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٨، الموسوعة الإدارية "...بينما يستلزم تحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه".

حسب نوع العقد ومدة التأخير[١] ففي عقود المقاولات لا تتجاوز قيمتها عشرة بالمائة من قيمة العقد شريطة أن لا تتجاوز مدة التأخير عشرة بالمائة من المدة الكلية المحددة لتنفيذ العقد ،ويمكن زيادتها بما لا يتجاوز خمسة عشر بالمائة إذا زادت مدة التأخير عن ذلك. ويكون حساب قيمة الغرامة في تكلفة الأعمال التي لم يتم تنفيذها شريطة ألا تؤثر الأعمال المتبقية بشكل مباشر أو غير مباشر من الانتفاع بما تم تنفيذه من اعمال أخرى ملحقة بالعقد وبخلاف ذلك، أي مالم يتم تنفيذه يؤثر على الانتفاع بما تم تنفيذه فتقدر الغرامة حينها من القيمة الكلية للمشروع.

إذا طرأ تغيير في أسعار المواد المدرجة بجدول الكميات المرفق بالعقد محل التأخير والمراد تنفيذها خلال المدة الزمنية الاضافية المقررة للمتعاقد فيمكن التعديل عليها وفقاً لإرادة الجهة الإدارية والمتعاقد معها " وفقا للجدول الزمني المتفق عليه سابقا" شريطة أن يكون ذلك التأخير بسبب خارج عن إرادة المتعاقد مع ضرورة مناسبة

[١]–المادة (٤٨) من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، تجدر الإشارة أن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات في مادته (٢٣)، قد أوجب على الجهة الإدارية ضرورة أخذ الفتوى المختصة بذلك من مجلس الدولة قبل اعفاء المتعاقد معها عن الغرامة إذ كان السبب خارج عن ارادة لا يد له فيه. وفي ذلك اطالة وتنفيذ للإجراءات التي لا فائدة منها حيث لا تتلاءم مع مرونة وسهولة القواعد الإدارية إذ انها يمكن أن تؤدي الى بيروقراطية العمل الإداري بما قد تترتب عليه خسائر مادية للمتعاقد يمكن على ضوئها أن يرجع فيها على الجهة الإدارية بالتعويض كون التوقف كان بسبب منها.

ذلك التعديل لمدة التأخير[١]. وبمفهوم المخالفة ليس بإمكان المتعاقد الاستفادة من أي تغييرات تطرأ على الاسعار "بالزيادة" طالما كان سبب التأخير راجع اليه، وفي تقديري أن ذلك جزاء آخر للمتعاقد إضافة لغرامة التأخير وفي ذات الوقت حث المتعاقد ابتداء في السعي للوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد حتى لا يقع عرضة للغرامة والخسارة ، وفيما عدا ذلك من عقود إدارية فإن قيمة غرامة التأخير ينبغي أن لا تتجاوز ثلاثة بالمائة إذا كانت مدة التأخير لا تتجاوز عشرة بالمائة من قيمة المدة الكاملة المستحقة للتنفيذ[٢]، ويمكن ان تزيد قيمة الغرامة الى خمسة بالمائة[٣] إذا تجاوزت مدة التأخير عن عشرة بالمائة دون تحديد سقف أعلى للتأخير، وفي تقديري أنه قد يتبادر للذهن في الوهلة الأولى أن عدم تحديد سقف أعلى قد يكون دافعاً ومحفزاً للمتعاقد على التأخير والمماطلة ولكن يقيني أن ذلك ليس مطلقاً فقد عالج المشرع المصري في ذات القانون ذلك بأن منح السلطة الإدارية سلطة تقديرية جوازيه

[١]- المادة ٤٨ الفقرة (١) من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

[٢]- المادة (٤٨) الفقرة (٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

[٣] -حساب الخمسة بالمائة حال تجاوزت مدة التأخير عشرة بالمائة من المدة المحددة للتنفيذ يكون إما في القيمة الكلية للعقد او من قيمة ما تبقي تنفيذه من اعمال ولم ينفذ، راجع في ذلك الفقرة (٢/د) من المادة (٩٨) الفرع السادس، التأخير في تنفيذ العقد والتقاعس عن الاستلام من اللائحة التنفيذية قرار وزير المالية رقم (٢٩٦) لسنة ٢٠١٩ المنشور بالوقائع المصرية العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ اكتوبر ٢٠١٩ الصادرة من مركز الدراسات والبحوث القضائية (مجلس الدولة-مصر).

لإمكانية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد[١]، هذا بخلاف السلطة المقيدة (الوجوبيه) في الفسخ[٢]. على كل فإن حساب قيمة الغرامة يكون في جملة الاعمال المتبقية والتي لم يتم تنفيذها طالما أنها لم تؤثر بالانتفاع بمتبقي العقد الذي تم تنفيذه، ولكن ما أن تعذر ذلك الانتفاع فيكون تقديرها في جملة مبلغ العقد. وبصرف النظر عن سبب التأخير "أجنبي او راجع للمتعاقد" إذا لم ينجم عنه ضرر للسلطة الإدارية فلها الحق في الاعفاء الكلي أو الجزئي من غرامة التأخير، إذا فهي سلطة تقديرية جوازيه تمارسها الإدارة وفقاً للضابط المشار اليه آنفاً، أما حال نجمت اضرار عن التأخير في تنفيذ العقد فليس هناك ما يحول الجهة الإدارية في أن تطالب بالتعويض اضافة بحقها في غرامة التأخير.[٣]

[١]– المادة (٥١) الفسخ الجوازى أو التنفيذ على الحساب.

[٢]–غني عن البيان أن المشرع المصري في المادة (٥٠) قد أوجب على السلطة الإدارية فسخ العقد في حال ثبت لديها أن المتعاقد معها قد أفلس أو أعسر أو انه قد لجأ الى الغش أو الاحتيال أو الاحتكار أو غيرها من الوسائل غير المشروعة بغرض الفوز بالتعاقد سواء كان بصورة مباشرة منه أو غير ذلك.

[٣]– المادة (٤٨) الفقرة (٢) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ منشور بالجريدة الرسمية العدد (٣٩) مكرر (د) في ٣ اكتوبر ٢٠١٨.

المطلب الثاني مصادرة التأمينات:

فرق القانون المصري الخاص بالتعاقدات مع سلطات الدولة سواء الساري أو الملغي بين التأمين المؤقت والتأمين النهائي حيث يتم سداده على دفعتين للجهة الإدارية الاولى عند التقدم بالعطاء أو المناقصة والدفعة الثانية "التأمين النهائي"، عند رسو المزاد أو المناقصة على المتقدم بالعرض، والغرض منه هو ضمان تنفيذ العقد.[١]

جدير بالذكر ان التأمين المؤقت كانت نسبته في السابق بما لا يجاوز اثنان بالمائة وهو شرط لقبول العرض المقدم وإغفاله قد يؤدي الى استبعاد العطاء من المنافسة ويرد لاحقاً دون حاجة لطلب ممن لم يقبل عطاؤه، بخلاف القانون الساري الذي فصل في مبلغ التامين المؤقت حسب نوع العقد حيث تكفل بالنص ووضع الحد الأقصى

[١]-أحالت المادة (١٨٥) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، منشور بالجريدة الرسمية العدد(٣٩) مكرر (د) الصادر في ٢٣ المحرم سنة ١٤٤٠هـ الموافق ٣ اكتوبر ٢٠١٨ السنة الحادية والستون =-جميع الاجراءات الخاصة بالتأمين الى اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ حيث أشارت المادة ٨٢ من اللائحة أن التأمين النهائي هو ضمان لإنفاذ المتعاقد للعقد المبرم.

متساوي الأهمية النص السابق لذات المادة (١٨) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمشتريات نصت على أن التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد ويجب رده فور اتمام التنفيذ بغير طلب".

لكل حالة، على أنه اشترط على الجهات الحكومية عدم الاسراف في تحديد مبلغ التأمين المؤقت لإفساح المجال لأكبر عدد من المنافسين مما قد يسهم في تقديم عروض أكثر تفيد جهة الإدارة في الاختيار مما إذا كانت العروض المقدمة محدودة وعددها قليل.[١]

وهذا في تقديري مسلك حسن يضاف للمشرع المصري بأن وسع دائرة الاختيار لجهة الإدارة مما ينعكس ايجاباً على تيسير وإدارة المرافق العامة كما أن افراد وتخصيص تأمين حسب نوع العقد يفضل عند تحديد نسبة واحدة تشمل كافة العقود وهو أمر قد لا يتناسب مع طبيعة بعض العقود إذ قد تزيد او تنقص مبالغ التأمين المؤقتة أو النهائية المودعة.

وتبرز عدم مألوفية واستثنائية مصادرة التأمينات كأحد الشروط المميزة للعقود الإدارية وتحديداً في القانون المصري من واقع إمكانية وسلطة جهة الإدارة في مصادرة مبلغ التأمين، حيث أنه يصبح حقاً مشروعاً لها إضافة لحقها في خصم الغرامات دون حاجة للجوء للمحكمة وهو ما أشار اليه التعديل الوارد على اللائحة

[١] –المادتان (١٧) و(٢٠) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات وقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ الخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨[١] وهو ذات ما سار عليه القانون النافذ في أن عدم أداء التأمين النهائي في الوقت المحدد يقترح إمهال المتقدم بالعرض عشرة أيام عمل وبفوات المدة هناك خيارين للجهة الإدارية إما إلغاء العقد أو اللجوء الى صاحب العطاء التالي في المرتبة مع أحقية الجهة الإدارية بالتأمين المؤقت[٢].

تجدر الإشارة أن التأمين المؤقت أيضاً قد تلجأ جهة الإدارة الى مصادرته حال انسحب مقدم العرض قبل الوقت المحدد لفض المظاريف دون أن تثبت ما لحقها من ضرر ودون اللجوء للمحكمة[٣].

---

[١]- جاء في الوقائع المصرية، العدد (٩٨) في ٦مايو ٢٠٠٦ من ضمن قرارات وزارة المالية قرار رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام القرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ص٦ في المادة الثالثة "يستبدل بنص الفقرة الأخيرة من المادة (٨٤) من اللائحة النص الآتي: "على أنه في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المقاول يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية كما يكون لها أن تخصم من غرامات...." المادة (٢١) من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٢]- المادة (٨١) من قرار وزير المالية رقم ٢٩٦ لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والمنشورة بالوقائع المصرية، ملحق الجريدة الرسمية، العدد ٢٤٤ تابع (ب) الصادر في يوم الخميس ٣ ربيع الأول لسنة ١٤٤١ الموافق ٣١ اكتوبر ٢٠١٩ .

[٣]- المادة (٢٢) من قانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

المطلب الثالث التعويض:

كفل القانون للجهة الإدارية سلطة فرض الجزاءات المالية من غرامة تأخير أو مصادرة التأمينات المدفوعة سواء كانت منفردة أو مجتمعة ولكن مع ذلك قد يطالها الضرر والخسارة لأسباب تتصل بالتأخير أو ما ينتج عن فرق الاسعار نتيجة لعدم استقرار الاسعار العالمية أو لتذبذب سعر الصرف مقابل العملة المحلية (الجنيه المصري) ومن ثم يكون ما قد تحصلته الإدارة غير كافي لجبر اضرارها ومن ثم فإنه بإمكانها اعمال سلطة الاستيلاء الإداري بخصم ما يعوض خسارتها من أي اموال مستحقة وحالة أو واجبة الدفع للمتعاقد معها أو قد تستحق مستقبلاً لديها أو لدى أي جهة إدارية أخرى وأياً كان سبب استحقاقها دون حاجة في أن تلجأ الى المحكمة إلا استثناء في حالة واحدة هي أن ما تحصلته غير كافي لجبر الأضرار والخسائر التي لحقتها حيث أنه لا قيد عليها في ذلك سوى اخطار المتعاقد معها دون أخذ إذن منه[١].

[١]– المادة (٢١) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمادة (٣) من قرار وزارة المالية رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ المعدلة لنص الفقرة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨. والمادة (٤١) من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم

ويسري ذات الأمر حال انسحب مقدم العطاء أو العرض قبل الوقت المضروب لفتح العروض المقدمة[١].

المطلب الرابع التنفيذ على حساب المتعاقد:

يعد التنفيذ على حساب المتعاقد من ضمن الجزاءات الضاغطة للمتعاقد وهو من طائفة الشروط غير المألوفة -الاستثنائية- حيث رتب المشرع المصري في القانون النافذ أنه حال ثبت للجهة الإدارية أن هناك من تقدم بعطاء لها في موضوع محدد وفي ذات الوقت ثبت أنه تقدم بعطاء آخر بنفسه أو بالاشتراك مع آخر، إلا إذا كان شريكاً مع غيره ولا يمتلك حصة تؤثر في اتخاذ القرار – وهو بمثابة استثناء يدفع عنه العقوبة- فللجهة الإدارية خيارات منها التنفيذ على حساب من تقدم بالعطاء وهو أن يتم سحب العمل موضوع العطاء منه واسناده لمقاول أو متعهد آخر ليتولى تنفيذه بدلاً من المتعاقد الأصلي على أن يتحمل الأخير تبعة تكاليف التنفيذ. ولقيام الجهة الإدارية بذلك أوجب عليها القانون إخطار جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية حيث أن المخالفة موضوع الاخطار تتعلق بقانون حماية المنافسة ومنع

---

١٨٢ لسنة ٢٠١٨-والمادة (٨١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ -قرار وزير المالية رقم ٢٩٦ لسنة ٢٠١٩.

[١]-المادة (٢٢) من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ أو قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة[١].

هناك ايضاً سلطة تقديرية جوازيه لجهة الإدارة إذا أخل المتعاقد ببند من بنود العقد المبرم بينهما فيمكن لجهة الإدارة سحب العقد وتوكيل غيره مع تحمل المتعاقد الأصلي تكلفة التنفيذ وذلك دون اللجوء الى المحكمة، وهو ما يوضح بجلاء عدم مألوفية ذلك الشرط واستثنائيته[٢].

المطلب الخامس التعديل في حجم وقيمة العقود:

أتاح القانون الساري والمتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بعد ابرام العقد إذا استجد ما يوجب تعديل (حجم العقد) قامت الجهة الإدارية بذلك بعد توافر شروط[٣] تتمثل في:

---

[١]- المادة (٣٣) بعنوان "حظر التقدم بأكثر من عطاء" حيث هناك جزاءات أخرى اضافة للتنفيذ على حساب المتعاقد يمكن توقيعها من قبل جهة الإدارة تتمثل في: (١) استبعاد العطاء المقدم منه(٢) مصادرة التأمين المؤقت (٣) فسخ العقد (٤) التعويض إذا كانت هناك خسارة. وتجدر الإشارة أن هذه المادة ليس لها ما يقابلها من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٨٨ في شان المناقصات والمزايدات.

[٢]- المادة (٥١) من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

[٣]- المادة (٤٦) بعنوان "تعديل حجم العقد" مما يمكن ملاحظته أن هذه المادة لم نجد لها مقابل في القانون القديم الملغي وإن كانت اللائحة الصادرة بقرار وزارة المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

- عقود المقاولات لا تتجاوز الزيادة والنقصان خمسة وعشرون بالمائة من قيمة كل بند مدرج بالعقد.
- بقي العقود يجب أن تتجاوز الزيادة والنقصان عن خمسة عشر بالمائة من قيمة كل بند وارد في العقد.
- أن يقتصر التعديل فقط على حجم التعاقد دون باقي الشروط الأخرى المضمنة في العقد.
- أن يشار الى أن التعديل انحصر فقط في حجم التعديل وعدم سريانه على باقي البنود في كراسة المواصفات والشروط.
- ضرورة أخذ السلطة الإدارية للموافقة اللازمة بالتعديل من صاحب الصلاحية في ذلك "مجلس الوزاء، الوزير المختص، او من يفوضه، المحافظ، رئيس مجلس الإدارة او من يعادلهم".

والمنشورة بالوقائع المصرية العدد٢٠١ بتاريخ ٦ سبتمبر ١٩٩٨، قد اشارت في المادة (٧٨) منها ان للسلطة الإدارية سلطة تقديرية في اعمال سلطتها بالزيادة أو النقصان في كميات العقد دون موافقة المتعاقد إذا كانت النسبة (٢٥%) فأقل لأي بند من بنود العقد، وفي حال رغبت الإدارة في الزيادة عن النسبة المقررة فلابد من موافقة المتعاقد معها عليها مع توافر بقية الشروط الواردة في المادة (٤٦) من القانون الساري، قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

- أن تكون هناك اعتمادات مالية كافية تتواءم مع التعديل الذي طرأ على حجم العقد.
- أن يكون التعديل خلال فترة العقد، أي قبل انتهاء مدته.
- عدم تأثير التعديل على المتعاقد فيما يتعلق بأن تكون له الأولوية من غيره في التعاقد.
- ضرورة تعديل مدة العقد الأصلي بما يتوافق مع التعديل الذي طرأ على العقد.

كما أوجبت مادة أخرى[١] في عقود المقاولات التي يستغرق تنفيذها ستة أشهر فأكثر أنه وفي نهاية كل ثلاثة اشهر من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية "حسب المراحل المعتمدة في التنفيذ" أن تكون هناك بعض مراجعة لبعض اسعار بعض البنود كان ذلك بزيادتها او نقصانها حسب الاسعار السائدة وفق ما يصدر من الجهاز المركزي للتعبئة والاحصاء ،شريطة التزام طرفي العقد بالتعديل (مع تضمين ذلك في العقد) ويبطل أي اتفاق على خلاف ذلك، أي أن ذلك الشرط عده المشرع المصري من النظام العام، وحسناً فعل المشرع وبذلك يكون قد أوصد الباب امام المتعاقد باللجوء الى المحكمة مستندا على نظرية الظروف الطارئة وتغير الاسعار أو القوة

[١]– المادة(٤٧) "تعديل قيمة عقود المقاولات".

القاهرة بحسب الحال مما أثقل كاهله بالالتزامات من شان استمرارها المشقة والخسارة التي قد تضطره بالتوقف وعدم الاستمرار في التنفيذ. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن النص يراعي التغير في الاسعار وعدم استقرارها وفقاً لسعر العملة المحلية "الجنيه المصري "امام الدولار.

بعقد مقارنة المادة مع سابقتها في القانون الملغي نجد انه ليس لها مقابل وإنما وردت في تعديل لاحق[١] بالإضافة على اللائحة التنفيذية لذات القانون الملغي حيث تضمن التعديل المشار اليه تطلب المراجعة كل سنة وليس ثلاثة اشهر كما جاء في النص الساري، كما ان تلك المراجعة في السابق كانت تقدر حسب الظرف الداعي لها إذا استجد حدوثه بعد ابرام العقد بخلاف النص الحالي الذى استوجب تلك المراجعة بصورة تلقائية ووضع لها القيود والضوابط المتمثلة في تحديد الجهة المعنية بتحديد الاسعار اضافة الى تضمين ذلك في كراسة الشروط والمواصفات...الخ.

ولعمري ان ما دعى الى ذلك هو الظروف المستجدة التي طرأت على الاوضاع والاستقرار الاقتصادي مما استوجب اتخاذ مثل تلك التدابير التشريعية.

[١]- قرارات وزارة المالية رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام القرار ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، حيث ورد في التعديل المادة (٢) "تضاف مادة جديدة برقم (٥٥مكرر) الى اللائحة.

المطلب السادس الفسخ:

يعد الفسخ أحد حقوق سلطات الإدارة غير المألوفة–الاستثنائية– إذ انه احد الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد منهية العقد وقد ساير المشرع المصري سواء في القانون النافذ او القانون الملغي الفقه في ذلك مع التباين في بعض التفاصيل التي نوردها في حينه، ويتحقق القاسم المشترك في كل هذه الجزاءات والامتيازات غير المألوفة المقررة لجهة الإدارة أنها تمارس من قبلها دون حاجة للاستعانة بالقضاء، حيث فرق المشرع بين الفسخ الوجوبي والفسخ الجوازي واورد لكل حالاته واحكامه وضوابطه، فيما يلي الفسخ الوجوبي فإنه يتحقق في ثلاثة أحوال تتمثل في[١]:

- الافلاس او الاعسار للمتعاقد ولعل ذلك في تقديري يجعله ليس لديه القدرة على الاستمرار في تنفيذ العقد وهوما يتعارض مع فكرة ارتباط المرفق العام بالعقد الإداري حيث يضمن الاخير تسييره ونشاطه.
- إذا لجأ المتعاقد او بمساعدة غيره باستخدام وسائل الغش أو التلاعب بقصد الفوز بفرصة العقد الإداري، وفي تقديري أن ذلك فيه درء للفساد أو الشبهات

[١]– المادة (٥٠) من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

وإغلاق بابها نهائياً امام أي شخص أيا كانت صفته في تقديم خدمات للمتعاقد المتلاعب مقابل مزايا أو منافع سواء مادية أو مالية، وفي ذات الوقت من شأن حصول مثل هؤلاء على فرصة للتعاقد قد يمنع من هو أفضل منه في القيام بتنفيذ العقد المبرم محل المناقصة أو قد يسلب جهة الإدارة من فرص التحقق في التأهيل المسبق بصورة صحيحة وشفافة حسبما تطلبه القانون.

- واخيراً إذا ثبت أن هناك اتفاق مسبق بصرف النظر (قبل او بعد) تقديم العرض وكان مضمون ذلك الاتفاق اهدافاً غير مشروعة تمنع من تحقيق اهداف وغايات هذا القانون والواردة في المادة الثانية منه والمتعلقة بتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص وحرية المنافسة، ومن ثم فوز فئة او اشخاص محددين بالعطاء أو حتى التلاعب في اسعار العروض المقدمة.

وبإجراء مقارنة مع النص المقابل في القانون الملغي يلاحظ ان الأخير قد رتب الفسخ في حالتين هما[١].

- ضلوع المتعاقد بنفسه أو عن طريق الغير تقديم رشوة ترتب عليها رسو المنافسة عليه وفوزه به حيث أن النص في القانون الجديد وسع الدائرة بان

[١] -المادة (٢٤) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

جرم الغش والتلاعب والاحتيال والتواطؤ وهي في تقديري اشمل من الرشوة وبذلك سد المشرع المصري القصور الذي صاحب النص القديم لأن كثير من هذه الممارسات قد تحدث على الصعيد العملي ويقف عاجزا النص في القانون الملغي من ملاحقتها.

- افلاس المتعاقد أو اعساره وهو ذات ما جاء في النص الحالي من القانون النافذ.

اما فيما يتعلق بالفسخ الجوازي فهو سلطة تقديرية وجوازيه لجهة الإدارة إذا أخل المتعاقد بأي من بنود العقد يمكن ان توقعها إضافة لعقوبات أخرى ولكن لتحقق ذلك لابد من تحقق ضوابط تتمثل في:[١]

- أن يكون قرار الفسخ مشتملاً على الاسباب الداعية له، أي لابد من مبررات تحددها جهة الإدارة اضطرتها لاستخدام سلطتها في الفسخ الجوازي المنصوص عليه في المادة المشار اليها وذلك بتحديد البنود والشروط التي أخل بها المتعاقد حيث لم يتطلب القانون السابق[٢] ذلك وهذا في اعتقادي اعمالاً للقواعد العامة في اصدار القرارات وفقاً لإعمال الإدارة سلطتها

[١]– م (٥١) من قانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

[٢]– مادة (٢٥) من قانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

التقديرية[١] حيث تستوجب أن يكون قرارها مسبباً وإلا كان معيباً قابلا للإبطال ويتعين نقضه بواسطة القضاء.

- يحظر على جهة الإدارة الجمع بين الفسخ وسحب العقد وتنفيذه بواسطة متعاقد آخر على حساب المتعاقد الأصلي، حيث لم يتطلب ذلك في القانون السابق بعبارة أخرى أنه يمكن الجمع بينهما[٢].
- اخطار المتعاقد بخطاب يرسل عن طريق الهيئة القومية للبريد "خدمة البريد السريع" متزامناً ذلك مع ايميل الكتروني أو فاكس اعتماداً على عنوانه الموضح في العقد بينما في القانون السابق[٣] اكتفي فقط بالبريد ولم يشترط الايميل أو الفاكس وحسناً فعل المشرع المصري في النص الجديد حيث في ذلك حرص وإمعاناً منه في تأكيد الوصول لتحقق العلم اليقيني الحقيقي وليس الحكمي أو القانوني.

---

١. أد السيد خليل هيكل، القانون الإداري السعودي، دار الزهراء، الرياض، ط٢، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ص١٢٢.

٢- المادة (٢٥) قانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

٣- المادة السابقة المشار إليها آنفا

- ممارسة جهة الإدارة لحقها في الفسخ الجوازي لا يتعارض مع حقها في مصادرة التأمينات وفرض غرامة التأخير والتعويض عما لحقها من ضرر وأصابها من خسارة بالطريق الإداري وحال تعذر ذلك باللجوء للقضاء.[١]

المطلب السابع الوضع في القائمة السوداء:

أوجب المشرع المصري في القانون النافذ عدا حالتي اعسار وافلاس المتعاقد، على الجهة الإدارية عند اعمالها لسلطتها في الفسخ الوجوبي شطب اسم المتعاقد ووضعه في القائمة السوداء وذلك بالنشر في النشرات المصلحية وبوابة التعاقدات العامة شريطة أخذ الرأي القانوني من إدارة الفتوى بمجلس الدولة المصري[٢] حيث يحظر التعامل معه إلا إذا تمت إعادة قيده[٣] في حالات هي:

–قرار من النيابة العامة بأن لا سبب لقيام الدعوى الجنائية في مواجهته.

[١]–هذا الضابط ورد في مادة منفصلة وهي المادة (٢٦) من قانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بينما دمجت كافة الضوابط لممارسة جهة الإدارة لسلطتها في الفسخ الجوازي في القانون الحالي وهو تقديري من حسن الصياغة التشريعية لأن الامر متصل ببعضه فما الداعي لأن تكون مادة لحالها في القانون السابق ويحمد للمشرع أنه تدارك ذلك في ظل القانون الحالي النافذ.

[٢] – حيث لم يتطلب القانون السابق أخذ الفتوى في هذه الحالة وفقا للمادة (٢٤) من قانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٣] – المادة (٥٠) من قانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ وهي تقابل المادة (٢٤) من قانون ٨٩ لسنة، مع التنبيه أن النشر في بوابة التعاقدات الإلكترونية لم يكن منصوص عليه في ذلك القانون.

-صدور حكم من المحكمة بالبراءة.

-حفظ الدعوى المنسوبة اليه ادارياً.

مع ضرورة اخطار الهيئة العامة للخدمات الحكومية لإعادة قيده وذلك بالنشر في النشرات المصلحية إضافة الى بوابة التعاقدات الحكومية، وفي تقديري استثناء النص المفسر والمفلس من المتعاقدين قد شابه قصور لأن الاعسار والافلاس قد يكون فيه تلاعب أو استعمال وسائل احتيالية للتهرب من الالتزامات ومن ثم كان الأجدر بالمشرع أن يفرق بين حسن النية وسيء النية.

جدير بالذكر أوجب المشرع المصري على الجهات الإدارية سواء نهاية مدة العقد أو في نهاية العام المالي بحسب الحال أن تجري تقييم لأداء المتعاقدين معها وذلك وفق معايير محددة تم تضمينها استمارات أعدت خصيصا من في الهيئة العامة للخدمات الحكومية على ان تنشر نتيجة التقييم على بوابة التعاقدات الالكترونية توضح فيها الجزاءات التي وقعت عليهم ويستثنى منها ما يتصل بالأمن القومي وفقاً لتقديرات الإدارة، كما تجري استبيانات مع المتعاقدين معها للوقوف على الايجابيات والسلبيات وذلك بغرض التحسين في مستقبل الأيام ولعل ذلك في تقديري يحسن من صورة أداء

العمل مما ينعكس ايجاباً على جودة الخدمة وعمل المرفق العام وضمانا لعدم اهدار المال العام[١].

وفي ذات الوقت تطلب القانون الحالي[٢] من الجهة الإدارية إنشاء سجل لغير المتعاقدين معها وبالمقابل هناك قائمة للمحظور التعامل معهم لدى الهيئة العامة للخدمات الحكومية بأسباب هي:

---

[١]– المادة (٨٦) من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

[٢]– المادة (٨٥) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ وتقابلها المادة (١٤) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ووجه المقارنة بين النصين أن المادة الأولى أكثر تفصيلاً وإحكاما في الصياغة من النص الوارد في القانون الملغي من حيث أن يكون هناك تحديث للقائمة باستمرار وذلك قبل بداية العام المالي الجديد، كما استوجب ضرورة تسجيل المتعاقدين معها في بوابة التعاقدات العامة قبل الدخول في أي تعديلات مع الزامية مطابقة بياناتها على البوابة من واقع السجلات لديها، حيث استحدث التسجيل في البوابة في ظل القانون الحالي وهو مالم يكن موجوداً في القانون السابق ومن شأن ذلك تحقيق قدر أكبر من الحوكمة والشفافية والنزاهة في ابرام العقود الإدارية.

كما اشار النص الحالي في المادة (٨٥) إلى إمكانية التعاقد مع من وضع قائمة الحظر طالما انتفي سبب الحظر وهو مالم يرد في المادة (١٤) من القانون السابق وهوما يدعو للوهلة الأولى أن الشطب فيها نهائي ولا يمكن لمن ورد اسمه في القائمة التعاقد مرة أخرى ولكن في تقديري هذا انطباع غير صحيح وفي غير محله لأن الاسباب الموجبة للإدراج في القائمة السوداء في المادة (٢٤) ملغي هي جزء مما ورد في المادة (١٤) ملغي حيث تقضي الاخيرة بعدم إمكانية القيد والرفع من القائمة السوداء، ومن ثم فإن الرفع من القائمة السوداء في ظل القانون الملغي جزئي ولا يتحقق إلا اذا كان بقرار النيابة العامة أو بحفظ الدعوى إدارياً أو صدور الحكم النهائي بالبراءة لمن كانت تهمته =بنص المادة (٢٤) الفقرة (أ) ملغي " ... شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر

- قرار إداري من الجهة الحكومية.
- نص في القانون ومثالة المادة الخمسون من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.
- صدور حكم نهائي من محكمة مختصة في إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة الثالثة والتسعون منه حيث أنه بتعذر رفع الحظر لا يمكن التعامل مع أي من الفئات المشار اليها آنفاً وسيبطل أي اتفاق يقضي بخلاف ذلك ولا يترتب أى آثار قانونية.

او غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة".

المبحث الثالث

صور الشروط غير المألوفة "الاستثنائية "في النظام السعودي

تمهيد وتقسيم :

تجدر الإشارة أن الشروط غير المألوفة "الاستثنائية "في النظام السعودي لا تخرج عما هو متعارف عليه في الفقه والقانون المقارن، وعليه سنتناول أهم صورها في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٣٦٢) وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠. إن اقتضى الحال ونظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٢٨ بتاريخ ١٤٤٠/١١/١٣هـ واللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (المعدلة) الصادرة بالقرار الوزاري رقم ١٢٤٢ وتاريخ ١٤٤١/٣/٢١هـ والمعدلة بالقرار الوزاري رقم ٣٤٧٩ بتاريخ ١٤٤١/٨/١١هـ وفقاً للبيان التالي: ([1])

[1]– سأعمد الى بيان تلك الصور من الجزاءات وفق النظام الملغي ولائحته وفقا لضرورات البحث، ثم المقارنة مع ما عليه النظام الجديد ولائحته مع تناول لبعض التطبيقات القضائية ثم مقارنتها مع القانون المصري مع ابداء الرأي والتحليل وفقا لضرورة الحال.

المطلب الأول: مصادرة الضمانات الابتدائية والنهائية

اوجب النظام تقديم الضمان الابتدائي كشرط لقبول العرض المبدئي للتنافس على العطاء أو المنافسة المطروحة[١].

حيث يحق للجهة الإدارية مصادرة الضمان الابتدائي في احوال ثلاث الأولى منها حال سحب مقدم العرض عرضه قبل مضي تسعين يوماً وهي المدة المحددة لسريان العرض-من التاريخ المعتمد لفتح المظاريف، مع ملاحظة في غاية الاهمية أن هذه المدة غير قابلة للتمديد إلا بموافقة مقدم العرض[٢]. أي أنه لا مجال للجهة الإدارية في اعمال سلطتها في التمديد إذا لم يوافق مقدم العرض على رغبتها في التمديد مهما كانت الاعتبارات الداعية لذلك، وهذا بخلاف القانون الحالي الذي منح الجهة الإدارية السلطة التقديرية في تمديدها الى تسعين يوماً أخرى دون حاجة لموافقة مقدم العرض شريطة إخطاره[٣] وفي ذات الوقت منح النظام الحالي مقدم العرض

---

[١]- المادة (١١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ والمادة (٤١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٢٨ بتاريخ ١٤٤٠/١١/١٣هـ-.

[٢]- المادة (١٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٢٧هـ.

[٣]- المادة (٦٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المعدلة بالقرار الوزاري رقم ٣٤٧٩ وتاريخ ١٤٤١/٨/١١هـ.

خيار الاستمرار في تقديم عرضه أو سحبه دون أن يترتب عليه جزاء مالي أي مصادرة التأمين الابتدائي "شرط غير مألوف "استثنائي".[١]

وفي تقديري أن النص الحالي والوارد في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لسنة ١٤٤٠ هـ القاضي بالسلطة التقديرية للإدارة بالتمديد يتفق مع مقتضيات المصلحة العامة ومع روح القانون في إقرار العقود الإدارية كضمان لسير المرافق العامة بخلاف النص السابق الذي سلب سلطة الإدارة في التمديد وهو ما لا يتفق ولا ينسجم مع فكرة العقود الإدارية في مجملها، حيث أنه بعد مرور المدة المحددة لسريان العرض والفراغ من اجراءات الترسيه تعاد مبالغ الضمانات الابتدائية لمقدمي العروض[٢]. حيث جاء في تطبيقات القضاء الإداري[٣] حال رسو المنافسة على أحد مقدمي العروض وجب عليه أن يقدم الضمان النهائي والذي ينبغي أن لا تتجاوز نسبته خمسة بالمائة، تجدر الاشارة إلى ان المادتين "١١" و"١٢" من النظام الملغي تطلبت أن تكون نسبة الضمان الابتدائي من واحد الى اثنين بالمائة مع استثناء بعض الفئات من تقديم هذا

[١]– المادة (٣٩) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٤٠هـ

[٢]–المادة (٢٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٢٧هـ.

[٣] –ما يؤكد هذا المعنى قضية رقم ٢٦٥/ق لعام ١٣٩٦هـ قرار رقم (٣٠/ت) لعام ١٤٠٠هـ جلسة ١٤٠٠/٥/٦هـ مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية، ص٢٠٥." القاعدة (د) عقد إداري–تأمين نهائي–رده الى المتعاقد–شروط ذلك تنفيذ لجميع التزاماته العقدية وعدم وجود مطالبات حكومية أخرى قبله. القاعدة ٣٠/د".

الضمان من قيمة العقد موضوع المنافسة خلال عشرة أيام من تاريخ الترسية، جدير بالذكر أن هذه المدة قابلة للتمديد لعشرة أيام أخرى كتمديد نهائي وهذا بمثابة إمهال لصاحب العرض الفائز وبمررها دون تقديم الضمان النهائي منه يفقد حقه في الضمان الابتدائي "حالة ثانية لمصادرته من قبل الجهة الإدارية". ويتم التفاوض مع صاحب العرض الذي يليه مباشرة في المنافسة.[١]

أما في القانون الحالي فإن فترة الإمهال زيدت خمسة أيام لتصبح خمسة عشر يوماً بدلاً من عشرة أيام ويعد هذا الفارق الأول بين النص السابق والحالي أما التباين الثاني فيكمن في إمكانية زيادة نسبة الضمان بعد موافقة الوزير وهذا أيضاً يضاف الى كافة الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي توقع على المتعاقد[٢].

اما الحالة الثالثة لمصادرة الضمان النهائي مع الاحتفاظ بحقها في التعويض وفقاً للنظام السعودي الحالي إذا تم إنهاء العقد مع المتعاقد بأسباب الرشوة، الافلاس،

[١] –المادة (٣٣" من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٢٧هـ حيث اشارت الفقرة (ب) من ذات المادة لبعض الفئات المستثناة من تقديم الضمان النهائي إضافة لبعض الأحوال التي يمكن أن يخفض فيها وهي تقابل الفقرة (٣) من المادة (٦١) المتضمنة الأحوال المستثناة من تقديم الضمان النهائي والمادة "٦٢" الخاصة بتخفيض الضمان النهائي –نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٤٠هـ.

[٢] – المادة (٦١) من نظام ١٤٤٠هـ.

الاعسار، تنازل المتعاقد من العقد، تأخر أو تباطؤ في التنفيذ للعقد المبرم مع الجهة الإدارية، تعاقد من الباطن دون أخذ موافقة الجهة الإدارية[١].

وجه المقارنة مع القانون المصري:

يتفق كل من القانون المصري والنظام السعودي في ان التأمين الابتدائي يتم تقديمه للجهة الإدارية على دفعتين الاولى عند تقديم العرض ويسمى بالتأمين الابتدائي في النظام السعودي والتأمين المؤقت في القانون المصري "الفارق في التسمية" والدفعة الثانية تكون عند الترسية ويسمى في كليهما بالتأمين النهائي حيث يرد التأمين النهائي عقب الفراغ من المنافسة دون طلب لكونه ضمان للتنفيذ حيث تتراوح نسبة التأمين المؤقت "الابتدائي" في القانون المصري بما لا يتجاوز اثنان بالمائة في القانون الملغي بينما في القانون الساري تختلف باختلاف العقد أما في النظام السعودي تتراوح نسبته من واحد إلى اثنين بالمائة في السابق والحالي أما التامين النهائي في النظام السعودي بما لا يتجاوز خمسة بالمائة في كل من النظامين السابق والحالي بينما القانون المصري بما يساوي خمسة بالمائة في القانون الملغي وتختلف باختلاف العقد في القانون الساري ويتفق كل من القانون المصري والنظام

[١]–المادة (٧٦) بعنوان إنهاء العقود مقروءة مع المادتين (٧٧) و (٧٨) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٤٠هـ.

السعودي في مصادرة مبلغ التأمين المؤقت بعد منح المتقدم للمنافسة أو العطاء مهلة ولم يلتزم بتقديم مبلغ التأمين النهائي[١].

هناك مسالة جديرة بالمقارنة والذكر تتمثل في أن الجهة الإدارية عند تحقق الأسباب الموجبة لمصادرة الضمان فتنحصر سلطتها في الضمان المتعلق بالعقد موضوع الاخلال ولا يمتد ذلك لأي مبالغ أخرى او عمليات أخرى لدى أي جهة حكومية وهو ما يخالف القانون المصري الذي قد تمتد فيه سلطة الإدارة في مصادرة أي مبالغ أخرى مستحقة أو قد تستحق لدى جهة الإدارة نفسها أو أي جهات أخرى لاستيفاء حقها بالتعويض فيما لحقها من اضرار لم تغطيها مبالغ التأمين "مؤقت او نهائي" أو غرامة تأخير ...الخ"[٢]

[١]- راجع بشأن ذلك المواد الخاصة بمصادرة التأمينات في القانون المصري كأحد الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" المادتان (١٧) و(١٨) من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والمادتان (٤٠) و (٤١) من قانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والمادة (٣٠) من قرار وزارة المالية رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والمنشورة بالوقائع المصرية العدد ٤٤ تابع (ب) في ٣١ اكتوبر لسنة ٢٠١٩ والمادتان (١١) و(٣٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لسنة ١٤٢٧هـ والمادتان (٤١) و(٦١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لسنة ١٤٤٠هـ.

[٢]- المادة (١٠٤) الفقرة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٤١هـ والمادة (٥١) من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والمادة (٢٦) من قانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٩٨

حيث كان الأحرى بالمشرع السعودي أن يحذو المشرع المصري في تتبع مستحقات المتعاقد والخصم منها لأن الأمر لا يخرج عن كونها مقاصة كون أن الدائن والمدين واحد وان اختلف موضوع المبلغ محل الاستقطاع والخصم، ولعل في ذلك فيه حث ودفع للمتعاقد لسرعة الإنجاز والتقيد ببنود العقد الذي ابرمه مع جهة الإدارة.

المطلب الثاني سلطة الإدارة في تعديل العقد زيادة أو نقصاناً:

وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤ وقرار مجلس الوزراء رقم ٢٢٣ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٢ فإنه يجوز للسلطة الإدارية استخدام سلطتها وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة بان تزيد الالتزامات في العقد فيما يلي المتعاقد بما لا يجاوز عشرة بالمائة او انقاضه بما لا يتجاوز عشرون بالمائة[١].

وهي ذات النسبة التي سار عليها النظام الحالي شريطة الالتزام بذلك في أحوال محددة أي أن النظام وأن جوز لجهة الإدارة استخدام سلطتها ولكن ذلك ليس

[١]– المادة (٣٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٢٧هـ وهي تطابق المادة (٦٩) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٤٠هـ

مطلقاً. حيث أورد تلك الاحوال حصراً [١] وهي تتمثل فيما إذا كانت الاعمال الاضافية مرتبطة بموضوع العقد الاصلي ومكملة له ولا تختلف عنه جوهرياً، وان لا تؤدي تلك الأعمال الاضافية الى التبديل في الشرط والالتزامات المنصوص عليها ابتداء أي لا تغير من طبيعة العقد الاصلي الى عقد جديد يحل محله وأن يكون الغرض منها تحقيق تيسير وتنظيم المرفق العام في المقام الاول مع ضرورة توفر الاعتمادات المالية الكافية[٢]، ثم تعبير جهة الإدارة عن ارادتها صراحة وكتابة للمتعاقد[٣] عن رغبتها في اعمال الزيادة أو النقصان في محل العقد وهو ما جرى عليه في قضاء لجنة التدقيق سابقاً حيث جاء في: "عقد إداري -تعديله-اشتراط صدور قرار صريح

[١]- الفصل الثامن من "زيادة التزامات المتعاقد وتخفيضها"، المادة (٥٨) بجميع فقراتها من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٣٦٢) وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ.

[٢]- ومنها ما جاء في قضاء لجنة تدقيق القضايا ما تعلق بتوفير الاعتمادات المالية: "عقد خبرة- اعمال اضافية-تكليف الشركة الاستشارية بأعمال اضافية خارجة عن أعمال العقد الأصلي - استحقاق الشركة أجراً اضافياً للمقاول عنها بحسب اسعار العقد لأنه يستلزم في الأعمال الاضافية إضافة للمقاول المنفذ اضافة للاستشاري نفقات مالية ومن ثم كان لابد من توفيرها ابتداء " ق ٤٤/ب/ص٢٧٨، القضية ١/٢١٩/ق لعام ١٣٩٨ جلسة بتاريخ ١٤٠٠/٥/٢٦، ص ٢٧٨.

[٣] -المادة (٥٩) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٢٨هـ.

بالتعديل"[١]، على أن يكون ذلك خلال فترة سريان العقد، حيث لا يعتد بما تقرره جهة الإدارة بعد استلام محل العقد من المتعاقد وفي ذلك تأكيد لما استقرت عليه لجنة تدقيق القضايا في قضائها حيث جاء:"عقد إداري–تعديله–نطاقه الزمني–وجوب استعمال سلطة التعديل خلال المدة المحددة للتنفيذ"[٢]. وان يكون قرار التعديل صادراً ممن خوله النظام الحق في ترسية المنافسة، ومتساوي الأهمية أن المتعاقد لا يمكنه تنفيذ أعمال اضافية ملحقة بالعقد طالما كانت غير مضمنة في أحد فقراته أو حتى ضمن كمياته هو على خلاف ما استقر عليه قضاء لجنة تدقيق القضايا[٣] "عقد اداري –اعمال اضافية–قيام المتعاقد بأعمال اضافية لم يعمد بها–أحقيته في المحاسبة عنها إذا كانت ضرورية للاستفادة من المشروع"، ومنها أيضاً "عقد توريد وتركيب بلاط موزايكو لتبليط سرحة المسجد–اعمال زائدة – احقية المؤسسة على كمية البلاط

[١]– القاعدة ١٩/أ القرار رقم ١٩ لعام ١٤٠٠هـ جلسة١٤٠٠/٣/١٥هـ في القضية رقم ١/١٧٥/ق لعام ١٣٩٩هـ، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ. ص١٣١.

[٢]–القاعدة ١٣/ب، القضية رقم ١/١٦٦/ق لعام ١٣٩٨هـ، جلسة ١٤٠٠/٣/٥هـ، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ، ص ١٠١.

[٣]–القاعدة ٣٠/أ القضية ١/٢٦٥/ق لعام ١٣٩٦ بتاريخ ١٤٠٠/٥/٦، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ ص٢٠٥.

التي نفذتها في التبليط ولو تجاوزت حدود الكمية التي قدرها جدول الكميات دون اشتراط صدور تعميد بها من الإدارة[١].

حيث تم التأمين على جميع الضوابط المشار اليها وفقاً للائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٤٠هـ الصادرة بالقرار الوزاري رقم ١٢٤٢ بتاريخ ١٤٤١/٣/٢١هـ المعدلة بالقرار الوزاري رقم ٣٤٧٩ بتاريخ ١٤٤١/٨/١١هـ[٢].

غني عن البيان إذا لم يكن للأعمال الاضافية أي مقابل يشبهها في العقد الاصلي حينها يدرس أمرها لدى لجنة فحص عروض الشراء المباشر أو لجنة فحص العروض للتقرير بشأنها، على أن المتعاقد غير ملزم بما يصل اليه قرارها وحينئذ يمكن للجهة الادارية طرحها في منافسة أخرى ولمقاولين آخرين[٣] بغرض القيام بها، اضافة لما سبق فإن سلطة التعديل كما ترد على الالتزامات بالزيادة او الانقاص فإنها أيضاً ترد على الاسعار الواردة في العقد حيث قرر النظام الملغي أنه إذا طرأ تعديل

[١]- القاعدة ٥١/أ، القضية رقم ٥٥/٣/ق لعام ١٣٩٩ جلسة ١٤٠٠/٧/٢٠هـ مجموعة المبادئ الشرعية النظامية التي اقرتها لجنة تدقيق القضايا، ص٣٢٥.

[٢]- تطابق المادة (١١٤) من الفصل الثالث عشر من اللائحة التنفيذية المشار اليها في المتن، المادة (٥٨) الفصل الثامن من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية لسنة١٤٢٧ الصادر بقرار وزير المالية ٣٦٢ بتاريخ١٤٢٨/٢/٢٠، والمادة (١١٥) من اللائحة الحالية و المادة (٥٩) من اللائحة السابقة.

[٣]-المادة (١١٤) الفقرة (٤) من اللائحة التنفيذية الحالية وهي تطابق الفقرة (٤) من المادة (٥٨) من اللائحة السابقة الملغية.

في بعض اسعار "الجمارك، الضرائب، خدمات مسعرة"، سواء زيادة أو نقصاناً وذلك بعد تقديم العروض فإنه يمكن التعديل بما يتفق مع مقدار التعديل شريطة أن يكون مقدم العرض قد نفذت في حقه تلك التعديلات وقد تم استيفاؤها منه بواسطة الجهات المختصة بحسب الحال وأن يكون ذلك قبل انقضاء العقد او زواله وأخيراً أن لا يترتب ذلك بسبب راجع للمتعاقد كالتأخير مثلاً[١].

وجه المقارنة مع القانون المصري في سلطة التعديل:

يتفق كل من القانون المصري والنظام السعودي في اقرار وضع الإدارة سلطة التعديل في العقد بالزيادة والنقصان وإن كانت هناك تفاوت في تلك النسب حيث وحد المشرع المصري النسبة في الزيادة عنها في النقصان مع التمييز في انواع العقود التي تجري عليها بخلاف المنظم السعودي الذي لم يهتم بتلك التفرقة بين العقود وإنما جعل الزيادة

[١]–المادة (٤٣) من نظام ١٤٢٧هـ وهي تقابل المادة (٦٨) من الفصل الرابع "تعديل الاسعار وأوامر التغيير من نظام ١٤٤٠هـ والتي اشتملت على كل ما ذكر مع اضافة سبب اضافي في فقرة (٣) منها وهي الصعوبات المادية التي لم يكن التنبؤ بها لحظة ابرام العقد، ولعل كل ذلك يعضد موقف واستثنائية السلطة الادارية من حيث سلطاتها بموجب العقد الإداري ومن ثم يقلل من الالتجاء الى المحكمة لإعادة التوازن، كما أجازت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٤٠هـ والمعدلة بالقرار الوزاري رقم ٣٤٧٩ بتاريخ ١٤٤١/٨/١١هـ –التعويض عن زيادة اسعار المواد الأولية في "ثانياً" من المادة (١/٣) منها وهو نص مستحدث لم نجد له مقابل في ظل النظام الملغي بالإضافة الى استثناء سريان التعديل في الاسعار في بعض العقود، عقود هامش الربح المحدد.

في نسبتها تختلف عن النقصان. وهناك فرق آخر يتجلى في اشتراط النظام السعودي ارتباط الزيادة بموضوع العقد الاصلي وهو مالم ينص عليه المشرع المصري، وفي تقديري أن الاخير عده من البديهيات التي لا تستوجب النص عليها صراحة، أما الفرق الثالث لم ينص النظام السعودي على زيادة مدة العقد في ذات المادة المتعلقة بالزيادة في الالتزامات وإنما اوردها في نص آخر مستقل، بخلاف المشرع المصري الذي تطلبها ضمن شروط التعديل في العقد بالزيادة أو النقصان فهو فارق شكلي من حيث الصياغة وإن كان كلا القانونيين تطلب ضرورة تمديد العقد في المدة بما يتناسب مع زيادة أو انقاص التزامات المتعاقد[١]، بالإضافة لما سبق فإن المشرع المصري لم يستلزم موافقة المتعاقد وذلك حالة ما إذا كانت الأعمال ضرورية تشتمل على كميات لا يوجد لها مماثل في العقد الأصلي وبعد دراستها من اللجان صاحبة الاختصاص حال تم التعديل وإنما تطلب فقط موافقة السلطة المختصة بالتعديل وهو ما يتفق مع جوهر وفكرة الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" في العقود الإدارية بخلاف النظام السعودي الذى تطلب موافقة المتعاقد وأوجد له الحق في الخيار في تنفيذ الأعمال الاضافية أو رفضها ومن ثم عرضها لمتنافسين آخرين حسب ما ينص النظام .

[١] -المادة (١/٧٤) من نظام ١٤٤٠هـ

وهذا في ظني ضمان آخر بعد اشتراط المنظم السعودي ضرورة اتصال الأعمال الاضافية بموضوع العقد الأصلي ولا تكون منفصلة عنه، فيلاحظ هنا وإن كان الحق كاملاً للإدارة بموجب ما استقر عليه الفقه القانوني والقانون المقارن ولكن مع ذلك نجد أن المنظم السعودي قد راعى أكثر للمتعاقد معه، وفي تقديري أن ذلك يتفق مع الروح الاسلامية في التعامل والرفق بالآخر الضعيف.

ختاماً رغم ما اشرت اليه من فوارق بين كل من القانونيين إلا ان هناك تلاقي وتوافق بينهما في شروط التعديل ومنها ضرورة موافقة صاحب الاختصاص قبل أعمال الزيادة أو النقصان ثم اشتراط توافر المواد المالية اللازمة وأن يكون ذلك خلال فترة سريان العقد، وألا يترتب على التعديل الاقرار بمركز المتعاقد مع بقية المتنافسين[١].

وفي تقديري كان الأجدر بالمنظم السعودي أن يسلك مسلك القانون المصري فيما يتعلق بالزيادة والانقاص في التزامات المتعاقد وفقاً لطبيعة عقد الالتزام محل التعاقد، اما فيما يتعلق بالأسعار فقد قرر المشرع المصري في نظامه الحالي أنه في عقود المقاولات التي يستغرق تنفيذها أكثر من ثلاثة أشهر فقد استوجب مراجعة اسعارها

[١]– المواد من النظام السعودي (٦٩) نظام ١٤٠٠هـ والمادة ١١٤ لائحة ١٤٤١ والمادة (٣٦) من نظام ١٤٢٧هـ والمادة (٥٨) من لائحة ١٤٢٨هـ والتي تقابلها المواد في القانون المصري المادة (٤٦) من قانون ٢٠١٨ والمادة (٧٨) من لائحة ١٩٩٨م

وهو على خلاف ما كان في القانون الملغي حيث لا يوجد مقابل لذلك في النظام السعودي الحالي أو السابق ولعل ذلك مرجعه الحالة الاقتصادية لكلا البلدين فكل مشرع يقرر ما يراه من نصوص تتوائم مع طبيعة بلده وتحقق أهدافه ومصالحه[١].

المطلب الثالث الغرامات:

تفرض على المتعاقد غرامة في حالة التأخر في التسليم حسب مواعيد العقد، أو حال تم التسليم ماديا وليس قانونيا ولكنه لم يكن وفقاً للمواصفات وتبعاً لذلك تختلف قيمة الغرامة حيث أنها لا تتجاوز الستة بالمائة في عقود التوريد وعشرة بالمائة في باقي العقود تبعاً للحالة الأولى[٢]، وفي الحالة الثانية- أي التقصير- حيث كان محل العقد تنفيذه مستمراً كعقود الصيانة والتشغيل فلا تتجاوز قيمة الغرامة عشرة بالمائة مع خصم قيمة الأعمال المتبقية بموجب العقد المبرم[٣] ولم يتم تنفيذها من قبل المتعاقد،

---

[١]- راجع بشأن ذلك الشرط الخاص بالتعديل في حجم وقيمة العقود في القانون المصري ، المادة (٤٧) من قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ حيث لا مقابل لها في قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وإنما وردت بالتعديل (بالإضافة) في قرار لاحق لوزارة المالية رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ على القرار ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ والخاص بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون ١٩٩٨ أما فيما يلي النظام السعودي فلا مقابل صريح لتلك المواد من القانون المصري وإن كانت المادتان (٦٨) من نظام ١٤٤٠هـ والمادة(٤٣) من نظام ١٤٢٧هـ والمادة (١١٤) من لائحة ١٤٤٠هـ يمكن أن تستوعبان ذلك بصورة عامة.

[٢]- المادة (٤٨) من نظام ١٤٢٧هـ

[٣]- المادة (٤٩) من نظام ١٤٢٧هـ.

مع التعويض لجهة الإدارة لما لحقها من خسارة وذلك بأن يلتزم المتعاقد بسداد نفقات الاستشاري خلال مدة التأخير جزاء له[١] وليس لكامل مدة العقد، وهذا أمر بديهي سار عليه قضاء لجنة تدقيق القضايا حيث جاء "تعويض–اضرار مباشرة–التعويض يتناول ما لحق المدعية من اضرار بسبب تعطيل المعدات والآلات وما تحملته من عملات بنكية على الضمان خلال مدة التأخير وبسبب الارتفاع في الاسعار –ضوابط التعويض ومقداره"[٢]، ومنه ايضاً "التعويض–اضرار مباشرة– التعويض عن الاضرار المباشرة المترتبة على فترة التأخير في تسليم الموقع وتتمثل في تعطيل العمالة والمعدات وعمولات الضمان البنكي والزيادة في الاسعار –التعويض عن زيادة الاسعار يقتصر على مدة التأخير دون كامل مدة العقد"[٣].

[١]– المادة (٥٠) من نظام ١٤٢٧هـ.

[٢]– القاعدة ٩١/ج القضية ١/٢٦/ق لعام ١٣٩٧ بتاريخ ١٤٠٠/٢/٢٦هـ مجموعة المبادئ الشرعية النظامية التي تصدرها لجنة تدقيق القضايا، ص٧٥.

[٣]– القاعدة ١٤ب، القضية ١/٣٦٥/ق لعام ١٣٩٧ جلسة ١٤٠٠/٣/٨، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي تصدرها لجنة تدقيق القضايا، ص١٠٨،

يلاحظ مما سبق أن العبرة بمدة التأخير وذلك ليس بكامل مدة العقد والمعيار في تحديد التأخير وفقاً للائحة[١] مرور فترة اسبوع حيث لم يحدد ذلك في العقد وهذا ما كان سائداً في قضاء لجنة التدقيق حيث جاء ذلك في "غرامة التأخير –التجاوز عنها في حالة تأخر المتعاقد لمدة اسبوع لإكمال النواقص –اساس ذلك–مبادئ الشريعة الاسلامية السمحة توصي بالنظر في اعفاء المتعاقد لقصر المدة على نحو لا يترتب عليه عادة بالإخلال بحسن سير المرفق العام والاضرار به"[٢].

على ان يكون تقدير غرامة التأخير على أساس قيمة ما تبقي من اعمال لم تنفذ او نفذت على خلاف المواصفات شريطة ان لا تؤثر على الانتفاع بما تم تنفيذه وهو ما عليه القانون المصري[٣]، وعلى ذلك سار قضاء ديوان المظالم في المملكة حيث

---

[١]- المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٣٦٢) بتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ.

[٢]- القضية رقم ١/١/ق لعام ١٣٩٨ بتاريخ ١٤٠٠/٣/٢٢هـ مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية، ص ١٤٢.

[٣]- المادة (٨٤) الفقرة (د) من لائحة نظام المنافسات ١٤٢٨هـ، وهي تطابق المادة (٤٨) الفقرة (١) من قانون ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ تنظيم التعاقدات التي تبرمها الدولة.

قضى بـ" إيقاع غرامة التأخير على كامل قيمة العقد حال عدم الاستفادة من المشروع"[١].

في غضون ذلك فإن النظام الحالي نسبة غرامة التأخير في باقي العقود بخلاف عقد التوريد في حالتي التقصير أو التأخير أصبحت عشرين بالمائة مع إمكانية زيادتها بتوافر شرطين الأول منهما ضرورة موافقة وزير المالية أما الثاني فهو معرفة مقدمي العروض النسبة المقررة قبل الدخول في المنافسة، أي أن نسبة غرامة التأخير في تلك العقود يمكن أن تتفاوت فيما بينها شريطة أن لا تقل نسبتها عن عشرين بالمائة وهذه من نقاط الاختلاف مع النظام السابق[٢] ويضاف لنقاط التباين بين النظام الحالي والسابق في غرامة التأخير المقررة على العقود المختلطة حيث أنها تحتسب على أساس النسبة المقررة قانونا حسب طبيعة كل جزء مع مراعاة الفصل بين تلك الأجزاء

[١]–القضية رقم ٦/٣٣/ق لعام ١٤٢٨هـ، رقم الحكم الابتدائي ٥٠/د/أ/٢٤ لعام ١٤٢٩هـ، رقم حكم الاستئناف ٣٠١/ إ س/١ لعام ١٤٢٩هـ، تاريخ الجلسة ١٤٢٩/٦/٢٧هـ. حيث تلخصت وقائع الجلسة في أن المدعي "المقاول" طالب بالإعفاء من غرامة التأخير والاشراف، حيث قضي برفض دعواه لأن اللجنة المكلفة بالاستلام للموقع أكدت عدم إمكانية الانتفاع بما تم تسليمه من المدعي لكون أن أعمال الكهرباء والصرف الصحي وشبكة المياه، أنظمة الحريق لم يتم انجازها من قبله وعلى ذلك فإن تقدير الغرامة يقدر على أساس القيمة الكلية للعقد وليس على قيمة الأعمال غير المنفذة، مجلد ٥، لعام ١٤٢٩هـ، ص٢٠١٧.

[٢]– المادتان (٧٢) و(٧٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ١٤٤٠هـ.

في العقد هذا في النظام السابق[١]، ويلاحظ أن هذا النص لم يعالج القصور المترتب على تلك العقود حيث لم يراعى فيها ذلك الفصل وهو ما تداركه النظام الحالي إذ تقدر الغرامة وفقاً لغالب النشاط المدرج في العقد بإضافة فقرة جديدة للمادة محل التنظيم في اللائحة السارية[٢].

وبنفس الطريقة فإن كلا النظامين اتفقا في تقدير الغرامة إذا كانت الجزء المتبقي لأغراض التقصير أو التأخير لا يؤثر على ما تم تنفيذه[٣].

وجه المقارنة مع القانون المصري:

بناء على ما سبق يتفق كل من القانون المصري "سابقه والحالي، النظام السعودي، سابقه والحالي "في النص على التأخير واقرار غرامة له تمييزه عن حالة التقصير[٤] مع تباين الأحكام المترتبة على ذلك في كليهما ففي التأخير يتفقان في اعفاء المتعاقد

[١] -المادة (٨٥) من لائحة ١٤٢٨هـ.

[٢] -فقرة (٢) من المادة ١٢٣ لائحة ١٤٤١هـ.

[٣] - المادة (١٢٢) من اللائحة التنفيذية المعدلة الصادر بالقرار الوزاري رقم (٣٤٧٩) بتاريخ ١٤٤١/٨/١١هـ.

[٤] - سنتناوله بمشيئة الله ذلك عند الحديث عن الفسخ وسحب الاعمال التنفيذ على حساب المتعاقد في النظام السعودي.

من الغرامة مع اعطائه مهلة شريطة أن يكون ذلك بسبب خارج عن إرادته[١] حيث تطلب القانون المصري أخذ رأي إدارة الفتوى المعنية بمجلس الدولة[١] بينما تطلب النظام السعودي موافقة وزارة المالية[٢]. ولعل هذا فرق واضح بين كلا النظامين.

[١]- مع ملاحظة أن النظام السعودي سواء الحالي أو السابق أورد حالات أخرى ولكنها في تقديري لا تخرج عن المعنى العام "لا يد للمتعاقد فيه "وتتلخص في تكليف المتعاقد بأعباء زائدة عما تم الاتفاق عليه مسبقا في العقد شريطة موائمة التمديد مع الأعمال الزائدة من حيث الحجم ،الطبيعة وتاريخ اضافتها للعقد ،أو تم التوقيف الكلي أو الجزئي نتيجة لأمر سابق صادر من الجهة الإدارية دون أن يكون للمتعاقد يد في ذلك ،أو إذا لم تفي الاعتمادات المالية المقررة لتنفيذ المشروع حسب المدة المحددة في العقد وفقا للمادة (٥٥) من نظام ١٤٢٧هـ حيث تطلب النظام إزاء تلك الحالات ضرورة موافقة وزارة المالية وفقا للمادة (٩٢) من لائحة ١٤٢٨هـ .

تجدر الإشارة أن تلك الحالات فقط تكون في حالة تمديد العقد أما التمديد والإعفاء يكون إذا كان هناك ظرف طارئ أو خارج عن إرادة المتعاقد وفي هذه تطلبت اللائحة التنفيذية أن لا يقرر في ذلك إلا بعد الاستلام الجزئي وفقا لمنطوق المادة (٩٣) من اللائحة التنفيذية لسنة ١٤٢٨هـ ،أما النظام السعودي الحالي نجده قد قرر تمديد العقد الأصلي والإعفاء من غرامة التأخير موردا ذات الأسباب التي جاءت في النظام السابق ولائحته التنفيذية إلا أنه اختلف عنه في أنه لم يفرق في أسباب الإعفاء من الغرامة "أسباب التمديد أي أنه قرر الإعفاء من الغرامة وتمديد العقد الأصلي لذات الأسباب على خلاف سابقه والذي قرر أسباب تمديد العقد والإعفاء من لغرامة وأسباب أخرى للتمديد فقط وإن كنا لا نرى داعيا للتفرقة بينهما وحسنا فعل المنظم السعودي ذلك لكون كل الأسباب الواردة في المادة سابقاً وحالياً تخرج عن إرادة المتعاقد، أيضاً يلاحظ أن النظام الحالي واللائحة التنفيذية رتبا اجراءات تختلف عن الماضي إذ أنه استوجب في حالة الظرف الطارئ أو الأسباب الخارجة عن إرادة المتعاقد أن يقوم الاستشاري للمشروع محل التنفيذ بإعداد تقرير فني يرفع لجهة الإدارة خلال إحدى وعشرون يوماً من استلام طلب التمديد من المتعاقد، حال كان المشروع يستدعي وجود استشاري وإلا يرفع مباشرة لجهة الإدارة موضحاً فيه الأسباب والمبررات الداعية للتمديد وخلال الثلاثين يوماً تتولى جهة الإدارة دراسة تقرير الاستشاري أو طلب المتعاقد بحسب الحال ثم يرفع

كذلك يتفقان في أن فرض غرامة التأخير لا تحول دون جهة الإدارة وسلطتها في استيفاء التعويض ويختلفان في خصم أي مبالغ مستحقة أو قد تستحق لدى ذات الجهة او جهة غيرها سواء تعلقت بموضوع المنافسة (المناقصة) أم لا وهو ما اجازه النظام المصري بخلاف القضاء السعودي الذي تطلب أن يكون المبلغ المستقطع ذو علاقة بموضوع المنافسة محل التأخير[٣] حيث قضي لذات الجهة دون غيرها "بأحقية جهة الإدارة في حسم المبالغ المستحقة لها من مستحقات المقاول لديها دون مستحقاته لدى الجهات الأخرى[٤].

الأمر الى لجنة فحص العروض تمهيداً لعرضه على صاحب الصلاحية وبتمام موافقة الأخير يتم اخطار الاستشاري بتعديل المدة بما يتوافق مع التمديد للعقد الأصلي في مدة لا تتجاوز سبعة أيام من استلام الموافقة، أو اخطار المتعاقد مباشرة للتقيد بالمدة التي حددتها موافقة صاحب الصلاحية بينما كانت اللائحة التنفيذية تطلب موافقة وزارة المالية (المادة (٧٤) نظام ١٤٤٠هـ-،المادة(١٢٦) اللائحة التنفيذية لسنة ١٤٤١هـ ،المادة (٩٢) اللائحة التنفيذية لسنة ١٤٢٨هـ).

اما القانون المصري لم يختلف سابقه عن حاضره (قانون ١٩٩٨ أو لائحته التنفيذية ١٩٩٩ المادتان م (٢٣) و(٨٣) على التوالي والقانون الحالي لسنة ٢٠١٨ المادة (٤٨) والمادة (٩٨) اللائحة التنفيذية فيما يتعلق بغرامة التأخير، وللاستزادة يمكن الرجوع الى الجزء الخاص بغرامة التأخير في القانون المصري في هذا البحث.

[١]- المادة (٢٣) قانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٢]- م (٩٢) لائحة ١٤٢٨هـ.

[٣]- المادة (٢٣) قانون ١٩٩٨ والمادة (٤٨) قانون ٢٠١٨.

[٤]- قضية ابتدائية ٨/٤٤٥/ق لعام ١٤٣٥هـ، استئناف ١٦٩٧ /ق لعام ١٤٣٦هـ، تاريخ الجلسة ١٤٣٦/٩/٧هـ حيث تتلخص وقائع الدعوى في أن المقاول والمدعي قد صدر في مواجهته قرار

وأخيراً تقدير غرامة التأخير استنادا على مدة التأخير فقط ام تشمل كامل مدة العقد بناء على ما تم تسليمه ومدى استفادة الجهة الإدارية فيما أنجز ام لا[١].

المطلب الرابع سحب الاعمال–الفسخ–التنفيذ على الحساب:

يمكن للجهة الإدارية وفقاً للنظام السابق ولائحته التنفيذية سحب الأعمال من المتعاقد ومن ثم لها الخيار في الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد إذ أنه في كلا الحالتين لا يحول ذلك دون حقها في التعويض عن الأضرار التي لحقت بها، حيث يكون السحب منه بأي من الأسباب التي أوردها النظام على سبيل الحصر والتي تتمثل في[٢]:

- الرشوة: إذا قدمت من صاحب العرض الفائز لأحد موظفي الجهات الإدارية الخاضعة لأحكام النظام سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير ذلك بواسطته أو بواسطة غيره ونجم عن ذلك رسو العطاء عليه.

المدعى عليه (الجهة الإدارية) يقضي بعدم صرف مستحقاته المالية لدى الجهات الحكومية لحين وفائه بالتزاماته بموجب العقد المبرم معها حيث نص على قراراها مخالفته للقانون.

[١]– سبقت الإشارة الى ذلك تفصيلاً في موضع آخر من شرط الغرامات.

[٢]–المادة (٥٣) من نظام ١٤٢٧هـ.

- حال عدم الالتزام بالمواعيد المدرجة في العقد المبرم: سواء تعلق ذلك ببداية العمل أو لم يستلم المشروع محل التعاقد وتم إعذاره كتابة ولم يمتثل في مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ اخطاره بذلك.
- التنازل عن العقد "التعاقد من الباطن": إذا تخلى المتعاقد عن العقد لغيره أو تشارك مع آخر على تنفيذه دون أخذ الموافقة الكتابية اللازمة من جهة الإدارة حيث أن الحصول عليها قبل البدء في التنفيذ يدفع السبب الموجب لسحب المشروع.
- افلاس، اشهار افلاس، اعسار، الوضع تحت الحراسة: إذا توقف المتعاقد عن سداد الديون معسرا أو في حال كان شخص اعتباري خاص (شركة) تمت تصفيتها أو حلها ويتساوى في ذلك كان السبب قضائي أو اتفاقي.
- وفاة المتعاقد: إذا توفي المتعاقد وكان شخصيته محل اعتبار، حيث يمكن الاستمرار في التنفيذ مع الورثة (خلف عام) شريطة ان تكون لديهم القدرة المالية والتنفيذ بذات المواصفات التي تم الاتفاق عليها مع سلفهم.

غني عن البيان الى أن اللائحة التنفيذية لذات النظام قد رتبت بعض الأحكام الخاصة بالسحب إذ تطلبت أن تكون ممارسة الجهة الإدارية سلطتها في السحب بعد انتهاء

فترة العقد (العقد الزمني) حيث تقدر غرامة تأخير من تاريخ انتهاء العقد وحتى تاريخ السحب[١].

اجراء السحب: يتم بناء على توصية لجنة فحص العروض أو لجنة الشراء المباشر بقرار من الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة مع ضرورة اعلام المتعاقد بخطاب مسجل[٢]. والخيارات المتاحة لجهة الإدارة بعد اجراء السحب تكون في التفاوض مع المتعاقد التالي بغرض تنفيذ ما تبقي في محل العقد الأصلي بذات الشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها مع المتعاقد المقصر في التنفيذ ثم الذي يليه وهكذا فالمقصود بذلك جملة المتعاقدين الذي تلوا المتعاقد الأول في المرتبة ولكنهم لم تتم الترسية عليهم حيث تم استبعادهم[٣] رغم استيفاءهم لشروط العرض محل المنافسة.

ثم تليها مرحلة أخرى وهي التفاوض مع جميع من تقدم وتشمل جميع من تقدم وتم استبعادهم وذلك لعدم استيفاء الشروط عليهم وذلك حال تعذر الاتفاق مع الفئة الأولى، أي تعذر ذلك فيطرح الأمر عن طريق الشراء المباشر[٤]. إذا كانت قيمة

---

[١]–المادة (٨٦) اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٣٦٢ بتاريه ١٤٢٨/٢/٢٠هـ.

[٢]–المادة(٩٨) لائحة ١٤٢٨هـ.

[٣]–المادة (١٠٠) الفقرة (أ) من اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٣٦٢ بتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ.

[٤]– المادة (١٠٠) الفقرة (ب)

الاعمال لا تزيد عن مليون ريال سعودي[١] شريطة أن يتم التنفيذ بذات ما استقرت عليه الاسعار في السوق وإلا في حال تعذر كل ذلك وكخيار أخير فإن الاعمال المسحوبة تطرح منافسة عامة وفق لأحكام النظام واللائحة[٢].

جدير بالذكر أن جميع الخطوات السابقة الزامية للجهة الإدارية حيث أنها واجبة الاتباع بذات الترتيب المشار اليه، أما إذا كانت قيمة ما سحب من اعمال في حدود مائة ألف ريال فلجهة الإدارة حرية التقدير في تنفيذها وفقاً لتقديراتها[٣]. فإذا كانت هناك فروقات في الاسعار ناشئة عن التنفيذ أي زادت الاسعار مثلاً عما كان متفق حوله في العقد فيرجع على المتعاقد بسداد تلك الفروقات في الاسعار والعكس صحيح، أي إذا كان هناك فائض من مبلغ التنفيذ فالأولى به المتعاقد الأصلي وهذا ما قضى به في ديوان المظالم حيث جاء: "عقد-اشغال عامة-عدم انجاز المتعاقد للأعمال-خيار الجهة بين فسخ أو التنفيذ على الحساب-أحقية المتعاقد في الوفر الناتج عن تنفيذ العقد على الحساب"[٤].

---

[١]- المادة (٤٤) نظام ١٤٢٧هـ.

[٢]-المادة (١٠٠) الفقرة (ج) من اللائحة.

[٣]- المادة (١٠٠) الفقرة (هـ).

[٤]- قضية رقم ١/١٣٣٩/ق لعام ١٤٢٣هـ، رقم الحكم الابتدائي ٧٠/د/إ/٢ لعام ١٤٢٩هـ، رقم حكم الاستئناف ٣٧٣/إ س/١ لعام ١٤٢٩هـ، تاريخ الجلسة ١٤٢٩هـ، ١٤١٣هـ/مجلد ١٧، ١٤١٥،

كما يحق للجهة الإدارية الحجز على جميع المواد والمعدات الموجودة بالموقع محل السحب على أن تعاد للمتعاقد بعد انجاز المشروع بالكامل وتسوية الحساب الختامي (شرط وصلاحيات غير مألوفة –استثنائية)[١] على أنه يحق لها استعمالها في تنفيذ ما تبقى من أعمال بحيث يتم تقدير قيمة المواد ومقدار اجرة استخدامها حسب الاسعار المتبعة في السوق[٢]هذا فيما يلي النظام الملغي، أما فيما يلي النظام المطبق الآن فيلاحظ أن الأخير قد اختلف عن سابقه في أنه فرق بين السحب وانهاء العقد بالفسخ حيث أنه قد تحدث عن إمكانية السحب الجزئي والتنفيذ على حساب المتعاقد ولكن شريطة اعذاره[٣] وفقاً للإجراءات ومثاله في العقود ذات التنفيذ المستمر يتم سحب الأعمال قبل المدة المحددة في العقد بثلاثين يوماً وتنفيذها على حسابه وذلك بعد تشكيل لجنة فنية بحضور المتعاقد أو ممثله يلتزم فيها بإنجاز ما عليه من أعمال خلال المدة المحددة في العقد المبرم بمعالجة الاختلافات الناتجة عن أي تقصير

المجلد السابع عشر، ١٤٢٩ المجلد السابع عشر،١٤٢١هالمجلد السابع عشر، ١٤٢٣هـ المجلد السابع عشر، ١٤٢٩هـ المجلد الخامس، ١٤٣٤هـ المجلد الرابع، ١٤٣٦هـ، المجلد الخامس. مجموعة الأحكام الإدارية،

[١]– المادة (١٠١) الفقرة (ب) لائحة ١٤٢٨هـ.

[٢]– المادة (١٠١) الفقرة (ج) من لائحة ١٤٢٨هـ.

[٣]– المادة (٧٥) نظام ١٤٤٠هـ.

منه[١] وحال تعذر ذلك يتم السحب أو التنفيذ على الحساب. وفي حالة أخرى يتم التنفيذ على الحساب والذي في تصوري أرى أنه لا يخرج عن مفهوم السحب، أي إذا لم يتم السحب ولا يتحقق التنفيذ على الحساب، ففي عقود الإنشاءات يلتزم المقاول بضمان المشروع محل العقد لمدة سنة كاملة من تاريخ الاستلام الابتدائي من قبل الجهة الإدارية حيث لا يمنع استلامها من الانتفاع بمحل العقد على انه إذا لم يوفي المتعاقد بالتزامه بالصيانة ويخرج عن ذلك اعمال الصيانة الروتينية[٢] تولت جهة الإدارة صيانتها على نفقة المتعاقد الاصلي مع ضرورة أن يكون ذلك وفقاً لما هو سائد من اسعار في السوق في مثل تلك الحالات[٣] يكون السحب عند اخلال المتعاقد بأي من[٤] البنود التي كلف بها شريطة إعذاره على ان يتولى توفيق أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً والا سحبت منه الاعمال وتم التنفيذ على حسابه وفقاً لأسعار السوق

[١]- المادة (١٢٩) الفقرة(١) اللائحة التنفيذية ١٤٤١هـ وهي تقابل المادة (١١٠) من لائحة ١٤٢٨هـ.

[٢]- المادة (١٢٨) الفقرة (٣) لائحة ١٤٤١هـ.

[٣]-المادة (١٢٨) الفقرة (٢) لائحة ١٤٤١هـ.

[٤]-هذه الجزئية تقابل القانون المصري المادة (٥١) قانون ١٨٢ لسنة٢٠١٨.

في مثل تلك الحالات حيث لم نجد لها مقابلاً في النظام السابق أو اللائحة التنفيذية[١].

حيث أن اجراءات سلطة السحب هي ذاتها المتعلقة بالإنهاء[٢]. كذلك لم نجد مقابلاً في النظام الحالي ولائحته التنفيذية بخلاف لائحة١٤٢٨هـ[٣] ما يفيد امكانية جهة الإدارة في الحجز على المواد والمعدات وإن كانت اللائحة قد خولتها الحجز على مستحقات المتعاقد بما لا يتجاوز قيمة الاعمال التي سيتم تنفيذها على حساب المتعاقد الاصلي (المقصر) وذلك بصورة مؤقتة الى حين سداد قيمة ما تم تنفيذه على حسابه[٤]. حيث أن تنفيذها يكون بذات المواصفات التي تعثر فيها المتعاقد المقصر[٥].

تجدر الإشارة أن النظام الساري أوجب على الجهة الحكومية إنهاء العقد (سلطة وجوبية) متى توافرت أي من الاسباب التالية حيث لا تتمتع بسلطة تقديرية في

[١]–المادة (١٣٦) من لائحة ١٤٤١هـ مقروءة مع المادة (٧٥) من نظام ١٤٤٠هـ.

[٢]– المادة (١٣٦) الفقرة (٢) لائحة ١٤٤٠هـ وهي تقابل المادة (٩٨) لائحة ١٤٢٨هـ باعتبار أن النظام السابق لم يفرق بين السحب والانهاء كما سبقت الاشارة بذلك.

[٣]المادة (١٥١) الفقرتان (ب) و(ج).

[٤]– المادة (١٣٧) لائحة ١٤٤١هـ.

[٥]–المادة (١٣٨) لائحة ١٤٤١هـ.

استخدام السلطة وإن كان مجال التقدير موجود في مدى تحقق الاسباب الموجبة للإنهاء أم لا وذلك في حالات محددة هي:

- الرشوة: واضيف اليها الغش أو التحايل او التزوير أو التلاعب (بمعنى أن سلوك ملتوي او مخالفاً للأنظمة يستخدمه المتعاقد بغرض الحصول على العرض او الفوز به، حيث أنها عبارات مطاطة ولا توجد لها تعريفات منضبطة باللائحة أو النظام محل البحث[١].
- الافلاس، اشهار الإفلاس، الاعسار، الوضع تحت الحراسة، شركة تم تحلها أو تصفيتها[٢].
- التنازل لغيره عن العقد محل الابرام[٣] حيث أنها ذات الحالات التي سبق النص عليها في المادة (٥٣) من النظام السابق، إلا ان النظام الحالي جعلها سبباً للإنهاء الوجوبي وبعضها أسباب جوازيه يمكن للجهة الإدارية استخدام سلطتها التقديرية فيها فللأسباب الجوازيه للفسخ وفقاً للنظام الحالي[٤].

١- المادة (٧٦) الفقرة (١) (أ) من نظام ١٤٤٠هـ.
٢- الفصل الثاني (إنهاء العقود) المادة (٧٦) الفقرة (١) (ب)
٣- المادة (٧٦) الفقرة (١) الفقرة (ج).
٤-المادة (٧٦) من نظام ١٤٤٠هـ.

- عدم التقيد بالمواعيد المحددة في العقد سواء في البداية أو عند الفراغ من المشروع وتسليم العقد[١].
- عند وفاة المتعاقد وكانت شخصيته محل اعتبار (شريطة موافقتهم) حيث نص صراحة على موافقتهم وهو مالم ينص عليه في النظام السابق مع ضرورة توافر المؤهلات الفنية والمالية لديهم[٢].
- حالة التعاقد من الباطن دون أخذ الموافقات اللازمة والمسبقة من الجهة الحكومية[٣] ولعل هذا فرق آخر إذ أن النظام الحالي ميز بين التنازل للغير والتعاقد من الباطن والسؤال هنا هل هناك فرق؟ للإجابة في تقديري كان يمكن ان يكون هناك فرق إذا صار التنازل من غير مقابل أم بخلاف ذلك فلا اعتقد أن تتم التفرقة بينهما لان في كلا الحالتين لم تتحقق جهة الإدارة من كفاءة والمؤهلات الفنية والمالية لمن تولى التنفيذ الفعلي على أرض الواقع وفي رأي أن هذا النص مأخوذ من القانون المصري وكان الأولى ألا تتم

١– المادة (٧٦) الفقرة (٢) (أ).
٢–المادة (٧٦) الفقرة (٢) (ب).
٣–المادة (٧٦) الفقرة (٢) (ج).

التفرقة والتمييز بينهما إلا وفقاً للمعيار او المبرر الذي ذكر آنفاً وإلا فما الداعي لذلك كون أنه ليس هناك مبرراً يستوجب ذلك.

يضاف لجملة الفروقات ان الاجراء المترتب على الانهاء ايضاً يختلف عما كان سائداً في النظام السابق حيث أن الأعمال المتبقية تطرح بذات الاسلوب الذى طرحته به أولاً على المتعاقد المذكور في أي من الاحوال السابقة أو إجراء منافسة محدودة لمقدمي العروض الذين استوفوا الشروط ولم يحظوا بالمنافسة والذين تلو المتعاقد المقصر في الترتيب وذلك بخلاف الخطوات التي تطلبها النظام السابق ومن ضمنها الشراء المباشر[١].

حيث أنه وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة يمكن للجهة الإدارية إنهاء العقد أو في حال الاتفاق بين جهة الإدارة والمتعاقد شريطة موافقة المالية على ذلك[٢] على أنه في كل الأحوال لا يتم الانهاء إلا بذات الطريقة التي يتم بها وفقاً للنظام السابق-من صاحب الصلاحية بناء على توصية اللجان المختصة مع ضرورة اخطار المتعاقد، أي ان الآلية واحدة في كلا النظامين -[٣]. فرق آخر يجب ان لا يقل عدد المتنافسين

---

[١]- المادة(٣٢) الفقرة (٣) من نظام ١٤٤٠هـ مقروءة مع المادة (١٠٠) الفقرة (هـ) من اللائحة التنفيذية لسنة ١٤٢٨هـ.

[٢]- المادة (٧٧) نظام ١٤٤٠هـ.

[٣]- المادة (١٣١) الفقرة (١) لائحة ١٤٤١هـ وهي تطابق المادة (٩٨) من لائحة ١٤٢٨هـ.

بعد المتعاقد المقصر عن ثلاثة وهو ما لم يطلبه النظام السابق لأنه لم يتطرق اصلاً لمنافسة محدودة وإنما منافسة عامة.[١]

وجه المقارنة مع القانون المصري:

يجدر ذكره أنه في حالة الفسخ التلقائي أي الوجوبي للعقد الإداري تطابق كلا من القانون المصري والنظام السعودي في اقرار الرشوة كسبب مع اضافة النظام السعودي لعبارات مثل التحايل والتلاعب والتزوير ... الخ كما سبق بيانه مما يؤكد أن المنظم السعودي قد أخذها من القانون المصري المعدل وعدل عليها في القانون الحالي كما أن العبارات الواردة في النظام السعودي مطاطة وتوسع دائرة واسباب الفسخ الموجب للعقد[٢] هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن افلاس المتعاقد أو إعساره أيضاً سبباً موجباً لفسخ وانهاء العقد الإداري مع اضافة النظام السعودي السابق والحالي اليها طلب شهر الافلاس، أو وضعه تحت الحراسة، او كانت شركة جرى تصفيتها أو حلها مع ملاحظة أن هذه الفقرة توجب فسخ العقد في كل من القانون المصري والنظام

[١]– المادة (١٣١) الفقرة (٤) من لائحة ١٤٤١هـ.

[٢]– المادة (٥٣) الفقرة (أ) نظام ١٤٢٧هـ والمادة (٧٦) (١) (أ) نظام ١٤٤٠هـ والمادة (٢٤) من قانون رقم ٨٩ لسنة١٩٩٨.

السعودي[١] على سبيل الوجوب. كما اضاف القانون المصري سلطة تقديرية للإدارة في فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد حال اخلال المتعاقد معها ولكن بعد اخطاره بذلك[٢]. حيث اشار القانون المصري الحالي والسابق الى إمكانية وضع اسم المتعاقد الذي فسخ معه العقد في القائمة السوداء وفق اجراءات معينة[٣] وهو مالم يتبعه النظام السعودي ولعل هذا فرق بين كلا القانونيين، حيث يتطلب القانون المصري ضرورة اخطار المتعاقد بذلك حال الفسخ الجوازي دون الفسخ الوجوبي بخلاف النظام السعودي الذي تطلب ذلك في الفسخ الوجوبي وهو ما لا نرى في تقديرنا حاجة له وإن كانت اسباب الفسخ الوجوبي في القانون المصري كما سبقت الإشارة اليه آنفاً متضمنة في النظام السعودي.

كذلك أتاحت اللائحة[٤] حق الجهة الإدارية عند سحب العمل موضوع العقد من المتعاقد الحجز على أي معدات أو ادوات مكان المشروع دون أن تضمنها أو تدفع

---

[١]- المادة (٥٣) (د) نظام ١٤٢٧هـ والمادة (٧٦) الفقرة (ب) من نظام ١٤٤٠هـ والمادة (٢٤) قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٢]- المادة(٨٤) لائحة ١٩٩٩ والمادة (٢٥) من قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

[٣]- راجع بشأنها تفصيلا في موضع الفسخ في القانون المصري.

[٤]- المادة (٨٤) لائحة ١٩٩٩.

مقابلها وذلك بخلاف النظام السعودي[١]. يدفع للمتعاقد قيمة استخدامها وفق اسعار السوق.

أيضاً اشارت لائحة ١٩٩٩ الى حق الجهة الإدارية في الحجز عليها استيفاء للحقوق وإمكانية عرضها للبيع في المزاد إذا لم يوفي المتعاقد بما عليه لها. بينما اشارت اللائحة الحالية١٤٤١ هـ الى سلطة جهة الإدارة في الحجز على مستحقات المتعاقد معها وفقاً لقيمة الاعمال التي لم تنفذ (المسحوبة) وذلك كوسيلة لضمان حقوقها في مقابلة المتعاقد الى حين وفائه بالدين الذي عليه أو تتولى الخصم من أي مبالغ مستحقة له لديها دون اشارة صريحة الى سلطتها في البيع ولعل ذلك فرق يضاف لقائمة الفروق بين النظامين.

أما القانون المصري[٢] لعل الفارق الوحيد بينه وبين القانون السابق في احوال الفسخ الوجوبي اضاف فقرة واحدة وهي التواطؤ أو الاحتيال أو الفساد أو الاحتكار) ولعل

[١]- م(١٠١) الفقرتان (ب) و(ج) لائحة١٤٢٨هـ ، وإن كان هناك حكم سابق صادر من ديوان المظالم (لجنة تدقيق القضايا) في قرارها رقم ١٣٩٨/١٢/٣هـ، في القضية رقم ٣٩٣/ق لعام ١٣٩٧ من مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان دوائر الديوان في المدة من ١٣٩٧هـ-١٣٩٩هـ الصادرة عن ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، إدارة تصنيف ونشر الأحكام، ص٢٢٠.

[٢]- المادة (٥٠) نظام ٢٠١٨.

النظام السعودي[١] أورد عبارات (الغش، التحايل، التزوير، التلاعب) حيث أنه في عبارة (تلاعب) التي اشار اليها القانون الأخير تشمل في تقديري التواطؤ والفساد والاحتكار وكل ما هو لم يسير على نحو سليم، وهوما يتفق مع غاية إقرار النظام واتباع الوسائل المعينة في اختيار المتعاقد بما يحقق الكفاءة وإن كانت العبارات فضفاضة يمكن أن توسع من دائرة التجريم.

[١]- المادة (٧٦) نظام ١٤٤٠هـ.

المبحث الرابع

أثر اغفال عدم تضمين غير المألوفة "الاستثنائية" في العقد الإداري في القانون المقارن والسعودي

تمهيد وتقسيم:

تجدر الاشارة ان دور القاضي في تحديد ماهية الشرط غير المألوف الاستثنائي سنده في ذلك الوقوف على نية طرفي العقد عن ابرامهم للعقد هل كان مقصدهم في ذلك الخضوع لأحكام القانون العام أم الخاص – مع التأكيد على دور القاضي هنا وتدخله لحسم النزاع من النظام العام ومن ثم طبقاً لهذا التحديد للشرط يتحدد الاختصاص إما للقضاء الإداري أم القضاء العادي– حيث لا يلغي مجرد الاحالة (ملحق الشروط المطبوعة مسبقاً من جهة الإدارة) بإضفاء الصفة الإدارية للعقد وانما يتوقف ذلك على مدى احتوائها على تلك الشروط غير المألوفة ومن ثم التقرير فيها على نحو ما سبق لمعرفة ما اذا كانت غير مألوفة "استثنائية "أم غير ذلك حتى نستطيع بعدها الحكم على صفة العقد بصورة نهائية[١] وبناء على ما سبق يثور الخلاف في الفقه والقضاء المقارن حول طبيعة العقد ودور الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" في تحديد

[١]– د.محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السعودية، ص١٤.

صفته كون عقد إداري أم غير ذلك وللتقرير بشأن ذلك لابد لضمان التطرق لموقف القضاء المقارن ثم ما عليه الوضع في المملكة العربية السعودية على نحو ما يلي:

المطلب الأول الوضع في القانون المقارن:

أولا الوضع في مصر:

يقر القضاء الإداري المصري بالصفة الإدارية للعقد الذي تبرمه جهة الإدارة حتى ولو خلا من الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" بشرط أن تكون الظروف التي لحقت واحاطت به عند نشوؤه أو سابقة له تدل على أن ابرامه قد تم وفقاً لقواعد القانون العام ومنه قضاء المحكمة الادارية: "ومناط العقد الإداري أن يأخذ بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضي القوانين واللوائح".[١] ومنه ايضاً "... ان الشروط الاستثنائية لا يجب أن تكون شروط رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان بل قد يفرضها عليها القانون سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة

[١]- حكم المحكمة الإدارية في مصر، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، مجموعة أحكام السنة الثامنة، ص١٢٢.

المرفق العام وكيفية المساهمة فيه والاشتراك في ادارته وتسييره..:[١] حيث يلاحظ هنا ان القضاء المصري قد تأثر بمعيار السلطة العامة كمعيار واساس مميز للقواعد الإدارية بخلاف معيار المرفق العام

ثانيا الوضع في فرنسا:

الوضع في فرنسا على النقيض تماما مما عليه الوضع في مصر حيث ذهب القضاء الفرنسي ومثاله دعوى بيرتان (Bertin) حيث قضى بعمومية العقد الإداري كونه ارتبط بمرفق عام حتى وإن لم يحتوي على شروط غير مألوفة[٢] لأنها مرتبطة عندهم بمعيار السلطة العامة حيث أخذ المنحى التاريخي الآخر لأساس القانون الإداري "وهو المرفق العام" وبذلك نجد أن القضاء والفقه المصري قد خالفوا الاتجاه الفرنسي واعتبروا السلطة العامة بخلاف المرفق العام كمعيار.

ثالثا الوضع في العراق:

الواقع أن هناك تأرجحا وليس هناك معيار ثابت للتقرير حول طبيعة العقد كما هو واضح من الأحكام الصادرة عن القضاء العراقي، حيث أن القضاء العراقي "القضاء

[١]– حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢يوليو١٩٥٧، مجموعة أحكام السنة الحادية عشر، ص٤٩٣.

[٢]–د. على شفيق، مرجع سابق، ص٢٢٦.

العادي حيث لا يوجد قضاء اداري" قد نحى هذا المنحى واعتبر أن جملة عوامل هي التي تحدد كون العقد ادارياً أم لا حيث نص في الحكم الصادر من محكمة التمييز في ١٩٦٦/٧/٢٨ ما يلي:" .... تبين أن العقد الذى تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة عقد اداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه بحكم الانظمة والقوانين)[١]. بمعنى ان الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" ليست كافية لوحدها كي يتقرر على ضوئها الحكم بعمومية العقد المبرم وإنما لابد من تلاقي جميع الضوابط، أي يتطلب حتى يتقرر الحكم بأن العقد إداري.

ويبدو المظهر الآخر للحكم على العقد الإداري في العراق حيث تم الغاء المحاكم الإدارية في العراق نتيجة التعديل الذي صاحب قانون شورى الدولة قانون رقم ١٩٨٩/١٠٦ حيث تم انشاء محكمة القضاء الإداري، رغم ذلك فالقضاء العادي هو صاحب الاختصاص في نظر المنازعات ذات الصلة بالعقود الإدارية حيث جاء في المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية، قانون رقم ٨٣ لينة ١٩٦٩ ما نصه: "تسري

[١]- القضية رقم ٢٥٦٦/ح/١٩٦٦ مشار اليها في م م. لؤي كريم عيد، الأسس القانونية اللازمة لشرعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي للبحوث الإنسانية الصادرة من جامعة ديالي كلية التربية للعلوم الإنسانية، العدد ٥٣، لسنة ٢٠١٢، ص ١٤.
https://humanmag.uodiyala.edu.iq/pages?id=48

ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص". فعلى الرغم من اختصاص المحاكم المدنية بنظر منازعات العقود الإدارية إلا ان القانون العراقي ميز بين العقود المدنية والعقود الإدارية وأقرَ لجهة الإدارة بالشروط غير المألوفة "الاستثنائية" في العقد الإداري وهو ما تم تأكيده في أحد القضايا بما نصه: "لا جناح على المحاكم إذا ما طرح عليها نزاع حول هذه العقود أن تمارس في قضائها مهمة القضاء الإداري وما درج عليه من حلول للتوفيق بين المصالح العامة وبين حماية الأفراد وحقوقهم لأن ولاية المحاكم تتسع لجميع المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص[١].

رابعا الوضع في قطر:

يتطلب القضاء القطري الحكم بعمومية العقد الإداري توافر شرطين الأول منهما ارتباطه بتسيير مرفق عام، والثاني احتوائه على شروط غير مألوفة "استثنائية" تنبئ عن نية جهة الإدارة في لجوئها لاستخدام وسائل القانون العام في العقد المبرم وبالتالي

[١]–قرار محكمة التمييز عدد (١٥٨٤) الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١/٢٤ مشار اليه في د.حلمي مجيد الحمدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد الخامس، العددان الأول والثاني، ١٩٨٦، ص٢٨٤

إذا افتقر العقد لأي منهما مدعاة للحكم بعدم عمومية العقد، والملاحظ هنا أن القضاء القطري قد جمع بين كل من الاتجاه الفرنسي الذى غلب المرفق العام وكذلك الاتجاه المصري الذي يتطلب استخدام وسائل السلطة العامة وإدراج الشروط غير المألوفة- الاستثنائية، وهذا واضح في قضاء محكمة التميز بما نصه:"(٢) العقود التي تبرمها جهة الإدارة مع الافراد، اعتبارها عقود إدارية، شرطه، تعلقها بمرفق عام أو تنظيمه وتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن اسلوب القانون الخاص، اعتبار ذلك ركناً جوهرياً من أركان العقد الإداري، التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر واخراجه العقد محل الدعوى من دائرة العقود الإدارية لعدم تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة، صحيح"[١].

[١]- الميزان، البوابة القانونية القطرية، محكمة التمييز، الدائرة المدنية والتجارية، رقم ٢٠١٦/١٠٠، تاريخ الجلسة ٢٠١٦/٤/٢٦.
https://www.almeezan.qa/RulingsByDate.aspx?searchText=&rulnumber=&rulyear=&Type=year&&pageNumber=4&language=ar

المطلب الثاني الوضع في المملكة العربية السعودية:

اختصاص ديوان المظالم بنظر جميع منازعات العقود التي تجريها الإدارة لا يعني أن جميعها على نسق واحد أي إدارية أو غير ذلك[١] ومرد ذلك التوحيد في جهة القضاء لأسباب عدة منها الابتعاد عن الجدل القانوني والصعوبة الكامنة وراء تحديد العقد الإداري من غيره سيما في العقود التي تجريها جهة الإدارة وذلك بعد ما كانت محل خلاف بين الفقه الفرنسي حتى الوقت الحاضر ومثاله ما عده الفقه الفرنسي بشأن عقود بيع أملاك الدولة الخاصة[٢]، كما أن اختصاص ديوان المظالم بالنظر في جميع العقود لا يعني اضفاء الصفة الإدارية عليها وإنما لا يتعدى الأمر سواء تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر تلك المنازعات الناشئة عنها ويؤكد ذلك ما جاء في المذكرة الايضاحية لنظام ديوان المظالم لسنة ١٤٠٢هـ ما نصه "... ويلزم عادة لتسيير المرفق العام اصدار قرارات إدارية والتعاقد لتنفيذ ما يلزم المرفق من منشآت أو توريد ما يلزمه من أدوات او مواد حسب الخدمة التي يؤديها المرفق وقد تصدر قرارات

[١]– المادة (٨) (١) (د) من نظام ديوان المظالم ١٤٠٢هـ، وهي تقابل المادة (١٣) من نظام ديوان المظالم الساري والصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ بتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ حيث نص في الفقرة (د) منه على: "تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي: الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها".

[٢]– د. على شفيق، مرجع سابق، ص٢٢٠.

مخالفة لتنظيم التعليمات من المسؤولين في الجهة الإدارية التي تدير المرفق العام أو ينشأ نزاع بسبب تنفيذ العقود الإدارية التي تكون هي طرفاً فيها، ولذلك كان لابد أن يعهد صراحة الى ديوان المظالم بالفصل في المنازعات التي تثور بين الجهات الإدارية والأفراد، وقد جاء نظام الديوان الجديد بأحكام تحقق الغرض من الدعوة الى تطويره ليساير نظام الحكم واتساع مجالات النشاط الإداري بالمملكة وما ترتب على ذلك من كثرة وقوع المنازعات المتعلقة بالقرارات والعقود الإدارية " حيث ورد كذلك مصطلح العقود الإدارية أكثر من مرة مما يعني تمييزه عن العقود الخاصة ويعزو السبب كذلك في اختصاص جهة قضائية واحدة بالفصل في منازعات عقود الإدارة في المحاكم الى ظروف تاريخية حيث كانت المحاكم منذ ١٣٧٨هـ تنأ بنفسها عن النظر في المنازعات التي تكون السلطة التنفيذية طرفاً فيها إلا في احوال تم الاستئذان من المقام السامي فيها[١] ، ويدعم ذلك أيضاً انه حتى وفي الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد عند نظر الجهات القضائية للعقود الإدارية فإنها تطبق بشأنها القواعد الإدارية

[١]- خطاب المقام السامي الى رئيس القضاة بتاريخ ١٣٧٨/١٠/٢٨ رقم ٢٠٩٤١ مشار اليه في د. علي شفيق، المرجع السابق، ص٢٦٥، هامش ٩.

تمييزاً لها عن العقود الخاصة[١]. كما أن الاحكام الصادرة عن ديوان المظالم أقرت بهذا التمييز لتلك العقود في الأحكام الصادرة ومنها: "(أ) غرامة التأخير –طبيعتها– اختلافها عن الشرط الجزائي لجهة الإدارة أن توقعها من تلقاء نفسها دون حاجة الى صدور حكم بها أو إلى اثبات حصول الضرر (ب)–غرامة التأخير–اقتضاؤها–منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة–باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة على تنفيذ شروط العقد فلها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها إذا قدرت أن لذلك محلاً"[٢].

حيث يلاحظ أن الحكم السابق قد ميز بين غرامة التأخير والشرط الجزائي، حيث سبق تناول ذلك في مكان آخر من هذا البحث من ان غرامة التأخير تكون في العقود الإدارية بخلاف الشرط الجزائي والذى محله القانون الخاص وهذا يؤكد بجلاء أن هناك تفرقة بين تلك العقود أقرها القضاء السعودي هذا من ناحية ومن ناحية أخرى

[١]– راجع الجزئية الخاصة بالقانون السوداني، قانون الشراء والتعاقد والتخلص من الفائض لسنة ٢٠١٠ المادة (٢) بعنوان تطبيق:"تسري أحكام هذا القانون على المشتريات الخاصة بالدولة تمييزاً لها عن العقود الخاصة.

[٢]– قرار رقم ٢٤/د/٢/١٣٩٩هـ القضية رقم ٢٦٢/١/ق لعام ١٣٩٩هـ، ص٢٣١، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية كما أقرها ديوان المظالم من سنة ١٣٩٧هـ–١٤٠٠هـ.

فإن الحكم واضح بإقرار القضاء السعودي بالشروط المألوفة في العقد الإداري ومن قبله الأنظمة السعودية المتعاقبة ومنها ما تناوله من شروط غير مألوفة استثنائية خلال الصفحات السابقة، وحيث لا توجد اشارة صريحة في النظام أو حتى أحكام القضاء في اثر الاغفال. ولكن في تقديري أن حتى عدم دورها في العقد الإداري (أي عدم النص عليها صراحة) لا يغير من الواقع شيئاً سيما وأن النظام تطلب ابرام العقد الإداري وفقاً للنظام وأن أحكام النظام تعد جزءاً لا يتجزأ من بنود العقد، وعلى ذلك نقرر بكل وضوح واطمئنان أن الشروط غير المألوفة الاستثنائية هي شرط أساسي في تمييز العقد الإداري إضافة الى اتصاله بالمرفق العام واستخدام وسائل السلطة العامة أي لا تعد شرطاً منفرداً لتمييز العقد، كما أن أي عقد إداري مبرم لابد وأن يتضمن تلك الشروط وهذا واضح من نص المادة (٧) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لسنة ١٤٤٠هـ "لا يجوز قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقاً لأحكام النظام" ومن ثم فإن الشروط غير المألوفة الاستثنائية واردة في صلب النظام المشار اليه ومنه ايضاً المادة (١٥٤) من الفصل الثاني والعشرون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسة لسنة ١٤٢٨هـ حيث تنص على:"لا يجوز تضمين شروط المنافسات والمشتريات، ووثائق العقود التي تبرمها الجهات الحكومية نصوصا تخالف نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أو هذه اللائحة ،وتعتبر أحكامها مقدمة في التطبيق

على تلك الوثائق والمستندات" وبمفهوم المخالفة أن الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" جزء لا يتجزأ من تلك العقود التي تبرمها الجهة الإدارية سواء تم النص عليها أم لا وسواء تمت الإحالة لها أم لا.

الخاتمة

وفيما يلي قائمة بأهم النتائج والتوصيات نوردها فيما يلي:

أولاً: النتائج

١- رغم النص على اختصاص ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية بنظر جميع الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، إلا ان النظام والقضاء والفقه يميزون بين عقود الإدارة الخاصة وعقودها الإدارية العامة.

٢- الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" ليست معياراً منفرداً يختص بتميز العقد الإداري عن غيره في المملكة العربية السعودية، مع التأكيد على أهميته كركن أساسي بالإضافة للمرفق العام واستخدام أساليب القانون العام بالإضافة الى تعلق تيسير النشاط في أحد مرافق الدولة.

٣- إقرار القضاء الإداري المصري بالصفة الإدارية لعقود جهة الإدارة شريطة أن تكون الظروف التي أحاطت بالعقد تدلل على استخدام الجهة الإدارية لوسائل القانون العام حتى ولو لم يتضمن العقد شروط غير مألوفة "استثنائية".

٤- هناك تأرجح في الحكم على طبيعة العقد الإداري في العراق وفقاً لأحكام القضاء العراقي إذا اعتمد جملة شروط لإضفاء الصفة الإدارية على العقد

حيث لا يشترط الشروط غير المألوفة "الاستثنائية" معياراً مميزاً للعقد، ثم في أحكام أخرى يراها المعيار الوحيد المميز لصفة العقود الإدارية.

٥- تنحصر سلطة الجهة الإدارية في المملكة عند تحقق الأسباب الموجبة لمصادرة التأمين المتعلق بالعقد الإداري فإن ذلك ينحصر على الضمان المودع فقط دون أي مبالغ أخرى أو عمليات أخرى لدى الجهة الحكومية أو غيرها مستحقة أو قد تستحق بخلاف القانون المصري فقد تمتد سلطة الإدارة الى جميع تلك المبالغ وفي جميع الأحوال التي ذكرت آنفاً.

٦- اشترط المنظم السعودي بخلاف المشرع المصري موافقة المتعاقد مع حقه في تنفيذ الاعمال الإضافية أو رفضها وذلك حال تم التعديل في العقد وكانت الأعمال الإضافية تشتمل على كميات لا يوجد لها مماثل في العقد الأصلي بعد دراستها من اللجان المختصة.

٧- يتفق كلا من القانونيين السعودي والمصري في أن فرض غرامة التأخير لا يحول دون جهة الإدارة وسلطتها في استيفاء التعويض مع اختلافهم في المبالغ التي يمكن الحجز عليها استيفاء للتعويض.

٨- أجاز المشرع المصري عند سحب الاعمال موضوع العقد من المتعاقد الحجز على المعدات والأدوات المستخدمة دون مقابل أو دفع مبلغ ضمان لها وهو ما كان سائداً في السابق قضاء ونظاماً في المملكة ولكن عدل الأخير عن ذلك في قانونه الساري.

ثانياً: التوصيات

١- أوصي أن يتبنى المنظم السعودي ما عليه الوضع في القانون المصري في توحيد النسبة في كل من الزيادة والنقصان عند إقرار الحق للسلطة الإدارية في التعديل.

٢- أرى ان يتبنى المشرع المصري ما سار عليه المنظم السعودي من ضرورة اشتراط ارتباط الزيادة بموضوع العقد الأصلي كقيد على الجهة الإدارية عند ممارستها سلطة التعديل.

المراجع

أولاً الكتب القانونية:

١- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.

٢- د. عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية، دراسة قانونية تحليلية تطبيقية وفقا لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، ط١٤٣٨،٧_٢٠١٧

٣- د. على شفيق "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليله مقارنة مركز البحوث بمعهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢.

٤- أد. علي خطار شطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد ناشرون، ط١ ،٢٠١٤-١٤٣٥هـ.

٥- د. محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية.

https://pedia.svuonline.org/pluginfile.php/975/mod_resource/content/16/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF%20%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%A9.pdf

٦- د. ابراهيم الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح الصفاة، الكويت، ط١، ١١٩٨١.

٧- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٨.

٨- د.ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤م، مكتبة الفلاح، الصفاة، الكويت، ط١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.

٩- د.عبد المحسن سيد ريان عمار، مبادئ النظام الإداري السعودي المقارن، دار حافظ للنشر والتوزيع، جدة، ط٣، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

١٠- أد.محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤، مصادر وأحكام الالتزام ،١٩٩٧، مطبوعات كلية القانون جامعة النيلين، الخرطوم.

١١-د السيد خليل هيكل، القانون الإداري السعودي، دار الزهراء، الرياض، ط٢، ١٤٣٣هـ -٢٠١٢م.

١٢-د. عبد القادر الشيخلي، القانون الإداري السعودي، ط١، ٢٠١٥-١٤٣٦هـ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

ثانيا: الأبحاث المنشورة

١- أد نزيه كمال حداد، عقود الإذعان في الفقه الاسلامي، مجلة العدل، العدد ٢٤، شوال ١٤٢٥هـ.

https://adlm.moj.gov.sa/topic_d_d.aspx?ID=24&IDd=391

٢- د. عاطف سعدي، الشروط غير المألوفة (الاستثنائية)، في العقود الإدارية ماهيتها-قيمتها القانونية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة القانونية

التي تصدرها هيئة التشريع والرأي القانوني بمملكة البحرين، بالاشتراك مع جامعة البحرين، المنامة، البحرين، العدد التاسع، يناير ٢٠١٩.

https://www.lloc.gov.bh/qanoniya/author/%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%83%D8%AA%D9%88%D8%B1%20%D8%B9%D8%A7%D8%B7%D9%81%20%D8%B3%D8%B9%D8%AF%D9%8A%20%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF%20%D8%B9%D9%84%D9%8A

٣- م. لؤي كريم عيد، الأسس القانونية اللازمة لشرعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي للبحوث الإنسانية الصادرة من جامعة ديالي كلية التربية للعلوم الإنسانية، العدد ٥٣، لسنة ٢٠١٢.

https://humanmag.uodiyala.edu.iq/pages?id=48

٤- د.حلمي مجيد الحمدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد الخامس، العددان الأول والثاني، ١٩٨٦.

ثالثاً: مجموعة الأحكام القضائية

١- أحكام محكمة القضاء الإداري الصادرة في ٢يوليو ١٩٥٧، مجموعة أحكام السنة الحادية عشر، مصر.

٢- أحكام محكمة القضاء الإداري الصادرة في ٢٥ مايو ١٩٦٣، مجموعة أحكام السنة الثامنة، مصر.

٣- أحكام محكمة القضاء الإداري، الموسوعة الإدارية، ج٤٩، مصر.

٤- مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ، -السعودية.

٥- الميزان، البوابة القانونية القطرية، محكمة التمييز، الدائرة المدنية والتجارية، رقم ٢٠١٦/١٠٠، تاريخ الجلسة ٢٠١٦/٤/٢٦.

https://www.almeezan.qa/RulingsByDate.aspx?searchText=&rulnumber=&rulyear=&Type=year&&pageNumber=4&language=ar

رابعاً: القوانين واللوائح والقرارات

١- القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات في مادته

٢- قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨. قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة. منشور بالجريدة الرسمية العدد(٣٩) مكرر (د) الصادر في ٢٣ المحرم سنة ١٤٤٠هـ الموافق ٣ اكتوبر ٢٠١٨ السنة الحادية والستون.

٣- الوقائع المصرية، العدد (٩٨) في ٦مايو ٢٠٠٦ من ضمن قرارات وزارة المالية قرار رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام القرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

٤- قرار وزير المالية رقم ٢٩٦ لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والمنشورة بالوقائع المصرية، ملحق الجريدة الرسمية،

العدد ٢٤٤ تابع (ب) الصادر في يوم الخميس ٣ ربيع الأول لسنة ١٤٤١ الموافق ٣١ اكتوبر ٢٠١٩ .

٥- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمنشورة بالوقائع المصرية العدد٢٠١ بتاريخ ٦ سبتمبر ١٩٩٨.

٦- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ.

٧- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٢٨ بتاريخ ١٤٤٠/١١/١٣هـ.

٨- اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المعدلة بالقرار الوزاري رقم ٣٤٧٩ وتاريخ ١٤٤١/٨/١١هـ.

٩- اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

١٠-اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ الصادرة بقرار وزير المالية رقم (٣٦٢) وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ.

١١-مجموعة الأحكام الإدارية ، مجلد ١٧، ١٤١٥، المجلد السابع عشر، ١٤٢٩ المجلد السابع عشر،١٤٢١هـ، المجلد السابع عشر، ١٤٢٣هـ المجلد السابع عشر، ١٤٢٩هـ المجلد الخامس، ١٤٣٤هـ المجلد الرابع، ١٤٣٦هـ.

١٢-مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان دوائر الديوان في المدة من ١٣٩٧هـ-١٣٩٩هـ الصادرة عن ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، إدارة تصنيف ونشر الأحكام.