



الرقم الدورى: ISSN2075-7220  
الرقم الدورى الالكترونى: ISSN2313-0377

# مجلة المحقق الجلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر  
عن كلية القانون بجامعة بابل

**بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:**

أ.د. إسماعيل صعصاع  
أحمد فاهم مسلم

✓ الحماية القضائية لمبدأ المنافسة  
في المناقصات الحكومية. (دراسة  
مقارنة)

أ.د. إيمان طارق مكي  
م.م. وسيم جبار

✓ النظرية الوصفية في تحديد طبيعة  
مدة العقد الممتد. (دراسة مقارنة)

أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي  
م.انغام محمود شاكر

✓ مفهوم الوصية بالمنافع. (دراسة  
مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين  
الأحوال الشخصية)

أ.د. هادي حسين الكعبي  
كرار معد عظيم

✓ الحكم القضائي الصوري.  
(دراسة مقارنة)

العدد الرابع

السنة الحادية عشر

2019

ISSN 2075-7220  
ISSN ONLINE 2313-0377



# **AL-Mouhakiq Al-Hilly Journal** **For Legal and** **political science**

**Quarterly Refereed and Scientific Journal**  
**Issued By**  
**College of Law in Babylon University**

✓ **Judicial protection for the principle of competition in the field of government tenders. ( comparative study )**

P. Dr. Ismaeel S.Ghedan  
Ahmad Fahim Muslem

✓ **Theoretical Theory In Determining The Nature Of The Duration Of The Extended Contract. (Comparative Study)**

P.Dr. Eman T. Makki  
Wasseam J.A. Shemary

✓ **The concept of the willfulness of the benefits. (Comparative study between Islamic jurisprudence and personal status laws)**

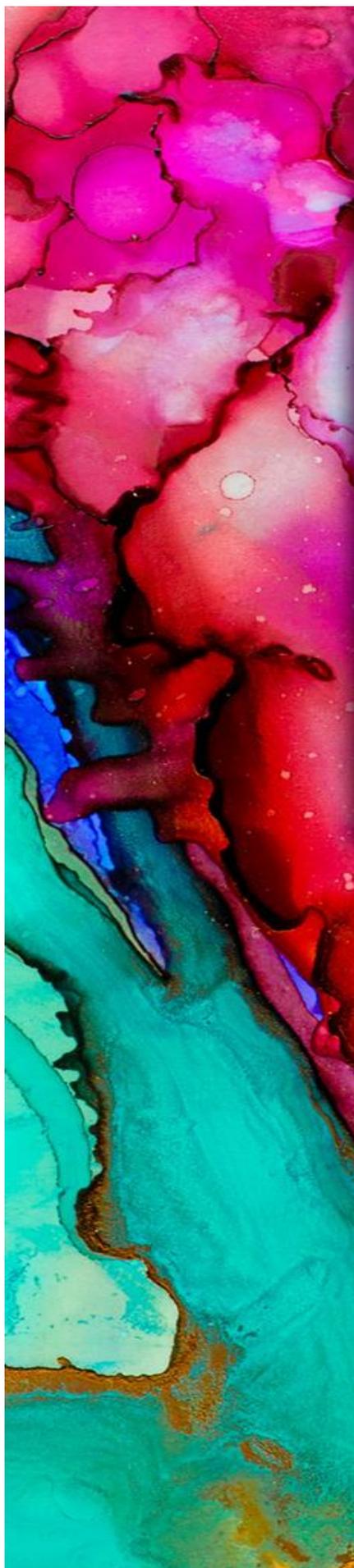
P.Dr. Salam A. Abdullah  
Lec.Angham Sh. M.

✓ **Mock adjudication (A comparative study)**

P. Dr. Hadi H.Al.Kaabi  
Karar M.Adeem

**Fourth Issue                      2019                      Eleventh Year**

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009



# الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١-	الحماية القضائية لبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية. (دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل صعصاع البديري أحمد فاهم مسلم	٤٣-٩
٢-	النظرية الوصفية في تحديد طبيعة مدة العقد الممتد. (دراسة مقارنة)	أ.د. إيمان طارق الشكري م. م. وسيم جبار الشمري	٧٥-٤٤
٣-	مفهوم الوصية بالمنافع. (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية)	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي م. أنغام محمود شاكر	١١٢-٧٦
٤-	الحكم القضائي السوري. (دراسة مقارنة)	أ.د. هادي حسين عبد علي الكعبي كرار معد عظيم	١٦٢-١١٣
٥-	القيود الواردة على حرية عقد المعاهدات الدولية في الأنظمة القانونية الداخلية. (دراسة مقارنة)	أ.م. د. سرمد عامر عباس ياسر حسن علي حاجي	٢٠٧-١٦٣
٦-	الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية.	أ.م. د. رفاه كريم رزوقي سعد غازي طالب	٢٥٥-٢٠٨
٧-	إرتفاقات الضرورة في القانون الإنكليزي. (دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني العراقي)	أ.م. د. د. يونس صلاح الدين علي	٢٩٥-٢٥٦
٨-	اثر العيوب على التصرفات الإرادية. (القسمه الرضائية للشيوع أنموذجا - دراسة مقارنة)	أ.م. د. مثنى محمد عبد م. د. علي كاظم جواد	٣٢٠-٢٩٦
٩-	دور المنظمات الدولية غير الحكومية في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.	أ.م. د. حيدر عبد محسن شهد فاضل علي عبد الحسين	٣٥٨-٣٢١
١٠-	الضوابط القانونية لحرية التعبير عن الرأي.	م. سامر حميد سفر	٣٨٤-٣٥٩

# الحماية القضائية لبدأ المنافسة

في

## المنافسات الحكومية

(دراسة مقارنة)

كلية القانون/جامعة بابل

أ. د. إسماعيل صعصاع البديري

كلية القانون/جامعة بابل

أحمد فاهم مسلم

### ملخص البحث

تلجأ الإدارة لتحقيق أهدافها في اشباع الحاجات العامة إلى وسائل عدة تتيحها لها القوانين والأنظمة , وهي تعتمد في ذلك على نوعين من الوسائل , أولهما الاعمال المادية , وثانيهما التصرفات القانونية , وهذه الاخيرة أما أن تكون صادرة من الإدارة بإرادتها المنفردة كالقرارات الإدارية , أو تكون في صورة أعمال تعاقدية .

وتمثل الأعمال التعاقدية مكانة هامة في النشاط الإداري , لما توفره من فرص وامتيازات , كونها الوسيلة الطبيعية في تنفيذ الإدارة لمشاريعها وتحقيق أهدافها .

إلا أن الإدارة لا تتمتع بالحرية التي يتمتع بها الأفراد في نطاق القانون الخاص في اختيار من يرغبون بالتعاقد معهم وبالطريقة التي يريدونها , فهي مقيدة في اختيار من تريد التعاقد معه , بطرق وأساليب محددة قانوناً في إبرام عقودها الإدارية , وبإجراءات ملزمة باتباعها عند التعاقد , وتعد المناقصات إحدى هذه الطرق وأهمها , في تنفيذ الإدارة لمشاريعها .

وتحكم المناقصات جملة مبادئ هامة ينبغي على الإدارة التقيد بها وعدم مخالفتها وإلا أُنصفت إجراءاتها بعيب عدم المشروعية وأصبحت عرضة للإلغاء , وهذه المبادئ هي العلنية , المنافسة , والمساواة بين المتنافسين .

ويعد مبدأ المنافسة \_ موضوع البحث \_ من أهم هذه المبادئ , والذي يعني إتاحة فرصة المشاركة في المناقصات لجميع الراغبين ممن تتوفر فيهم الشروط المطلوبة قانوناً , ويتيح هذا المبدأ فرصة المشاركة في المناقصات لجميع الراغبين على حد سواء , إذا توفرت فيهم الشروط المطلوبة, ويحقق للإدارة هدفاً غاية في الأهمية يتجسد بالمحافظة على المال العام .

ولكن السؤال الذي يطرح إنه من هي الجهة القضائية المختصة بالنظر في المخالفات التي تقع قبل إبرام العقد والتي تمس مبدأ المنافسة ؟

إن العملية العقدية هي عملية مركبة تمر بمراحل عدة , تبدأ بالإجراءات التمهيديّة أو التحضيرية , التي تمهد لإبرام العقد الإداري كالإعلان عن المناقصات أو فتح العطاءات أو تحليلها وإرساء المناقصة .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

وإن العقد الإداري مثلما يرتب حقوقاً والتزامات بين أطرافه وفقاً لقاعدة نسبية الأثر , فإنه يرتب أثراً بالنسبة للغير .

إن هذه الإجراءات التمهيدية والتحضيرية هي قرارات إدارية , تدخل في تكوين عمل إداري مركب مثل القرار الصادر بحرمان بعض الأشخاص أو استبعاد عطاءاتهم والقرار الصادر بإرساء المناقصة , فهذه القرارات تسمى بالقرارات القابلة للانفصال , و إذا أصيبت بعيب من العيوب التي تمس مبدأ المنافسة فإنه يحق للغير أن يطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء في كل من فرنسا ومصر , أما في العراق فأن الأمر مختلف وذلك لأن القضاء العادي هو من يختص بالنظر في المخالفات التي تقع قبل إبرام العقد الإداري .

### المقدمة

اولاً- التعريف بالموضوع وأهميته :

تتمحور الدراسة حول مبدأ المنافسة بوصفه شرطاً أساسياً لضمان فعالية المناقصات التي تجريها الإدارة , إذ أن لمبدأ المنافسة هدفاً مزدوجاً , فهو يساهم في تجسيد حقوق ومصالح المتنافسين في الظفر بالمناقصة بالمساواة فيما بينهم , ويمنح الإدارة فرصة اختيار أفضل المتعاقدين من ناحيتي الكفاءة المالية والخبرة الفنية .

كما تتمثل أهمية الموضوع بما يمثله مبدأ المنافسة بوصفه يؤدي دوراً وقائياً قبل إبرام العقد , ويحد من النزاعات في المستقبل .

وللموضوع أهمية كبيرة في ميدان مناقصات العقود الحكومية نظرياً وعملياً .

فنظرياً , يمثل مبدأ المنافسة في المناقصات محور اهتمام الفقهاء والقضاء , الأمر الذي من شأنه أن يستقطب الباحثين , مما يستدعي الولوج فيه وتوضيح الإجراءات المتبعة لتخصيصه والآليات والضمانات المكرسة لحمايته , لضمان حقوق وحريات المتعاقدين والإدارة في الوقت نفسه.

أما الأهمية العملية لهذا الموضوع فتتمثل بإظهار طبيعة هذا المبدأ الذي تطبيقه يعد حماية لأموال الدولة , والاطلاع على الآليات القانونية التي وضعتها التشريعات من أجل وضعه موضع التنفيذ , ومحاولة إيجاد تطابق بين ما هو نظري بما هو عملي , أي هل هناك تجانس بين الأحكام والنصوص المتضمنة لهذا المبدأ وبين ما هو موجود في الواقع العملي ؟ .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ثانياً - مشكلة البحث :

تتمثل مشكلة البحث بضعف الحماية القضائية للمخالفات المرتكبة قبل إبرام العقد الإداري والتي تمس مبدأ المنافسة في التشريع العراقي , وذلك لأن القضاء العادي هو من يختص بالنظر في المخالفات التي تمس هذا المبدأ , وذلك على العكس من المعمول به في كل من فرنسا ومصر باختصاص القضاء الإداري بالنظر في مثل هكذا مخالفات .

ثالثاً - أسباب اختيار الموضوع :

ترجع أسباب اختيار هذا الموضوع إلى أسباب ذاتية , وأسباب موضوعية , وتتمثل الأسباب الذاتية برغبة الباحث في دراسة الموضوع وذلك لتزايد المنح غير العادل والمنصف للمناقصات . أما الأسباب الموضوعية فتعود إلى ندرة الدراسات والبحوث القانونية التي تتطرق لمبدأ المنافسة والحماية القانونية المكرسة له , وكذلك التحولات السياسية التي حصلت بعد سنة ٢٠٠٣ , والتي انعكست على التطور في المجالات الاقتصادية والعمرانية , مما جعل لجوء الدولة إلى المناقصات يزداد بشكل كبير جداً , وصرف أموال طائلة من أموال الدولة في أعمال ومشاريع تفتقر للنوعية والديمومة والمساواة بين المتقدمين لتنفيذها .

رابعاً - منهجية البحث :

سيعتمد الباحث في دراسته هذا البحث على :

المنهج التحليلي : إذ سيتم تحليل أحكام قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل , وأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ المعدل , وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ , والوقوف على أوجه النقص والقصور فيها , حتى يمكن تعديلها وملاقاتها قدر الممكن .

المنهج المقارن : وسيتم المقارنة بين اثنتان من الدول بالإضافة إلى العراق , وأولى هذه الدول هي فرنسا بوصفها مهد وأساس القانون الإداري , ولا يمكن لأية باحث في القانون الإداري أن يستغني عنها , وثاني دول المقارنة هي مصر والتي تعد كذلك من أعرق الدول في مجال القانون الإداري .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

### خامساً - نطاق البحث واهدافه :

يتمثل نطاق البحث بدور القضاء في الطعن في القرارات الماسة بمبدأ المنافسة , ويسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية :

معرفة القضاء المختص بالنظر في المخالفات التي تمس مبدأ المنافسة .

مدى مساهمة القضاء في حماية هذا المبدأ .

معرفة مدى تأثير إلغاء القرارات الماسة بمبدأ المنافسة على مشروعية العقد .

معرفة مدى مساهمة هذا المبدأ في المحافظة على أموال الدولة .

### سادساً - هيكلية البحث :

سيتم تقسيم هذا البحث على مبحثين , يكون الأول منه بعنوان القرارات الإدارية القابلة للانفصال المتعلقة بمبدأ المنافسة , أما المبحث الثاني فسيكون بعنوان الاختصاص القضائي في نظر الطعون المتعلقة بالقرارات الماسة بمبدأ المنافسة .

## المبحث الأول

### القرارات الإدارية القابلة للانفصال المتعلقة بمبدأ المنافسة

إن القرارات الماسة بمبدأ المنافسة مثل قرارات لجان فتح العطاءات بحرمان بعض الأشخاص أو استبعاد بعض العطاءات من المشاركة في المناقصة أو قرارات لجنة فتح العطاءات بعدم إحالة المناقصة على عطاء معين على الرغم من كونه أفضل العطاءات تعد قرارات قابلة للانفصال عن العقد الإداري ، لذا سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، يكون المطلب الأول بعنوان مفهوم القرارات الإدارية القابلة للانفصال المتعلقة بمبدأ المنافسة ، أما المطلب الثاني فسيكون بعنوان آثار الحكم بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال المتعلقة بمبدأ المنافسة

## المطلب الأول

### مفهوم القرارات الإدارية القابلة للانفصال المتعلقة بمبدأ المنافسة

سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين ، يكون الفرع الأول بعنوان تعريف القرارات الإدارية القابلة للانفصال ، أما الفرع الثاني فسيكون بعنوان شروط الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال .

## الفرع الأول

### تعريف القرارات الإدارية القابلة للانفصال

عند اتباع الإدارة لأسلوب المناقصة في إبرام عقودها الإدارية ، فعليها أن تقوم بإجراءات عديدة، كالإعلان عن المناقصة ، واستلام العطاءات وفحصها والبت فيها ، وإرساء المناقصة . وتصدر الإدارة بمناسبة هذه الإجراءات قرارات تسمى بالقرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري <sup>(١)</sup> .

واختلفت التعريفات التي أوردها الفقه للقرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري ، إذ عُرِّفت بأنها (( قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه )) <sup>(٢)</sup> ، أو هي (( قرارات تسهم في تكوين العقد الإداري وتستهدف إتمامه ، إلا أنها تتفصل

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

عن هذا العقد وتختلف عنه في طبيعته , الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزاً ((<sup>(٣)</sup>), كما عرّفها آخر بأنها ((قرارات تصدر إثناء مرحلة إبرام العقد , كالقرار الصادر من لجنة البت بإرساء المناقصة , والتي يمكن فصلها عن العملية العقدية كلها والطعن فيها على استقلال أمام قضاء الإلغاء وذلك من جانب غير أطراف العقد ممن أصابتهم هذه القرارات بضرر)) (<sup>(٤)</sup>), وأيضاً عرّفت بأنها ((قرارات تسهم في تكوين العقد , إلا إنها تنفرد في طبيعتها عنه , و يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً, ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها)) (<sup>(٥)</sup>).

ومن التعريفات القضائية للقرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري هو تعريف المحكمة الإدارية العليا , إذ عرّفتها بأنها ((قرارات تسهم في تكوين العقد الإداري مستهدفة إتمامه , إلا إنها تنفصل عن هذا العقد , وتختلف عنه في طبيعتها , الأمر الذي يجعل الطعن عليها بالإلغاء جائزاً)) (<sup>(٦)</sup>).

إن القرارات القابلة للانفصال والتي تمس بمبدأ المنافسة في المناقصات هي القرارات التي تصدر في الإجراءات التمهيدية للتعاقد .

فتقرر الإدارة في بعض الحالات حرمان شخص ما من التقدم والمشاركة في المناقصة , ويكون ذلك بقرار يصدر عنها , لأسباب تتعلق بالتنفيذ المعيب للالتزامات سابقة , أو لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة , أو تقوم باستبعاد بعض العطاءات لعدم توافر الشروط المطلوبة , أو تقوم بإحالة المناقصة على شخص ما , فهذه القرارات تقبل الطعن بالإلغاء في حالة تجاوز السلطة (<sup>(٧)</sup>), وتصدر الإدارة قراراتها بالحرمان أو الاستبعاد من خلال لجان فتح العطاءات , أما قرار الإحالة فيصدر من لجان البت , وسيتم دراسة القرارات الصادرة من هاتين اللجنتين , وكما يأتي :

قرارات لجان فتح العطاءات :

من بين أهم القرارات التي تصدر عن لجان فتح العطاءات هي قرارات حرمان بعض الأشخاص من المشاركة في المناقصة أو استبعاد بعض العطاءات (<sup>(٨)</sup>), لذلك إذا أصدرت هذه اللجنة قراراً بالحرمان أو الاستبعاد يكون محلاً للطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري (<sup>(٩)</sup>), وبذلك أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه بإلغاء قرار الإدارة باستبعاد احد العطاءات من المناقصة لوجود نزاع قضائي بين الإدارة وصاحب العطاء , مما أدى إلى وصم قرار الإدارة بعبث الانحراف بالسلطة (<sup>(١٠)</sup>).

قرارات لجنة البت في العطاءات :

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

إن اختصاص لجان البت هو إصدار قرار بإرساء المناقصة على أحد المتنافسين , وقد استقر القضاء الإداري على خضوع هذا القرار لاختصاص قاضي الإلغاء , بوصفه من القرارات المنفصلة عن العقد , إذ يجوز لصاحب العطاء الذي لم ترسُ عليه المناقصة أن يطعن فيه بالإلغاء<sup>(١١)</sup> .

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر على أن قرارات لجان فحص العطاءات والبت فيها , وقرارات الإرساء هي قرارات قابلة للانفصال عن العقد الإداري ويجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة , كما يمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها<sup>(١٢)</sup> .

### الفرع الثاني

#### شروط الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال

لقبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري , لابد من توافر عدة شروط , وهي كالآتي :

- ١ - ينبغي أن توجه دعوى الإلغاء ضد القرار القابل للانفصال عن العقد وليس ضد العقد ذاته : القاعدة العامة هي إنه لا يجوز أن ترفع دعوى الإلغاء ضد العقد الإداري , وذلك لوجود دعوى موازية أمام قاضي العقد , بإمكان المتعاقد أن يلجأ إليها , كما أن النصوص القانونية تقصر الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية فقط من دون العقود الإدارية , وأن طبيعة العقد الإداري بوصفه تصرف قانوني تتداخل في تكوينه إرادتين هما إرادة الإدارة وإرادة الأفراد , فهذه الطبيعة المركبة تمنع خضوعه لقضاء الإلغاء , وبالتالي خروجه عن رقابة قضاء الإلغاء الذي يختص في العمل الإداري الصادر عن إرادة الإدارة وحدها<sup>(١٣)</sup> .
- ٢ - أن يكون القرار محل الدعوى قابل للانفصال عن العقد الإداري :

أي أن يكون القرار المراد فصله عن العقد والطعن به بصورة مستقلة , لابد أن يكون بالإمكان فصله عن العقد , ومن صور هذه القرارات القابلة للانفصال عن العقد القرار الذي يتعلق باختيار أسلوب إبرام العقد , هل هو أسلوب المناقصة , أو الممارسة , أو التعاقد المباشر , والقرارات المتعلقة باختيار المتعاقد مع الإدارة , كقرار إرساء المناقصة , وقرار رفض الإرساء , وقرار إبرام العقد أو عدم إبرامه<sup>(١٤)</sup> .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

٣- أن يقدم الطعن بالإلغاء من غير المتعاقد :

لا يمكن قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار القابل للانفصال عن العقد من المتعاقد مع الإدارة , سواء كان هذا المتعاقد شخصاً طبيعياً ام معنوياً , وذلك لأن هذا المتعاقد بإمكانه أن يلجأ إلى رفع دعوى العقد عن طريق القضاء الكامل , أما غير المتعاقد فيستمد حقه في الطعن بدعوى إلغاء القرار القابل للانفصال عن العقد الإداري في أن هذا القرار قد أثر في مركزه القانوني , مما يعني أن له مصلحة في هذا الطعن بإلغاء القرار القابل للانفصال عن العقد الإداري (١٥) .

٤- أن يكون القرار القابل للانفصال نهائياً :

القرار النهائي هو القرار الصادر عن سلطة إدارية تملك سلطة إصداره بصورة نهائية من دون حاجة إلى إجراء تصديق من قبل سلطة أعلى , ويكون قابلاً للتنفيذ من دون حاجة إلى إجراء لاحق حتى يكون محلاً لدعوى الإلغاء (١٦) , وذات الكلام ينطبق على القرار القابل للانفصال والذي لا يختلف عن بقية القرارات الإدارية , إذ يشترط أن يكون نهائياً من دون حاجة إلى إجراء تصديق من سلطة أعلى , حتى يكون محلاً لدعوى الإلغاء , وبهذا المعنى تخرج الأعمال التحضيرية والتمهيدية والاستشارية عن القرارات النهائية , لأنها لا تنشئ مراكز قانونية ترتب حقاً للأفراد , ولا تتصف بالصفة التنفيذية , ولذلك فهي لا تعد قرارات إدارية , ولا يمكن أن تكون محلاً لدعوى الإلغاء (١٧) .

٥- المصلحة :

وهي الفائدة التي يجنيها المدعي عند الحكم له بطلانته , ويقال بأن لا دعوى من دون مصلحة (١٨) , ويشترط أن يكون هناك مصلحة للغير في الطعن بالإلغاء , كأن يكون القرار قد أثر على مركزه القانوني (١٩) , وتطبق هذه القاعدة في القضاء الإداري الفرنسي , من دون وجود نص تشريعي , بذلك فإن القضاء والفقهاء في فرنسا يطبقان فكرة المصلحة في الدعوى من دون نص , على عكس القضاء في كل من مصر والعراق والذين يوجد فيهما نص تشريعي يقتضي وجود المصلحة وتحديداً في الفقرة (١) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل (٢٠) , و(رابعاً) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

ويشترط في المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة ومحقة أو محتملة ومتوافرة وقت رفع الدعوى (٢١) .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

٦ - الميعاد :

ميعاد الطعن هو الأجل الذي يتم تحديده بموجب القانون لقيام المدعي برفع دعواه أمام القضاء , فإذا تم رفعها بعد انقضاء هذا الأجل المحدد , تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد فوات الميعاد .

إن مدة الطعن في فرنسا وفقاً للمرسوم رقم ( ٢٩-٦٥ ) في ١١/١٢/١٩٦٥ , والمادة (١٠٢) من قانون الإجراءات أمام المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية في ١/١/١٩٨٩ والمادة (٤٢١-١) من قانون العدالة الإدارية والمادة (٢١) من القانون رقم (٣٢١-٢٠٠٠) في ١٢/٢/٢٠٠٠ , والمتعلق بحقوق المواطنين في علاقتهم بالإدارة هي (شهران) , بدءاً من تاريخ التبليغ أو نشر القرار<sup>(٢٢)</sup> .

أما في مصر فأن ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة هي (٦٠) ستون يوماً , تبدأ من تاريخ نشر القرار المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو إعلام صاحب الشأن به<sup>(٢٣)</sup> .

أما في العراق فأن ميعاد رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية هي (٦٠) يوماً من تاريخ رفض التظلم أو عدم البت فيه وهي (٣٠) يوماً<sup>(٢٤)</sup> , إلا أن نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري لا وجود لها في العراق لأنها تخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري , وتدخل مثل هكذا قرارات ضمن اختصاص القضاء العادي .

### المطلب الثاني

#### آثار الحكم بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال المتعلقة بمبدأ المنافسة

سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين , يكون الفرع الأول بعنوان آثار الحكم بإلغاء القرارات القابلة للانفصال قبل توقيع العقد , أما الفرع الثاني فسيكون بعنوان آثار الحكم بإلغاء القرارات القابلة للانفصال بعد توقيع العقد .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

### الفرع الأول

#### آثار الحكم بإلغاء القرارات القابلة للانفصال قبل توقيع العقد

في حالة صدور حكم بإلغاء القرار القابل للانفصال قبل توقيع الإدارة للعقد بصورة نهائية ، ففي هذه الحالة ليس هناك أية مشكلة ، فيتم تطبيق القاعدة القانونية التي تضي على الحكم بالإلغاء الحجية المطلقة في مواجهة الكافة ، وإعدام كافة آثار القرار الملغي ماضياً ومستقبلاً ، وعلى هذا فإن الإدارة لا يمكنها أن تستمر في إجراءات توقيع العقد ، وإلا تكون قد خالفت بذلك حجية القرار المطلقة وقوة الشيء المقضي به لحكم الإلغاء ، إلا أن هذه الحالة لا تعدو أن تكون حالة نظرية فقط ، وذلك لأن الإجراءات القضائية تنسم بالبطء ، الأمر الذي يجعل صدور حكم بالإلغاء قبل توقيع العقد مجرد افتراض قانوني (٢٥) .

### الفرع الثاني

#### آثار الحكم بإلغاء القرارات القابلة للانفصال بعد توقيع العقد

تثير حالة صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل بعد توقيع الإدارة للعقد بصورة نهائية العديد من التساؤلات والإشكاليات على آثار الحكم بإلغاء القرار القابل للانفصال على العقد الإداري ذاته (٢٦) .

بالنسبة لأطراف العقد يمكن لهم ، إن كان ذلك ممكناً قانوناً ، أن يعدلوا الوضع القانوني للعقد الموقع استناداً لما قضى به حكم الإلغاء ، كما بإمكانهم فسخ العقد وإبرام عقد جديد عوضاً عنه تلافياً لأوجه الإلغاء التي وقع فيها العقد السابق ، وفي حالة عدم اتفاق طرفي العقد على ذلك فيإمكان أحدهما أن يلجأ إلى قاضي العقد طالباً منه سحب نتائج إلغاء القرار المنفصل عن العقد ، وفي هذه الحالة فإن القاضي يتقيد بما جاء بحكم الإلغاء ، ويلتزم قانوناً بإبطال العقد ، لتخلف أحد شروط مشروعيته (٢٧) .

أما بالنسبة للغير فإن حصل على حكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري فإن هذا الحكم لا أثر له على العقد ، إذ لا يمكنه أن يلجأ إلى قاضي العقد للمطالبة بإلغاء العقد ، لأنه ليس من أطرافه ، وأساس ذلك أن القرارات المنفصلة وإن كانت تدخل في تكوين العقد وتمهد لإبرامه ، إلا أنها تعد عملاً مستقلاً عن العقد ، ولا تؤثر عليه ، وبذلك فإن النتيجة العملية لحكم الإلغاء تعتمد على إرادة أطراف العقد (٢٨) .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على بقاء العقد , بالرغم من صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل , إذا لم يتمسك به أحد طرفيه , وقد وضع هذا المبدأ مفوض الحكومة (روميو) في قضية (Martin) في ١٩٠٥/٨/٤<sup>(٢٩)</sup> .

وعلى ذات النهج سارت محكمة القضاء الإداري المصرية إذ قضت في أحد أحكامها (( ... , إن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجد , مادام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته ... ))<sup>(٣٠)</sup> .

إن هذا التوجه بعدم تأثير القرار القابل للانفصال عن العقد الإداري على ذات العقد , فيه إنكار للعدالة إلى حد كبير وكان مثار انتقاد للفقهاء , فالفقيه (Flamme) يسخر من نتيجة دعوى إلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري , في حالة رفعها من قبل الغير , واصفاً نظرية القرارات القابلة للانفصال بالقصور في بنائها القانوني<sup>(٣١)</sup> , لأنه ليس من المنطق القانوني أن يبقى العقد قائماً وناظراً رغم صدور حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به بإلغاء القرارات التي بُني عليها العقد<sup>(٣٢)</sup> , الأمر الذي يؤدي إلى تشجيع القائمين على إبرام العقود إلى ارتكاب المخالفات لأنهم يعلمون أن نتيجة دعوى إلغاء القرار المنفصل ليس لها أي تأثير على العقد<sup>(٣٣)</sup> , وهو ما يؤيده الباحث .

يتضح مما تقدم أن القرارات الماسة بمبدأ المنافسة تعد قرارات قابلة للانفصال يجوز الطعن فيها بالإلغاء كقرارات لجان الفتح بالحرمان والاستبعاد , وقرارات لجان البت بالإرساء .

## المبحث الثاني

### الاختصاص القضائي في نظر طعون القرارات الماسة بمبدأ المنافسة

تختلف الجهة القضائية المختصة بالطعن في القرارات التي تمس مبدأ المنافسة في المناقصات من دولة إلى أخرى , فالرقابة القضائية التي تمارس في العراق تختلف عن الرقابة التي تمارس في كل من فرنسا ومصر , فالأولى تمارس من قبل القضاء العادي , أما الثانية فتمارس من قبل القضاء الإداري , وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين , يكون المطلب الأول بعنوان اختصاص القضاء العادي في نظر طعون القرارات الماسة بمبدأ المنافسة , أما المطلب الثاني فسيكون بعنوان اختصاص القضاء الإداري في نظر طعون القرارات الماسة بمبدأ المنافسة .

## المطلب الأول

### اختصاص القضاء العادي في نظر طعون القرارات الماسة بمبدأ المنافسة

إن القضاء العادي يختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية في الدول ذات النظام القضائي الموحد , إلا أن هناك من الدول من أناطت للقضاء العادي أن ينظر في هذه المنازعات على الرغم من أنها تعد من دول القضاء المزدوج , وفي مقدمة هذه الدول العراق الذي يختص قضاؤه العادي بالنظر في جميع منازعات العقود الإدارية .

أصبح العراق من دول القضاء المزدوج بإنشاء محكمة القضاء الإداري سنة ١٩٨٩ , وألحقت هذه المحكمة بمجلس الدولة<sup>(٣٤)</sup> , بموجب قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ , لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ,<sup>(٣٥)</sup> .

وبإنشاء محكمة القضاء الإداري أصبح مجلس الدولة يمارس الاختصاص القضائي إلى جانب اختصاصه بالإفتاء والصياغة والتقنين وإبداء الرأي<sup>(٣٦)</sup> , ونص قانون مجلس الدولة على أن محكمة القضاء الإداري تختص بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين , والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة , والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها<sup>(٣٧)</sup> , ومما يلاحظ على اختصاصات المحكمة , أنها

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

لم يكن من بينها اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية , وإنما حصره بالنظر في القرارات الإدارية (٣٨) .

وإن كان التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ , لقانون مجلس الدولة قد أنشأ قضاءً إدارياً محدد الاختصاص , وترك النظر في منازعات العقود الإدارية للقضاء العادي , فإنه لا يوجد هناك مانع من قبول الطعن في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري , مادام جاء في اختصاصات محكمة القضاء الإداري الطعن في الأمر أو القرار الإداري بصورة مطلقة , ولهذا فقد قبلت محكمة القضاء الإداري للنظر في إلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري (٣٩) , وقضت في أحد أحكامها (( إلغاء قرار الإحالة الصادر عن فرع زراعة وري واسط لبطلان إجراءات المزايدة استناداً إلى قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ وإعادة إجراءات الإعلان عن تأجيرها وفق القانون )) (٤٠) , إلا أنها لم تستقر على هذا الرأي , وقضت في أحد أحكامها بعدم اختصاصها بالنظر في الطعن في القرار الصادر بإنهاء العقد , وذلك على أساس أن قانون مجلس الدولة حدد اختصاصات المحكمة ولم يكن من بينها النظر في القرارات المتصلة بالعقود الإدارية (٤١) , وأستمر هذا الحال برفض محكمة القضاء الإداري النظر في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري لغاية تاريخ كتابة هذا البحث على الرغم من التعديلات الكثيرة التي طرأت على قانون مجلس الدولة وآخرها قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ .

وبصدور أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ المعدل , الذي أكد على ضرورة وضع وتبني قواعد خاصة بإنشاء محكمة إدارية مستقلة تكون مختصة بالشكاوى والمنازعات المتعلقة بالعقود العامة الممنوحة من الحكومة (٤٢) , وجاءت المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ (الملغاة) , لتنظيم المحكمة من ناحية إجراءات وشروط الطعن أمامها , وأكملت القصور القانوني فيها , كما نصت عليها الفقرة (أ) من البند (ثانياً) من المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ (الملغاة) , إلا أنها لم تأت إلا بتغييرات طفيفة (٤٣) .

وتعرضت هذه المحكمة من ناحية التسمية ومن ناحية تشكيلها للعديد من سهام النقد , ومنها أنها لا ينطبق عليها وصف المحكمة لأنها شكلت بقرار إداري من وزير التخطيط , وإن الأصل في تشكيل المحاكم أن يتم بناءً على بيان يصدر من مجلس القضاء الأعلى استناداً لقانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ (٤٤) , كما أن إنشاءها ينطوي على مخالفة صريحة وانتهاك للمادتين (٩٥ , ٩٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (٤٥) , بالإضافة إلى أنها تتشكل من

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

أربعة أعضاء , قاضي ينسب من قبل مجلس القضاء الأعلى , ومدير عام من وزارة التخطيط , وممثل عن اتحاد المقاولين واتحاد الغرف التجارية من ذوي الخبرة والاختصاص , وهذا التشكيل الرباعي منتقد , إذ يصعب اتخاذ القرارات في حالة تساوي الأصوات , والتعليمات لم تبين أي الاصوات ترجح في هذه الحالة , كما لم تبين كيفية اتخاذ القرارات هل هي بالإجماع أم بالاتفاق أم بالأكثرية , كما لم تبين حالة غياب أحد الأعضاء , فهل تنعقد المحكمة أم لا ؟ ولم تضع حلاً لمثل هكذا حالة<sup>(٤٦)</sup> , وغير ذلك من الانتقادات والعيوب التي رافقت إنشاء المحكمة الإدارية .

وأمام هذه العيوب والانتقادات التي تعرضت لها المحكمة الإدارية , قرر المشرع العراقي إلغائها بالتعديل الأول رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣<sup>(٤٧)</sup> , لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ , وأعاد اختصاصاتها مرة أخرى إلى محاكم البداية<sup>(٤٨)</sup> , وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية (( ... , ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن النظر في دعاوى المحكمة الإدارية المختصة بنظر العقود الحكومية العامة أصبح من اختصاص محكمة البداية بعد إلغاء تلك المحكمة بموجب القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ ... ))<sup>(٤٩)</sup> .

وبعد صدور تعليمات تنفيذ العقود رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ , أوكلت مهمة النظر في الاعتراضات على قرارات الإحالة إلى لجنة مركزية تشكل في كل جهات التعاقد , وتكون برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الأولى , وعدد من الأعضاء من ذوي الخبرة بالاختصاصات المالية والقانونية والفنية , بالإضافة إلى مقرر للجنة لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الرابعة<sup>(٥٠)</sup> .

إن التعليمات الحالية جاءت أكثر تنظيمياً بخصوص تشكيل هذه اللجنة , إذ اشترطت أن تشكل برئاسة موظف لا تقل درجته الوظيفية عن الدرجة الأولى , وصححت ما وقع به المشرع في التعليمات السابقة \_ تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ , وتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ \_ (ملغاة) , والذي اكتفى بالإشارة إلى أن الأعضاء يكونون من ذوي الخبرة في الاختصاص , إلا أن التعليمات سألقة الذكر بينت ماهي الاختصاصات المطلوبة , وحددتها بالاختصاصات المالية والقانونية والفنية ومقرر لجنة من الدرجة الرابعة , إلا أن ما يسجل على المشرع من مأخذ في هذه التعليمات أنه لم يقيد ويحدد عدد الأعضاء , وإنما أطلق عددهم , كان الأجدر به أن يحدد العدد المطلوب لكل الاختصاصات للوصول إلى التوصية بالاعتراض بأسرع وقت والابتعاد عن تشتت الآراء وتشعبها<sup>(٥١)</sup> , كما أن ترك المشرع مسألة تحديد عدد أعضاء اللجنة لجهات التعاقد يؤدي إلى اختلاف اللجنة المشكلة في جهة تعاقد ما , عن اللجنة المشكلة في جهة تعاقد أخرى من حيث عدد الأعضاء .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ويثار التساؤل عن مدى إمكانية الطعن بقرارات لجنة الاعتراضات المركزية؟ خصوصاً وأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، لم تنطرق لهذه الحالة وماهي المدة اللازمة للطعن في قراراتها؟ أما تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ (الملغاة) فقد كانت تنص على إمكانية الاعتراض على قرارات هذه اللجنة لدى المحكمة الإدارية خلال مدة (٧) أيام عمل، فهل تعد قرارات اللجنة المركزية للاعتراضات محصنة من الطعن أم لا؟

إن قانون إلغاء المحكمة الإدارية نص على أن تحل محكمة البدء محل المحكمة الإدارية في جميع اختصاصاتها، فلماذا تعد محاكم البدء جهة طعن لقرارات لجنة الاعتراضات المركزية<sup>(٥٢)</sup>، وهذا ما أكدته قرار محكمة التمييز الاتحادية والذي جاء فيه ((ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن النظر في دعاوى المحكمة الإدارية المختصة بنظر العقود الحكومية العامة أصبح من اختصاص محكمة البدء بعد إلغاء تلك المحكمة بموجب القانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ ...))<sup>(٥٣)</sup>.

أما عن المدة المحددة للطعن بقرار اللجنة المركزية للاعتراضات فلم تحدها التعليمات النافذة، كما كان عليه الحال في التعليمات السابقة والتي حددتها ب(١٥) يوماً من تاريخ صدور القرار برفض التظلم حقيقة أو حكماً<sup>(٥٤)</sup>.

ينبغي على المشرع تلافى هذا النقص وتعديل التعليمات وتحديد مدة للنظر في الطعن في قرارات اللجنة المركزية للاعتراض.

ومما يتقدم يتضح أن القضاء الإداري في العراق كان موقفه متذبذباً بخصوص النظر في القرارات القابلة للانفصال، فتارة يقبل الطعن فيها بصورة مستقلة عن العقد، وتارة يرفض النظر فيها بحجة أن اختصاصاته الواردة في قانون مجلس الدولة لم يكن من بينها النظر في منازعات العقود الإدارية، وظل على هذا الحال إلى أن جاء امر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وأوكل مهمة النظر في المنازعات للمحكمة الإدارية، والتي ألغيت وحل محلها محاكم البدء كوسيلة طعن لقرارات اللجنة المركزية للاعتراضات و مما يعني أن القضاء العادي يعد وسيلة لحل المخالفات المرتكبة قبل إبرام العقد، في حين أن التشريعات المقارنة سبقتنا بذلك بعشرات السنين وأنطت هذه المهمة لمحاكم القضاء الإداري، والتي تكون أكثر دراية وفهماً بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الحكومية، وحتى يمكن إرساء المبادئ التي تقوم عليها المناقصة في أحكام قضائية يصدرها القضاء الإداري كما هو عليه الحال في كل من فرنسا ومصر والتي تعج أحكامهما القضائية بمثل هكذا قرارات، أما القضاء العراقي فتكاد تتعدم القرارات التي

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق للحل للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

تؤكد على مبادئ المناقصة , وعليه ينبغي على المشرع العراقي تلافياً أوجه القصور والنقص في قانون مجلس الدولة , وأن توكل مهمة النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية إلى محكمة القضاء الإداري ويعطيها اختصاص النظر في إلغاء القرارات المنفصلة عن العقد الإداري أمام قاضي الإلغاء , بالإضافة إلى اختصاص النظر في المنازعات التي تحصل بعد توقيع العقد ويكون ذلك أمام قاضي العقد .

### المطلب الثاني

#### اختصاص القضاء الإداري في نظر طعون القرارات الماسة بمبدأ المنافسة

على الرغم من أن فرنسا تعد مهد القضاء الإداري ومؤسسته<sup>(٥٥)</sup> , إلا أن نظرية العقد الإداري لم تظهر فيها بصورة مستقلة عن القانون الخاص إلا منذ مطلع القرن السابق , عندما تم هجر نظرية السلطة العامة وحلت بدلها نظرية المرفق العام , وخصوصاً في القضية الشهيرة (Terrier) في ١٩٠٣/٢/٦ , حيث أوضح مفوض الدولة (روميو) أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بسير وتنظيم المرفق العام , ومنها العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة , فهذه أعمال إدارية بطبيعتها , ويجب أن تحسم منازعاتها من قبل القضاء الإداري<sup>(٥٦)</sup> .

أما مصر فلم تكن تعرف القضاء المزدوج , إلا بعد إنشاء مجلس الدولة المصري سنة ١٩٤٦<sup>(٥٧)</sup> , إذ حدد المشرع المصري اختصاصات محكمة القضاء الإداري على سبيل الحصر , ولم يكن من ضمنها اختصاصه بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود باختلاف أنواعها<sup>(٥٨)</sup> , إلا أنه بتعديل قانون مجلس الدولة في سنة ١٩٤٩ , أضاف المشرع على اختصاصات محكمة القضاء الإداري في المادة الخامسة من قانون مجلس الدولة اختصاص النظر في المنازعات التي تخص عقود الالتزام , وعقود الأشغال العامة , وعقود التوريد .

إلا إن هذا القانون لم يقر الاختصاص المطلق لمحكمة القضاء الإداري بالنظر في منازعات هذه العقود , وإنما ظلت المحاكم القضائية تتقاسم معها الاختصاص , مما يعني أن صاحب المصلحة بإمكانه أن يرفع دعواه إلى أي من جهتي القضاء , ولهذا السبب وغيره تم تعديل قانون مجلس الدولة بموجب قانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ , ليقرر بأن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري من دون غيره في المنازعات التي تخص عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد , إلا أن اختصاص القضاء الإداري بخصوص جميع العقود الإدارية والمنازعات المتعلقة بها لم يتأكد حتى سنة ١٩٧٢<sup>(٥٩)</sup> , إذ نصت المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧)

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

لسنة ١٩٧٢، على (( تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية ... ،  
حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري  
آخر ) .

وبذلك يتضح إن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر ، هو المختص بنظر  
المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية سواء في ذلك القضاء الكامل بوصفه قاضي العقد ، أم قضاء  
الإلغاء والذي يختص بالنظر في صحة القرارات الإدارية ومشروعيتها ، ومنها القرارات القابلة  
للانفصال والماسة بمبدأ المنافسة في المناقصات ، إلا أن الأمر يختلف بعض الشيء في فرنسا عنه  
في مصر .

ففي فرنسا أستحدثت المشرع الفرنسي دعوى تعرف بدعوى ( القضاء المستعجل  
الموضوعي قبل التعاقد ) ، بموجبها توقف الإدارة إجراء إبرام العقد حتى صدور قرار من قاضي  
الاستعجال بالمخالفات المرتكبة في الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد .

وترجع نشأة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد في فرنسا إلى القانون رقم  
(١٠/٩٢) في ١٩٩٢/١/٤ ، إذ تم إدخال المادة (٢) من هذا القانون إلى تقنين المحاكم الإدارية  
ومحاكم الاستئناف الإدارية<sup>(١٠)</sup> ، وبموجب هذا القانون أصبح لكل صاحب مصلحة في إبرام العقد  
الإداري وتضرر من مخالفة قواعد العلنية والمنافسة الحق في أن يرفع دعوى قضائية مستعجلة  
قبل إبرام العقد ، ويطلب في هذه الدعوى من القاضي في أن يصدر توجيهاً يأمر الإدارة بمراعاة  
قواعد المنافسة والعلنية<sup>(١١)</sup> ، وبذلك فإن هذا التدخل من قبل المشرع الفرنسي قد أعطى للقاضي  
الإداري سلطة استثنائية في مواجهة الإدارة لحماية حرية المنافسة في حال الاعتداء عليها من قبل  
الإدارة<sup>(١٢)</sup> .

وترفع هذه الدعوى من قبل أي شخص له مصلحة في إبرام العقد ، والذي يمكن أن  
يتضرر من مخالفة قواعد العلنية والمنافسة ، كما تقبل من أي شخص تم استبعاده من المنافسة من  
دون وجه حق ، وأي شخص لم يشترك في إجراءات التعاقد لسبب يرجع إلى وجود خلل في  
التزامات العلنية التي يتطلبها القانون<sup>(١٣)</sup> .

ويجب أن ترفع هذه الدعوى قبل إبرام العقد ، ولا توجه على قرار توقيع العقد ذاته ، وهذا  
ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٩٧/١١/٢٩ في قضية ( sablière et  
Gravière Guyanaise ) ، كما ترفع هذه الدعوى أمام رئيس المحكمة الإدارية التي يقع ضمن  
دائرتها مقر الإدارة التي أصدرت التصرف المخالف لقواعد العلنية والمنافسة<sup>(١٤)</sup> .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق للحق للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

وقد توسع القضاء الإداري الفرنسي في مفهوم العلانية والمنافسة , وعدّ الحالات التالية من قبيل انتهاك قواعد العلانية والمنافسة :

١\_ القواعد المتعلقة بالمدد والعلانية : إذ تعد من قبيل الشكليات الجوهرية التي يؤدي غيابها إلى وصف إجراءات العقد بالمعيبة , ويجب أن يحتوي الإعلان على البيانات الإلزامية المحددة قانوناً , كما يعد نشر الإعلان في الجريدة المحددة أو الوسائل الأخرى ومدد استلام العروض من قبيل خرق قواعد العلانية .

٢\_ اختيار طريقة إبرام العقد : إذ إن استخدام أحد أساليب الإبرام في غير الموضع والحالات المخصصة له يعد من قبيل خرق قواعد المنافسة .

٣\_ المواصفات والخصوصيات التقنية : ينبغي أن لا توضع المواصفات والخصوصيات التقنية بطريقة تنطوي على عنصر تفضيلي لأحد المتنافسين على حساب الآخرين , إذ أكد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٩٥/١١/٣ , أن وضع مواصفات معقدة بصورة أكثر تعقيداً من المواصفات المنصوص عليها في عقد التوريدات المطلوبة من شأنه أن يؤدي إلى قصر المنافسة بين عارضين محددين تتوفر لديهم توريدات في مستوى هذه المواصفات من , وهو ما يشكل خرقاً لقواعد المنافسة .

٤\_ كما يشكل خرقاً لقواعد المنافسة عدم احترام الإدارة للشروط المطلوبة والمذكورة في وثائق العقد .

٥\_ تمديد سريان العروض من دون رضا المرشحين ولمدة تشوه المعطيات الاقتصادية لهذه العروض , يعد خرقاً لقواعد المنافسة (٦٥) .

ويتمتع القاضي بسلطات واسعة ومهمة بموجب هذه الدعوى , فله اتخاذ نوعين من الإجراءات , أولهما : إجراءات تحفظية , وثانيهما : إجراءات قطعية , و تتمثل الإجراءات التحفظية بسلطتين هما : سلطة إصدار الأمر لإلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل , وسلطة إيقاف إبرام العقد , أما الإجراءات القطعية فتتمثل بسلطتين أيضاً هما : سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد إذا كانت تحتوي على مخالفات متعلقة بالمنافسة والعلانية , وسلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية إذا كانت في ذاتها تشكل خرقاً لقواعد المنافسة والعلانية , كما لو كانت هذه الشروط تحتوي على عنصر تفضيلي .

وبيت القاضي في دعوى القضاء المستعجل خلال مدة (٢٠) يوم , وهو يفصل في هذه الدعوى بدرجة أولى وأخيرة , مما يعني أن الحكم الذي يصدر من القاضي لا يمكن الطعن به

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

بطريق الاستئناف، إلا أنه من الممكن الطعن به بطريق النقض أمام مجلس الدولة الفرنسي خلال مدة (١٥) يوماً من تاريخ التبليغ بالحكم<sup>(٦٦)</sup>.

أما في مصر فلا توجد مثل هذه الدعوى في قضاؤه الإداري، كما لا يمتلك قاضي الإلغاء طلب وقف تنفيذ قرار إرساء المناقصة، وبهذا قضت محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية على ((ومن حيث أنه عن طلب وقف التنفيذ فإن المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه (لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب الغاؤه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة إن نتائج التنفيذ قد تعذر تداركها)، ومفاد هذا النص أن الأصل في القرار الإداري هو نفاذه وسريان حكمه ما لم تسحبه الإدارة في الحدود التي يجوز فيها السحب أو يقضى بإلغائه لمخالفته القانون، وبهذا المثابة فإن وقف تنفيذ القرار ينطوي على خروج على هذا الأصل ومن ثم فلا يسوغ إلا حيث تدعو ضرورة ملحة لتفادي نتائج يتعذر تداركها فيما لو قضى بإلغاء القرار موضوعاً، ولما كانت سلطة وقف التنفيذ مشتقة من سلطة الإلغاء وفرع منها مردها إلى رقابة المشروعية التي هي وزن القرار بميزان القانون، فإنه من ثم يلزم لوقف تنفيذ القرار أن يتوافر ركنان: أولهما: قيام حالة الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج قد يتعذر تداركها والمقصود بهذه النتائج هي تلك التي يستحيل إصلاحها عينا بإعادة إلى ما كانت عليه من نفس النوع أو الجنس أو تلك التي يتعذر إصلاحها بالتعويض عنها مادياً أو تلك النتائج التي يستحيل قانوناً إصلاحها، والركن الثاني فهو جدية الأسباب المرجحة لإلغاء القرار المطعون فيه موضوعاً بأن يكون ادعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر من الأوراق ودون المساس بأصل طلب الإلغاء على أسباب جدية يرجح معها احتمال إلغاء القرار موضوعاً وقد استقر القضاء الإداري على ضرورة توافر الركنين المشار إليهما مجتمعين حتى يقضى بوقف تنفيذ القرار بحيث لا يغني قيام أحدهما عن وجوب توافر الركن الآخر، ومن حيث أن المستفاد ما قرره الحاضر عن الشركة المدعية بجلسة المرافعة المنعقدة في ١١/١٢/١٩٨٦ على النحو الوارد بمحضر الجلسة أنه قد تم استبعاد الشركة المدعية، ولما كان لا يترتب على قرار إرساء المناقصة على مورد آخر أية نتائج قد يتعذر تداركها فيما لو قضى بإلغاء القرارين المطعون فيهما والمطلوب وقف تنفيذهما، إذ يمكن عن طريق دعوى التعويض جبر الأضرار التي قد تلحق بالشركة المدعية، وعلى هذا الوجه فإن الخطر الذي يتعذر تداركه والذي هو قوام وقف التنفيذ يكون غير متحقق بصدد النزاع المائل، وهو الأمر الذي ينبني عليه انتفاء ركن الاستعجال لوجب لوقف التنفيذ...))<sup>(٦٧)</sup>.

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ويتبين من خلال هذا القرار أن القاضي الإداري المصري لا يتمتع بسلطة وقف تنفيذ القرار إلا في حالتين هما : حالة الاستعجال و حالة جدية الاسباب وينبغي توافرها معاً حتى يمكن وقف تنفيذ القرار الإداري , كما يتبين من هذا القرار أن استبعاد شركة ما من المنافسة على المناقصات لا يتوافر فيها حالة الاستعجال ما دام يمكن جبر الأضرار التي تلحق بالشركة المستبعدة عن طريق دعوى التعويض وهذا يعني أن القاضي الإداري في مصر لا يمكنه وقف تنفيذ إبرام العقد في حين أن نظيره الفرنسي يتمتع بهذه السلطة فالقاضي الفرنسي يتمتع بموجب دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد بصلاحيات غاية في الأهمية فيما يتعلق بالنظر في المخالفات الماسة بقواعد المنافسة والعلانية , ومنها سلطة وقف إبرام العقد لحين حسم القضية المعروضة أمامه , وسلطة أمر الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام به , وسلطة إلغاء القرارات غير المشروعة , وإبطال بعض الشروط التعاقدية , وهذه الدعوى تعد تطور غاية في الأهمية على صعيد المنازعات التي تنشأ قبل إبرام العقد .

### الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحثنا هذا حق علينا أن نقوم بتسجيل أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات .

#### أولاً- النتائج :

تحكم المناقصات جملة مبادئ هامة ينبغي على الإدارة التقيد بها وعدم مخالفتها وإلا أتصفت إجراءاتها بعبث عدم المشروعية وأصبحت عرضة للإلغاء , وهذه المبادئ هي العلنية , المنافسة , والمساواة بين المتنافسين .

إن القرارات الماسة بمبدأ المنافسة كـ ( قرارات لجان فتح العطاءات بحرمان بعض الأشخاص أو استبعاد بعض العطاءات من المشاركة في المناقصة أو قرارات لجنة فتح العطاءات بعدم إحالة المناقصة على عطاء معين على الرغم من كونه أفضل العطاءات ) هي قرارات قابلة للانفصال عن العقد الإداري .

تعرفّ القرارات القابلة للانفصال بأنها قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه .

إن شروط الطعن بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري بدعوى الإلغاء , هي : أن توجه دعوى الإلغاء ضد القرار القابل للانفصال عن العقد وليس ضد العقد ذاته , و أن يكون القرار محل الدعوى مما يقبل الانفصال عن العقد الإداري , وأن يكون القرار القابل للانفصال نهائياً , ويشترط أيضاً أن يكون هناك مصلحة للغير في الطعن بالإلغاء .

في حالة صدور حكم بإلغاء القرار القابل للانفصال قبل توقيع الإدارة للعقد بصورة نهائية , فيتم تطبيق القاعدة القانونية التي تضي على الحكم بالإلغاء الحجية المطلقة في مواجهة الكافة , وإعدام كافة آثار القرار الملغى ماضياً ومستقبلاً , وعلى هذا فإن الإدارة لا يمكنها أن تستمر في إجراءات توقيع العقد , وإلا تكون قد خالفت بذلك حجية القرار المطلقة وقوة الشيء المقضي به لحكم الإلغاء .

في حالة صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل بعد توقيع الإدارة للعقد بصورة نهائية يمكن لأطراف العقد , أن كان ذلك ممكناً , أن يعدلوا الوضع القانوني للعقد الموقع استناداً لما قضى به حكم الإلغاء , كما بإمكانهم فسخ العقد وإبرام عقد جديد عوضاً عنه تلافياً لأوجه الإلغاء التي وقع فيها العقد السابق , أما بالنسبة للغير فإن حصل على حكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري فإن

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

هذا الحكم لا أثر له على العقد , إذ لا يمكنه أن يلجأ إلى قاضي العقد للمطالبة بإلغاء العقد , لأنه ليس من أطرافه .

في فرنسا يختص القضاء الإداري بالنظر في المخالفات الماسة بمبدأ المنافسة التي ترتكب قبل إبرام العقد من خلال دعوى تعرف بدعوى (القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد) , إذ يمتلك القاضي بموجبها سلطة إلزام الإدارة بإيقاف إجراءات إبرام العقد حتى صدور قرار من قاضي الاستعجال بالمخالفات المرتكبة في الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد .

يختص القضاء الإداري في مصر بالنظر في المخالفات التي ترتكب قبل إبرام العقد والماسة بمبدأ المنافسة من خلال دعوى الإلغاء .

لا وجود لنظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري في القضاء الإداري العراقي , وذلك لأن منازعات العقود الإدارية يختص بالنظر فيها القضاء العادي .

### ثانياً - التوصيات :

ندعو المشرع العراقي أن يقوم بتعديل قانون مجلس الدولة وإن يعتمد نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري بإعطاء محكمة القضاء الإداري اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية , سواء من خلال دعوى الإلغاء والتي تختص بالنظر في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري من قبل الأطراف ممن ليس لهم علاقة بالعقد , أم من خلال دعوى القضاء الكامل (قاضي العقد) والتي تكون بين طرفي العقد , كما هو معمول في كل من فرنسا ومصر , لا أن يترك اختصاص النظر في مثل هذه المنازعات للقضاء العادي .

على المشرع العراقي أن يحذو حذو نظيره الفرنسي باستحداث دعوى للقضاء المستعجل في القضاء الإداري للنظر في هذه المنازعات ومنح القاضي فيها سلطات واسعة تتمثل بسلطة وقف إجراءات التعاقد , وإبطال القرارات غير المشروعة , وإلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل معين .

# الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

## الهوامش

- (1) د . حبيب إبراهيم حمادة الدليمي : القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري (دراسة مقارنة) , من دون أسم مطبعة , دار الأيام للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠١٥ , ص ٩٧ .
- (2) د . سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) , مطبعة البردى , دار الفكر العربي , القاهرة, ١٤٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م , ص ١٧٠ - ١٧١ .
- (3) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الادارية , مطابع جامعة المنوفية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٧ , ص ٣٥٧ .
- (4) د . حمدي ابو النور السيد : الوجيز في العقود الإدارية (دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والعماني) , من دون تفاصيل نشر , ص ٢٨٢ - ٢٨٣ .
- (5) د . زكي محمد النجار : القانون الإداري , دار الأزهر للطباعة , دمنهور , ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ , ص ٣٣٧ .
- (6) قرار المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم (٤٥٦, ٣٢٠) لسنة ١٧ ق , جلسة ١٩٧٥/٤/٥ , أشار إليه , د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأصول الإجرائية في دعاوى والأحكام الإدارية ( الاختصاص - الخصومة - الأحكام ) , مطبعة الجلال , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠١٦ , ص ٣١ .
- (7) أبو بكر صديق عمر : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٣ , ص ٣٥ - ٣٦ .
- (8) شاكركباشي خلف الزبيدي : القرارات الإدارية القابلة للانفصال , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة النهدين , ٢٠٠٧ , ص ٥٥ .
- (9) ابو بكر صديق عمر: مصدر سابق , ص ٣٧ .
- (10) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Rouveroux) في ١٩١١/٧/٢٨ , أشار إليه , د. جورج شفيق ساري : القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٢ , ص ٨٩ .
- (11) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية , مصدر سابق , ص ٣٦١ .
- (12) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (٣٤) لسنة ٧ ق , جلسة ١٩٥٦/١/٨ , أشار إليه , د . عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف : العقود الإدارية احكام إبرام العقد الإداري وفقاً للقانون (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية , من دون تفاصيل طبع , ٢٠٠١/٢٠٠٢ , ص ٣٢٦ .
- (13) د . حمدي ابو النور السيد : مصدر سابق , ص ٢٨٧ .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- (14) د . حمدي ابو النور السيد : المصدر نفسه , ص ٢٨٧ - ٢٨٨ .
- (15) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية , مصدر سابق , ص ٣٦٢ - ٣٦٣ .
- (16) علي سعد عمران : القضاء الإداري , مكتبة الرياحين للنشر و للطبع والتوزيع , الحلة , ٢٠٠٨ , ص ١١٧ .
- (17) شذى غائب عز الدين : الأحكام القانونية لحسم منازعات العقود الإدارية في العراق (دراسة مقارنة), رسالة ماجستير, كلية الحقوق , جامعة النهريين , ٢٠١٤ , ص ١٢٣ .
- (18) د . غازي فيصل مهدي , د . عننان عاجل عبيد : القضاء الإداري , ط ٢ , مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع , النجف الأشرف , ٢٠١٣ , ص ١٧٠ .
- (19) د . حمدي ابو النور السيد : مصدر سابق , ص ٢٨٩ .
- (20) د . عثمان ياسين علي : تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة) , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت - لبنان , ٢٠١٥ , ص ٣٥٨ .
- (21) د . غازي فيصل مهدي , د . عننان عاجل عبيد : مصدر سابق , ص ١٧١ .
- (22) د . عثمان ياسين علي : مصدر سابق , ص ٣٧٧ .
- (23) المادة (٢٤) من قانون بشأن مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل .
- (24) الفقرة (ب) من البند (سابعاً) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل , منشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٧١٤) في ١١/٦/١٩٧٩ .
- (25) شذى غائب عز الدين : مصدر سابق , ص ١٢٦ .
- (26) شذى غائب عز الدين : المصدر نفسه , ص ١٢٧ .
- (27) د . حمدي ابو النور السيد : مصدر سابق , ص ٢٩٣ - ٢٩٤ , وينظر أيضاً , د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية , مصدر سابق , ص ٣٦٦ , وينظر أيضاً , أبو بكر صديق عمر , مصدر سابق , ص ٣٨ - ٣٩ .
- (28) د . حمدي ابو النور السيد : المصدر نفسه , ص ٢٩٥ .
- (29) د . سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) , مصدر سابق , ص ١٧٢ - ١٧٣ .
- (30) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (١٤٣) لسنة ١ ق , في ٢٥/١١/١٩٤٧ , أشار إليه , أبو بكر صديق عمر : مصدر سابق , ص ٤٢ .

# الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

(31) Flamme . M . A , Traité des Marchés , op . cit , p 456 et s .

نقلاً عن , د . مهند مختار نوح : الايجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) , ط ٢ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٣ , ص ٢٦١ .

(32) د . سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) , مصدر سابق , ص ٢١٦ .

(33) د . مهند مختار نوح : مصدر سابق , ص ٢٦١ .

(34) حلت تسمية (مجلس الدولة) بدلاً من (مجلس شورى الدولة) , بموجب قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ , والمنشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٥٦) في ٢٠١٧/٨/٧ .

(35) د . غازي فيصل مهدي , د . عدنان عاجل عبيد : مصدر سابق , ص ١٣٠ .

(36) المادة (الثالثة) من قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ , لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل , منشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٢٨٥) في ١٩٨٩/١٢/١١ .

(37) البند (رابعاً) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدلة بموجب المادة (٥) من قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ منشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٨٣) في ٢٠١٣/٧/٢٩ .

(38) د . حيدر طالب محمد علي : " الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد " , مجلة كلية الحقوق , م ٢٠ , ع ١٠ , جامعة النهريين , ٢٠٠٨ , ص ١٠٥ .

(39) د . عثمان ياسين علي : مصدر سابق , ص ٨١ - ٨٢ .

(40) قرار محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٢١ قضاء إداري في ١٩٩٠/١١/٢٨ , أشارت إليه , د . رشا عبد الرزاق جاسم : " الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري " , مجلة الحقوق , م ٤ , ع ١٣ - ١٤ , كلية القانون , الجامعة المستنصرية , ٢٠١١ , ص ٢٠١ .

(41) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٨١/قضاء إداري/١٩٩٢) في ١٩٩٢/١٢/١٢ , والمصدق بقرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بقراره المرقم ٩/أداري - تمييز/١٩٩٣ في ١٩٩٣/٢/٧ , أشار إليه , د . عثمان ياسين علي : مصدر سابق , ص ٨٢ .

(42) الفقرة (ثانياً) من البند (ب) من المادة (١) من القسم (٢) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ المعدل .

(43) اياد جواد محمد : تسوية منازعات العقود الإدارية في ضوء أمر سلطة الائتلاف رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ , مكتبة السنهوري , بغداد , ٢٠١٥ , ص ٤١ .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

(44) اسماء نوري إبراهيم : وسائل فض منازعات العقود الإدارية في العراق (دراسة مقارنة) , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة المستنصرية , ٢٠١٣ , ص ٦٢ , وينظر بذات المعنى , لفئة هامل العجيلي : " المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية دراسة في آليات الاعتراض والفصل فيه " , مجلة التشريع والقضاء , ع ٣ , السنة ٤ , ٢٠١٢ , ص ١١١ .

(45) نصت المادة (٩٥) على (( يحظر انشاء محاكم خاصة أو استثنائية )) , ونصت المادة (٩٦) على (( ينظم القانون تكوين المحاكم وانواعها ودرجاتها واختصاصاتها , وكيفية تعيين القضاة وخدمتهم ... )) .

(46) د . ضياء عبد الله عبود الجابر , علاء إبراهيم محمود الحسيني : " التنظيم القانوني للمحكمة الإدارية للعقود العامة (( دراسة تأصيلية في قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والتعليمات النافذة )) " , مجلة رسالة الحقوق , العدد الخاص بالمؤتمر القانوني الوطني العاشر , كلية القانون , جامعة كربلاء , ٢٠١٣ , ص ٥٤ .

(47) منشور بالوقائع العراقية بالعدد (٤٢٨٣) في ٢٩/٧/٢٠١٣ .

(48) اياد جواد محمد: مصدر سابق , ص ٤٢ .

(49) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٦١١/ الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤) في ٢٤/٢/٢٠١٤ , أشارت إليه , شذى غائب عز الدين : مصدر سابق , ص ١٣٦ .

(50) البند (اولاً) من المادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

(51) اياد جواد محمد: مصدر سابق , ص ٤٤ .

(52) اياد جواد محمد : المصدر نفسه , ص ٥١ .

(53) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٦١١/ الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤) في ٢٤/٢/٢٠١٤ , تمت الإشارة إليه مسبقاً .

(54) اياد جواد محمد : مصدر سابق , ص ٥١ - ٥٢ .

(55) علي سعد عمران : مصدر سابق , ص ٦٨ .

(56) د . فاروق أحمد خماس , محمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية , دار الكتب للطباعة والنشر , الموصل , ١٩٩٢ , ص ١٤ - ١٥ .

(57) د . غازي فيصل مهدي , د . عدنان عاجل عبيد : مصدر سابق , ص ١٢٧ .

(58) د . محمود حلمي : العقد الإداري , ط ٢ , ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي , من دون مكان طبع , ١٩٧٧ , ص ٥٥ .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلل للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- (59) د . فاروق أحمد خماس , محمد عبد الله الدليمي : مصدر سابق , ص ١٧ - ١٨ .
- (60) د . مهند مختار نوح , مصدر سابق , ص ٨٤١ - ٨٤٣ .
- (61) حسن كاظم علوان : التطور الحديث في اختصاص القضاء الإداري المستعجل في حماية الحقوق والحريات (دراسة مقارنة) , أطروحة دكتوراه , معهد العلمين للدراسات العليا , النجف الاشرف , ٢٠١٨ , ص ١٠١ - ١٠٢ .
- (62) د . شريف يوسف خطار : دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية (دراسة تحليلية تطبيقية للمادة ٢-٥٢١ من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري ) , من دون أسم مطبعة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٩/٢٠٠٨ , ص ٩ .
- (63) د . مهند مختار نوح : مصدر سابق , ص ٨٤٤ - ٨٥٠ .
- (64) د . مهند مختار نوح : المصدر نفسه , ص ٨٥٠ - ٨٥٩ .
- (65) د . مهند مختار نوح : المصدر نفسه , ص ٨٦٨ - ٨٦٩ .
- (66) د . مهند مختار نوح : المصدر نفسه , ص ٨٧١ - ٨٧٧ .
- (67) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٢٨٤) لسنة ٤١ ق , بجلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥ , أشار إليه , د . أحمد محمود جمعة : العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد , مطبعة الأخوة , منشأة المعارف, الإسكندرية , ٢٠١٣ , ص ٦٢٢ - ٦٢٣ .

## المصادر

### أولاً- الكتب :

- ١- ابو بكر صديق عمر: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في ابرام العقود الادارية بطريق المناقصات, منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٣ , ص ٣٧ .
- ٢- د . أحمد محمود جمعة : العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد , مطبعة الأخوة , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠١٣ .
- ٣- اياد جواد محمد : تسوية منازعات العقود الإدارية في ضوء أمر سلطة الائتلاف رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ , مكتبة السنهوري , بغداد , ٢٠١٥ .
- ٤- د. جورجى شفيق ساري : القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٢ .
- ٥- د . حبيب إبراهيم حمادة الدليمي : القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري (دراسة مقارنة) , من دون أسم مطبعة , دار الأيام للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠١٥ .
- ٦- د . حمدي ابو النور السيد : الوجيز في العقود الإدارية (دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والعماني ) , من دون تفاصيل نشر .
- ٧- د . زكي محمد النجار : القانون الإداري , دار الأزهر للطباعة , دمنهور , ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ .
- ٨- د . سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة ) , مطبعة البردى , دار الفكر العربي , القاهرة , ١٤٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م .
- ٩- د . عبد العزيز عبدالمنعم خليفة : الاسس العامة للعقود الادارية , مطابع جامعة المنوفية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٧ .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- ١٠- د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأصول الإجرائية في دعاوى والأحكام الإدارية ( الاختصاص - الخصومة - الأحكام ) , مطبعة الجلال , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠١٦ .
- ١١- د . عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف : العقود الإدارية احكام إبرام العقد الإداري وفقاً للقانون (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية , من دون اسم مطبعة ودار نشر ومكان طبع , ٢٠٠٢/٢٠٠١ .
- ١٢- د . عثمان ياسين علي : تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة), منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت - لبنان , ٢٠١٥ .
- ١٣- علي سعد عمران : القضاء الإداري , مكتبة الرياحين للنشر و للطبع والتوزيع , الحلة , ٢٠٠٨ .
- ١٤- د . غازي فيصل مهدي , د . عدنان عاجل عبيد : القضاء الإداري , ط ٢ , مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع , النجف الأشرف , ٢٠١٣ .
- ١٥- د . شريف يوسف خطار : دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية (دراسة تحليلية تطبيقية للمادة ٥٢١-٢ من تفنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري ) , من دون أسم مطبعة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٨/٢٠٠٩ .
- ١٦- د . فاروق أحمد خماس , محمد عبد الله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية , دار الكتب للطباعة والنشر , الموصل , ١٩٩٢ .
- ١٧- د . محمود حلمي : العقد الإداري, ط ٢ , ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي , من دون مكان طبع , ١٩٧٧ .
- ١٨- د . مهند مختار نوح : الايجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) , ط ٢ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٣ .

### ثانياً- الرسائل والاطاريح الجامعية :

- ١- أسماء نوري إبراهيم : وسائل فض منازعات العقود الإدارية في العراق ( دراسة مقارنة ) , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة المستنصرية , ٢٠١٣ .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

٢- حسن كاظم علوان : التطور الحديث في اختصاص القضاء الإداري المستعجل في حماية الحقوق والحريات (دراسة مقارنة) , أطروحة دكتوراه , معهد العلمين للدراسات العليا , النجف الاشرف , ٢٠١٨ .

٣- شاكراً أكباشي خلف الزبيدي : القرارات الإدارية القابلة للانفصال , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة النهدين , ٢٠٠٧ .

٤- شذى غائب عزالدين : الأحكام القانونية لحسم منازعات العقود الإدارية في العراق (دراسة مقارنة) , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة النهدين , ٢٠١٤ .

### ثالثاً- البحوث والدوريات :

١- د . حيدر طالب محمد علي : " الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد " , مجلة كلية الحقوق , م ٢٠ , ع ١٠ , جامعة النهدين , ٢٠٠٨ .

٢- د . رشا عبد الرزاق جاسم : " الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري " , مجلة الحقوق , م ٤ , ع ١٣ - ١٤ , كلية القانون , الجامعة المستنصرية , ٢٠١١ .

٣- د . ضياء عبد الله عبود الجابر , علاء إبراهيم محمود الحسيني : " التنظيم القانوني للمحكمة الإدارية للعقود العامة (( دراسة تأصيلية في قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والتعليقات النافذة )) " , مجلة رسالة الحقوق , العدد الخاص بالمؤتمر القانوني الوطني العاشر , كلية القانون , جامعة كربلاء , ٢٠١٣ .

٤- لفقة هامل العجيلي : " المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية دراسة في آليات الاعتراض والفصل فيه " , مجلة التشريع والقضاء , ع ٣ , السنة ٤ , ٢٠١٢ .

### رابعاً- التشريعات :

#### أ) الدساتير :

- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

#### ب) القوانين :

١- قانون بشأن مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل .

٢- قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

## الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

٣- قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ , لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

٤- أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ المعدل .

٥- قانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٣ , قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ .

٦- قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ , لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

٧- قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ .

### ت- التعليمات :

- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ .

### خامساً- المصادر الأجنبية :

- Flamme . M . A , Traité des Marchés , op . cit , p 456 et s .

## Abstract

Resort management to achieve their goals in general needs to offered through laws and regulations, and are based on two types of means, firstly, physical work, and other legal actions, the latter can either be issued by management unilaterally as decisions Admin, or be in the image of the work .

Contractual work represents an important place in administrative activity, to provide opportunities and privileges, being natural means in the implementation of projects and the achievement of its objectives.

However, the Department does not have the freedom enjoyed by individuals within the law to choose from to hiring and way they want, they are restricted in choosing who you want to sign him, legally defined methods and techniques at the conclusion of the administrative contracts, binding procedures followed when contracting, Tender is one of these methods, most notably, in the implementation of projects .

And tenders control Joomla Administration important principles adhered to and not inconsistent with or characterized by defect of illegality and become prone to cancellation, these principles are openness, competition, and equality among competitors .

The principle of competition \_ theme \_ one of the most important of these principles, which implies the opportunity to participate in the bidding to all interested eligible required by law, this principle provides the opportunity to participate in the bidding for all wishing to both, if the required qualifications, and bring Very important goal management is embodied by maintaining public money .

But the question that is the judicial body competent to consider irregularities that occur before the conclusion of the contract and affecting the principle of competition?

Nodal operation is complex process through several stages, beginning with the introductory or preparatory actions, that set the tone for the management contract as tender or open bidding or tendering lay analysis , And the administrative contract as arranges rights and obligations between the limbs according to comparative base effects, consequences for others.

These preparatory actions and management decisions, entering in the composition of complex administrative work such as the decision to deprive certain people or exclude their bids and the decision to establish the auction, these resolutions called for secession, and midwife decisions if hit by defect of defects affecting principle The competition is entitled to others that is challenged by the cancellation proceedings in all of France And Egypt, in Iraq, it's different because the ordinary is considering violations before the contract .

الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

---

**Judicial protection for the  
principle of competition in the  
field of government tenders  
( comparative study )**

BY

**P. Dr. Ismaeel Saesa Ghedan**

**Ahmad Fahim Muslem**