



# نکول من أحيلت عليه المناقصة العامة عن إتمام إجراءات التعاقد

أ.م.د. علي احمد حسن الهبيبي

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

## المقدمة

إذا كان الأشخاص في القانون الخاص يسعون إلى تحقيق مصالحهم الخاصة، فإنهم يتمتعون بحرية واسعة في إعمال إرادتهم لتحقيق هذه المصالح، إذ يكون لهم مطلق الحرية في اختيار من يتعاقدون معه، وفي تحديد مضمون التعاقد طالما انه غير مخالف للنظام العام.

إلا أن هذا القول لا يشمل الإدارة فيما تبرمه من عقود إدارية، إذ إن استهداف المصلحة العامة يفرض على الإدارة مراعاة قيود والتزامات قانونية تجعل من عقودها أكثر تعقيداً من القيود المدنية بهدف تحقيق الوفرة المالية وضمان التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل من ناحية المواصفات الفنية والمدد الزمنية.

وابرز أنواع التعقيد فيها يظهر في الجانب المتعلق بالتعبير عن الإرادة ، إذ غالبا ما يتم هذا التعبير في عملية معقدة ومتباكة يصطلح عليها . عندما تروم الإدارة التعاقد من أجل الحصول على السلع والخدمات . بالمناقصة العامة.

والقيود التي تتطوي عليها المناقصة العامة لا يقتصر جانب الإدارة بتحمّلها، وإنما هنالك قيود يتحملها المناقص، إذ يحظر عليه سحب عطائه قبل البث فيه، وإذا ما بت في العطاءات المقدمة، ألم صاحب العطاء الفائز باستيفاء إجراءات معينة قبل فiability بمضمن العقد، فان لم يستوفها عُد ناكلاً عن المناقصة العامة مما يقود إلى ترتيب جملة من الآثار القانونية على هذا النکول ، وللوقوف على تفاصيل أحكام النکول آثرنا تناوله في هذه الدراسة.

**مشكلة البحث:** تبرز مشكلة البحث هنا في عموم بعض نصوص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، إذ أغفلت الإشارة الصريحة إلى الامتناع عن تسديد التأمين النهائي فيما إذا كان بعد أحد أسباب النکول في المناقصة العامة، فضلاً عن انتقادات يمكن توجيهها إلى النصوص المنظمة لأحكام النکول.

**أهمية البحث:** ويكتسب البحث في هذا الموضوع أهمية خاصة، كونه يتطرق إلى موضوع لم يسبق تناوله بدراسة مستقلة في العراق بحسب علمي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان كتب الفقه الإداري في دراستها لإحكام المناقصة العامة يجري التركيز فيها على إجراءات المناقصة



حتى صدور القرار النهائي بإحالتها، غافلة عن تفصيل الإجراءات اللاحقة على صدور قرار الإحالة والواجب استيفاؤها قبل المباشرة بتنفيذ العقد ، أو تكفي بالإشارة المقتضبة لها.

**أهداف البحث:** الأهداف التي نرمي إلى تحقيقها من هذا البحث تتمثل في الآتي:

١. تحديد موعد نشوء الرابطة التعاقدية لمعرفة إن كان النكول سابقاً لها أم لاحقاً عليها.
٢. الوقوف على مفهوم النكول وتمييزه من إلغاء المناقصة العامة.
٣. دراسة الأحوال التي يعدها المناقص الفائز ناكلاً عن المناقصة.
٤. دراسة الآثار القانونية المتترتبة على النكول.

**منهج البحث:** سنعتمد في إعداد بحثنا هذا على المنهج التحليلي المقارن، وسنأخذ من قوانين الدول العربية، وبخاصة القانون المصري وقوانين دول الخليج العربي محلاً للمقارنة بينها والقانون العراقي.

**تقسيم البحث:** سيشمل بحثنا هذا على ثلاثة مباحث، سنخصص الأول منها لبحث تاريخ نشوء العلاقة التعاقدية في المناقصات العامة، بينما سندرس في الثاني التعريف بالنكول وتمييزه من إلغاء المناقصة العامة، أما الثالث فسنفرده لدراسة الآثار القانونية المتترتبة على النكول.

### **المبحث الأول**

#### **تاريخ نشوء الرابطة التعاقدية في المناقصات العامة**

إذا كان العقد . كقاعدة عامة . في نطاق القانون الخاص ينشأ بتلاقي القبول الصادر من أحد العاقدين بالإيجاب الصادر من الآخر ، فإن الأمر لا يبدو بهذا الوضوح في عقود القانون العام ، وبخاصة تلك التي تبرم بأسلوب المناقصة العامة التي تتالف من تضافر مجموعة من الإجراءات القانونية وصولاً إلى تحقيق عملية التعاقد.

ولكي نفهم حقيقة النكول في المناقصة العامة يتبعن بادئ ذي بدء الإحاطة بتاريخ نشوء الرابطة التعاقدية ، وهذه تحم أن ندرس مرحلتي الإحالة والمصادقة عليها في المناقصة العامة ، وهو ما سنتولى القيام به عبر المطلبين الآتيين:

#### **المطلب الأول - التعريف بالإحالة**

سندرس في هذا المطلب تحديد المقصود بالإحالة ، وتبليان طبيعتها القانونية، وذلك عبر الفرعين الآتيين:

#### **الفرع الأول - المقصود بالإحالة**



تعد الإحالة<sup>(١)</sup>، المرحلة الأكثر أهمية وسط مراحل التعاقد عبر المناقصة العامة ، والتي تتولاها لجنة تحليل وتقدير العطاءات (لجنة البت) التي تعتمد معياراً محدداً يجري في ضوئه إحالة المناقصة على عطاء معين من جملة العطاءات المقدمة<sup>(٢)</sup>. والإحالة لغة من قولهم (أحال الغريم: زجاجه عنه إلى غريم آخر، والاسم الحوالة... يقال أحلتْ فلاناً بما لَهُ علَيْ . وهو كذا درهماً). على رجل آخر لي عليه كذا درهماً أحيله إحالة<sup>(١)</sup>.

أما الإحالة اصطلاحاً فتعني إفصاح الإدارة عن إرادتها بقبول الإيجاب الصادر من أحد أصحاب العطاءات بغية ترتيب التزامات متبادلة بعد اعتماده من قبل الجهة الإدارية المختصة<sup>(٢)</sup>.

وتحكم إحالة المناقضة العامة ثلاثة مبادئ رئيسة هي التلقائية والإجبارية والنهائية.  
فالتلقائية في الإحالة تعني عدم تمتع لجنة الإحالة (لجنة البت) بأية سلطة تقديرية من أجل تحديد المتنافس الذي يجب التعاقد معه ، إذ تلتزم اللجنة بإحالة المناقضة على المتنافس الذي قدم في عرضه السعر والمواصفات الأقل والأفضل<sup>(٣)</sup> .

والإجبارية في الإحالة تشير إلى امتلاع لجنة الإحالة (لجنة البت) عن إحالة المناقضة على صاحب العطاء الأفضل حتى لو كان لديها مسوغ مقبول<sup>(٤)</sup>، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بان اللجنة يقع عليها واجب الإحالة على العرض الأفضل حتى لو كان هذا العرض قد احتوى على خطأً بين في تقدير السعر من جانب عارضه، وذلك مع وجود التزام ملقي على عائقها يتمثل في إعلام جهة المصادقة (الاعتماد) بعدم استحسان نتائج المناقضة في هذه الحالة ، وهذا المبدأ مقرر لأجل انتظام عمليات المناقضة وشفافيتها في مواجهة المتنافسين<sup>(٥)</sup> .

ولكن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لوجود حالات واقعية تتحمّل اللجنة أن لا تتخذ قرارها بالإحالة ، وتكون سبباً لإلغاء المناقضة أو تمديد أجلها ، ومن هذه الحالات التقدّم بعرضٍ وحيد

<sup>(١)</sup> ويسمى في مصر والكويت وال السعودية واليمن بقرار الإرساء، وفي الجزائر قرار المنح المؤقت ، في حين يسمى في لبنان الالتزام المؤقت.

<sup>(٢)</sup> د. محمد فؤاد عبد الباقي ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٣٨ .

<sup>(١)</sup> أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، إعداد يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، بلا سنة طبع، مادة (حَوْل)، ص ٧٦١.

<sup>(٢)</sup> عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٧، ص ١١.

<sup>(٣)</sup> د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٦٦١.

<sup>(٤)</sup> د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق ، بلا دار نشر ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٢٢ .

<sup>(٥)</sup> د. عاطف سعدي محمد، المرجع السابق، ص. ٣٢٠.



للإدارة، أو إذا كانت قيمة العروض المقدمة تزيد على السعر المقدر من جانب الإدارة، أو إذا اقتضت المصلحة العامة الاستغناء عن المناقصة نهائياً<sup>(١)</sup>.

أما النهاية في الإحالة فيقصد بها انه متى ما تمت الإحالة ، فيجب أن تكون باتة لا رجعة فيها، إذ لو ترك الباب مفتوحا أمام الرجوع عن الإحالة فسيخل ذلك بمبدأ المساواة بين المتقدمين كما انه يتناقض مع مبدأ التلقائية<sup>(٢)</sup>.

ويقدم مجلس الدولة الفرنسي استثناءين على هذا المبدأ هما:

١. أن الإحالة يمكن أن تكون موقوفة على شرط تقديم بعض الوثائق، فان لم تقدم هذه الوثائق يمكن للجنة أن تعود عن قرارها.

٢. يمكن تصحيح الإحالة، ولكن ينبغي أن يكون ذلك قبيل إغلاق باب المناقصة وضمن الجلسة نفسها ، أما إذا تم إغفاله فان اللجنة تكون قد استنفذت سلطاتها ومن ثم يمتنع عليها إجراء مثل هذا التصحيح<sup>(٣)</sup>.

## الفرع الثاني - الطبيعة القانونية للإحالة

تضارب الطبيعة القانونية لعمل لجنة الإحالة (الإرساء) باختلاف القوانين، فهناك قوانين تجعل من عمل لجنة الإحالة بالترسية قراراً إدارياً نهائياً من دون حاجة إلى مصادقة أية جهة إدارية أخرى مثل القانون الكويتي والعماني<sup>(٤)</sup>، وهناك قوانين . وهذا الاتجاه الغالب . يجعل من عمل لجنة الإحالة بالترسية مجرد توصيات بإحالة المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً

<sup>(١)</sup> د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٧١.

يلحظ انه في مصر إذا لم يقدم سوى عرض واحد مستوفٍ للشروط فان المناقصة طبقاً للمادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ يجوز إلغاؤها بقرار من السلطة المختصة ، ولكن المادة نفسها نصت على إمكانية قبول العرض الوحيد في حالتين: الأولى إذا كانت حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة ، أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادةتها ، والأخرى أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر ، أما في العراق فانه طبقاً للمادة (٥/٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ يتم إعادة الإعلان عن المناقصة في حالة تقديم عطاء واحد خلال مدة الإعلان، مع ملاحظة انه في حالة تقديم أكثر من عطاء وكان واحد منها مقبولاً فنياً وتجارياً فيتم قبوله، والسير بعملية تحليل العطاءات والإحالة.

<sup>(٢)</sup> د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٧٤.

<sup>(٣)</sup> هافت كاظم جاسم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٩، ص ١٤٣-١٤٢.

<sup>(٤)</sup> المادة (٤٢) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي، والمادة (٥٦) من قانون المناقصات الحكومية رقم (٨٤/٨٦) لسنة ١٩٨٤ العماني.



والأفضل مواصفات، ترفع إلى جهة إدارية مختصة لغرض المصادقة عليها (اعتمادها) مثل القانون العراقي والمصري والسعدي<sup>(٢)</sup>.

وفي هذه الحالة الأخيرة فان الإحالة لا تعدو أن تكون اختياراً مؤقتاً للمتعاقد، ولا تكون نهائية إلا بعد صدور قرار المصادقة من الجهة المختصة ، بمعنى آخر إن مقدم العطاء يبقى في مركز غير تعاقدي قبل صدور قرار المصادقة ويظل على إيجابه الملزم<sup>(٣)</sup>، ولا يمكن القول بان الإحالة هنا تشكل قبولاً يتم معه التعاقد لأن ذلك يقود إلى تعطيل حق جهة الإدارة في العدول عن المناقصة، إذ سيشكل ذلك فسخاً للعقد الذي تم وهو أمر لا يمكن التسليم به ويتعارض صراحة مع حكم القانون الذي يمنح الإدارة سلطة العدول عن المناقصة<sup>(٤)</sup>.

وما يترتب أيضاً على أن تكون الإحالة بقرار إداري أو بتوصية، انه في الصورة الأولى سيكون من الممكن الطعن بقرار الإحالة أمام القاضي الإداري بمعزل عن الطعن بعملية التعاقد برمتها، بوصف قرار الإحالة من القرارات الإدارية القابلة للانفصال<sup>(٥)</sup>، إما في الصورة الأخرى فإنه لا يمكن الطعن بالتوصية على أساس أن التوصية لا تعد قراراً إدارياً لعدم إلزاميتها، وبالتالي فان الطعن لا يكون إلا بعد صدور قرار المصادقة والتبلیغ به وهو ما نصت عليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ عندما اشترطت في المادة (١٠) أن يكون تقديم

<sup>(١)</sup> المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ العراقية، والمادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (١٩) من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨) لسنة ١٤٢٧ هجرية.

<sup>(٢)</sup> د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٧٦.

<sup>(٣)</sup> د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ١٨٧.

<sup>(٤)</sup> إن نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري هي من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتمدتها منذ مطلع القرن العشرين وتحديداً في حكمه الصادر في قضية Commune de Gorre ) في ١١/١٢/١٩٠٣( ، وحكمه الصادر في قضية Martin ) في ٤/٨/١٩٠٥ ، ومضمونها أن العقد الإداري يمر بمراحل متعددة ، وتدخل في تكوينه عناصر مختلفة، منها ما له طبيعة عقدية بحتة، ومنها ما تتوافق له صفات وأركان القرارات الإدارية، فهذه القرارات وان كانت تدخل في العملية العقدية، إلا أن لها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية والطعن بها بدعوى الإلغاء.

وقد أخذ مجلس الدولة المصري منذ إنشائه بهذه النظرية واستقر العمل بها في قضائه إلى يومنا هذا، أما مجلس شورى الدولة في العراق فان هناك الكثير من أحكام الهيئة العامة ومحكمة القضاء الإداري قبل فيها النظر في الطعون بقرارات الإحالة في المزايدات العامة مثل حكم الهيئة العامة المرقم ١٣/٩٢/٩٠٩٠٩٢ في ٩٠/٨/١٩٩٠ وحكم محكمة القضاء الإداري المرقم ٥٩/١٢١ في ١٩٩٠/٨/٥ ، إلا انه في الآونة الأخيرة صدرت فتوى مجلس شورى الدولة برقم ٥٩ في ٧/٨/٢٠١٢ التي تقيد بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استناداً إلى نصوص واردة في العقد.

ينظر بهذا الخصوص كل من: د. جورجي شقيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٨٦ / .٨٦ ص محمد سمير جمعة ، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظمتين الفرنسي والمصري، مجلة البحث القانونية والاقتصادية، عدد ٩ ، ٢٠١١، ص ١٩٩.



الاعتراض لدى اللجنة المركزية لنظر الاعتراضات والشكوى التعاقدية خلال سبعة أيام من تاريخ صدور كتاب الإحالة والتبلغ به، علماً أن هنالك من الكتاب في مصر من يصرح بإمكانية الطعن بتوصية لجنة البت بدعوى الإلغاء وذلك حتى قبل اعتمادها من الجهة الإدارية المختصة بوصفها قراراً إدارياً نهائياً<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني - التعريف بالمصادقة على الإحالة

إن عمل لجنة الإحالة هو ليس الحلقة الأخيرة في عملية إبرام العقد الإداري، إذ يستتبعه إجراء آخر لا يقل أهمية عنه ، ألا وهو المصادقة على ما أسفر عنه عمل لجنة الإحالة من نتائج، وللوقوف على معنى المصادقة وأثارها القانونية يجيء هذا الفرع.

#### الفرع الأول - تعريف المصادقة

ويطلق على هذا الإجراء في القانون المصري بالاعتماد<sup>(١)</sup> ، وبعد آخر إجراءات المناقضة وأكثرها أهمية من الناحية القانونية لأنها بمنزلة القبول في العقد، بل يعد إجراء المصادقة في هذا الشأن القبول النهائي للعقد<sup>(٢)</sup> .

أن تتمتع السلطة المختصة بإبرام العقد بالسلطة التقديرية في قبول أو رفض المصادقة على نتائج الإحالة إنما تستند إلى أسباب تبررها<sup>(٣)</sup> ، فمن دون شك أن المناقضة ترمي إلى إبرام عقد يتصل بدوره في تسخير مرفق عام، وان مصلحة هذا المرفق لا يمكن أن تتحقق إذا كانت المناقضة عبارة عن إجراءات متالية يكون اختصاص الإدارة فيها مقيداً ، لذا ينبغي أن تتمتع الإدارة بمقدرة تقدير ظروف التعاقد والتقرير بمدى انسجامها ومصلحة المرفق العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن مصلحة الإدارة تقتضي وجود إمكانية اعتراض نهائي على ملائمة العقد في حد ذاته، فقد تتغير حاجات المرفق العام الذي يتصل به العقد في أي لحظة من لحظات طرح الإجراء، ويصبح الالتزام بنتائج الإحالة متنافياً مع الصالح العام، أو أن تصبح المصلحة المالية للإدارة متعارضة مع نتائج الإحالة، ولا سيما أن مبدأ تلقائية الإحالة الذي تقوم عليه المناقضة قد يؤدي إلى أن السعر المقدم من جانب المناقص أكثر بكثير من المعطيات الاقتصادية للسوق،

<sup>(١)</sup> د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص١٠٤. د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص١٨٨.

<sup>(٢)</sup> المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري.

<sup>(٣)</sup> هاتق جاسم كاظم، المرجع السابق، ص١٦٣.

<sup>(٤)</sup> وهذه السلطة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ هي رئيس جهة التعاقد بحسب الصلاحية المخولة له لإغراض التعاقد (١٩/٧م)، وفي قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ هي الوزير - ومن له سلطاته - ، والمحافظ ، ورئيس مجلس إدارة الهيئة العامة ، كل في نطاق اختصاصه (٢م)، وفي قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي لجنة المناقصات المركزية (٤م).



وهذا يستلزم من الإدارة أن تتدخل لإصلاح ما قد تكون الإحالة (الإرساء) التلقائية قد توصلت إليه من نتائج غير معقولة أو غير عادلة<sup>(٤)</sup>.

ويجب التفريق بين المصادقة على العقد ، والتصديق على العقد، إذ في الأخير قد يلزم القانون الإداري المتعاقدة بإحاله وثائق العقد إلى إدارة أخرى لتقر ما تم التوصل إليه من نتائج تعاقدية، لا من نتائج ناجمة عن الإحالة، مما يعني أن تدخل سلطة التصديق ليس بذري اثر في وجود العقد نفسه، فالعقد الخاضع للتصديق يخرج إلى حيز الوجود القانوني بنحو سابق على تدخل سلطة التصديق، إذ إن الرابطة التعاقدية تكتمل من تاريخ المصادقة على الإحالة، إلا انه . عند الفقه الإداري . لا يصبح العقد منتجًا لأنثاره القانونية إلا من تاريخ التصديق، ومتنى ما صدر التصديق فإنه يكون ذا اثر رجعي أي يقر مشروعية العقد من تاريخ إبرامه، علما أن الوضع الذي كان سائداً في فرنسا هو تطلب التصديق على عقود الجهات المحلية إلى أن صدر قانون ١٩٨٢/٣/٢ الذي ألغى الوصاية على الجماعات المحلية ومؤسساتها العامة، وبقي عموماً به فقط في العقود التي تبرمها الجماعات الوطنية<sup>(١)</sup>.

أما في العراق فقد نصت المادة (٩) من قانون كاتب العدل رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨ على تولي مدير الدائرة القانونية في الوزارة المعنية أو الجهة غير المرتبطة بوزارة تصديق العقود التي تبرمها بدلاً من كاتب العدل، والتصديق هنا هو لغرض التوثيق ليس إلا ، وبالتالي فليس له من اثر على انعقاد العقد أو سلامته أو نفاذها، إذ كل ما يرتبه عدم استيفاء هذا الإجراء هو المسألة الإدارية للموظف المسؤول.

وينبغي معرفة أن لجنة الإحالة (البت) في القانون المصري والعراقي لا تصدر قراراً نهائياً بالإحالة، وإنما تقدم توصيات إلى الجهة الإدارية المعنية قانوناً لغرض المصادقة عليها<sup>(٢)</sup>، مع التذكير أن هذه الأخيرة تملك سلطة تقديرية في إقرار الإحالة أو العدول عنها طبقاً لما تراه محققاً لمصلحة المرفق العام، وعند صدور المصادقة أو رفضها يكون قرار الإحالة اكتسب الوجود القانوني بوصفه قراراً إدارياً مما يمكن معه الطعن فيه بالإلغاء أمام المحاكم المختصة<sup>(٣)</sup>.

(٤) د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، أك، دار النهضة العربية، بدون القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٦٧٨-٦٧٩.

(١) د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج ١، بدون دار نشر، دمشق، ١٩٩٨، ص ٤٩٠ / مهند نوح، المرجع السابق، ص ٦٨٠-٦٨١.

(٢) المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ العراقية.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٨٧. = = وفي حكم المحكمة الإدارية في العراق يقول فيه(... تجد المحكمة أن المدعى عليه قدماً الاعتراض إلى هذه المحكمة والمتمثل في هذه الدعوى من دون أن يكون هناك قرار بإحاله قد صدر من رئيس جهة التعاقد، لذلك تكون دعوى



## الفرع الثاني - الآثار القانونية المترتبة على المصادقة على إحالة المناقصة العامة

إن قرار المصادقة على توصيات إحالة المناقصة العامة الذي يصدر من السلطة الإدارية المختصة يشكل عنصراً جوهرياً في صيغة العقد، لأن هذا القرار يؤدي إلى إنشاء العلاقة التعاقدية، وبه يكتمل رضا طرف العقد، وبالتالي فان المصادقة هي التي تحول المناقص من مرشح للتعاقد، بعد اختيار عطائه من لجنة الإحالة، إلى متعاقد بعد صدور قرار المصادقة، فقرار المصادقة يعد منشأً للعملية العقدية لا كاشفاً عنها، فهو يمثل القبول النهائي لجهة الإدارة بالتعاقد مع صاحب العطاء (الإيجاب) الفائز<sup>(١)</sup>.

ولكن مع ذلك فان العقد في القانون المصري لا ينعقد إلا بإخطار صاحب العطاء الفائز بقرار اعتماد عطائه وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا الأمر بقولها (لكي ينتج القبول أثره وبعد العقد تماماً يتغير أن يعلم الموجب بقبول إيجابه باعتبار أن القبول.. لا يتحقق وجوده القانوني ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه...)<sup>(٢)</sup>، ولكن في العراق ينفذ قرار المصادقة على الإحالة من تاريخ تبلغ صاحب العطاء الفائز بتوقيع العقد<sup>(٣)</sup>.

وما يترتب على صدور قرار المصادقة من آثار قانونية أن الإدارة لا تستطيع أن تسحب قرار المصادقة بعد صدوره، إذ إن العلاقة القانونية، كما أوضحنا، توجد من تاريخ صدور هذا القرار ، ومن ثم فان سحبه يشكل اعتداء على هذه العلاقة العقدية ، مما يستوجب المسؤولية التعاقدية للإدارة<sup>(٤)</sup>، وكذلك لا تستطيع الإدارة من حيث المبدأ أن تعدل في شروط العقد بعد صدور قرار المصادقة ، إلا باتفاق مع المتعاقدين (على شكل ملحق عقود)<sup>(٥)</sup>، كما لا يمكنها أن تتفرد في شرح شروط العقد وتفسيره ، لأن تلك المهمة ينفرد بها القاضي الإداري الذي يستخلص عندئذ النية المشتركة للمتعاقدين ، وعلى وفق قواعد التفسير المعروفة في القانون المدني<sup>(٦)</sup>.

المدعى واجهة الرد..). حكمها المرقم ٤٣/خطيط ٢٠١١/٢٦ في ٢٠١١/١٠/٢٦ أورده خليل إبراهيم المشاهدي و شهاب احمد ياسين، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، ج ١، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢، ص ٩٢.

(١) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني لمناقصات العامة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ١٣٤١٣٣.

(٢) طعن رقم ٤٣٦٠ في ٢٠٠٦/١١/٢١ أورده د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٣) تنص الفقرة عشرون من المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على أن ( تعد قرارات الإحالة نافذة من تاريخ تبلغ من ترسو عليه المناقصة بتوقيع العقد خلال مدة لا تتجاوز (٤) يوماً من تاريخ التبلغ بالإحالة بعد مصادقة رئيس جهة التعاقد..).

(٤) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٩٠.

(٥) د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص ٦٧٩.

(٦) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٦٩٠.



ولكن إذا كانت الرابطة التعاقدية تنشأ من تاريخ المصادقة على إحالة المناقضة العامة أو من تاريخ إخطار المناقص الفائز باعتماد عطائه، يثور التساؤل عن القيمة القانونية لتوقيع العقد من طرفه (الإدارة والمناقص الفائز) بعد صدور قرار المصادقة.

إن توقيع العقد من طرفه نراه لا يعدو أن يكون إجراء يمكن عبره تحديد اللحظة الزمنية التي يبتدئ فيها بتنفيذ العقد ، وأية ذلك أن امتناع المناقص الفائز عن التوقيع يقود . كما سنرى ذلك لاحقاً . إلى توقيع جراءات يشير مضمونها إلى قيام الرابطة التعاقدية <sup>(٣)</sup>، فضلاً عن أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ نصت في المادة (١٤) على أن ( على المتعاقد تنفيذ بنود العقد خلال المدة المتعاقد عليها على أن تحتسب تلك المدة من تاريخ المباشرة أو من تاريخ توقيع العقد... )، علما أننا وجدنا القانون الكويتي يشذ عن هذا الأمر بجعل إبرام العقد يكون من تاريخ توقيع العقد<sup>(٤)</sup>، ومرد ذلك بحسب ما نراه أن قرار الإحالـة الصادر من لجنة المناقصات المركزية هو قرار نهائـي لا يتطلب مصادقة أية جهة إدارية أخرى<sup>(٥)</sup>.

## المبحث الثاني

### التعريف بالنکول وأحواله

سنقسم هذا المبحث على مطلبين، سنخصص الأول منهما لبحث التعريف بالنکول، وسنفرد الآخر لدراسة أحوال النکول.

#### المطلب الأول - التعريف بالنکول

إن دراسة التعريف بالنکول تتضمن بادئ ذي بدء الوقوف على مدلول النکول من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ومن ثم تمييزه من إلغاء المناقضة العامة، وهذا ما سنتولى القيام به عبر الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول - المدلول اللغوي والاصطلاحي للنکول

النکول لغة مشتق من الفعل الثلاثي (نکل) ونكل عنه كضرب ونص وعلم نكولا□: نکص وجبن، وینکل نكولا□ ونکل: نکص يقال نکص عن العدو وعن اليمين، ينکل بالضم أي جبن، ونکله عن الشيء صرفة عنه<sup>(٦)</sup>.

<sup>(٦)</sup> وهذا ما بينته إدارة الفتوى في مجلس الدولة المصري بقولها متى اخطر المقاول بقبول عطائه فيترتب على عائقه التزام بالتوقيع على عقده مع جهة الإدارة.. تراخيه في هذا التوقيع يخول الإدارة حق اللجوء للوسائل القانونية للضغط عليه لينفذ التزامه..). فتوى رقم ٦٥٩ في ٢٠ / ٣ / ١٩٦٢ أوردها د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٧١٦.

<sup>(٤)</sup> المادة (٥٢) من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ الكويتي.

<sup>(٥)</sup> تنظر إجراءات البت في المناقضة والتوقيع على العقد المواد (٤٢ - ٥٦) من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤.

<sup>(٧)</sup> أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور، المرجع السابق، ص ٧١٩.



أما النكول اصطلاحاً فعلى الرغم من الجهد الكبير والمضني الذي بذلناه في استقصاء التعريفات المقدمة للنكول من القضاء والفقه الإداريين ، إلا أننا لم نوفق في الحصول على أي تعريف ، إذ كل ما وجدناه هو المرور السريع على وجوب المناقص الفائز بعد تبليغه بقرار المصادقة بإيداع التامين النهائي وتوقع العقد.

وازاء ذلك كان لا بد لنا من تحديد العناصر الأساسية للنكول لكي نتمكن من تعريفه، وهذه العناصر نوجزها في الآتي<sup>(٢)</sup>:

١. من دراسة الأحوال التي يعد فيها صاحب العطاء الفائز بالمناقصة ناكلا . سواء في القانون العراقي أو المقارن . يتبيّن أن النكول يحدث بعد صدور قرار المصادقة وتبلغ المناقص الفائز به، بمعنى آخر أن النكول ينشأ بعد قيام الرابطة التعاقدية وقبل تنفيذ العقد.
٢. أن النكول يقع من قبل المتعاقد مع الإداره، وخلاف ذلك غير صحيح.
٣. يتمثل النكول في امتناع المتعاقد عن إتمام شكليات معينة تطلب القانون استيفاءها بعد صدور قرار المصادقة والتبلغ به، مما يعني أن النكول يشكل انتهاكا للالتزامات التعاقدية. ومما تقدم يمكن أن نخلص إلى تقديم تعريف للنكول يجمع هذه الملامح وهو: (انتهاك المتعاقد للالتزام بإتمام إجراءات التعاقد بعد صدور قرار مصادقة إحالة المناقصة وتبلغه به)<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الثاني - تمييز النكول من إلغاء المناقصة العامة

يراد بإلغاء المناقصة العامة إقدام الجهة الإدارية التي أعلنت عنها على الإفصاح عن رغبتها بصرف النظر عنها والكف عن مباشرة إجراءاتها، وذلك عبر قرار إداري يصدر بإرادتها المنفردة<sup>(٢)</sup>.

ويأتي الاعتراف لجهة الإداره بسلطة إلغاء المناقصة العامة بسبب ما قد يستجد من ظروف يضحي بها التعاقد غير محقق للمصلحة العامة، لذا تستطيع الإداره إلغاء المناقصة العامة من دون أن تتحمل أية تبعات قانونية عن هذا الإلغاء ما دامت غير متعدفة فيه<sup>(٣)</sup>، وبعد هذا أمراً منطقياً على أساس أن المتعاقد مع الإداره ينظر إليه على انه معاون للإداره في تسخير المرفق

<sup>(١)</sup> هنالك من القوانين تستخدم مصطلح الانسحاب من المناقصة العامة بدلاً من النكول ومنها قانون المناقصات العامة رقم

<sup>(٢)</sup> لسنة ١٩٦٤ الكويتي (م ٥٣ و ٥٤)، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ القطري (م ٥٢) ٣٧.

<sup>(٣)</sup> وهذا التعريف يقتصر على حالة النكول في المناقصات العامة، إذ لا يقتصر استعمال مصطلح النكول على المناقصات العامة فقط وإنما يستعمل كذلك في المزايدات العامة وذلك عندما يمتنع المحال عليه المزاد عن دفع بدل البيع أو الإيجار.

تتظر المادة (١٩) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ النافذ.

<sup>(٤)</sup> د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، بغداد، ١٩٧٠، ص ٥٥.

<sup>(٥)</sup> د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، مرجع سابق، ص ١٣٢ .



العام، فإذا ما قررت الإدارة أنها لم تعد بحاجة إلى ذلك المعاون فلها بموجب القانون إلغاء المناقصة العامة<sup>(٤)</sup>.

ويلاحظ أن القوانين عادة تجعل من إلغاء المناقصة من اختصاص السلطة المختصة بالصادقة (الاعتماد) وذلك بصورة مباشرة أو بناء على توصية لجنة الإحالات (البت)، وفي هذه الصورة الأخيرة يحدد القانون عادة أسباب تلتزم لجنة الإحالات معها بالتوصية بإلغاء المناقصة العامة، ففي مصر نصت المادة (١٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على إلغاء المناقصة في حالة الاستغناء عنها نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وكذلك تلغى بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت في إحدى الحالات الآتية:

١. إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.
٢. إذا افترضت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات.
٣. إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية.

أما في العراق فان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ أوجبت في المادة (٥/ خامسا) إعادة الإعلان عن المناقصة إذا لم تقدم العطاءات خلال مدة الإعلان أو في حالة تقديم عطاء واحد خلال هذه الفترة، وكذلك إذا تجاوز مبلغ أفضل عطاء لمقدمي العطاءات نسبة ١٥% من الكلفة التخمينية ، كما وأجازت المادة نفسها في فقرتها (ثانيا / ل) لجهة التعاقد الحكومية إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط. ومما تقدم يمكن أن نستخلص جملة فروق بين النكول عن المناقصة العامة وإلغائها وهي:  
١. أن النكول عن المناقصة يحدث دائمًا بعد نشوء العلاقة التعاقدية (إبرام العقد) ، في حين يكون إلغاؤها قبل أو بعد نشوء هذه العلاقة<sup>(١)</sup>.  
٢. النكول يقع من المتعاقد (المناقص الفائز)، أما الإلغاء فيقع من جهة الإدارة.  
٣. يشكل النكول انتهاكا للالتزامات التعاقدية ويتحمل الناكل جملة جزاءات، بينما يعد الإلغاء أمراً مشروعاً للإدارة لا تتحمل إزاءه أية مسؤولية ما دامت لم تتعسف في هذا الإلغاء<sup>(٢)</sup>.

<sup>(٤)</sup> د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١١٥.

<sup>(١)</sup> لا وجود لهذا الفارق في القانون الكويتي، إذ يقع الإلغاء والنكول قبل نشوء الرابطة التعاقدية التي حدد المشرع بداية وجودها بتوقيع العقد، علماً أن مجلس الوزراء هو من يملك بموجب المادة (٥٢) من قانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ العدول عن الترسية.

<sup>(٢)</sup> ومع ذلك يقر مجلس الدولة الفرنسي للمناقص بالتعويض قبل الإداره إذا بدأ بتنفيذ مضمون المناقصة بعد إحلال المناقصة عليه وقبل المصادقة عليها، وذلك في حالة إلغاء المناقصة أو عدم المصادقة عليها بشرط توفر الآتي:  
١. أن تكون الأعمال التي نفذها المناقص قد عادت بفائدة حقيقة على الإداره. =  
٢. أن تكون الإدارة قد قبّلت تنفيذ تلك الأعمال بصورة صريحة أو ضمنية من خلال عدم معارضتها في تنفيذ تلك الأعمال.



٤. يشكل النكول سلوكاً سلبياً يتمثل في امتناع المتعاقد عن إتمام إجراءات التعاقد، بينما يشكل الإلغاء سلوكاً ايجابياً يتمثل في صدور قرار إداري من جهة الإدارة بإلغاء المناقصة العامة.

### المطلب الثاني - أحوال النكول عن المناقصة العامة

إن مصادقة الجهة المختصة على الإحالة يعني أن الإدارة قد أفصحت عن إرادتها النهائية والملزمة بقبول التعاقد مع صاحب العطاء الفائز (الإيجاب)، وينشئ اقتران هذا القبول مع الإيجاب العقد بين الطرفين.

إلا أن المتعاقد لا يستطيع المباشرة في تنفيذ مضمون العقد ما لم يستوف □ إجراءات قانونية معينة ، وهي دفع التأمين النهائي وتوقيع العقد مع الإدارة بعد صياغة فقراته، فإذا امتنع عن ذلك عَد ذلك منه نكولاً مما يجعله عرضة للجزاءات القانونية التي تطبق على الناكل، وهذا يعني أن أحوال النكول تتمثل في الامتناع عن دفع التأمين النهائي، والامتناع عن توقيع العقد، وسنفصلهما بإيجاز على النحو الآتي:

#### الفرع الأول- الامتناع عن دفع التأمين النهائي

تستوجب اغلب التشريعات تقديم تأمين نهائي من صاحب العطاء الفائز بالمناقصة وذلك خلال مدة زمنية معينة<sup>(١)</sup>، وهذا التأمين لا يخرج عن كونه ضماناً للإدارة تتوجه عن طريقه الأخطاء التي قد يقوم بها المتعاقد ، فضلاً عن انه يضمن ملاءة المتعاقد من الناحية المالية وذلك عند مواجهته للمسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية<sup>(٢)</sup>.

---

وقد اتجهت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى تبني هذا الحكم أيضاً بقولها ( إن انتقاء مسؤولية الإدارة العقدية لعدم انعقاد العقد وانتقاء مسؤوليتها لعدم الخطأ والانحراف في السلطة لا يحول من دون رجوع الشركة على الوزارة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب وذلك إذا ثبت أن ما قامت به من أعمال . بعلم الوزارة وموافقتها الصريحة أو الضمنية . قد عادت بفائدة حقيقية على الوزارة..) ينظر كل من د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٥٣ / ٧ بلال أمين زين العابدين، المرجع السابق، ص ١٨٣ .

(١) تنظر على سبيل المثال المادة (١٦) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ العراقية، والمادة (١٨) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (٤) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي، والمادة (٣٣) من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨) لسنة ١٤٢٧ السعودية، والمادة (٤٥) من قانون ونظام المناقصات العامة رقم (٨٦) لسنة ١٩٨٤ العماني.

ويلاحظ أن التسميات التي تطلق على التأمين النهائي تتعدد في التشريعات ومنها تسميته بضمان التنفيذ والضمان النهائي وتأمين الإدارة، وكفالة حسن التنفيذ، والكافلة النهائية،...

(٢) وهذا ما أفصحت عنه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (يقصد بالتأمين النهائي أن يكون ضماناً لجهة الإدارة بؤمنها الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري. كما يضمن ملاءة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري. فلا يمكن لجهة الإدارة أن تتجاوز



ولا يكون التأمين النهائي ضماناً حقيقياً ما لم يكن للإدارة حق مصادرته، أي اقتضاء قيمة دينها منه بطريقة التنفيذ المباشر من دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء ، سواء نص على ذلك في شروط العقد أم لم ينص<sup>(٢)</sup>.

وتتحدد قيمة التأمين النهائي الواجب سداده من المتعاقدين بـ ٥% من قيمة العقد في القانون العراقي والمصري<sup>(٣)</sup>، أما عن المدة الزمنية الواجب فيها سداد التأمين النهائي فيتفاوت فيها التشريع المصري عن التشريع العراقي، إذ حددها المشرع المصري في المادة (١٨) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بعشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطار المتعاقدين بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه، ويكون الأداء خلال عشرين يوماً إذا كان المتعاقدين من خارج مصر مع الترخيص للإدارة بمد المدة بما لا يتجاوز العشرة أيام في الحالتين، بينما في العراق لم تحدد تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ مدة زمنية ينبغي أداء التأمين النهائي خلالها ، إلا أنه يمكن القول أن هذه المدة تتحدد بالأربعة عشر يوماً من تاريخ التبلغ بالإحالة ، وهذا الحكم يستفاد ضمناً من المادة (٧/ فقرة عشرون) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية التي أوجبت تبليغ المتعاقدين بتوقيع العقد خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ تبلغه بمصادقة رئيس جهة التعاقد على التوصية بالإحالة، إذ أن أداء التأمين النهائي يكون دائماً قبل توقيع العقد.

ومن الجدير بالذكر هنا أن المشرع العراقي أعفى الشركات العامة والقطاع العام من تقديم التأمين الأولي والنهائي لمدة ثلاثة سنوات تبدأ من تاريخ نفاذ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية وحول وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي إعادة النظر بهذا الاستثناء بعد مضي هذه المدة وبالتنسيق مع لجنة الشؤون الاقتصادية في مجلس الوزراء، وهذا يعني أنه في حالة تطبيق هذا الاستثناء فإن النكول لا يتصور حدوثه بسبب عدم أداء التأمين النهائي إلا من أشخاص القانون الخاص فقط<sup>(٤)</sup>.

#### الفرع الثاني - الامتناع عن توقيع العقد

تقع على الجهة الإدارية المتعاقدة مسؤولية صياغة العقد طبقاً لشروط المناقصة ، ولما جاء في عطاء المناقص الفائز من عروض، مضافاً إليها أية شروط يتفق عليها الطرفان تضمن سلامة

عن التأمين حرصاً على مصلحة المرفق العام وانتظام سيره. الطعن رقم ١٢٨٩ في ١-٢-١٩٦٥ لسنة ٠٨ مجموعه أحكام المحكمة الإدارية العليا ، صفحة رقم ٣١٣ .

(٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٧٢ .

(٥) المادة (١٦ /أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ ، والمادة (١٨) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

(٦) المادة (١٦ /هـ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .



تنفيذ العقد<sup>(٢)</sup>، وتطلب من المتعاقد بعد أدائه التأمين النهائي التوقيع على العقد وذلك خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ تبليغ المتعاقد بالإحالة، فإذا امتنع عن التوقيع أذرته الإدارة بلزم التوقيع خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بالإذنار، فإذا انقضت المدة ولم يوقع العقد عَذْناكاً<sup>(٣)</sup>.

وألزمت المادة (١٠/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الجهات الإدارية بالترخيص في توقيع العقد إلى حين حسم الشكوى أو الاعتراض المقدم من أصحاب العطاءات غير الفائزة الذين لم يطلبوا سحب التأمينات الأولية من قبل الوزير أو المحافظ بشرط تقديم المعترض لتعهد رسمي بدفع قيمة الأضرار الناجمة لمصلحة جهة التعاقد عن التأخير بتوقيع العقد لأسباب كيدية أو غير مبررة، وحسناً فعل المشرع العراقي بتحديد مدة توقيع العقد، بخلاف كثير من التشريعات العربية التي حولت الإدارة تحديد المدة للمتعاقد في كتاب تبليغه بالتوقيع<sup>(٤)</sup>، إذ نرى أن عدم تحديد المدة سيقود إلى تقديم مدد مختلفة تبعاً لاختلاف تقدير الجهات الإدارية المتعاقدة، وكذلك سيمعن تماهيل الإدارة بتبليغ المتعاقد بتوقيع العقد، أو تحديد مدة قصيرة للمتعاقد لأجل التوقيع.

### المبحث الثالث

#### الجزاءات القانونية المرتبة عن النكول

إن نكول المتعاقد عن استكمال الإجراءات القانونية للتعاقد يجعله عرضة إلى توقيع جملة من الجزاءات القانونية عليه من الإدارة ، ويستند في تفسير الأساس القانوني لتوقيع الجزاءات القانونية على الناكل في تحقيق سير المرفق العام بانتظام واطراد، إذ ليس من شك في أن النكول عن استكمال إجراءات التعاقد من شأنه تعريض عمل المرفق العام إلى الإرباك والتلاؤ .

وبتمحيص التشريعات يمكن القول أن هنالك ثلاثة أنواع من الجزاءات يمكن توقيعها على المتعاقد نتيجة النكول، وهي مصادرة التأمينات، والإحالة على المتقدم الثاني، ووضع الناكل على القائمة السوداء، وسندرس هذه الجزاءات بالتفصيل طبقاً لما يأتي:

#### المطلب الأول - مصادرة التأمينات

من المعلوم أن التأمين الذي يودع لدى الإدارة على نوعين تأمين أولي (ابتدائي) يدفع عند التقدم بالعطاء، وتأمين نهائي يدفع عند قبول العطاء، وسنبحث مصادرتهم على وفق الآتي:

<sup>(١)</sup> المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

<sup>(٢)</sup> المادة (٧/فقرة عشرون) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

<sup>(٣)</sup> تنظر على سبيل المثال المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (٥٣) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي، والمادة (٣٠) من نظام المناقصات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨) لسنة ١٤٢٧ السعودي، والمادة (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ اليمني.



## الفرع الأول - مصادرة التأمين الأولى

بعد التأمين الأولى من ابرز مرفاقات العطاء ، إذ تضمنت اغلب التشريعات نصوصاً توجب إرفاق التأمين الأولى مع العطاء، وبخلاف ذلك يجري استبعاد العطاء المقدم من المنافسة<sup>(١)</sup>. ولقد قدمت تعريفات عديدة للتأمين الأولى جاءت متقدمة في معناها مختلفة في ألفاظها، ومنها تعريفه بأنه قيمة يضمّنها العارض عرضه ، ويخصّصها لمصلحة الإدارة ، وذلك ضماناً لجدية العرض، وتأييداً لحسن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن تقديمها لهذا العرض، والمستندة إلى إرادته المنفردة<sup>(٢)</sup>، وكذلك تعريفه بأنه ( مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية تتوقى به أثار الأخطاء التي يرتكبها صاحب العطاء عند انسحابه أو نكوله عن المناقصة أو المزايدة أو الممارسة ، وضمان لجدية مساهمته وسلامة قصده<sup>(٣)</sup> .

وجزاء مصادرة التأمين الأولى إلى جوار ترتيبه عند سحب المناقص لعطايه قبل البت في المناقصة ، يترتب كذلك عند نكول المناقص عن تسديد التأمين النهائي بعد إرساء المناقصة عليه ، وقد وردت الإشارة إلى هذا الجزء في المادة (٢١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري ، والمادة (٥٥) من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي ، والمادة (٣٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨) لسنة ١٤٢٧ السعودي.

أما في العراق فقد نصت المادة (١٦/ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ على أن ( تصادر التأمينات الأولى لمن ترسو عليه المناقصة عند نكوله عن توقيع العقد بعد التبلغ بأمر الإحاله وتتخذ بحقه كافة الإجراءات القانونية الأخرى المنصوص عليها في هذه التعليمات )، وكذلك نصت المادة (١٧/أولا) من التعليمات نفسها على أن (... في حالة نكول المناقص الفائز عن توقيع العقد بعد إنذاره رسميًا بضرورة توقيع العقد خلال مدة (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ تبلغه تتخذ الإجراءات الآتية:

أ. مصادرة التأمينات الأولى الخاصة بالمناقص الناكلا).

ولنا على هذين النصتين الملاحظات الآتية:

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك، ضمانت العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٩٢.  
ويلاحظ أن المحكمة الإدارية العليا في مصر أقرت بالسلطة التقديرية للإدارة في عدم استبعاد العطاء الخالي من تقديم التأمين الأولى إذا ما قدرت ملائمة صاحب العطاء المالية إذ تقول في حكم لها ( لا يترتب جزاء بطلان العقد على مخالفة شرط الوفاء بالتأمين ما دامت الإدراة قد اطمأنت إلى إبرام العقد مع مقدم العطاء ، وانفقة من ملائمه وقدرتها المالية على الوفاء بالتزاماته العقديّة...). حكمها المرقم ٢٥ في ١١/١٦ ١٩٩٢ أورده د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٢) د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٥٦٩.

(٣) هائف جاسم كاظم، المرجع السابق، ص ١٩٢.



١. إن مصادرة التأمين الأولي تكون بقرار يصدر بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية المتعاقدة من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء<sup>(٣)</sup>.
٢. إذا ما امتنع المتعاقد عن توقيع العقد يتعين على الإدارة إنذاره بضرورة توقيع العقد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبلغه وإلا يصار إلى مصادرة التأمين الأولي، وفي القانون المصري يشترط بموجب المادة (٢١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ إخبار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول<sup>(٤)</sup>.
٣. أن الإدارة ليس لها أن تطلب من المتعاقد توقيع العقد إلا بعد أدائه التأمين النهائي، إذ يتحول التأمين الأولي بعد صدور قرار الإرساء إلى تأمين نهائي من خلال قيام المتعاقد بدفع الفرق بين الاثنين، وبالتالي كان الأولى بالتعليمات النص على مصادرة التأمين النهائي في حالة نكول المتعاقد عن توقيع العقد وليس التأمين الأولي على أساس أن هذا الأخير يتحول إلى تأمين نهائي بعد صدور قرار إرساء المناقصة.
٤. طبقاً للنصرين المتقدمين فان سلطة الإدارة في مصادرة التأمين الأولي هي سلطة مقيدة ، إذ تلزم الإدارة بمصادرة التأمين بمجرد حدوث النكول ولا تملك سلطة إعفاء المتعاقد من هذا الجزء.

## الفرع الثاني - مصادرة التأمين النهائي

فيما سلف بینا أن التأمين النهائي يمثل المبالغ المالية التي تودع لدى جهة إدارية من المتعاقد معها بهدف تأمينها ضد أثار الأخطار التي يرتكبها المتعاقد معها أثناء تفويذه العقد الإداري فضلاً عن ضمانها ملاءة المتعاقد لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره في تنفيذ مضمون العقد<sup>(٥)</sup>.

<sup>(٣)</sup> ينظر كل من : د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية ، ط١ ، دار المكتبي ، دمشق، ١٩٩٩ ، ص ٥٥٤ / ٥٥٥ .

د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، الوثيقة الخضراء للطباعة والنشر، طرابلس، ٢٠٠٢، ص ١١٢ .

<sup>(٤)</sup> في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر تقول فيه (في حالة عدم التزام المتعاقد بسداد التأمين النهائي، يحق للإدارة أن تقسخ العقد مع مصادرة التأمين الأولي أو تقوم بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد، ويشترط لاتخاذ أي من الإجراءين السابقين إخبار المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول حتى يكون على بينة من الإجراء الذي اتخذه في مواجهته).

حكمها في الطعن ١٦٤٥ لسنة ١٩٩٤/٣/٢٢ في مجموعة المبادئ ، س ٣٩، ج ٢، ص ١١١٣ .

<sup>(٥)</sup> د. محمد رفعت عبد الوهاب و د. حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٦٨ .



ويصار إلى مصادرة التأمين النهائي في بعض التشريعات المقارنة عند نكول المتعاقد عن توقيع العقد، سواء فسخ العقد بين الإدارة والمتعاقد أم جرى إحالة المناقضة على المناقص الثاني<sup>(١)</sup>، بينما في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ يكون توقيع العقد هو الفيصل في فرض جزء مصادرة التأمين الأولى أم مصادرة التأمين النهائي، إذ إن انتهاء المتعاقد للالتزاماته قبل توقيع العقد . بما في ذلك امتناعه عن توقيع العقد . يقود إلى مصادرة التأمين الأولى، في حين يقود انتهاء المتعاقد للالتزاماته بعد توقيع العقد إلى مصادرة التأمين النهائي<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك نرى أنه يمكن استيفاء أية مبالغ تترتب لمصلحة الإدارة من مبلغ التأمين النهائي كونه يشكل ضمانة لجهة الإدارة بوصفه الحد الأدنى اللازم لتعويض الأضرار التي أصابت الإدارة من نكول المتعاقد عن تنفيذ التزاماته<sup>(٣)</sup>، ومن ثم لا تثريب إن اجتمع مصادرة التأمين مع التعويض من دون أن يعد ذلك ازدواجاً للتعويض، فإذا كان التأمين النهائي لا يكفي لجبر الأضرار التي أصابت الإدارة جاز لها أن ترجع بالتعويض على المتعاقد لاستكمال جبر بقية الأضرار ، ومن دون أن يقبل من المتعاقد أثبات أن قيمة الأضرار تقل عن مبلغ التعويض<sup>(٤)</sup>.

**المطلب الثاني - الإحالة على المناقص الثاني مع تحويل المتعاقد فرق البدلين**  
سندرس في هذا المطلب القواعد المنظمة لهذا الجزء، وطعن المتعاقد فيه على وفق الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول - القواعد المنظمة لإحالة المناقضة على المناقص الثاني**  
فضلاً عن مصادرة التأمينات، للإدارة بمقتضى المادة (١٧ / أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الحق في حالة نكول المناقص عن توقيع العقد إحالة المناقضة

<sup>(١)</sup> تنظر على سبيل المثال المادة (٥٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ القطري.

<sup>(٢)</sup> تنظر المادة (١٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ التي تضمنت فقرتين خصصت الأولى للآثار القانونية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية قبل توقيع العقد، في حين خصصت الأخرى للآثار القانونية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية بعد توقيع العقد.

<sup>(٣)</sup> د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣٥٠ د عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

<sup>(٤)</sup> وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها ( وما دامت طبيعة كل من مصادرة التأمين والتعويض مختلفة ، فلا تثريب إن اجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض ، إذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجاً للتعويض حيث أن هذا الاستحقاق ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة ، على أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بان لا يحضر العقد الإداري صراحة هذا الجمع، وإن يكون الضرر مجاوزاً قيمة التأمين المصادر ، أما إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتحقق على خلاف ذلك). حكمها في الطعن ١٠١٩ في ١٩٦٦/١٢/١٠ أشار إليه الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق، ص ٢٧٧.



على المرشح الثاني، ويتحمل المناقص الناكل فرق البدلين الناجم عن تنفيذ العقد، فإذا كانت قيمة التأمينات غير كافية يتم أخذها من أمواله الأخرى، وفي حالة نكول المرشحين الأول والثاني عن توقيع العقد أو تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ فلجهة التعاقد ترسية المناقصة على المناقص الثالث، ويتحمل الناكلان الأول والثاني فرق البدلين بالتضامن وحسب فرق المبالغ الخاصة بالترشيح لهما مع مصادرة التأمينات الأولية<sup>(١)</sup>.

ونورد الملاحظات الآتية على هذا النص:

١. إن سلطة الإدارة بتوقيع هذا الجزء مقيدة ، بمعنى أن الإدارة تلزم في حالة نكول المناقص الفائز عن توقيع العقد بمصادرة تأميناته الأولية وإحالة المناقصة على المناقص الثالث مع تحويل المناقص الأول فرق البدلين، في حين نجد في التشريعات المقارنة أن الإدارة تملك سلطة تقديرية في إلغاء العقد أو إحالة المناقصة على المناقص التالي بحسب ترتيب العطاءات<sup>(٢)</sup>.
٢. يترتب جزاء الإحالة على المناقص الثاني في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة نتيجة امتناع المناقص الفائز عن توقيع العقد، بينما يترتب هذا الجزاء في القوانين المقارنة . إلى جوار الامتناع عن توقيع العقد . نتيجة الامتناع عن تسديد التأمين النهائي<sup>(٣)</sup>.
٣. لا يقتصر حدوث النكول من المناقص الأول الفائز، وإنما يعد المناقص الثاني كذلك ناكلاً إذا امتنع عن توقيع العقد أو امتنع عن تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ ( التأمين النهائي )، وتطبق عليه الإجراءات ذاتها التي تطبق على المناقص الأول عند النكول، وتحال المناقصة إلى المناقص الثالث مع تحويل الناكلين فرق البدلين بالتضامن.

ويلحظ هنا أن التعليمات أفصحت عن عدم امتناع المناقص عن تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ ( التأمين النهائي ) من أحوال النكول بخلاف نكول المناقص الأول الذي قصرته على الامتناع عن التوقيع، وكذلك لم تبين التعليمات الحكم القانوني للمناقصة فيما لو نكل المناقص الثالث عن المناقصة، إذ كان ينبغي النص . بحسب ما نرى . صراحة على امتلاك الإدارة سلطة إلغاء المناقصة العامة أو إعادة عرضها من جديد .

#### **الفرع الثاني - الطعن بقرار إحالة المناقصة على المناقص الثاني**

<sup>(١)</sup> وفي هذا الصدد نورد حكم محكمة التمييز التي تقول فيه ( إذا نكل المقاول عن تنفيذ العقد وأحيل العقد ذاته إلى مقاول آخر يتحمل المقاول الناكل فرق الزيادة تنفيذاً للعقد وبحكم القانون ). الحكم المرقم ٧٤/٢١٥ في ١٩٧٤/٥/١٣ أورده خليل إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، منشورات وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٨، ص ٦٤٨ .

<sup>(٢)</sup> تنظر على سبيل المثال المادة (٢١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة

<sup>(٣)</sup> من قانون المناقصات العامة رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ الكويتي، والمادة (٤٧) من قانون وتنظيم المناقصات الحكومية رقم ٨٦/٨٦ لسنة ١٩٨٤ العماني، والمادة (٥٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ القطري.

<sup>(٤)</sup> تنظر المواد القانونية نفسها في الهامش المتقدم.



بالنظر إلى ضرورة تنظيم عملية التعاقد بين الحكومة وبين المتعاقدين معها جاء قانون العقود الحكومية العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ليحتوي القواعد القانونية المنظمة للمناقصة العامة والمنازعات التي تنشأ بسببها، إذ أشار القسم (١٢) من القانون إلى إنشاء محكمة تختص بنظر اعتراف صاحب العطاء الذي يظن أنه ظلم في قرار إحالة التعهادات العامة، وإذ أن لكل قانون .  
كقاعدة عامة . تعليمات تصدر بشأن تنفيذه فقد صدرت التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ التي ألغيت وحلت محلها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ التي أشارت في المادة (١٠/ثانياً) إلى تشكيل محكمة إدارية مختصة بالنظر في اعترافات مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة الصادرة من الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم .

ويتضح مما سبق أن المتعاقد الذي تسحب منه المناقصة وتحال إلى المناقص الثاني يستطيع الطعن بقرار الإحالة أمام المحكمة الإدارية<sup>(١)</sup>، بشرط مراعاة الضوابط الواردة في المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وهي :

١. تقديم شكوى لدى اللجنة المركزية في الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظة أو الإقليم المعنى خلال سبعة أيام عمل من تاريخ صدور قرار الإحالة والتبلغ به، وتتولى هذه اللجنة دراسة الشكوى وتقديم التوصية بخصوصها إلى الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تاريخ إيداع الشكوى لدى جهة التعاقد، وعلى الأخير البت بالتوصية خلال سبعة أيام من دون أن تحدد التعليمات تاريخ البدء باحتسابها، وبعد عدم البت بالموضوع بعد انقضاء المدة رفضاً للاعتراف.

٢. أن يقدم اعتراف لدى المحكمة الإدارية خلال سبعة أيام من تاريخ صدور قرار الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم بموضوع الشكوى، ويعبّر على هذا النص إن مدة تقديم الاعتراف كان ينبغي جعلها تسري من تاريخ التبلغ بقرار رفض الشكوى وليس من تاريخ صدوره .

(١) وجهت انتقادات كثيرة إلى تشكيل هذه المحكمة ، إذ هنالك من الكتاب من رأى عدم صحة تسميتها بالمحكمة كونها مشكلة من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي ، وهذا يشكل مخالفة صريحة لنص المادة (٩٦) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أن ( ينظم القانون تكوين المحاكم وأنواعها ودرجاتها و اختصاصاتها وكيفية تعيين القضاة وخدمتهم...)، وكذلك مخالفته لأحكام قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ ، وكذلك انتقاد تسميتها بالإدارية لأن ذلك يوحي بأنها تختص بالمنازعات الإدارية في حين أنها لا تختص إلا بنوع واحد من المنازعات الإدارية وهي النظر في الاعتراضات المقدمة ضد قرارات إحالة المناقصات العامة.



علمًا أن الحكم الصادر من المحكمة يمكن الطعن به تمييزاً لدى محكمة الاستئناف خلال ثلاثة أيام من اليوم التالي لتاريخ التبلغ بقرار المحكمة، كما أن ولاية المحكمة تشمل طلبات إلغاء قرارات الإحالة من دون أن تشمل طلبات التعويض عما سببته من أضرار، وهذا يعني لزوم اللجوء إلى محكمة البداءة للمطالبة بالتعويض<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث - وضع الناكل على القائمة السوداء

من المبادئ الأساسية التي تحكم المناقصات العامة هي حرية المنافسة ، إذ يحق . كقاعدة عامة . لكل فرد أن يقدم للاشتراك فيها من دون أن تمنعه الإدارة أو تحرمه من حقه في الوصول إلى إحالتها عليه بوصفه صاحب أفضل عطاء سعراً وشروطًا فنية<sup>(٢)</sup>.

ولكن يحق في الوقت نفسه للإدارة أن تتخذ من الإجراءات . وهي بصدده تنظيم المناقصة العامة . الكفيلة بإبعاد الأفراد الذين ثبت لديها عدم قدرتهم الفنية والمالية لأداء التزاماتها، وقصر المشاركة فقط على الصالحين والقادرين على أدائها، وقرارها بالإبعاد بالتأكيد هو قرار إداري يوصف عند الفقه الإداري بالقرار المنفصل الذي يخضع لرقابة القضاء الإداري بغيرية التثبت من عدم إساءة الإدارة في استعمال سلطتها<sup>(٣)</sup>.

ويتمثل إدراج اسم الناكل في القائمة السوداء إجراء يتتيح للإدارة حرمان الأفراد غير المرغوب فيهم من الاشتراك في المناقصات العامة بشكل نهائي أو لمدة محددة ، إذ تحفظ الإدارة بقوائم ( سجلات ) خاصة تتضمن أسماء هؤلاء الأفراد غير المرغوب فيهم، يجري الرجوع إليها عند البدء بإجراءات المناقصة بهدف الوقوف على الأسماء الممنوعة من الاشتراك فيها<sup>(٤)</sup>.

وإدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء بوصفه جزءاً تضمنته تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بنصها في المادة (١٨) على أن ( للجهات التعاقدية في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم إدراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية في القائمة السوداء...)، وأحالات التعليمات بصدده توقيع هذا الجزء إلى الضوابط الواردة في تعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين العراقيين رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ ، التي ألغيت وحل محلها تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩

<sup>(١)</sup> وهذا ما بيته المحكمة صراحة في حكمها الرقم ٢٠١١/٣ في ٢٠١١/٤/١٣ الذي تقول فيه ( وجدت هذه المحكمة بعد دراسة إضمار الدعوى من أن دعوى المدعين بالنسبة إلى طلب التعويض ليس له سند من القانون حيث أن هذه المحكمة لا تختص بنظر هكذا طلبات ، إذ أن اختصاصها النوعي يشمل النظر في الدعاوى الإدارية الخاصة بالاعتراض على قرارات الإحالة في المناقصات العامة...) أورده خليل إبراهيم المشاهدي و شهاب احمد ياسين، المرجع السابق، ص ٤١.

<sup>(٢)</sup> د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٣٩ وما بعدها.

<sup>(٣)</sup> د. عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٠٧.

<sup>(٤)</sup> د. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٥٩.



التي خولت في المادة (١٥) منها وزير التخطيط والتعاون الإنمائي بناء على طلب مسبب من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة وضع شركة المقاولات أو المقاول في القائمة السوداء لمدة لا تزيد على سنتين في حالات عديدة منها امتياز المتعاقد عن توقيع العقد بعد التبلغ بقرار الإحاله.

وما يترتب على إدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء أن يجري تنزيل صنف المقاول درجة واحدة تسرى من تاريخ رفع اسمه من القائمة السوداء، وعدم التعامل مع المقاول خلال مدة درج اسمه في القائمة السوداء<sup>(١)</sup>.

علماً أن تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ خولت المقاول الذي تقرر إدراج اسمه في القائمة السوداء حق الاعتراض لدى الوزير بواسطة الوزارة المنفذة أو المستفيدة خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ، وبيت الوزير في الاعتراض خلال (٣٠) ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل الاعتراض في مكتبه، وبعد قراره نهائياً<sup>(٢)</sup>، والنهائية هنا لا تعنى عدم جواز الطعن بقرار الوزير أمام القضاء وإلا عد ذلك مخالفة صريحة لنص المادة (١٠٠) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥<sup>(٣)</sup>، وإنما تعنى عدم جواز رجوع الوزير بهذا القرار، وكذلك ينفذ هذا القرار من دون داع لمصادقة أي جهة إدارية أخرى عليه.

وبإنعام النظر في النصوص القانونية المنظمة لهذا الجزء نستطيع تقديم الملاحظات الآتية عليه:

١. تكون سلطة الإدارة بتوقيع هذا الجزء تقديرية، أي لها بحسب ما تراه محققاً للمصلحة العامة إدراج اسم المتعاقد الناكل في القائمة السوداء أو عدم إدراجه.
٢. يترتب هذا الجزء نتيجة نكول المتعاقد عن توقيع العقد، علماً أن القوانين المقارنة لم تجعل النكول من الأسباب الموجبة لإدراج المتعاقد في القائمة السوداء أو شطب اسمه من قائمة المقاولين سوى قانون المناقصات الكويتي الذي أجاز للإدارة في المادة (٥٢) منه شطب اسم المناقص الفائز من قائمة المقاولين والموردين المعتمدة شطباً دائماً أو لمدة معينة<sup>(٤)</sup>، وكذلك القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠ بشأن نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة

<sup>(١)</sup> المادة (١٥/ثانياً) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين.

<sup>(٢)</sup> المادة (١٨) من تعليمات تسجيل وتصنيف شركات المقاولات والمقاولين.

<sup>(٣)</sup> تنص المادة (١٠٠) من دستور ٢٠٠٥ على أن (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن).

<sup>(٤)</sup> تنظر على سبيل المثال المادة (٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري، والمادة (٥٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية رقم (٥٨) لسنة ١٤٢٧ السعودي ، والمادة (٢٨) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ اليمني.



الذي قرر في المادة (٥٨) حرمان المناقص الفائز بالمناقصة إذا تخلف عن توقيع العقد من دون عذر مشروع من الاشتراك في المناقصات لمدة لا تقل عن سنة بقرار من الوزير المختص.

٣. إن الإدراج في القائمة السوداء يكون مؤقتاً.

٤. تستطيع الإدارة حرمان المناقص من المناقصة متى ما اتضح لها إدراج اسمه في القائمة السوداء سواء كان ذلك قبل صدور قرار الإحالة أم بعده<sup>(٢)</sup>.

٥. بما أن التعليمات لم تحدد مرجع الطعن بقرار الوزير بإدراج اسم المتعاقدين في القائمة السوداء، فإن محكمة القضاء الإداري ستكون مرجع الطعن بوصفها الجهة المختصة بالنظر في صحة القرارات الإدارية التي لم يعين المشرع مرجعاً للطعن فيها<sup>(٣)</sup>.

### الخاتمة

من خلال دراسة أحكام النكول في القانون العراقي ترشحت لدينا جملة من الاستنتاجات وعدد من التوصيات نوردها بالاتي:

١. يعد قرار المصادقة الصادر من الجهة المختصة منشأً للعملية التعاقدية، إذ يمثل القبول النهائي لجهة الإدارة، إلا أن هذا القبول لا ينفذ في القانون العراقي إلا من تاريخ تبلغ صاحب العطاء الفائز بتوقيع العقد.

٢. إن توقيع العقد بعد صدور قرار المصادقة لا يعدو أن يكون إجراء به يتحدد بدء تنفيذ العقد.

٣. يشير النكول في المناقصة العامة إلى انتهاك المتعاقدين للالتزام بإتمام إجراءات التعاقد بعد صدور قرار المصادقة على توصية إحالة المناقصة العامة.

٤. يتميز النكول من إلغاء المناقصة العامة (العدول) أنه يقع من المتعاقدين بينما يقع الإلغاء من الإدارية، والنكول عمل غير مشروع يعرض الناكل لجزاءات قانونية، في حين إلغاء المناقصة عمل مشروع للإدارة إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي إجراء الإلغاء.

٥. أسباب النكول محددة على سبيل الحصر وهي الامتناع عن تسديد التأمين النهائي والامتناع عن توقيع العقد.

٦. يترتب على النكول توقيع ثلاثة جزاءات هي مصادر التأمينات، وإحالة المناقصة على المناقص الثاني، وإدراج اسم الناكل في القائمة السوداء، وتتفاوت سلطة الإدارة بتوقيع هذه

<sup>(١)</sup> وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية في العراق بقولها ( ومن تقدم تجد هذه المحكمة بان هذه الدعوى واجبة الرد لسببين الأول هو أن شركة المدعي قد وضعت في القائمة السوداء بموجب كتاب الدائرة القانونية في وزارة التخطيط.... ، وهذا يمنع من إحالة أي مشروع للمدعي وشركته سواء كان المنع قبل الإعلان عن المناقصة والإحالة أم بعد ذلك وبحسب تعليمات وزارة التخطيط بهذا الشأن...). الحكم المرقم ٣٤/٢٤٠١١٠٨٢٤ في ٢٠١١/٨/٢٤ أورده خليل إبراهيم المشاهدي و شهاب احمد ياسين، المرجع السابق، ص ٧٧.

<sup>(٢)</sup> تنظر المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.



الجزاءات فهي تكون مقيدة في مصادر التأمينات وإحالة المناقصة على المناقص الثاني، بينما تكون تقديرية في إدراج اسم المتعاقد في القائمة السوداء.

#### النوصيات:

١. بهدف تبسيط إجراءات التقاضي أمام الأفراد نوصي بإلغاء المحكمة الإدارية وإعادة اختصاص النظر بصحة قرارات الإحالة والتعويض عنها إلى محكمة القضاء الإداري، إذ كما هو معلوم أن المتعاقد في ظل الوضع الراهن يضطر أن يقيم ثلات دعاوى قضائية أمام ثلاث محاكم مختلفة في حالة إحالة المناقصة على المناقص الثاني وإدراج اسمه في القائمة السوداء ، وهي المحكمة الإدارية بهدف إلغاء قرار الإحالة ، ومحكمة البداءة بقصد الحصول على التعويض عن الأضرار التي أصابته من سحب المناقصة منه وإحالتها إلى المناقص الثاني، ومحكمة القضاء الإداري بهدف إلغاء قرار إدراج اسمه في القائمة السوداء .
٢. تعديل المادة (١٦/أولاً) والمادة (١٧/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بإضافة النكول الناشئ عن الامتناع عن سداد التأمين النهائي إلى جوار النكول عن توقيع العقد.
٣. تعديل الفقرة الثالثة من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وجعل مدة تقادم الطعن بقرار الإحالة أمام المحكمة الإدارية يسري من تاريخ التبلغ بقرار رفض الشكوى وليس من تاريخ صدوره.
٤. تعديل نص المادة (١٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ ومنح الإدارة سلطة إلغاء المناقصة أو إعادة عرضها إلى جوار سلطتها بإحالة المناقصة إلى المناقص الثاني أو الثالث في حالة نكول الثاني، وذلك لما فيه من تحقيق للمصلحة العامة التي قد تقتضي هذا الإلغاء أو إعادة العرض، وبخاصة في حالة نكول المناقص الثالث عن المناقصة العامة.

#### قائمة المراجع

١. أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، إعداد يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، بلا سنة طبع.
٢. د.أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٧٣.
٣. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة.
٤. د. جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٥. د. حنان محمد القيسي و صفاء حسين الشمرى، وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢.



٦. خليل إبراهيم المشاهدي و شهاب احمد ياسين، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة، ج ١، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢.
٧. د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية ، ط ١، دار المكتبي، دمشق، ١٩٩٩.
٨. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، الإسكندرية ٢٠٠٨.
٩. د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق ، بلا دار نشر، ٢٠٠٥.
١٠. د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
١١. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف في الإسكندرية ٢٠٠٤.
١٢. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٧.
١٣. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٠.
١٤. د. مازن ليلاو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، الوثيقة الخضراء للطباعة والنشر، طرابلس، ٢٠٠٢.
١٥. د. مال الله جعفر عبد الملك، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٠.
١٦. د. محمد رفعت عبد الوهاب و د. حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ٢٠٠١.
١٧. د. محمد سمير جمعة ، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظمين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٩، ٢٠١١.
١٨. د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠٦.
١٩. د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني لمناقصات العامة، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩.
٢٠. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٢١. د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط ١، دار الفكر العربي ، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢٢. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥.
٢٣. هاتف كاظم جاسم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٩، ٢٠٠٩.
٢٤. د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج ١، بدون دار نشر، دمشق، ١٩٩٨.