

# المقدمة



## المقدمة :

تلجأ الإدارة تلجأ إلى إدارة مشروعاتها عن طريق العقود و هذه العقود تخضع لنوعيين مميزين من حيث التكيف القانوني و القضائي الذي يخضع له فهناك العقود العادية و العقود الإدارية ، فالعقود الإدارية تطبق عليها قوانين القانون العام وتتدخل في دائرة اختصاص القضاء الإداري ، بينما تسري على العقود العادية أحكام القانون المدني أو التجاري ، وتتدخل المنازعات المتعلقة بها في اختصاص القضاء العادي . و عليه فان كل عقد تبرمه الإدارة ليس بالضرورة أن يكون عقدا إداريا ، فالإدارة تبرم عقود إدارية و أخرى عادية إلا إن العقد الإداري يشترط إن تكون الإدارة طرفا فيه و إن تبرمه لخدمة أو تنفيذ مرفق من المرافق الإدارية بالإضافة إلى تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص . و من الجدير بالذكر إن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني اختلافا يسيرا محدودا في مرحلة تكوينه و إبرامه و يتميز عنه في مرحلة تنفيذه و في الآثار المترتبة عليه حيث تتمتع الشخصيات العامة عندما تلجأ إلى العقد الإداري بسلطات و امتيازات واسعة النطاق .

و مع ذلك فان الإدارة عندما تبرم عقدا من عقودها فإنها غالبا ما لا تعرف و لا يهتما كثيرا أن تعرف صفة العقد الذي تبرمه ، و ما إذا كان إداريا يخضع لأحكام القانون الإداري أم مدنيا يخضع لقواعد القانون الخاص و لاختصاص القضاء العادي و لا تثير طبيعة العقد أي تساؤلات و إشكالات إلا إذا قام خلاف بين طرفيه وبدأت المنازعة في بعض أموره ، و هنا تبدو المصلحة في تكييف العقد الذي يلزم تحديد طبيعته لمعرفة الجهة القضائية المختصة ، و القانون الواجب التطبيق.



## أولا : أهمية البحث :

بالرغم من إن المصلحة العامة تتطلب إعطاء الإدارة مركزا أفضل و أقوى من مركز المتعاقد معها ، فإنها في الوقت نفسه فرضت قيود على حرية الإدارة في التعاقد و في اختيار من تتعاقد معهم ، و إذا كان الأفراد لهم الحرية في اختيار من يرغبون التعاقد معهم باختلاف أشكال عقودهم شرط عدم مخالفة القانون و النظام العام و الآداب ، فان الإدارة ملزمة بإتباع الطريق الذي رسمه المشرع لاختيار المتعاقد معها وشكل عقودها .

فإما إن تمتلك الإدارة حرية واسعة ليس تجاه من ترغب التعاقد معه بل كذلك في اختيار أسلوب التعاقد أو يجري تقييد سلطتها التقديرية من خلال وضع قيود ذات طبيعة تشريعية أو لائحية يجب مراعاتها عند إبرامها للعقود .

و إن وجود هذه القيود على الإدارة الراغبة في التعاقد مع الغير يتحدد وفق الهدف الذي يراد تحقيقه من خلال إبرام العقود الإدارية ، فإذا كان هدف الإدارة من إبرام العقد الإداري هو العمل على تحقيق اكبر وفر مالي للخزينة العامة فان العطاء المقدم إلى الإدارة يجب إن يكون مستوفيا لعدد من الخصائص تمنحه صفة عطاء العقد ، في حين إذا كان هدف الإدارة هو ضمان تنفيذ العقد بأفضل الشروط الفنية و المدد العقدية فإن العطاء المقدم إليها سيكون عطاء تفاوض .

و قد ازدادت في الوقت الحاضر ، أهمية التفاوض ، نتيجة ازدياد حجم العقود التي تبرمها الإدارة ، في ظل التطور التكنولوجي و الصناعي و ما واكبه من ظهور الاحتكارات و تطور وسائل المواصلات .

كما ساعد نظام الاقتصاد الحر و تشجيع الاستثمار الذي اتجهت معظم الدول حديثا إلى الأخذ به ، إذ أصبحت الدولة تعهد بتنفيذ الكثير من المهام التي تقوم بها إلى المقاولين أو الموردين و غيرهم ، و ذلك عن طريق إبرام العقود الإدارية .

و ترجع أهمية الموضوع إلى مبررات تحقيق المصلحة العامة ، و ذلك بحصول جهة الإدارة المتعاقدة على عروض كثيرة مما يؤدي إلى عدم وجود فرص



للاتفاقات غير المشروعة التي تحدث بين المتعاقدين بهدف المحافظة على سعر معين للعطاء و استبعاد انحراف الموظفين في اختيار المتعاقدين مع الإدارة ، بحيث يقتصر دور أعضاء لجنة العطاءات على مراقبة الإجراءات القانونية التي تستلزمها عملية إبرام العقد .

و إتاحة الفرصة أمام الإدارة لاختيار الأسلوب الذي يتلاءم مع طبيعة محل العقد، من بين أساليب اختيار المتعاقد معها كأن تعطي الأولوية لأسلوب المناقصات العامة في العقود التي تتطلب خبرة فنية متخصصة مثل عقود إنشاء الجسور والإنفاق و السدود و اختيار الاتفاق المباشر لإبرام العقود المتعلقة بالمشروعات التي تحتاج إلى مهارة فنية جديدة ، كعقود توريد الأجهزة الالكترونية .

و ما يثبته الواقع العملي من تراجع دور المناقصة العامة كأسلوب شائع لاختيار المتعاقد مع الإدارة و الذي يقوم أساسا على معيار السعر الأقل ، و إيجاد أساليب جديدة متعددة تقوم على أساس معيار أفضل العطاءات الذي ينصب على المفاضلة بين العطاءات باعتماد عناصر متعددة مثل نوعية العطاء ، مدة التنفيذ ، كفاءة التنفيذ و غيرها من العناصر التي تؤثر في عملية اختيار أحسن العطاءات .

## ثانياً : مشكلة البحث

إن السبب الرئيسي الذي دعانا للبحث في موضوع عطاء العقد و عطاء التفاوض في العقود الإدارية هو حداثة القانون الإداري و التطور المستمر في أحكامه و الذي يجد الباحث فيه صعوبة كبيرة لاسيما في العراق ، إذ تقل كتابات القانون الإداري بشكل عام ، ثم تصبح نادرة في مجال العقود الإدارية و تنعدم نهائياً في موضوع إبرام العقد الإداري ، فكل ذلك يشكل صعوبة في بحث هذا الموضوع ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى يشكل دافع في إيجاد تنظيم قانوني للعطاءات و المفاوضات في العراق أسوة بدول التشريع المقارن فرنسا و مصر .

حيث نص المشرع على تنظيم عملية إبرام العقد الإداري في العراق بموجب تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع و أعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ وكذلك



بموجب قانون العقود الحكومية العامة الصادرة بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ و في تعليمات تنفيذها رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ ، إلا إن تنظيمه هذا بحاجة إلى التطوير و التحديث بما ينسجم مع تطور القواعد الإدارية في التشريع المقارن ، و لم يكن موقف المشرع وحده بحاجة إلى التقويم ، فذلك الحال بالنسبة للقضاء الإداري في العراق ، و ذلك بتحديث هذا الموضوع لاسيما و إن منازعات العقود الإدارية حتى هذه اللحظة ، هي من اختصاص القضاء العادي، والتي في حقيقة الأمر يجب إن لا تخرج من ولاية القضاء الإداري ، حيث تبرز أهمية التمييز بين عطاء العقد و عطاء التفاوض عندما يثار نزاع أمام القضاء .

### ثالثا : منهجية البحث :

وذلك عن طريق اتباع اسلوب الدراسة المقارنة ، وستكون دراستنا لهذا الموضوع في فصلين يسبقهما فصل تمهيدي .

حيث سنتناول في الفصل التمهيدي التعاقد الإداري وسوف نقوم بتقسيمه إلى ثلاثة مباحث نخصص الأول منها لقيود التعاقد الإداري إلا وهي توافر الاعتماد المالي ، والحصول على إذن بالتعاقد و الاستشارات السابقة على التعاقد و الكتابة واختيار المتعاقدين ، أما المبحث الثاني سندرس فيه مراحل التعاقد الإداري وهي الإعلان و المفاوضة و الإيجاب ، و القبول ، أما المبحث الثالث فسنتناول فيه طرق التعاقد الإداري و هي المناقصة أو المزايدة و الممارسة و الإنفاق المباشر .

أما الفصل الأول فسيتناول عطاء العقد و سيقسم إلى ثلاثة مباحث ، سنخصص الأول لمفهوم عطاء العقد ، و من خلال التعرض لتعريف عطاء العقد ، و التكيف القانوني لعطاء العقد ، و عناصر عطاء العقد ، أما المبحث الثاني فسيتناول صياغة العطاء من خلال إيضاح الدراسات التي تسبق تقديم العطاء ، و تحرير العطاء ، و اثر التحفظات على عطاء العقد ، أما المبحث الثالث سنوضح الآثار القانونية المترتبة عن عطاء العقد من خلال التعرض إلى انعقاد العقد و التزامات عطاء العقد ، والمسؤولية الناشئة من عدم تنفيذ الالتزامات .

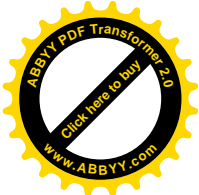


أما الفصل الثاني فسيتناول عطاء التفاوض الذي سيتم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، نخصص الأول منها لدراسة المفاوضات من خلال معرفة ماهية المفاوضات، والطبيعة القانونية للمفاوضات و المبادئ التي تحكم المفاوضات .

أما المبحث الثاني فسنخصصه لتناول عطاء المفاوضة من خلال التطرق إلى مفهوم عطاء المفاوضة ، و الآثار القانونية المترتبة عن عطاء المفاوضة والمسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات ، أما المبحث الثالث و الأخير سنوضح فيه عطاء الممارسة من خلال التعرف على مفهوم عطاء الممارسة ، والآثار القانونية المترتبة عن عطاء الممارسة و المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات.

ثم ننهي رسالتنا هذه بخاتمة ، نتناول فيها النتائج و التوصيات التي توصلنا إليها من خلال البحث ، و التي نهدف من خلالها تقويم مسلك المشرع العراقي ليواكب تطور التشريعات المقارنة الحديثة .

و الله الموفق



# الفصل التمهيدي التعاقد الإداري

## الفصل التمهيدي التعاقد الإداري

إذا كانت المصلحة العامة قد أملت إعطاء الإدارة مركزاً أفضل وأقوى من مركز المتعاقد معها فإنها أيضاً تطلبت فرض قيود على حرية الإدارة في التعاقد وفي اختيار من تتعاقد معهم ، و إذا كان الأفراد لهم الحرية في اختيار من يرغبون التعاقد معهم باختلاف أشكال عقودهم بشرط عدم مخالفة القانون و النظام العام و الآداب في حين الإدارة ملزمة بإتباع الطريق الذي وضعه القانون لاختيار المتعاقد معها وشكل عقودها ، فالعقود الإدارية تتكون من عملية أو أكثر من العمليات المعقدة بالمقارنة مع العقود المدنية و ابرز أنواع التعقيد تظهر في الجانب المتعلق بالتعبير عن الإرادة حيث غالباً ما يتم هذا التعبير في عملية معقدة متشابكة وقد تكون على مراحل متعددة و في فترات متلاحقة و متعاقبة و عادة ما يسبق التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات و التدابير التي تمهد لإبرام العقد .

و غاية المشرع من ذلك ليست التعقيد و الإطالة في الإجراءات و تحقيق الروتين و إنما هي تكمن في ثلاثة أهداف <sup>(1)</sup> :

الأول : تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة بإلزام الإدارة باختيار صاحب العطاء الأفضل من حيث الشروط المالية و الثاني مراعاة مصلحة الإدارة و ذلك لتمكينها من اختيار أكفء المتقدمين للتعاقد من حيث المواصفات الفنية و المدد العقدية و إن لم تكن عروضه المالية هي الأفضل و الهدف الثالث يكمن في حمايتها الموظف المسؤول عن اختيار المتعاقد من اتهامه بالمحاباة و عدم التزامه .

و سوف نبين في هذا الفصل أهم ما يميز التعاقد الإداري من حيث قيود التعاقد الإداري في المبحث الأول و مراحل التعاقد الإداري في المبحث الثاني و نبين طرق التعاقد الإداري في المبحث الثالث .

(1) تلعب هذه الأهداف دوراً كبيراً في تحديد العطاء سواء أكان عطاء العقد أم عطاء تقاض (وهذا مدار بحثنا) فإذا كان الهدف الأول غايتها فإن العطاء المقدم من قبل الراغب بالتعاقد سيكون عطاء عقد في حين إذا كان الهدف الثاني غايتها يكون العطاء المقدم عطاء تقاض



## المبحث الأول

### قيود التعاقد الإداري

تخضع العقود الإدارية لنظام قانوني مستقل عن القواعد التي تحكم عقود الإدارة العادية و العقود المدنية بصورة عامة ، فالإدارة تخضع لقيود و التزامات تقيد حركتها و تحدد لها طرق اختيار المتعاقد معها ، و الإجراءات التي يتعين عليها السير وفقاً لها عند إتمام العملية التعاقدية .

و من القيود التي على الإدارة مراعاتها قبل قيامها بالتعاقد هو التزام الإدارة في الحصول مسبقاً على تصريح بإبرام العقد أياً كانت أدواته القانونية ، سواء كانت عامة كالقانون أو النظام ، أو خاصة كأخذ الرأي الاستشاري من الجهات الإدارية والرقابية و المحاسبية و كذلك من الأمور التي تقيد الإدارة في تعاقدتها هو التأكد من وجود اعتماد مالي قبل أقدمها على التعاقد و إذا كان الأفراد في عقودهم لهم مطلق الحرية في اختيار طريقة التعاقد و المتعاقدين معهم بما لا يتعارض مع النظام العام و الآداب في حين الإدارة من حيث الأصل لها الحرية في التعاقد ما لم يقيد القانون بإتباع طريقة معينة في التعاقد و ثمة قيد آخر على الإدارة في تعاقدتها ألا وهو الكتابة و ما يفرق عنه في العقد المدني و ما يتفرع عن الكتابة من خلال رجوع الإدارة إلى العقود النموذجية أو دفاتر الشروط .

و إذا كان من واجب الإدارة الخضوع و احترام ما سبق من قيود ، فإنه يمكن القول أنها بمثابة اشتراطات واجبة التوافق قبل إبرامها العقد و هذه القيود و إن كانت تشكل قيوداً على حرية الإدارة في إبرام ما تشاء من عقود إدارية ، إلا إنها تهدف في مجملها إلى تحقيق المصلحة المالية للدولة .

و القيود التي على الإدارة مراعاتها قبل إبرام للعقد و إن كانت تتداخل مع بعضها البعض يمكن تقسيمها إلى خمسة قيود و سوف نتناولها في مطالب خمسة و على النحو التالي :

## المطلب الأول

### توافر الاعتماد المالي

الإدارة لا تستطيع التعاقد أو إجراء أي تصرف يترتب عليها التزامات مالية ما لم يتوفر لديها الاعتماد المالي اللازم ، كذلك تلتزم الإدارة بعدم تجاوز حدود هذا الاعتماد المالي ، و يترتب على مخالفة الإدارة لهذا الالتزام مسؤوليتها القانونية .

و المتفق عليه طالما إن العقد الإداري يتطلب نفقات مالية و هذه النفقات لا تتأتى إلا من خلال ما يرصد لهذه المشاريع أو العقود في الميزانية العامة للدولة ، أو الميزانية خاصة للوحدات الإدارية فعلى الجهة الإدارية إن تتأكد من وجود الرصيد المالي لهذا التعاقد في الميزانية قبل إبرام العقد .<sup>(١)</sup>

و في هذا المجال نجد إن القضاء و الفقه الإداريين قد استقرا على اعتبار تصرف الإدارة بإبرام عقودها الإدارية سليما و ملزما للإدارة في مواجهة الأفراد بالرغم من عدم وجود اعتمادات مالية سواء كان الاعتماد غير موجود كله أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به .<sup>(٢)</sup>

و تجدر الإشارة إن وجود الاعتماد المالي اللازم للتعاقد لا يعني بأي حال التزام الإدارة بالتعاقد ، فوجود الاعتماد لا يمثل سوى التصريح للإدارة بالتعاقد ، و من ثم فليس للأفراد مطلقا و بحجة وجود اعتمادات مالية طلب إلزام الإدارة بالتعاقد تحت أي وجه من الوجوه .

و في الاتجاه نفسه جاءت المادة (٣) البند – أولا من تعليمات العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .<sup>(٣)</sup> إذ نصت " على جهات التعاقد في الوزارات و الجهات

(١) د. محمد علي جواد ، محاضرات في العقود الدولية ، أقيمت على طلبية الدراسات العليا ، القسم العام ، كلية القانون – الجامعة المستنصرية ، (غير منشورة) ، العام الدراسي (٢٠٠٨ – ٢٠٠٩) ، ص ٤ .

(٢) د. محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٤ .

(٣) صدرت هذه التعليمات استنادا إلى احكام الفقرة (١) من القسم (١٤) من امر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ و المتعلق بالعقود العامة في العراق ، حيث جاء في القسم المذكور في فقرته الأولى : ( يصدر وزير التخطيط تعليمات إدارية ، و أنظمة لتنفيذ امر سلطة الائتلاف المؤقتة ( المنحلة ) رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ) .



غير المرتبطة بوزارة و الأقاليم و المحافظات غير المنتظمة في إقليم مراعاة  
استكمال المتطلبات التالية قبل إعداد وثائق المناقصات .....

ج - وجود تخصيصات لتنفيذ العقد في الموازنة العامة الاتحادية مؤيدة من الجهات  
المختصة لطلبات احتياجات الجهات التعاقدية مع الإشارة في وثائق العطاءات إلى  
التبويب الخاص بالمشروع في الخطة .....

فعلى الإدارة إن تنقيد بالاعتماد المالي المخصص لها ، إذ إن ميزانية الدولة تقر  
بقانون يصدر من البرلمان و على ضوءه تحدد تخصيصات الإدارات المالية ، فإذا  
أرادت إحدى الإدارات كالمحافظة مثلا التعاقد على مشاريع معينة فيجب إن تأخذ  
بنظر الاعتبار تخصيصاتها المالية .<sup>(1)</sup>

## المطلب الثاني

### الحصول على إذن بالتعاقد

يستلزم المشروع قبل الإقدام على إبرام بعض العقود الإدارية ضرورة حصول  
جهة الإدارة الراغبة في التعاقد على تصريح أو إذن بالتعاقد من الجهة التي يحددها  
القانون وذلك نظرا لما تنسم به تلك العقود من أهمية خاصة .<sup>(2)</sup>  
و يأخذ الإذن بالتعاقد في الواقع العملي احد صورتين:-

#### ١ - الإذن بالتعاقد في صورة قانون :

تلتزم الإدارة قبل اتخاذ إجراءات التعاقد بالنسبة لعقود معينة إن تحصل على  
موافقة السلطة التشريعية ، و ذلك نظرا لأهمية هذه العقود و ارتباطها بكيان الدولة  
وسيادتها أو مواردها الطبيعية .<sup>(3)</sup>

(1) علي نجيب حمزة ، الاساليب الحديثة للتعاقد الإداري ، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الأول المقام في جامعة  
القادسية ، كلية القانون ، ٤ - ١٠ تشرين الثاني ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٠١ .

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٧ ، ص ١١٣ .

(3) د. محمد احمد عبد المنعم ، المصدر السابق ، ص ٢٥ .



و من أهم العقود التي تتطلب موافقة السلطة التشريعية كشرط أساسي لصحة التعاقد في فرنسا و مصر ، عقود القرض العام ، عقود امتياز المرافق العامة الوطنية، و استغلال الثروات الطبيعية .

## ٢ – الإذن بالتعاقد في صورة قرار :-

إذا كان الإذن بالتعاقد في صورة قانون يمثل أقوى صور الإذن على الإطلاق، فإن الإذن بالتعاقد في صورة قرار يكون أدنى مرتبة منه ، و قد يكون الإذن في هذه الحالة في صورة قرار جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو من الوزير أو من جهة إدارية أخرى و الحكم واحد في جميع هذه القرارات .<sup>(١)</sup>

ففي فرنسا مثلاً ، إن بعض العقود التي تتم في مجالات التصرفات العقارية لا تتم إلا بعد موافقة من جانب ممثل الدولة أو حاكم الإقليم .

نخلص مما سبق إن الحصول على إذن الجهة المختصة التي يحددها القانون هو شرط لإبرام العقد الإداري و بعكسه لا يجوز للإدارة مباشرة أي إجراء من إجراءات التعاقد و يترتب على ذلك إن العقد المبرم دون الحصول على الإذن معدوماً من الناحية القانونية و على ذلك لا تتوفر الرابطة التعاقدية بين الإدارة و الطرف الآخر و يملك هذا الأخير المطالبة بالتعويض الذي لحق به على أساس المسؤولية التقصيرية إذا كان له مقتضى هذا في فرنسا و مصر .

و على عكس ذلك موقف القضاء العراقي حيث اعتبر العقد المبرم دون الحصول على الإذن القانوني هو عقد موقوف و ليس باطلاً كما ذهب القضاء المصري و من قبله الفقه الفرنسي إذ إن شرط الموافقة المسبقة على التعاقد الذي تنص عليه القوانين و الأنظمة هو احد شروط صحة العقد الذي تبرمه الإدارة و عليه فإن هذا العقد لا ينعقد إلا بعد الحصول على موافقة الجهات المختصة .<sup>(٢)</sup>

(١) سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، دراسة مقارنة ، ط٤ ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٤ ، ص ٣٢٨ .

(٢) نجيب خلف احمد الجبوري ، سلطة الادارة في اختيار المتعاقدين معها ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ١٥٢ .



و في هذا المجال قضت محكمة التمييز في حكم لها جاء فيه (.. بعد التدقيق والمداورة تبين إن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد اداري لانه يستهدف ادارة مرفق عام من مرافق الدولة ، و يحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام و تخضع فيه لحكم القوانين و الانظمة و مثل هذا العقد لا ينعقد إلا بعد موافقة هيئات إدارية عينها قانون اصول المحاسبات العامة رقم (٢٨) لسنة ١٩٤٠ في المادة العاشرة منه التي تنص على انه لا يجوز الدخول بتعهدات أو عقود مالية من الاعتمادات المصادق عليها في الميزانية بمبالغ تزيد على (٥٠٠٠) دينار إلا بعد اخذ موافقة وزير المالية فالرابطة التعاقدية في مثل هذا العقد الإداري لا تتم إلا بعد اخذ رأي الهيئات الأخرى ، و إذا كان ذلك فلا يصح القول بان العقد السابق قد تجدد بين الطرفين لمجرد تكليف الشركة بالاستمرار في عملها حتى بعد العقد عن المدة الجديدة لان الأمر يتطلب اجراءات خاصة و موافقة هيئات معينة).<sup>(١)</sup>

وفي نفس الاتجاه جاءت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (٣/أولاً - أ) ( حيث اشترطت وجود مصادقة مسبقة من وزارة التخطيط و التعاون الانمائي على تقرير الجدوى الفنية و الاقتصادية .... ).

(١) انظر حكم محكمة التمييز رقم الاضبارة (١٥٨) لسنة ١٩٦٦ في ١٩٦٦/٧/٢٨ ، مجلة ديون التدوين القانوني ، ٢٤ ، السنة الخامسة ، كانون الاول ، ١٩٦٦ ، ص٢٠٨ .

## المطلب الثالث

### الاستشارات السابقة على التعاقد

من الضروري جدا لإبرام أي عقد من العقود سواء كانت عقوداً هندسية أم عقود توريد إن تعد الدراسة من قبل متخصص في موضوع العقد فإذا كان العقد هندسياً يحال إلى مهندسين متخصصين ، إما إذا كان العقد توريد يحال إلى خبراء يقدمون التقارير حوله .

و دراسة هذا العقد تتضمن الأمور الفنية و الكلف التخمينية و القانونية و إن الإدارة ملزمة في بعض الأحوال بضرورة استشارة جهة يحددها القانون قبل إقدامها على التعاقد<sup>(١)</sup>

و الاستشارات السابقة لها أهمية كبيرة إذ أنها تمكن الجهة الإدارية المختصة قبل الشروع بإبرام العقد من التأكد من الجهات المختصة عما إذا كانت هناك أية اعتبارات أو مخاطر فنية أو اقتصادية تترتب على إبرام العقد .<sup>(٢)</sup> و القاعدة إن الاستشارات السابقة على التعاقد تكون على نوعين من حيث قوتها الملزمة :

#### ١ – الاستشارات الملزمة :

هي التي تلتزم بها الإدارة و لا تستطيع مخالفتها ، و تستمد هذه الاستشارات قوتها الملزمة من نص القانون في معظم الحالات و يأخذ هذا النوع من الاستشارات حكم الإذن أو التصريح بالتعاقد .<sup>(٣)</sup>

(١) د. محمد علي جواد ، مصدر سابق ، ص ٥ .

(٢) نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ .

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١١٧ .



## ٢ - الاستشارات غير الملزمة :

ويقصد بها إن تلتزم الجهة الإدارية بطلبها قبل إجراء التعاقد دون إن ترتبط بالضرورة بمضمونها فهي تكون على سبيل الاستئناس بالرأي و هذا هو الأصل في كل حالة لا ينص فيها المشرع على ذلك .<sup>(١)</sup>

و من خلال ذلك تتبين لنا التفرقة بين نوعي الاستشارات ، ففي النوع الثاني يكون فيها تطلب اخذ رأي ملزما من ناحية وبدون شرط الإلتزام به موضوعا من ناحية أخرى، فإذا فرض المشرع على جهة الإدارة اخذ الرأي جهة معينة قبل التعاقد فإنها تعد ملزمة بإستيفاء هذا الإجراء فإذا أغفلته وقع العقد باطلاً على الرغم من إن المشرع لم يلزم الإدارة موضوعا برأي الجهة التي اوجب اخذ رأيها ، في حين إن الإدارة في الاستشارة الملزمة تلتزم بإتباع هذا الإجراء شكلا ومضمونا ، و بدون إتباعه يكون العقد الذي أبرمته الإدارة باطلا .<sup>(٢)</sup>

(١) د. محمد احمد عبد النعيم ، المصدر السابق ، ص ٢٧ .

(٢) بينت المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على إن (العقد الباطل :

- ١- هو مالا يصح أصلا باعتباره ذاته او وصفا باعتباره بعض أوصافه الخارجية .
- ٢- ويكون العقد باطلا إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب و القبول صادرين ممن ليس أهلا أو يكون المحل غير قابل للحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع .
- ٣- و يكون باطلا إذا اختلفت بعض أوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون غير مستوف للشكل للذي فرضه القانون .

## المطلب الرابع

### الكتابة

قد يخضع المشرع العقود الإدارية أحيانا لإجراءات شكلية معينة ، لكن المسلم به إن العقود الإدارية تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات إذا لم يشترط المشرع صراحة إجراء شكليا معيناً في إبرام عقد معين فإنه يكفي توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية .<sup>(1)</sup>

و إذا كانت القاعدة العامة تقتضي بان تكون عقود الإدارة رضائية و بالتالي لا يشترط فيها الكتابة لكن هذا من الناحية النظرية فقط إذ إن العقود المهمة التي تجريها الإدارة تقتضي إن تتم كتابة و ذلك لأن الكتابة ضرورية لبيان شروط العقد التي تحرر بطريقة مسبقة فضلا عن الإجراءات و الأشكال التي تخضع إليها عملية إبرام العقد .<sup>(2)</sup>

و العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية كتابة ، بالإضافة إلى انه يلعب دورا مكملا لبعض أنواع العقود الإدارية ، كما إذا اتفقت الإدارة مع بعض المتعاقدين على تكملة أغراض التعاقد الأصلي في بعض الأمور التي انصب عليها .<sup>(3)</sup>

و يبلغ شرط الكتابة ذروته في فرنسا إذ يلاحظ إن المشرع قد اشترط صراحة وجوب خضوع عقد الشراء العام إلى الصيغة الكتابية و التي تلعب فيها دفاتر الشروط دورا أساسيا و الأكثر من ذلك إن المادتين (٤٥) و (٢٥٥) من قانون عقود الشراء العام الفرنسي لا تشترطان تحرير الحقوق و الالتزامات كتابة فحسب بل تفرضان على الأطراف إن يضمنوا عقدهم المكتوب بعض البنود بحيث يترتب على

(1) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٣٦٧ .

(2) د. الياس ناصيف ، عقد الـBOT ، المؤسسة الحديثة للكتابة - بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٧ .

(3) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية و التحكيم ، الدار الجامعية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٣ .





إغفال احدها بطلان العقد و هذه البنود هي الإشارة إلى أطراف العقد و تحديد محل العقد و تحديد الثمن و أساليب حسابه و بيان مدة التنفيذ و تحديد شروط فسخ العقد.<sup>(١)</sup>  
ففي مصر بينت المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ على انه يجب إن يحرر العقد ما بلغ مجموع قيمة ما رسا أو تنفيذه خمسين ألف جنيه ، إما إذا قل عن ذلك فيجب اخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد ، وفي حالة تحرير العقد يكون بثلاثة نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات و معها جميع العطاءات و صورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها و تسلم نسخة للمتعاقد و تحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ.<sup>(٢)</sup>

إن الكتابة ليست شرطا لانعقاد العقد الإداري و كذلك غير ضرورية لإثبات وجود العقد الإداري لاسيما مع وجود وثائق متبادلة بين الطرفين يمكن معها التأكد من وجوده ، و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في احد أحكامها و الذي ذهب فيه إلى انه ( .... و حيث انه لا يقدر في ذلك ما أثارته الشركة الطاعنة من عدم وجود عقد مكتوب ، ذلك انه ولان خلت الاوراق من وجود عقد مكتوب بين الجهات و شركة سايكو الفرنسية حيث إن الاتفاق بين الطرفين لم يفرغ في وثيقة مكتوبة ، فان عدم تحرير عقد إداري لا يعني عدم وجود علاقة تعاقدية لان الوثائق المتبادلة بين الطرفين ، تدل على قيام هذه الرابطة التعاقدية حيث إن العقد المقدم من الشركة والشروط الواردة في الاعتماد المستندي المفتوح لصالحها تعتبر بمثابة عقد إداري ملزم الطرفين .... ").<sup>(٣)</sup>

(١) د. مهند مختار نوح ، الإيجاب و القبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية. ، ٢٠٠٥ ، ص ٤٠٩ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق ، ص ٥٣ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم (٥٠٩٥٥) لسنة ٤٣ ق ، جلسة ٢٠٠١/٥/٨ ، نقلا عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٩ .



و في العراق الأمر مختلف إذ بينت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (٨) المتعلقة بإعداد صيغة العقد في البند (سابعاً) فقرة (أ) منها بأنه ( تكتب العقود باللغات العربية و الكردية و الانكليزية كلما كان ذلك ممكناً ) و ذكرت في الفقرة (ب) من نفس المادة على إن ( تحدد في وثائق المناقصة النسخة المعتمدة عند الاختلاف في التفسير ) من خلال ذلك نجد انه في العراق اوجب كتابة العقد .

و نعتقد إن مما يستلزم طبيعة العقود الإدارية و إثباتها و تعلقها بالمصلحة العامة ، و من خلال ما ترتبه من أعباء على الخزينة العامة ، ينبغي إن تكون هذه العقود مكتوبة هذا من جهة ، و من جهة أخرى وجود الكتابة حماية للموظف المسؤول عن إبرام هذه العقود من الجهات الرقابية ، حيث كل شيء مثبت بشكل واضح لا يقبل اللبس ، يسهل عملية التحقق من صحة العقد ، و من ثم عدم توجيه الاتهام للموظف المسؤول .

و إذا ما تمت عقود الإدارة عن طريق الكتابة فإنها غالباً ما تحتوي على عدة وثائق تحتوي في مجموعها على شروط العقد الإداري ، و تعتبر هذه الوثائق فيما يتعلق بتنفيذه كل لا يتجزأ و هذه الوثائق ذات أهمية كبيرة لأنها تتضمن الالتزامات الحقيقية للطرفين .<sup>(١)</sup>

إن عملية وضع دفاتر شروط عامة تعود إلى القرن التاسع عشر في فرنسا حيث لم تكن في هذه الفترة قد ظهرت إلى حيز الوجود النصوص القانونية التي تحكم إجراءات إبرام العقود الإدارية ، كما لم يكن قد ظهر بعد اجتهاد متماسك بشأن مشاكل تنفيذ هذه العقود الأمر الذي أدى إلى التوسع في تحرير دفاتر الشروط العامة بغية إيجاد نوع من التقنين التعاقدية .<sup>(٢)</sup>

و دفاتر الشروط تكون على نوعين هما :-

### ١- دفاتر الشروط العامة :-

(١) نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٨٢ .

(٢) د. مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ٤٤٩ .



و تشكل هذه الدفاتر أهمية كبيرة في العقد الإداري و ذلك لأنه يتضمن الشروط التي تنطبق على كافة عقود الإدارة و أشكالها و إجراءاتها و كيفية تنفيذها و شروط العمل و زمنه و حالة التأخير في تسليم ما تم التعاقد عليه و الغرامات التي تفرض على المتعهد في حالة تأخره عن تنفيذ ما التزم به و تتضمن هذه الدفاتر أيضا القواعد التي تتبع لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد .<sup>(1)</sup>

و هذه الدفاتر تعدها الوزارة أو المصلحة مقدما و دون حاجة لاستشارة الأفراد ، و تصدر بقرار وزارى و تكمل عند اللزوم بمنشورات تكميلية .

و هناك نوع آخر من دفاتر الشروط العامة لا تنطبق شروطه و أحكامه على جميع العقود الإدارية الخاصة بالوزارة أو المؤسسة المعنية ، حيث إن هذه الدفاتر تختص بنوع واحد من العقود الخاصة بتلك الوزارة أو المصلحة أو المؤسسة كعقود الأشغال العامة و التوريد و النقل .<sup>(2)</sup>

و في العراق تصدر هذه الدفاتر التي تختص عادةً بنوع واحد من العقود من وزارة التخطيط مثل الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ و الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية لعام ١٩٨٨ و تعليمات تنفيذ و متابعة خطط التنمية القومية لعام ١٩٧٢ و عام ١٩٨٨ .

## ٢ - دفاتر الشروط الخاصة :-

و هي التي توضع خصيصا لكل صفقة يراد إبرامها عن طريق المناقصة و تودع في دفاتر شروط خاص تضعه الإدارة المعنية و تتضمن هذه الشروط تحديد موضوع الصفقة أو نوع السلع أو الخدمات المطلوبة و كمياتها ، و مهلة تسليمها ، و مقدار التأمين و الكفالة التي يجب إيداعها و الشروط اللازم توافرها في المشتركين في المناقصة و عناصر المفاضلة التي قد تقام على أساس السعر فقط أم تضاف إليه عناصر أخرى كالجودة .<sup>(3)</sup>

(1) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٤ .

(2) د. نجيب خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .

(3) د. ماجد راغب الطلو ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .



و دفتر الشروط يعتبر ملزماً عندما تتم الإحالة إلى هذه الدفاتر من قبل الإدارة و المتعاقد معها و قد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن ذلك في مناسبات عدة حيث اعتبر إن : ( دفتر الشروط العامة لا يعتبر ملزماً بمقتضى نشر هذا الدفتر في الجريدة الرسمية ، و إنما عن طريق الاتفاق المشترك الذي أبرمته الإدارة مع متعاقدتها ... )<sup>(١)</sup>.

إلا إن محكمة التمييز في العراق و بالرغم من استقرار مبادئ القضاء الإداري في العديد من أحكامها في عد دفتري الشروط مكملًا للعقد بين الطرفين ، فإن محكمة التمييز قد خرجت عن تلك المبادئ في حكمها الصادر ١٩٨٦/١٠/٢٣ إذ ورد فيه : ( وجد إن الحكم المميز غير صحيح لان تعليمات تنفيذ مشاريع و أعمال خطط التنمية فيما يتعلق بالنسبة للغرامات هي توجيه للدوائر ذات العلاقة ، إما فيما بين المتعاقدين فالعبرة بما تضمنه (العقد شريعة المتعاقدين) فإذا كان عقد المقاوله بين الطرفين قد نص على مقدار الغرامة التأخيرية فان هذا النص هو الذي يعمل فيه )<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الخامس

### اختيار المتعاقدين

(١) د. مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ٤٥٠ .  
(٢) قرار محكمة التمييز رقم (١٨١٩) في ١٩٨٦/١٠/٢٣ ، أشار له د. مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٩٩ .



إذا كانت القاعدة العامة هي حرية الإدارة في إتباع الأسلوب الذي تريده في التعاقد و في اختيار المتعاقدين معها ، فان الإدارة لا تكون حرة في كل الحالات في اختيار المتعاقد معها خلافا للوضع بالنسبة للأفراد في عقودهم الخاصة بل حدد لها القانون طرق و إجراءات معينة يقتضي إتباعها بغية تأمين حسن اختيار المتعاقدين وأفضل الشروط الفنية و المالية تحقيقا للمصلحة العامة .<sup>(1)</sup>

لكن الإدارة لا تملك حرية واسعة عند التعاقد كما هو الحال في إبرام الأفراد عقودهم ، فالنسبة لقواعد القانون الخاص نجد الأفراد يتمتعون بحرية في تعاقدهم مع الآخرين وفقا للفلسفة الاقتصادية و السياسية للمجتمع ، في حين يختلف الأمر بالنسبة لقواعد القانون العام إذ يظهر إن حرية الإدارة تتحدد بعدد من القيود التي يجب عليها الالتزام بها أثناء عملية التعاقد .<sup>(2)</sup>

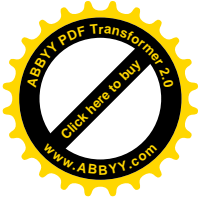
و العقد الإداري بذلك يفتقد لخصيصة هامة تقوم عليها العقود المدنية كون التعاقد فيه يخضع لأساليب محددة و التي تشكل في ذاتها قيودا على حرية الإدارة في اختيار الطرف الآخر في التعاقد و ذلك بغية تحقيق هدفين أساسيين :  
أولها تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة و ثانيهما مراعاة مصلحة الإدارة في انجاز العمل في الوقت المحدد حسب المواصفات المطلوبة .<sup>(3)</sup>

و قد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الاتجاه عندما قضت (من حيث إن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية و التي يشترط فيها القيد على حرية جهة الإدارة عند تعاقدتها يرجع إلى إن الشارع هو الذي يستقل ببيان طريقة إبرام العقود العامة و هو في هذا السبيل يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين الأول : تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة و هذا يستلزم بدها التزم جهة الإدارة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط و الضمانات المالية و الثاني مراعاة المصلحة الإدارية و يتطلب

(1) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

(2) نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(3) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .



تبعاً لذلك تمكين جهة الإدارة من إن تختار اكفا المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص  
هي على تحقيقها).<sup>(1)</sup>

## المبحث الثاني

(1) حكم محكمة القضاء الإداري القضية (٧٠٢٧) السنة ٨ قضائية في ١٤/٤/١٩٥٢، أشار له د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، منظمة نشر الثقافة القانونية، روز هه لات، ٢٠٠٩، ص ٣٢٤.

## مراحل التعاقد الإداري

و بعد استيفاء الإدارة للقيود و الشكليات التي فرضها المشرع عند التعاقد تبدأ الخطوات الفعلية لمرحلة التعاقد أو مرحلة إبرام العقد الإداري و تتشابه هذه المرحلة نسبيا مع نظيرتها في العقد المدني ، دون إغفال لبعض الفروق الهامة بينهما . إن النظرية العامة في العقود الإدارية ، تبدأ كمثيلتها في العقود المدنية بالبحث عن شروط تكوين العقد الإداري ، و من ثم يبحث عن شروط صحة انعقاد العقد فالعقود الإدارية تتميز بشكليات أكثر تعقيدا منها في العقود المدنية ، و يتركز هذا التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة التي تكون طرفا في العقد الإداري ، حيث غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة و متشابكة ، و قد تكون على مراحل متعددة ، و في فترات متلاحقة على حسب الأحوال ، فهناك إجراءات و تدابير تسبق التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد ، و تهيب له ، و قد تعقب هذا التصرف طائفة أخرى من الإجراءات كالتصديق و تكون مكملة له مستهدفة أعمال أحكامه و تطبيق بنوده .

و اتفاقا مع ما تقدم سوف نبين في هذا المبحث مراحل التعاقد الإداري ، حيث سنتناول في المطلب الأول الإعلان عن العقد الإداري ، و إما في المطلب الثاني فسنبين فيه المفاوضات ، و سنخصص المطلب الثالث للإيجاب ، إما في المطلب الرابع فسنبين فيه القبول .

### المطلب الأول الإعلان



تقوم الإدارة التي ترغب في التعاقد في البداية بالإعلان عن رغبتها في التعاقد و بيان شروطها و مواصفات أصناف المواد أو الأعمال المراد التعاقد عليها بصورة وافية حتى يتسنى لذوي الشأن على أساسها التقدم بعطاءاتهم للتعاقد مع الإدارة .<sup>(١)</sup> ويمثل الإعلان احد المبادئ الجوهرية في المناقصات العامة المفتوحة وفي الممارسة العامة بحيث يكون هذا الإعلان عاما، إما في طرق التعاقد الأخرى كالمناقصة المحدودة أو المحلية فيكون هذا الإعلان مقصورا على فئة معينة وفي بعض طرق التعاقد الاستثنائية الأخرى يتم توجيه الدعوات فيها وتنفيذها بدون اعلان.<sup>(٢)</sup>

وشرط الإعلان (سواء في المناقصات أم المزايدات ) يعد جوهريا ، يجب على الإدارة مراعاته و إلا ترتب على مخالفتها هذا الشرط بطلان العقد.<sup>(٣)</sup> وتنظم القوانين والأنظمة و التعليمات كيفية الإعلان و ما يجب إن يتضمنه.<sup>(٤)</sup>

- (١) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، ط ١ ، الدار الجامعية ، ٢٠٠٧ ، ص ٦٥ .
- (٢) د. عبد الرؤوف جابر ، النظرية العامة في إجراءات المناقصات و العقود ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٢ .
- (٣) د. عاطف سعدي محمد علي ، عقد التوريد الإداري بين النظرية و التطبيق ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٠٨ .
- (٤) فقد جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ حيث نصت المادة (٣) في البند (ثالثا) فقرة أ - ( يتم نشر الإعلان في ثلاث صحف يومية وطنية واسعة الانتشار في الأقل على إن تكون جريدة الإعلان الصادرة عن وزارة المالية أحداها و في حالة توقف هذه الصحيفة عن الصدور لأي سبب فيتم النشر في صحيفة أخرى واسعة الانتشار و على ان يتحمل من ترسو عليه المناقصة أجور الإعلان لآخر إعلان عن المناقصة و يستثنى من ذلك طلبات الاستيراد المواد الغذائية و الأدوية مع مراعاة أحكام (١) من الفقرة (ج) من البند أولا من المادة (٥) من هذه التعليمات
- ب- (يتم نشر الإعلان في المواقع الالكترونية لجهة التعاقد و لوحة الاعلان فيها بالنسبة للمناقصات العامة الوطنية اضافة الى نشر الإعلان في الملحقات التجارية في السفارات العراقية في الخارج و موقع الامم المتحدة لتنمية الاعمال و (Dgmarket) فيما يتعلق بالمناقصات العامة الدولية .
- و كذلك المادة (٥) البند أولا من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة نصت : ( يراعي في إعلان مناقصات العقود العامة ما يأتي :-
- أ- اسم المناقصة و رقمها و عنوانها و التيبوب المدرج في الموازنة .
- ب- وصف موجز وواضح للمشروع أو العقد المطلوب تنفيذه مع بيان الخدمات و السلع المطلوبة .
- ج - مدة إعلان المناقصة أو الدعوة المباشرة
- د - بيان موعد و مكان تقديم العطاءات وفترة النفاذ المطلوبة لها و مكان و موعد بيع مستندات المناقصة . = =

- = =
- هـ- بيان مقدار التامينات الاولية المطلوبة من مقدمي العطاءات .
- و- موعد غلق المناقصة .
- ز- ثمن مستندات المناقصة غير قابل للرد .
- ح- الموقع الالكتروني لجهة التعاقد و عنوان البريد الالكتروني للتشكيل الإداري المسؤول عن المناقصات فيه





و إذا كان الإعلان من حيث الأصل دعوة للتعاقد ، فإنه يمكن إن يكون دعوة للتفاوض وصولاً للتعاقد توجهها الإدارة لمن تتوفر فيهم المؤهلات اللازمة من المناقصين للدخول معها في مفاوضات ومباحثات مما قد ينجم عنها إبرام العقد مع أحدهم ، و يمثل الإعلان بهذا المعنى أبرز مظاهر الشفافية و اقراراً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص للمناقصين و كذلك فهو يحيط الإدارة بسياج واقى ينأى بها عن الشبهات و المزاعم في أنها تحابي شخصاً على غيره بإحالة الصفقة عليه دون أن يكون مؤهلاً لها و خلافاً للقانون .<sup>(1)</sup>

و ما يؤيد ذلك موقف محكمة العدل الأوروبية التي تُعد قواعد العلانية ذات أثر مباشر على الوجود القانوني للعقد ، و للإجراء الذي أبرم العقد على أساسه ، فقد أدانت هذه المحكمة جمهورية إيطاليا لأنها لم تنشر إعلان كان واجباً نشره في الجريدة الرسمية للاتحاد ، كما أدانت المحكمة مملكة بلجيكا لعدم نشرها أية بيانات حول أحد مشاريع البناء (تشديد مبنى جديد للبرلمان) في الجريدة الرسمية للاتحاد .<sup>(2)</sup>

## المطلب الثاني

(1) د. محمد سعيد الرحو ، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية ، دراسة تحليلية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٨٨ .

(2) د. مهدي مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ٦٠٤ .



## المفاوضة<sup>(١)</sup>

إن المفاوضات العقدية (Contractuelles les Negotiation) هي إجراء مرحلي تقوم به السلطة الإدارية مع الطرف الآخر الراغب في التعاقد بشأن الأعداد لإبرام العقد.<sup>(٢)</sup>

فالتفاوض يستخدمه كل من المقبلين على التعاقد للوصول إلى الشروط النهائية للتعاقد وذلك عن طريق المحادثات و تبادل وجهات النظر من اجل إتمام الصفقة المنوي التعاقد عليها.<sup>(٣)</sup>

و مرحلة المفاوضات تسبق مرحلة التعاقد لاسيما في العقود المهمة والصفقات الكبيرة حيث توجه الإدارة في هذه الحالة دعوة إلى التفاوض من اجل فتح حوار بين المتعاقدين الاحتماليين بقصد الوصول إلى إبرام عقد و عن طريقها يمكن التوصل إلى التوافق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالتراضي (Compromise) أو بقبول الحلول الوسط (Reconciling).<sup>(٤)</sup>

إما في العقود القليلة الأهمية التي تقتضيها الإدارة على نحو مبسط فلا تكون هنالك حاجة إلى المفاوضات وإنما تقوم الإدارة بتوجيه دعوة إلى التعاقد وليس التفاوض من اجل إن يفهم الطرف المقابل إن العقد المزمع عقده ليس فيه مجال للتفاوض.<sup>(٥)</sup>

(١) سوف تكون لنا عودة الى بحث ( المفاوضة ) بصورة أكثر تفصيلا في الفصل الثاني من بحثنا الحالي هذا باعتبارها احد محاوره الاساسية .

(٢) د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

(٣) د. عبد الرؤوف جابر ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(٤) د. عباس زبون عبيد العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الاثبات المدني ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٤ ، ص ٧٠ .

(٥) هذا لو اخذنا بالرأي الذي يفرق بين الدعوة للتفاوض و الدعوة للتعاقد على اساس انهما ليس مصطلحين متماثلين ، بل انهما مختلفان ، و لكل منهما مفهوم و هدف مستقل عن الآخر ، ففي الدعوة الى التفاوض تتجه ارادة صاحبها الى الدخول في مفاوضات تمهيدية لمناقشة شروط العقد على قدم المساواة مع الطرف الآخر ، بينما الدعوة الى التعاقد ( Invitation to treat ) تتجه ارادة صاحبها الى عدم التفاوض على العقد نهائيا ، ولكنه يهدف الى الدعوة للتعاقد معه في الحال دون تفاوض ، و مثال الدعوة الى التعاقد ، الإعلان الذي تنشره شركة التليفونات عن =

= فتح باب الاشتراك في خدمة التليفون الدولي فمثل هذا الإعلان لا يعتبر دعوة الى التفاوض لان شركة التليفونات لا تقبل مطلقا التفاوض على شروطها ، في حين إن هناك رأي لا يفرق بين الدعوة للتفاوض و الدعوة للتعاقد و يعتبرهما مصطلحين مترادفين .



إن مرحلة المفاوضات هي مرحلة سابقة على التقدم بالإيجاب ، وتستمر هذه المرحلة إلى اللحظة التي يتقدم فيها احد الطرفين بإيجابه إلى الطرف الآخر ، و منذ هذه اللحظة تبدأ مسؤولية الطرف الموجب تجاه المخاطب بالإيجاب .<sup>(١)</sup>

فالمفاوضة في الحقيقة ليست إلا سلسلة متواصلة و متبادلة من التعبير عن الإرادة من قبل طرفيها يحاول كل منهما من خلالها اقتراح صياغة لعناصر العرض المختلفة ، تكون ضامنة لمصالحه و تكون في الوقت نفسه مقبولة من الطرف الآخر و هذا هو جوهر التفاوض .<sup>(٢)</sup>

و تستمر المفاوضات بين الطرفين بصورة قد تطول أو تقصر حسب ظروف التعاقد ، فإذا انتهت المفاوضات إلى تفاهم على جميع المسائل التي اثارها الطرفان ، فقد يلجأ الطرف الراغب بالتعاقد إلى صياغة مشروع نهائي بوصفه ايجابا ينتظر قبولا من الإدارة إذا كان الهدف من المفاوضات هو التوصل إلى ابرام عقد نهائي لكن في حالات أخرى قد تنتهي المفاوضات دون التوصل إلى ابرام العقد بشأن الصفقات محل التعاقد لامتناع الطرفين و تباعد وجهات النظر لديهما .<sup>(٣)</sup>

## المطلب الثالث

المزيد : ينظر : د. خالد ممدوح ابراهيم ، لوجستيات التجارة الالكترونية ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٤٢ .

(١) د. وفاء مصطفى محمد عثمان ، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٠ .

(٢) د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

(٣) د. عباس زبون عبيد العبودي ، مصدر سابق ، ص ٧١ .



## الإيجاب

المبدا في العقد الإداري كما هو الحال في كل عقد انه يقوم على توافق إرادتين بقصد إنشاء اثار قانونية ، فركنه إذن هو الرضاء ، و هذا الاثر القانوني المتولد عن العقد إنما ينشا في ذمة كل من طرفيه لان ارادة كل منهما قد اتجهت إلى قبول هذا الاثر ، و بذلك فان الاثر القانوني ينشأ مباشرة من الفعالية الارادية لأطراف العقد .<sup>(1)</sup> و احد طرفي هذه الإرادة الإيجاب و هو العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى شخص آخر بغية الحصول على قبوله و من ثم المضي قدما في إبرام العقد .<sup>(2)</sup> و الإيجاب في اطار العقود الإدارية يخضع للعديد من القواعد الشكلية التي لايستقيم وجوده القانوني بدونها ، بدءاً من تحديد محتواه ، ومرورا بالإطار الزمني الذي يجب إن يقدم خلاله ، و الاثر القانوني المترتب على تقديمه ، مما يحد بشكل أو باخر من المنطق الارادي للإيجاب و هو ما يؤدي إلى إيجاد ذاتية مستقلة له في نطاق العقود الإدارية .<sup>(3)</sup>

و لكي يكون الإيجاب قابلا لتكوين عقد لدى قبوله ، يجب أن يكون و عدا باتا بالالتزام به ، حيث يعلن الموجب من ناحيته اعلان استعداده للقيام بتعهدده وفقا لشروط معينة تاركا للموجب له خيار القبول أو الرفض ، ذلك انه يجب أن يكون لديه العزم على إنشاء العقد أو ألا يكون قائماً بمفاوضات قد ينجم عنها الوصول إلى اتفاق أولاً و هذا هو جوهر التفرقة بين الإيجاب و الدعوة إلى المفاوضة .<sup>(4)</sup>

(1) و هذا يدل على وجود قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقد الاداري و هذه القاعدة تبلغ ذروتها عند ابرام العقد الاداري لكنها تضعف عند تنفيذ العقد حيث يعطي للادارة الحق عند تنفيذ العقد عندما تطرأ ظروف معينة في تعديل العقد او انتهاء العقد بالارادة المنفردة للادارة و هذا يتعارض مع جوهر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ينظر : د. مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ١١١ .

(2) د. تاج السر محمد حامد ، الوجيز في احكام العقود و الارادة المنفردة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربي، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ١٣ .

(3) د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٣ .

(4) ج س شيشير ، س . هـ . فيفوت ، م . ب فيرمستون ، احكام العقد في القانون الانكليزي ، ترجمة : هنري رياض ، ط ٦ ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٧٦ ، ص ٧٩ .



و بالرغم من صعوبة وضع معيار التفرقة بين الإيجاب و الدعوة إلى التعاقد إلا ان جانب من الفقه يرى ان خير معيار للتفرقة هو الاعتماد على أمران .<sup>(1)</sup>

الأول : العزم النهائي من العاقد مقدم العرض على إبرام العقد فلا يكفي الرغبة فيه إذا لم يصل إلى حد البت .

الثاني : إن يحصل العرض المتضمن العزم النهائي على إبرام العقد على صدوره بحيث إن مجرد صدور قبوله من الطرف الآخر يكون من شأنه إن يؤدي إلى قيام العقد على اساسه .

و المستقر فقها و قضاءً إن إعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد يعد دعوة للتعاقد موجهة من الإدارة ، في حين العرض أو العطاء الذي يتقدم به الراغب في التعاقد مع الإدارة يعد ايجاباً .<sup>(2)</sup>

وفي الاتجاه نفسه قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في ١٩٧٦/١٢/٢ :  
(إن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد بعض الاصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة إلى التعاقد و إن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات و الاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي إن يلتقي عنده قبوله الإدارة لينعقد العقد) .<sup>(3)</sup>

(1) د. تاج السر محمد حامد ، مصدر سابق ، ص ١٥ .  
(2) اطلق المشرع الفرنسي على الإيجاب في نطاق العقود الادارية مصطلح (Le offre) في حين التزم المشرع المصري في كافة التشريعات المنظمة للعقود الادارية بمصطلح العطاء ، ينظر : د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٣ .  
(3) حكم المحكمة الادارية العليا في مصر لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ . اشار اليه د. مازن ليلوراضي ، القانون الاداري ، المصدر السابق ، ص ٣٣٤ .

## المطلب الرابع

### القبول

لا يتم إبرام العقد وفقا للقواعد العامة بمجرد صدور إيجاب من الموجب بل لابد من إن يعقبه قبول مطابق من الطرف الآخر ، و يطلق عليه الإرادة الثانية للعقد .<sup>(١)</sup>  
فالقبول هو التعبير الصادر عن إرادة الموجه اليه الإيجاب ، برضاه بإبرام التعاقد بالشروط الواردة بالإيجاب .<sup>(٢)</sup>

و القبول في العقد الإداري هو إعلان من جانب الإدارة عن موافقتها على العرض المقدم من المرشح للتعاقد في ضوء ما تسفر عنه أعمال الفحص و البت من توصيات و لا ينعقد العقد الإداري إلا بموافقة و قبول صريح من جانب الإدارة أو السلطة الإدارية الراغبة في ذلك و لا ينفي ذلك امكانية انعقاد العقد استنادا للقبول الضمني ، حيث انه إذا وجد قبول من طرف لايجاب صدر من طرف آخر فانه يجوز استنباط مثل هذا القبول من الكلمات أو المحررات التي تمت بين الطرفين ، أو يمكن استنتاجه من سلوكهما .<sup>(٣)</sup>

لكن مرحلة القبول في العقد الإداري لا تتم بالبساطة التي تتم بها في مجال العقد المدني حيث انها في العقد الإداري تكون اكثر تعقيداً اذ بعد ما يصل إلى الجهة الإدارية (الإيجاب) العطاء المقدم من الراغب في الدخول في المناقصة أو الممارسة، تبدأ مرحلة تالية على قدر كبير من الاهمية ، و هي فحص العطاءات و التأكد من مدى مطابقتها للشروط المطروحة و المفاضلة بينها بهدف الوصول إلى العطاء الأفضل شروطاً و الأقل سعراً و يطلق على هذه المرحلة الترسية .<sup>(٤)</sup>

و قرار لجنة البت إنما هو في طبيعته قرار اداري نهائي اذ تجتمع فيه مقومات القرار الإداري من حيث كونه صادرا من جهة إدارية مختصة ، ثم تعقبها إقرار

(١) وفاء مصطفى محمد عثمان ، مصدر سابق ، ص ٩٢ .

(٢) د. تاج السر محمد حامد ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

(٣) للمزيد ينظر : د. محمد احمد النعيم ، مصدر سابق ، ص ٣٠ . و كذلك ينظر : ج . س . شيشير و اخرون ، المصدر السابق ، ص ٩٢ .

(٤) د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ .



الجهة الإدارية المختصة باعتماد قرار الإحالة و ليس لها إن تستبدل به غير الذي حددته لجنة البت إلا انه في ذات الوقت يخضع لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق التي تتمثل في اختيار العطاء الأفضل الذي يكفل حسين سير المرفق و انتظامه .<sup>(1)</sup> و الأصل العام انه أياً كان أسلوب التعاقد فان السلطة المختصة وحدها هي التي ينعقد لها الاختصاص في مسالة اعتماد الإحالة من عدمه .

ويوضح القبول في العقود الإدارية حكم محكمة القضاء الإداري المصرية :  
(القاعدة المنصوص عليها في القانون المدني بان التعاقد في المزايدات يتم برسو المزداد وضعت لتعالج حالة خاصة من حالات القبول في مجالات القانون الخاص .

– يختلف الأمر في نطاق المزايدات الحكومية هناك إجراءات تتولاها ثلاث جهات هي لجنة المظاريف و لجنة البت و جهة التعاقد .

– قرار لجنة البت بتحديد من يجب التعاقد معه باعتباره صاحب اعلى عطاء في المزايدة ليس هو الخطوة الاخيرة في التعاقد و لا يعدو إن يكون اجراء تمهيديا ضمن العملية المركبة للعقد الإداري .

– يأتي بعد ذلك دور الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد – قرار لجنة البت ليس هو القبول الذي يتم به العقد .

– تصديق الجهة الإدارية و اخطارها المتزايد هو القبول و هو وحده الذي يترتب عليه الآثار القانونية و يتم به التعاقد .

– قرار لجنة البت هو قرار إداري نهائي تنطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية و من بينها وجوب الطعن خلال الميعاد المقرر قانونا و هو ستون يوما من تاريخ النشر أو الإعلان).<sup>(2)</sup>

(1) د. عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي ، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية ، اطروحة دكتوراه، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٨ ، ص ٨٥ .

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية ، ( الطعن رقم (١٦٦٨) لسنة ٣٣ ق في تاريخ ١٩٩٤/١/٤ )  
نقلا عن د.محمد ماهر ابو العينين ، العقود الإدارية و قوانين المزايدات و المناقصات – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ١٤٦ .

## المبحث الثالث

### طرق التعاقد الإداري

لقد اسلفنا إن احد قيود التعاقد الإداري هو اختيار المتعاقدين فالى جانب الحرية التي يتمتع بها الأفراد في اطار العقود المدنية في اختيار مع من يتعاقدون و كيف تتم عملية التعاقد بما لا يتنافى مع النظام العام و الآداب ، فان الإدارة ملزمة بإتباع طرق معينة عند التعاقد و تختلف هذه الطرق من عقد إلى آخر و الذي يحكمها هو قيمة العقد و الغاية المرجوه منه و التشريع الذي يحدد طريقه معينة بذاتها على الإدارة الالتزام بها .

و إن هذه الطرق و إن تعددت و اختلفت من بلد إلى آخر تكاد تكون متشابهة، فالمعروف إن التسمية لا تغير من الجوهر شيئا فيمكن الجزم بان معظم الدول قد أخذت من طرق التعاقد الإداري التي نشأت و تبلورت في فرنسا باعتبارها أصلا عاما و إن اطلقت عليها تسميات أخرى غير المعمول بها في فرنسا على اعتبار إن فرنسا مهد القانون الإداري بصورة عامة و على أيدي مجلس الدولة الفرنسي و الاجتهاد القضائي فيها برزت نظرية العقود الإدارية إلى الوجود .

و الطرق التي يقيد بها المشرع سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد معها تتحدد وفقا لموضوع العقد و ظروف عملية التعاقد ، فإذا كان منصبا على بيع أو تأجير مال عام أو على التزام مرفق عام يكون بإتباع أسلوب المزايدة ، و إن كان منصبا على مقولة أو توريد أو نقل عام يكون بإتباع أسلوب المناقصة .

و قد يكون للإدارة حرية في عملية الاختيار من خلال الدخول في مفاوضات تطول أو تقصر مع المرشحين للتعاقد ويتم ذلك عن طريق اللجوء إلى طريقة الممارسة ، و هناك وسيلة أخرى يمكن للإدارة اتباعها عند اختيار المتعاقد معها هي وسيلة الاتفاق المباشر و بموجبها تقوم الإدارة بإبرام العقد مباشرة مع متعهد معين بالذات .





و عليه سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، حيث سنتناول في المطلب الأول المناقصة أو المزايدة ، و نخصص المطلب الثاني للممارسة ، أما المطلب الأخير فسنتناول فيه الاتفاق المباشر .

## المطلب الأول

### المناقصة أو المزايدة<sup>(١)</sup>.

تمثل طريقة المناقصة و المزايدة القاعدة العامة في اختيار المتعاقد مع الإدارة، و يراد بها مجموعة الإجراءات التي توجب القوانين واللوائح اتباعها بقصد الوصول إلى المتعاقد الاحسن من الناحية المالية من بين جميع المتقدمين<sup>(٢)</sup> .

و تلجأ الإدارة إلى المناقصة للحصول على ما يلزمها من سلع أو خدمات ، اذ من المصلحة في هذه الحالة إبرام العقد مع من يقبل التعاقد باقل مقابل ممكن أي من يتقدم باوطأ عطاء من حيث الثمن ، كما تلجأ إلى المزايدة إذا أرادت إن تباع أو تؤجر بعض اموالها لان المصلحة تكون في إبرام العقد مع من يتقدم باكبر عطاء من حيث الثمن<sup>(٣)</sup> .

و تخضع المناقصات و المزايدات لنفس الأحكام القانونية و عليه سوف نكتفي بذكر المناقصة لان ما ينطبق عليها ينطبق على المزايدة بالرغم من الاختلاف في جوهرهما ، و كذلك تعد الأحكام القانونية في المناقصات من الممكن تطبيقها على طرق التعاقد الأخرى بما لا يتعارض مع طبيعة هذه الطرق .

(١) عرف الفقه الاسلامي المناقصة قياسا بمقارنتها بشقيقتها ( المزايدة ) باعتبارها احدى طرق التعاقد في البيوع و الاعمال الاخرى و اطلق عليها الفقهاء المسلمون (بيع من يزيد) و هم يستندون في اقرارها إلى ما رواه انس بن مالك عن إن الرسول محمد (ﷺ) باع قدحا و جلسا (كسوة توضع على ظهر البعير ) بالمزايدة، فقد سال الحاضرين عن من يريد شراءهما ، فقال احدهما : هما علي بدرهم ، فقال (ﷺ) من يزيد على ذلك و كرر السؤال فعرض عليه رجل آخر شرائهما بدرهمين فباعهما الرسول (ﷺ) .

انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٢ .

(٢) نجيب خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .

(٣) ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ٦٠ .



و المناقصات تكون على صور مختلفة فإما تكون عامة أو محدودة أو محلية أو على أساس الموازنة بين السعر و الجودة ، و هناك ثمة إجراءات على الإدارة اتباعها و الالتزام بها عند اللجوء إلى طريقة المناقصة و هذا ما سنبينه في الفرعين التاليين:-

## الفرع الأول : صورة المناقصة

و يمكن ذكر صور للمناقصة بالرغم من اشتراكهما من حيث المبدأ بوصفها طريقا اصيلا للتعاقد الإداري .<sup>(1)</sup>

أولا : المناقصة العامة المفتوحة :

هي الطريقة السائدة في اختيار المتعاقدين مع الإدارة ، و الاصل أن تكون المناقصة عامة و مفتوحة لكل من يريد الاشتراك فيها ، بينما الاستثناء هو تقييد المناقصة و جعلها مقصورة على بعض المناقصين .<sup>(2)</sup>

و الواقع إن هذه المناقصة تخضع للضوابط الأساسية للتعاقد بأسلوب المناقصات في فرنسا و مصر بشكل مطلق و أهمها مبدأ العلانية (Le Princip de publicite) حيث الدعوة فيها تكون للكافة و مبدأ التنافس (Concurrence principled) أي استثمار رغبة مقدمي العرض في التعاقد في اثاره روح المنافسة بينهم للوصول إلى أفضلها ، هذا فضلا عن خضوعها لمبدأ المساواة (l'egalitie) بين مقدمي العروض (Les adjudicative) .<sup>(3)</sup>

ثانيا : المناقصة المحدودة أو المقيدة :

(1) في ذلك تقول محكمة القضاء الادري ( إن جهة الإدارة عند تعاقدها مع الأفراد و الهيئات بطريق المناقصة العامة تسير على مقتضى تنظيم اداري مقرر لذلك ... فاذا رات جهة التعاقد هنالك مصلحة و هي الجهة المختصة بإبرام العقد فانها تلتزم في هذه الحالة بإبرام العقد مع المناقص الذي عينته لجنة للبت ، و ليس لها إن تستبدل بهذا المناقص غيره فاخصاصها بهذا الخصوص مقيد تلتزم فيه بالامتناع عن التعاقد مع غير من رسا عليه العطاء...) حكم المحكمة في الدعوى رقم (١٣٠٣٧) سنة ٨٠ بجلسة ١٩٥٦/١١/١٨ سنة ١٩٥٦ ، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العنين ، مصدر سابق ، ص ٢٦٨ .

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

(3) د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ١٣ .



و في هذه الطريقة تحدد الإدارة مقدما و بكامل حريتها الأفراد و الشركات الذين ستدعوهم للاشتراك في المناقصة ، و اسما هؤلاء الأفراد تكون مقيدة مسبقا في كشوف و سجلات خاصة تعدها الجهة المختصة بالوزارة أو المصلحة أو المؤسسة و اعتماد هذه الاسماء لا يكون إلا بعد التحري عنها و التحقق من كفاءتها المالية و الفنية ، بعد ذلك تقوم الإدارة بتوجيه دعوة لهم للاشتراك في المناقصة .<sup>(١)</sup> هذا وتسري على المناقصة المحدودة ذات القواعد و الإجراءات المنصوص عليها بالنسبة للمناقصة العامة .<sup>(٢)</sup>

### ثالثا : المناقصة المحلية

وفيها يقتصر الاشتراك على الموردين و المقاولين المحليين المقيدة أسمائهم في السجل التجاري الذي يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي بدائرتها تنفيذ العقد والذين تقرر الوزارة أو الجهة الإدارية المختصة ادراج أسمائهم في القائمة التي تعدها لذلك، ومن ثم فانه لا يمكن لكل مقاول على الرغم من توفر الشروط المطلوبة إن يشترك في هذه المناقصة .<sup>(٣)</sup>

إن تحديد المناقص في المناقصة المحلية يتم على أساس مهني و إقليمي معا ، حيث يقتصر الاشتراك فيها على المشتغلين بالنشاط موضوع المناقصة شريطة إن يكون محل إقامتهم هو المحافظة التي تتم المناقصة في نطاقها الجغرافي .<sup>(٤)</sup>

### رابعا : المناقصة على أساس الموازنة بين السعر و الجودة

(١) د. نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .  
وفي نفس الاتجاه يذهب د. محمود خلف الجبوري ، بان المناقصات تقسم إلى مناقصات عامة و مفتوحة ، ففي المناقصات العامة تقوم الإدارة بالاعلان عن المناقصة بشكل عام و يكون الاشتراك فيها مفتوحا لكل من يرغب في التعاقد من المقاولين او الموردين أو التجار أو الناقلين ، أما المناقصات المحدودة و هي المناقصات التي تدعو فيها الإدارة عدد محدد من الأفراد أو الشركات للاشتراك فيها ممن لديهم خبرة و مستوى معين في تنفيذ الاعمال .

ينظر : د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ١٩٩٩ ، ص ٦٨ .

(٢) انظر المادة (٣٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات المصري الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

(٣) د. محمد عبد العال السناري ، مبادئ و احكام العقود الادارية في مجال النظرية و التطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٤٣٢ .

(٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .



ويقصد بهذا النوع من المناقصات تمكين الإدارة من مواجهة الاعتبارات الفنية بجوار الشروط المالية فلا ينظر إلى الثمن وحده و لكن إلى جودة العينة أيضا و على هذا الاساس تقدر الاعتبارات الفنية في المشروع المطروح أو البضائع المطلوب توريدها ، ثم تختار الإدارة من يتقدم بأفضل شروط مالية لتحقيق أفضل مشروع (Le meilleur prix pour le meilleur projet) و هي ملزمة بهذا الاختبار .<sup>(1)</sup>

و لقد اخذ المشرع الفرنسي بهذه الطريقة لأول مرة بالمرسوم الصادر في ٦ ابريل ١٩٤٢ على أساس إن الإدارة تحدد تاريخا محددًا لتقديم العينة ، و تاريخا آخر لتقديم السعر و يجب إن يحدد السعر قبل تحليل العينة و اختبار جودتها ، و بعد تحليل العينات ترتب حسب جودتها ترتيبا تنازليا الاجود ثم الأقل جودة و بعد ذلك تبين اسعار كل عينة ، و يتم الترسية على أساس الموازنة بين السعر و الجودة .<sup>(2)</sup>

## الفرع الثاني : إجراءات المناقصة

تتمثل تلك الإجراءات في إعلان الإدارة عن المناقصة ، الذي يعقبه تقدم الراغبين في التعاقد بعطاءاتهم ، على اثر ذلك تشكل جهة الإدارة لجنة فتح المظاريف و البت فيها ثم قرار الجهة الإدارية المختصة باعتماد المناقصة .<sup>(3)</sup>

(1) د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٢١٦ .

(2) د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٣١٢ .

(3) اما الاجراءات في المزايدات التي تجريها الادارة ، فهي اما مزايدات تتم بطريق المظروفات المغلقة او مزايدات تتم بدون مظروفات، فالطريقة الاولى تستلزم بالضرورة ايجاد لجنة خاصة تتولى مهمة فتح المظاريف تدعى (لجنة فتح المظاريف) و بعد الانتهاء من ذلك ، تقوم لجنة اخرى بمهمة البت في العطاءات المقدمة و في هذا النوع من المزايدات تقيد حرية الادارة عند اختيار المتعاقد معها ، اما الطريقة الثانية فهي

وسوف نتناول فيما يلي اجراءات المناقصة :-

أولاً : الإعلان :-

يشكل الإعلان – الذي سبق ذكره – في إجراءات المناقصة مبدأ أساسيا على

الإدارة مراعاته عند لجوءها إلى طريقة المناقصة .<sup>(١)</sup>

و الإعلان عن طرح المناقصة يمر بثلاث مراحل في الأولى يكون عن طريق

الصحف اليومية فقط للمناقصات العامة دون الحالات الاستثنائية الأخرى و التي يتم

توجيه الدعوات فيها و تنفيذها بدون اعلان و المرحلة الثانية تتضمن اعلان جلسة

المناقصة و اجراءاتها ، وفي المرحلة الثالثة تتمثل في اعلان النتائج على لوحة

خاصة خارجية .<sup>(٢)</sup>

و أخذت بعض الدول بالاساليب الحديثة لاجراء المناقصات العامة منها

الإعلان الالكتروني عن طريق شبكة الانترنت ، حيث لا يوجد تعارض بين

نصوص القانون و بين اتباع الوسائل الحديثة لغرض التعاقد الإداري ، فمثلا صدر

في فرنسا مرسوم رقم (٦٨) بتاريخ ١٩٩٩/٢/٣ بخصوص ( آلية وضع نماذج

المعاملات الإدارية مباشرة و كذلك اجراءات التعاقد الإداري عبر شبكة الانترنت)

و في الولايات المتحدة الامريكية صدر القانون الفيدرالي في ٢١ اكتوبر ١٩٩٨

والذي يهدف إلى التخلص من العمل الورقي في الإدارات .<sup>(٣)</sup>

ثانياً : تقديم العطاءات :-

يتقدم كل مرشح للتعاقد إلى الإدارة في الميعاد المحدد بعطاء (عرض) في

مظروفين مغلقين احدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، أما المظروف الأول

طريقة المزايدات التي تتم بدون مظروفات و هذه لا تستدعي وجود لجنة تقوم بفتح المظروفات، لان المتزايدين لا يتقدمون بعطاءاتهم داخل الظروف، و انما يكون عطائهم شفهيًا و علنيًا، و في هذه الطريقة تكون للإدارة حرية اوسع في اختيار المتعاقدين معها. ينظر : د. نجيب خلف احمد الجبوري ، المصدر السابق ، ص ٦٢ .

(١) د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦ .

(٢) د. عبد الرؤوف جابر ، مصدر سابق ، ص ٢٢ – ٢٤ .

(٣) علي نجيب حمزة ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .



فتقوم لجنة الفتح المظاريف الفنية بفتحه، أما المظروف الآخر فيحدد المقابل المالي الذي يقبل مقدمه التعاقد به.<sup>(١)</sup>

و يتم تقديم العطاء خلال المدة المحددة بالاعلان و لا يعتد بالعطاءات بعد هذه المدة إلا إذا قررت لجنة العطاءات تمديد مدة قبول العطاءات لاسباب تتعلق بقله عدد العطاءات المقدمة بالنسبة لاهمية المشروع أو عندما تطلب مد الميعاد اغلبية الشركات التي دعيت للمناقصة أو طلب ذلك عدد كبير من الشركات الراغبة في التقدم للمناقصة.<sup>(٢)</sup>

ثالثا : فحص العطاءات و الارساء

بعد تقديم العطاء من قبل صاحبه و فتحه من قبل لجنة فتح المظاريف تتولى لجنة البت تقييم العطاءات المقدمة من الناحية الفنية بعد توحيد اسس المقارنة بينهم ، ثم تقوم بالتقييم المالي للعطاءات المقبولة فنيا ، و يقتضي التقييم المالي لتلك العطاءات تقييم التحفظات المالية المقترنة بها و يكون التقييم مستوفيا و معبرا عن حقيقة القيمة الفعلية للعطاءات لتحديد افضلها.<sup>(٣)</sup>

بعد ذلك تقوم الإدارة بالترسية على صاحب العطاء الافضل شروطا و الاقل سعرا، إذ تقوم لجنة البت بترتيب العطاءات المستوفاة للشروط و المواصفات ترتيبا تصاعديا ثم تختار على أثره العطاء الأفضل شروطا و الاقل سعرا للتعاقد مع صاحبه.<sup>(٤)</sup>

و في مصر بينت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ في المادة (١٥) منه تشكيل لجنة فتح المظاريف و في المادة (٢٢) منه على تشكيل لجنة البت .

اما في العراق فقد اوضحت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (٦) منها تشكيلات لجان فتح العطاءات و مهامها و في المادة (٧)

(١) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ٦٧ .

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ .

(٣) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ٦٨ - ٦٩ .

(٤) د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٣٢١ .



منها تشكيلات لجان تحليل و تقويم العطاءات و مهامها ، و هذا يدل على وجود لجنتين في مصر و العراق احدهما لفتح المظاريف و الثانية للبت فيها ، في حين توجد لجنة واحدة فقط في فرنسا هي لجنة فتح و تحليل العطاءات .

رابعا : اعتماد الارساء  
إذا كان العقد المدني ينعقد بمجرد رسوا المزااد طبقا لقواعد القانون المدني ، فان العقد الإداري لا ينعقد إلا بعد تصديق الجهة الإدارية المختصة على التعاقد ، لان مجرد ارساء المناقصة أو المزايدة لا يلزم الإدارة بشيء ، بل لا بد من اعتماد الجهة الإدارية المختصة لارساء المناقصة أو المزايدة .<sup>(1)</sup>

و ليس للسلطة المختصة بابرام العقد سلطة تقديرية في تحديد صاحب العطاء الذي سوف تبرم معه العقد حيث انها ملزمة بالتعاقد مع صاحب العطاء الذي حددته لجنة البت و من ثم لا يجوز لها استبداله بغيره و مع ذلك فان من حق السلطة المختصة الامتناع عن ابرام العقد إذا ما كان في ذلك تحقيقا للمصلحة العامة .<sup>(2)</sup>  
وهذا يعني إن السلطة الإدارية إذا ما وصل إليها قرار الارساء فإنها أما إن تبرم العقد مع من رست عليه المناقصة أو إن تحجم عن ذلك تحقيقا للمصلحة العامة<sup>(3)</sup>

## المطلب الثاني

### الممارسة L'appel D'offers

الممارسة لغة هي المزاولة أو القيام باعمال معينة فممارسة الرياضة هي مزاولتها او القيام بها ، أما الممارسة كمصطلح اداري فتعني قيام الإدارة بالتفاوض

(1) د. ماجد راغب الطلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .

(3) فقد قضت المحكمة الاداية العليا بان (قرار لجنة البت يارساء المناقصة على احد المتقدمين ليست الخطوة الاخيرة في التعاقد بل ليس الا اجراء تمهيديا في عملية العقد الاداري المركبة ثم بعد ذلك يأتي دور = = = = = الجهة المختصة بابرام العقد ، فاذا رأت ان تبرمه فانها تلتزم بابرامه مع المناقص الذي عينته لجنة البت ، و اختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المناقص ، و لا تستبدل غيره به ، الا انه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم اتمام العقد و في العدول عنه اذ اثبت ملائمة ذلك لاسباب تتعلق بالمصلحة العامة ) .

حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ٣١٣ لسنة ٤ ق ، جلسة ١٩٦٥/٢/١٣ السنة الخامسة ، ص ٣٣٩ ، نقلا عن د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ص ٦٨٣ .



مع المتنافسين من أصحاب عروض التعاقد في جلسة علنية للوصول إلى أفضل الشروط و أقل الاسعار التي يقبلها احدهم فتبرم العقد معه .<sup>(١)</sup>  
ويتخذ التعاقد بأسلوب الممارسة في فرنسا نمطين اساسيين هما :

### ١- الممارسة عن طريق اجراء المناقصة .<sup>(٢)</sup> ( Les marche's de greagre )

ويستهدف هذا النمط اخضاع المرشح للتعاقد لأكبر قدر من المنافسة من خلال اتباع اجراءات المناقصة ، أما النمط الاخر فهو الممارسة في اطار مسابقة أو منافسة (L'appeld offer aveconcours) و يتعلق هذا النمط باشياء لا يمكن تحديدها مسبقا بمواصفات دقيقة و يهدف إلى قيام الإدارة بتحديد الاحتياجات التي ترغب في تحقيقها و يتولى الراغبون بالتعاقد اقتراح التعريف الدقيق لتلك الاحتياجات .<sup>(٣)</sup>

وفي مصر تكون الممارسة اسلوبا اصليا.<sup>(٤)</sup> للتعاقد الإداري تكون فيه للادارة سلطة تقديرية اوسع في اختيار من ترغب بالتعاقد معه وتكون على صورتين الاولى هي الممارسة العامة ويتم الإعلان عنها وفق لما هو متبع بالنسبة للمناقصة العامة من اجراءات والصورة الأخرى هي الممارسة المحدودة وتقدم العروض فيها بناء على خطاب ترسله الجهة الادارية إلى اكبر عدد من المشتغلين بالنشاط موضوع الممارسة<sup>(٥)</sup>

(١) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ٩٢ .

(٢) يرى د. مهند مختار نوح ان هذه الالية هي طلب عروض و ان اعتبارها ممارسة عن طريق المناقصة هو خلط بين المصطلحات و يقول في ذلك ان مصطلح ( الممارسة عن طريق المناقصة ) لم يتم تبيينه لا قانونا و لا فقها في فرنسا منذ ظهور مصطلح (L'appeld offers) و يضيف ان تقنية المناقصة ظلت مستقلة عن تقنية الممارسة في فرنسا عبر كل التشريعات التي تعاقبت و قننت الاحكام المتعلقة بتقنيات التعاقد .

ينظر : د. مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ٧٢١ .

(٣) د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ١٧ .

(٤) تعد الممارسة في مصر بعد صدور اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ طريق اصليا للتعاقد ، في حين تعد الممارسة في فرنسا طريق استثنائيا للتعاقد لكن بعض الاحصائيات المعلنة في فرنسا تظهر خلاف ذلك مثلا عام ١٩٨٥ تبين ان (٥٠,٦%) من عقود الدولة ابرمت بأسلوب = = = = الممارسة في حين (٣%) فقط ابرمت بأسلوب المناقصة، فيما بلغت العقود التي ابرمتها المحليات بأسلوب الممارسة نسبة (٥٤,٥%) و نسبة (٢,٧%) ابرمت بأسلوب المناقصة و دفعت دلالة هذه الاحصائيات بعض الفقه الجديد في فرنسا الى القول بان الممارسات تكاد تصبح قاعدة في الوقت الحالي و ليس استثناء .

ينظر : د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ .

(٥) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ .





وفي العراق لم يرد ذكر طريقة الممارسة تحديداً، عندما اشارت المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية إلى طرق التعاقد التي بموجبها يتم تنفيذ العقود العامة<sup>(١)</sup> و من صور التعاقد بالممارسة في فرنسا التعاقد عن طريق مذكرة أو فاتورة وهو من أساليب التعاقد غير الشكلية إذ انه معفي من الكتابة في حدود معينة بمعنى إن الإدارة تتفق مع المتعاقد مشافهة ، ثم يقدم المتعاقد عقب تنفيذ موضوع العقد فاتورة أو مذكرة بمستحققاته قبل الإدارة لتتولى تسديدها .<sup>(٢)</sup>

ويرى الفقيه لوبادير انه لا يمكن الحديث عن عقد مفاوض في حالة العقد بمذكرة أو فاتورة ، و ذلك لان اتفاق الاطراف لا يجسد في أي وثيقة و لا يخضع إلى أي صيغة منظمة ، و لكن التقريب بين التقنيتين لا يكون من حيث الشكل و إنما لكون مثل هذه العقود مبرمة من حيث النتيجة عن طريق التفاوض.<sup>(٣)</sup>

إذا الممارسة تتيح للإدارة فرصة أكثر رحابة في اجراء المناقشات و المفاوضات المفتوحة مع راغبي التعاقد أو المتمارسين .

لكن لايجوز للإدارة بعد افصاحها عن ارادتها في اتباع اجراءات المناقصة إن تعدل عن المضي قدما في هذه الإجراءات و تصدر قرارا باسناد العملية إلى شركة كانت قد تقدمت بعبء في المناقصة لم يكن أفضل العطاءات وهذا ما اكدته المحكمة الإدارية بقولها (( أما التفاوض مع هذه الشركة وهي شركة المقاولين العرب- لتخفيض اسعارها لتصبح اقل من اسعار الجمعية المطعون ضدها فيعد عملا مخالفا للقانون لا يصلح سنداً سوياً للقرار المطعون فيه)).<sup>(٤)</sup>

## المطلب الثالث

### الاتفاق المباشر (Les marches negocié)

(١) ذكرت المادة الرابعة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ عدة طرق للتعاقد الإداري لم يكن من بينها الممارسة ، و هذه الطرق المناقصة العامة ، المناقصة المحدودة ، المناقصة بمرحلتين ، الدعوة المباشرة ، أسلوب العطاء الواحد ( العرض الوحيد ) ، لجان المشتريات .  
(٢) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠ .  
(٣) د. مهدي مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ٧٨٦ .  
(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٩٢-٣٣ في ١٩٩٢/٦/٣٠ نقلاً عن د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص ٩٩ .



إن الاتفاق المباشر هو أسلوب للتعاقد الإداري ويعد من اسرع و اقصر طرق التعاقد تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضة عليها في حالة اقدمها على التعاقد بأي من اسلوبي المناقصة أو الممارسة .<sup>(١)</sup>

ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة في الحالات العاجلة التي لا تحتل تأخيرا اذ تلجا الإدارة للتعاقد مباشرة مع من تشاء من الموردين أو المقاولين فيما لا تزيد قيمته عن حدود معينة و تشمل توجيه الدعوة لتقديم العروض كلما كان ذلك ممكنا ، و يتم فيها مناقشة الموردين و المقاولين و ممارستهم في جلسات علنية تسبق اعتماد السلطة المختصة.<sup>(٢)</sup>

وفي فرنسا أطلق على هذه التقنية التفاوضية تسمية (Greagre) التي تغيرت مع صدور مرسوم (١٩٤٢/٤/٦) لتصبح الاتفاق المباشر (L'entente direct) وبعد صدور مرسوم (١٩٥٦/٣/٣) استعاد المشرع الفرنسي تسمية القديمة (Gre a gre) وبعد صدور مرسوم (١٩٧٦/١/٢١) فقد أطلق على هذه التقنية تسمية تتلاءم مع ماهيتها و هي العقود التفاوضية (Le marche negaocie) و كان لتغيير المصطلحات تلك أثره في الخلط بين طرق التعاقد .<sup>(٣)</sup>

وحرص المشرع الفرنسي على تحديد حالات الاتفاق المباشر على سبيل الحصر في صلب القانون المنظم للعقود و تعديلاته حيث وضع نمطين اساسين :

**النمط الأول :** التعاقد باسلوب الاتفاق المباشر في اطار تنافسي ( Concurrences meson) من خلال اتباع اجراءات تنافسية بين الراغبين في التعاقد .

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٨١ .  
(٢) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق / ص ١٠١ .  
(٣) و قد تسرب هذا الخلط الى الفقه العربي حيث يرى الاستاذ الدكتور الطماوي ان طريقة طلب العروض و العقود التي تبرم بناء على تفاوض هي عقود قائمة على اساس التعاقد بناء على الممارسة . ويرى د. عبد الفتاح ابو الليل ، ان اسلوب طلب العروض المطبق في فرنسا هو نفسه اسلوب الممارسة بينما يقترن العقود المبرمة بناء على التفاوض بتقنية الاتفاق المباشر .  
و في فرنسا على الرغم من ان مرسوم ١٩٤٢/٤/٦ قد افرد فصلا مستقلا لكل من طلب العروض والاتفاق المباشر، فان الفقه الحالي قد اطلق على كل من طلب العروض و الاتفاق المباشر تسمية من منطلق ان كلا من == هاتين الطريقتين تمنحان قدرا من السلطة التقديرية للإدارة في انتقاء متعاقدها علما ان مصطلح (Gre a gre) كان يعكس في التشريعات الصادرة قبل مرسوم ١٩٤٢/٤/٦ المفهوم نفسه الذي قصده .  
المزيد : ينظر : د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ص ٨٢٦ ، و كذلك د. مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ٧٣١ .



**النمط الثاني :** هو التعاقد بغير أسلوب المنافسة (Sans mise en Concurrence)

بالنسبة لحالات معينة يغلب عليها طابع الاحتكار .<sup>(١)</sup>

و في مصر بين قانون المناقصات و المزايدات رقم (٨٩) سنة ١٩٩٨ طريقة الاتفاق المباشر في المادة (٧) منه حيث انه يمكن اللجوء إليها في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع اجراءات المناقصة و الممارسة و إن يحصل على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة .<sup>(٢)</sup>

و طريقة الاتفاق المباشر معمول بها في لبنان و تسمى (الاتفاق بالتراضي) .<sup>(٣)</sup>  
اما العراق فقد بينت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) سنة ٢٠٠٨ في المادة (٤) البند (٤) طريقة الدعوة المباشرة " أ – توجه الدعوة المباشرة من جهات التعاقد إلى ما يقل عن (٥) من المقاولين و / أو الشركات و/أو المؤسسات المعتمدة لقدرتها وكفاءتها الفنية و المالية عند تنفيذ العقود العامة بمختلف انواعها و عند الضرورة ولوجود أسباب مبررة " و هذه الطريقة تماثل طريقة الاتفاق المباشر .<sup>(٤)</sup>

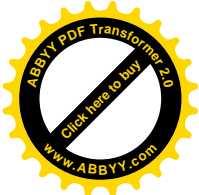
(١) د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(٣) د.الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .

(٤) و كذلك يجيز المشرع البحريني اسلوب التعاقد المباشر او كما يسميه ( الشراء من مصدر واحد) كما اجاز المشرع الاردني لمجلس الوزراء الموافقة على قيام المؤسسة المعنية بالتعاقد بصورة مباشرة و يجيز المشرع الكويتي استثناء مثل هذا الاسلوب بالتعاقد و لكنه لم يحدد الحالات التي توجب الاستثناء بل ربطها بقاعدة عامة بالمصلحة و الاستعجال كما اجاز المشرع التونسي ابرام الصفقات بالاتفاق المباشر دون التقيد بالصيغ و الاجراءات الخاصة بالمناقصات . و اجاز المشرع في المملكة المغربية اللجوء الى هذه الطريقة و اطلق عليها تسمية العقود التفاوضية (Marches Negocie) .

ينظر : د. محمد سعيد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٤٦ . و كذلك المرسوم رقم ٤٨٢ / ٩٨ - ٢ الصادر في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨ ، نشر في الجريدة الرسمية للملكة المغربية ، العدد رقم (٤٦٥٤) ، في ٧ يناير سنة ١٩٩٩ .



# الفصل الأول عطاء العقد



## الفصل الأول

### عطاء العقد

عندما يقدم الشخص على تصرف قانوني معين فانه سوف ينشا عنه تبعات معينة ، و الأمر كذلك عندما يتصرف تصرفا من شأنه إن يجعله راغبا بالتعاقد أو مرشحا للتعاقد في العقود الإدارية ، حيث إن العطاء ما إن يقدم حتى يفرض على صاحبه مجموعة من الالتزامات .

فالعطاء عندما يقدم يكون لتحقيق هدف معين و هذا الهدف هو الحصول على التعاقد مستقبلا إذ ما حصل توافق في الآراء بين الجهة طالبة العطاء و هي الإدارة في موضوع العقود الإدارية و بين صاحب العطاء أي مقدمه .

وبناء على ما تقدم فان لصياغة عطاء العقد أهمية كبيرة في تحديد الالتزامات الناشئة عنه إذا ما اقترن بالقبول من قبل الإدارة و بخلاف ذلك سوف يعرض صاحبه إلى المسؤولية و فرض جزاءات معينة عليه .

و سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث ، نخصص الأول منها لمفهوم عطاء العقد ، أما المبحث الثاني سنخصصه لصياغة العطاء ، أما المبحث الثالث و الأخير سنتعرض فيه للآثار القانونية المترتبة على عطاء العقد .



## المبحث الأول

### مفهوم عطاء العقد

سنتناول في هذا المبحث التعريف بعطاء العقد أولاً ثم نبين التكييف القانوني لعطاء العقد ، ثانياً سنخصص الكلام أخيراً لعناصر أو مقومات عطاء العقد .

### المطلب الأول

#### تعريف عطاء العقد

#### تعريف العطاء في اللغة

العطاء من فعل ( عطا ) أي أعطاه ما لا يعطيه إعطاءً و الاسم العطاء و أصله عطا و بالواو ، لأنه من عطوت إلا إن العرب تهمز الواو و الياء إذ جاءتا بعد الألف، لان الهمزة احمّل للحركة منهما ولأنهم يستثقلون الوقوف على الواو و كذلك الياء، و عطوت الشيء تناوله باليد ، و المعاطاة : المناولة .<sup>(1)</sup>

#### إما تعريف العطاء في الإصلاح .<sup>(2)</sup>

فيعرف بأنه السعر الذي يقترحه مقدم العطاء و الذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست المناقصة أو المزايدة عليه .<sup>(3)</sup>

ويعرف عطاء العقد كذلك بأنه عرض يحمل التزام صاحبه تجاه الإثمان التي يكون مستعداً لتنفيذ العقد بموجبها وخلال فترة نفاذ العطاء وكذلك يجب إن يكون هذا

(1) الإمام بن حماد الجوهري ، معجم الصحاح ، مراجعة خليل مأمون شيحا ، ط ٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٣٤ .

(2) هناك من يخلط بين مصطلحي العطاء و مصطلح المناقصة على اعتبار ان طريقة المناقصة تقوم بشكل اساسي على تقديم العطاءات، حيث ان المشرع الاردني يطلق على اسلوب المناقصات العامة تسمية (العطاءات العامة) و هي تسمية غير دقيقة لان ليست المناقصة الطريقة الوحيدة التي تقوم على تقديم عطاءات. ينظر : د.محمد سعيد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

(3) نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٨١ .



العطاء محتويا على جميع بنود العقد الذي يراد إبرامه أو الأعمال التي يتطلب تنفيذها.<sup>(1)</sup>

عليه لا يمكن لصاحب العطاء إن يجزء فقرات عطاءه بان يختار قسم مما ورد في الشروط التعاقدية التي تعلن عنها الإدارة ويترك القسم الآخر .

و لما كان على العطاء من حيث الأصل إن يتضمن إجابة لجميع المفردات التي يتم طرحها في الشروط التعاقدية سواء كانت تتعلق بالالتزامات أو المدد ، أو الإثمان و من ثم لا يمكن قصر تعريفه على فكرة الثمن لوحدها ، دون تلك المفردات التي تشكل مجموعها الشروط التي يكون صاحب العطاء مستعدا للتنفيذ بموجبها .

وإن عطاء العقد يقترن دائما بطريقة المناقصات والمزايدات، فإذا ما كان بمقدور الإدارة تحديدها محتاجه في المشروع المراد تنفيذه، وإذا ما كانت ليست بحاجة إلى رؤى وأفكار حول المشروع لجأت إلى طلب عطاء العقد وذلك توفيراً إلى الوقت والجهد

و بالرغم من ذلك قد يحوي عطاء العقد على بعض التحفظات إن كان ذلك مسموحاً به في الشروط التعاقدية التي تعلن الإدارة عنها مسبقاً بشرط إن ترد في كتاب مستقل يرفق مع العطاء و يشار إليه في العطاء نفسه ومن ثم تضطر الإدارة إلى اللجوء في هذه الحالة إلى التفاوض مع صاحب العطاء المقترن بتحفظات إن كان عطاءه هو الأقل سعرا و الأفضل تنفيذا .<sup>(2)</sup>

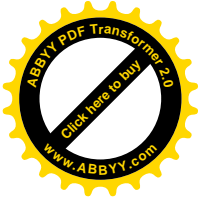
من كل ما تقدم يتضح إن عطاء العقد هو العرض الذي يتقدم به الشخص (الراغب في التعاقد مع الإدارة ) في المناقصة و التي يتبين من خلاله الوصف الفني لما يستطيع القيام به ، وفقا للمواصفات المطروحة في المناقصة و كذلك تحديد السعر المقترح الذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه المناقصة .<sup>(3)</sup>

(1) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لإبرام عقود الأشغال العامة ، بحث منشور في مجلة

الحقوق تصدر عن كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ع ٢ ، ٢٠٠٦ ، ص ٧ .

(2) ينظر التعليمات الموجهة الى مقدمي العطاءات من شروط المقاوله لاعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية بقسمها الاول و الثاني لسنة ١٩٨٨ .

(3) د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، دار الحكمة ، ١٩٨٩ ، ص ٥٦ .



## الفصل الاول / عطاء العقد.....

وتساير معظم التشريعات الرأي الفقهي الذي يعتبر ان إعلان الإدارة لا يعدو إن يكون إلا دعوة للتعاقد وإن التقدم بالعطاء هو الإيجاب، وهو الرأي المُعول عليه في فرنسا وكذلك الحال في مصر، ففي قرار المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٧/١٢/٢ جاء (إن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزاييدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليست إلا دعوة إلى التعاقد وإن التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي إن يلتقي عند قبول الإدارة لينعقد العقد).<sup>(١)</sup>

(١) سبق وان ذكرنا هذا الحكم و لاهميته كررناه في هذا المورد ، راجع ص ٢٩ ، من رسالتنا هذه .





## المطلب الثاني

### التكليف القانوني لعطاء العقد

إن تقديم العطاء يتم بعد إن تقدم الإدارة بإعلان رغبتها عن التعاقد فيقوم الراغب بالتعاقد مع الإدارة بتقديم عطائه ، والعقد الإداري ينعقد بإيجاب و قبول متطابقين شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، و الإيجاب في حالة التعاقد بالمناقصة (باعتبار إن عطاء العقد يرتبط بطريقة المناقصة في التعاقد) يتقدم به صاحب العطاء أي الراغب بالتعاقد مع الإدارة .

إما القبول فانه يكون بصدور قرار من الجهة المختصة باعتماد قرار إرساء المناقصة و اخطار صاحب العطاء به .<sup>(1)</sup>

ولكي يكون الإيجاب معتبراً قانوناً ينبغي إن يكون جازماً أي ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به ، كما يجب إن يكون كاملاً بان تتوافر فيه العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه .<sup>(2)</sup>

لكن ثمة رأي يذهب إلى القول إن إعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد هو الإيجاب و إن التقدم بعطاء من قبل صاحب العطاء يعد بمثابة القبول للإيجاب الصادر عن الإدارة و بالتالي ينعقد العقد بين الإدارة و بين مقدم العطاء .<sup>(3)</sup>

(1) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٣ .

(2) د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٣ .

(3) على اعتبار ان طرح عملية المزايدة او المناقصة مجرد دعوة الى التفاوض لا يعبر عن الحقيقة الواقعة تعبيراً صحيحاً لسببين :

السبب الاول : من طرح المزايدة او المناقصة يلتزم بترسية العملية على اعلى سعر او على اقل سعر بحسب الاحوال ما لم يكن من احتفظ لنفسه بالحق في قبول او رفض أي عطاء يقدم اليه .

السبب الثاني ان عدم تعيين الثمن عند طرح المزايدة او المناقصة لا يمنع من انه يكون قابلاً للتعيين من خلال الاسلوب الذي اعتمده الادارة صاحبة المزايدة او المناقصة و من ثم فليس هناك ما يحول من هذه الناحية دون اعتبار طرح المزايدة او المناقصة بمثابة ايجاب . ينظر: د.مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في

القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ١١٦



لكن الرأي الراجح إن إعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد هو دعوة للتعاقد وإن التقدم بالإيجاب (العطاء) من قبل صاحبه يحتاج إلى قبول الإدارة حتى ينعقد العقد<sup>(١)</sup>

ويترتب على هذا التكيف القانوني لعطاء العقد عدة أمور متعلقة ببعضها أو نابعة عن نتيجة واحدة و هي التزام المتقدم بالبقاء على ايجابه .  
وعليه سوف نبين مفهوم هذا الالتزام ، و الأساس القانوني لهذا الالتزام ،  
ومدة الالتزام به في فروع ثلاثة و على النحو التالي :-

### الفرع الأول : التزام المتقدم بالبقاء على ايجابه

عندما يقوم المقاول أو الشركة بتقديم عطائها إلى الإدارة يترتب على ذلك الالتزام بهذا العطاء خلال المدة المحددة في الإعلان عن المناقصة و لا يعني ذلك إن ثمة رابطة عقدية نشأت بين الإدارة و مقدم العطاء فذلك لا يتم سوى بقبول الإدارة لهذا العطاء ، و هذا الأمر يأتي في مرحلة لاحقة لإرساء المناقصة على عطاء بعينه.<sup>(٢)</sup>

و يبقى المتناقض ملزما بالعطاء الذي يقدمه فلا يجوز له سحبه أو تعديله قبل إن يبيت فيه من قبل لجنة فحص العطاءات و هذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر في احد أحكامها حيث جاء فيه (( إن جهة الإدارة إذ أشهرت مزايده أو مناقصة بشروط معينة ثم تقدمت عطاءات على أساسها فان هذه العطاءات تعتبر إيجابا ملزما و لا عبرة بعد ذلك بما يقال من إن صاحب العطاء لم يكن قد وقع من جانبه الاشتراطات أو انه لم يدرسها و يترتب على العطاء اثر قانوني هام بالنسبة لمقدمه وهو ارتباطه بهذا العطاء فلا يجوز له سحبه أو تعديله طالما انه لم يبيت فيه ))<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .  
(٢) د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨/ص ١٩٣ .  
(٣) حكم محكمة القضاء الاداري في ١٩٥٧/٢/٢٤ ، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري في خمسة عشر عاما ١٩٤٦ - ١٩٦١ ، الجزء الثاني ، ص ١٨٧٥ .  
اشار اليها د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .



إلا إن المحكمة الإدارية العليا في مصر أوردت فيما يتعلق بموضع ارتباط مقدم العطاء بعطائه و عدم جواز الرجوع فيه استثناء ان الاستثناء الأول هو جواز تعديل العطاء بشرطين أولهما إن يكون موضوع التعديل هو خفض أسعار العطاء وثانيهما إن يصل هذا التعديل إلى جهة الإدارة قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ، و الاستثناء الثاني هو جواز العدول عن العطاء بسحبه ، و يشترط فيه كذلك إن يتم قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف و في هذه الحالة يوقع على مقدم العطاء جزاء يتمثل في مصادرة التامين المؤقت الذي أودعه عن عطائه .<sup>(1)</sup>

فالقاعدة العامة هي إن مقدم العطاء يلتزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة في شروط العطاء ، و هذه القاعدة هي تطبيق للقاعدة القانونية العامة المنصوص عليها في المادة (٩٣) من القانون المدني المصري بقولها ( إذا عين ميعاد القبول التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إن ينقضي هذا الميعاد ....).<sup>(2)</sup> ولقد جرى القضاء الفرنسي على اعتبار الإيجاب ملزماً يكون فيها مقروناً بتحديد مهلة للقبول ، كما جرى على الترخيص في هذا التحديد على نحو يمكن معه إن يكون ضمناً يستخلص من الظروف .<sup>(3)</sup>

إن مقدم العطاء يظل ملتزماً بعطائه من تاريخ تصديره إلى تاريخ انتهاء المدة المحددة لسريانه ، و أي تعديل لهذا العطاء بعد تصديره – فيما عدا خفض الأسعار – لا يكون له ثمة اثر سواء أتم هذا التعديل قبل فتح المظاريف أم بعد فتحها.

(1) مضمون حكم المحكمة الاداري العليا ، طعن رقم (١٢٥٥) لسنة ٢٥ق ، جلسة ١٩٨٢/٦/٢٦ ، مجموعة

المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العقود الادارية بمناسبة البوبيل الفضي لمجلس الدولة ، ص ٢٥٢ .  
(2) د. احمد محمود جمعة ، احكام عقود شركات قطاع الاعمال العام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٤ .

(3) د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .



الفرع الثاني : الأساس القانوني لالتزام المتقدم بالبقاء على إيجابه  
إن تحديد الأساس القانوني لالتزام المتقدم بالبقاء على إيجابه يعتمد على  
التكليف القانوني لتقديم العطاء من قبل صاحبه ، فإذا اعتبرنا إعلان الإدارة عن  
المناقصة أو المزايدة إيجابا فإن التقدم بالعطاء يُعد قبولا ينعقد به العقد و هذا العقد إما  
إن يكون عقداً أوليا منفصلا عن العقد الأصلي يلتزم بمقتضاه صاحب العطاء بالبقاء  
على إيجابه مدة معينة أو إلى إن يبيت في المناقصة أو المزايدة ، و إما إن يكون العقد  
الأصلي ذاته الذي ينشأ في هذه الحالة معلقا على شرط واقف هو إرساء المناقصة أو  
المزايدة على مقدم العطاء .<sup>(١)</sup>

فالأساس القانوني لالتزام المتقدم بالبقاء على إيجابه الذي ينسجم مع التكليف  
القانوني الذي ذكرناه يكون أساسا تعاقديا ينشأ عن التقاء الإيجاب المتمثل بإعلان  
الإدارة بالقبول الذي تمثل في تقديم العطاء من قبل المناقص .<sup>(٢)</sup>

غير إن هذا الرأي منتقد لأنه لا يبرر حق الإدارة في تجزئة الصفقة و اعتماد  
إرساء المناقصة أو المزايدة في جزء منها فقط ، كما انه لا يتفق و الاعتراف بحق  
مقدم العطاء في أن يسحبه في بعض الحالات أو بحقه في إن يتقدم بأكثر من عطاء  
في نفس المناقصة أو المزايدة .<sup>(٣)</sup>

وإزاء تلك الانتقادات التي وجهت إلى فكرة الأساس التعاقدية في تبرير بقاء  
صاحب العطاء ملتزما بإيجابه حاول قسم من الفقه إن يجعل الأساس القانوني لبقاء  
صاحب العطاء ملتزما بإيجابه على أساس الإرادة المنفردة ، فصاحب العطاء وفق  
هذا التبرير يلتزم بالتعاقد مع الإدارة وفقا للشروط المحددة في إعلان المناقصة ،

(١) د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص١٢٨ .

(٢) نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص١٠٤ .

(٣) ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص٧٠ .



ويلتزم صاحب العطاء في هذه الحالة بان يبقى على ايجابه لمدة معينة أو إلى إن يتم إرساء المناقصة .<sup>(1)</sup>

و من الفقهاء من يذهب إلى إنكار الأساس الإرادي برمته لتبرير التزام المتقدم على عطائه و يعزون ذلك إلى إن الالتزام هو عمل قانوني مصدره القانون لا الأساس التعاقدية و لا الإرادة المنفردة .<sup>(2)</sup>

و يلاحظ إن الفقه الفرنسي مختلف في تحديد الأساس القانوني لالتزام المتقدم بالبقاء على ايجابه إلى اتجاهات ثلاثة .<sup>(3)</sup> فالاتجاه الأول يرجع هذا الالتزام إلى الإرادة المنفردة وحدها ويؤخذ على هذا الاتجاه إن القانون الفرنسي لا يعرف التصرف المنفرد كمصدر للالتزام و يتطلب لقيام الالتزام الإرادي توفر عقد مكون من إرادتين، إما الاتجاه الثاني فيرجح التزام الموجب إلى عقد تمهيدي يتلمس وجوده بين الموجب والموجب له وهو يصل إلى هذا العقد التمهيدي عن طريق القول بان الإيجاب بالتعاقد يتضمن في الواقع ايجابيين: احدهما خاص بالعقد الأصلي المراد إبرامه، والثاني خاص بالبقاء على الإيجاب الأول خلال المهلة المحددة صراحة أو ضمنا.

و هنالك اتجاه ثالث يقيم القوة الملزمة للإيجاب على أساس المسؤولية التقصيرية ، أي إذا رجح الموجب عن ايجابه قبل انقضاء الميعاد المعين للقبول يكون قد ارتكب خطأ يستوجب إزماءه بتعويض الضرر الناشئ عنه و إن خير تعويض هو اعتبار العقد قائما .

وقد استقر الفقه و القضاء الفرنسي على إن التزام مقدم العطاء بالبقاء على ايجابه مصدره إرادته المنفردة و من هؤلاء الفقيه (De laubadere) الذي يذهب إلى إن الالتزام الناتج عن العطاء إنما هو في حقيقة التزام انفرادي ، ويؤيد رأيه ذلك بقوله (إن بعض فقهاء القانون الخاص يرون إن المتقدم بالعطاء في القانون المدني

(1) ابراهيم طه الفياض ، العقود الادارية ، النظرية العامة و تطبيقها في القانون الكويتي المقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ ، ط ١ ، ١٩٨١ ، ص ٩٠ .

(2) د. عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .

(3) د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٧٣ - ٧٤ .



يلتزم بالعطاء عندما يحدد مدة لذلك يلتزم خلالها فان لم يحدد مدة جاز له سحب عطائه متى شاء عكس ما يحصل في المناقصات العامة حيث لا يستطيع المتقدم للتعاقد مع الإدارة سحب عطائه).<sup>(١)</sup>

إما في القانون المصري و اللبناني ، فيمكن إرجاع التزام مقدم العطاء بالبقاء على إيجابه ، إلى الإرادة المنفردة وحدها .<sup>(٢)</sup>

و في تقديرنا المتواضع نرى إن الأساس القانوني لهذا الالتزام لا يعدو إن يكون إلا الإرادة المنفردة لصاحب العطاء ، لأنها هي التي دفعت إلى التقدم بعطائه ، و التقييد بهذا الالتزام ، إما عن إقامة الأساس القانوني لهذا الالتزام على أساس المسؤولية التقصيرية فهذا يخلط بين أساس الالتزام و بين الأثر المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام فالمسؤولية التقصيرية هي اثر للإخلال بالالتزام و ليست أساساً له .

### الفرع الثالث : مدة الالتزام بالعطاء

لا يوجد التزام مؤبد ، فالأصل في الالتزامات أنها تكون محددة بمدة زمنية ذلك إن تأييد الالتزامات متعذر من الناحية الواقعية و القانونية و إن وجوب بقاء مقدم العطاء على إيجابه يظل طيلة المدة المحددة لسريان ذلك العطاء حتى تعلن نتيجة الإحالة ، فإذا أحييت المناقصة تحرر المتقدمون من هذا الالتزام ، ما عدا من أحييت عليه (المناقصة أو المزايدة) ، حيث يبقى التزامه ساري المفعول إلى إن تعتمد المناقصة.<sup>(٣)</sup>

ولا يسقط إيجاب المتقدم في حالة ما إذا وافق على مد فترة سريان عطائه لمدة أخرى بعد انتهاء المدة الأصلية إذا طلبت منه الإدارة ذلك و كذلك لا يسقط إيجاب المتقدم في حال عدم استرداد التامين المؤقت إذ إن ذلك يعتبر قرينة قانونية على امتداد إيجاب المتقدم .<sup>(٤)</sup>

(١) د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٣٣٥ .

(٢) د. ابراهيم طه الفياض ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

(٣) د. عبد المطلب عبد الرزاق عبد الطيف الهاشمي ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

(٤) نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ .



كون هذه القرينة البسيطة لا تغلق الباب نهائيا امام سحب العطاء إذ سمحت للمتقدم ان يسحب التامين في أي وقت قبل إرساء المناقصة في المدة الجديدة .<sup>(١)</sup>

فمدة الارتباط بالعطاء تبدأ من حيث تنقضي مدة سريان العطاء و التي يملك فيها مقدم العطاء العدول عن عطائه ، إذ طلب استرداد التامين المؤقت .<sup>(٢)</sup>

و في مصر أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في حكم لها جاء فيه (بيد ان هذه القرينة – ترك التامين المؤقت – لا تسد السبيل في وجه المتعهد بغير مخرج، و إنما ترتفع إذا التقى الافتراض القائمة عليه ، أي إذا تقدم المتعهد لاسترداد التامين المؤقت و مؤدي ذلك ان الإيجاب المتعهد لا يسقط بمجرد انقضاء مدة سريان العطاء و لكنه يبقى قائما إلى ان يصل إلى علم الجهة الإدارية طلبه بسحب التامين المؤقت).<sup>(٣)</sup>

و إن القضاء في فرنسا يحترم هذا المبدأ غاية في الصرامة فلا يسمح للمتقدم بان يسحب عطاءه قبل البت فيه .

و في العراق نصت المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على ما يلي (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى ان ينقضي هذا الميعاد ) أي ان في عقود القانون الخاص يبقى الموجب ملتزم بإيجابه خلال المدة التي يحددها ذلك الإيجاب ما لم يرفض القابل هذا الإيجاب .<sup>(٤)</sup>

إما في مجال العقود الإدارية فان فترة نفاذ العطاءات في العراق تثير عدة مشاكل لاسيما ما يتعلق بالمدة و مداها و كيفية تنظيمها لعدم وجود قانون خاص ينظم المناقصات بشكل دقيق .<sup>(٥)</sup>

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٦ .

(٢) د. احمد محمود جمعة ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

(٣) انظر حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم (٢٣٩) الصادر في ١٤ ، ٧ ، ١٩٦٩ .

اشار لها د. نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول في مصادر الالتزام ، ١٩٨٠ ، ص ٤١ ،

(٥) د. عبد المطلب عبد الرزاق عبد الطيف الهاشمي ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .



وقد درجت دفاتر الشروط العامة التي تحيل إليها العقود الإدارية و ترفق في الغالب مع العطاءات المقدمة من الراغب بالتعاقد على النص على إلزام مقدم العطاء بالبقاء على إيجابه حتى نهاية المدة المحددة لسريان العطاءات .<sup>(1)</sup>

إذ إن اختيار المتعاقد عن طريق المناقصة يتطلب بقاء المتناقص – الذي يتقدم بعطائه إلى المناقصة التي أعلنتها الجهة الإدارية المختصة – على إيجابه ، فليس له إن يسحبه أو يعدله طول المدة المحددة لسريان العطاء أو إلى إن يتم إرساء المناقصة على احد المتقدمين .<sup>(2)</sup>

و بعد إن يتم الإرساء العطاء على احد المتقدمين ، فان باقي المتقدمين يتحررون من الالتزام بعطاءاتهم و تعيد لهم الإدارة التأمينات المقدمة من قبلهم ، إما المتقدم الذي رسا عليه العطاء فانه يبقى ملتزما بعطائه حتى نهاية المدة المحددة لاعتماد المناقصة على احد المتقدمين .<sup>(3)</sup>

و لكن حسنا فعل المشرع العراقي عندما قضى بمد فترة سريان عطاء المناقص الثاني و الثالث ، إذ إن الإدارة ستقوم بإرساء المناقصة عليهما ، إذا نكل المناقص الأول عن تنفيذ التزامه و لم يتم إلغاء المناقصة و الإعلان عن مناقصة جديدة .<sup>(4)</sup>

(1) وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٩ / ٧ / ١٩١٩ في قضية Crande الى وجوب التزام مقدم العطاء بعطائه و عدم سحبه حتى ولو لم يتضمن دفتر الشروط هذا المبدأ اذ ورد فيه منذ لحظة تقديم العطاء يلزم المتقدمون نهائيا تجاه البلدية ، و بناء على ذلك فادعاء السيد Crande بانه ابدى رغبته بسحب عطائه امر لا قيمة له .

نقلا عن : د. مازن راضي ليلو ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٣٣٤ .

(2) marice Hanrior , précis de administrative de droit puplic , Qvzieme edition , societe anonyme de recueil sirey , paris , 1927 , P.418

نقلا عن : محمد حسن جاسم الظالمي ، النظام القانوني لابرام عقد الاشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٦ ، ص ٨٨ .

(3) محمد حسن جاسم الظالمي ، المصدر نفسه ، ص ٩٢ .

(4) و هذا ما بينه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق لعام ٢٠٠٨ في المادة (١٧/ اول-ب) ، بانه يتم احوالة المناقصة على المرشح الثاني في حالة نكل المرشح الاول ، و في الفقر (ج) من نفس هذه المادة على انه في حالة نكل المرشحين الاول و الثاني عن تنفيذ التزاماتهما ، فلجهة التعاقد ترسية المناقصة على المرشح الثالث .





## المطلب الثالث

### عناصر عطاء العقد

إن عطاء العقد هو العرض الذي يقدمه المناقص ، و يشترط فيه إن يكون محددا تحديدا دقيقا و شاملا يتم هذا التحديد عن طريق العطاء مباشرة أو باللجوء إلى الشروط العامة المكتملة له و المحددة للعطاء المقدم .<sup>(١)</sup>

ففي العراق تستخدم دفاتر شروط متعددة و مختلفة خاصة بنماذج معينة من العقود تعد متممة لما يرد في العقد ، من ذلك دفتر الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية عام ١٩٨٨ و الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية لعام ١٩٨٨ و تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٧٢ و عام ١٩٨٨ .<sup>(٢)</sup>

و في مصر تلعب كراسة الشروط و المواصفات أهمية بالغة في عملية التعاقد فإضافة إلى ما تمثله باعتبارها بيانا حقيقيا لاحتياجات الإدارة فإنها تساعد على تشكيل موقف صاحب العطاء الذي يتقدم للتعاقد مع الإدارة بناء على مدى استيعابه لما ورد في تلك الكراسة من شروط .<sup>(٣)</sup>

و تطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري و أيدتها في ذلك المحكمة الإدارية العليا بان الشروط التي تطرح على أساسها المناقصة و هي الأساس في تحديد العلاقة بين مقدمي العطاءات و بين جهة الإدارة و يجب التقيد بما ورد بها ولا يجوز الخروج عليها إلا باتفاق الطرفين .<sup>(٤)</sup>

وقد يتم الاستعانة بالعقود النموذجية (الصيغ النموذجية) و تكون مكتملة للعقد الخاص (عقود تبعية) إذ يقوم مقدم العطاء بالاطلاع على هذه العقود النموذجية قبل

(١) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لابرام عقود الاشغال العامة ، مصدر سابق ، ص ٧ .

(٢) د. مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

(٣) د. عبد الرؤوف جابر ، مصدر سابق ، ص ١٣١ .

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى (٥٦٠١) لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٩٢/٧/٥ و حكم المحكمة

الإدارية العليا في الطعن رقم (٨٥٦) لسنة ٣٨ ق - جلسة ٢٢ / ٣ / ٢٠٠٥ .

أوردهما د. عاطف سعدي ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ .



إن يتقدم بعطائه ، وقد تتضمن الصيغ النموذجية شروطا عامة و شروطا خاصة، وهذه الأخيرة تتيح لأصحاب العلاقة تعديل ما ورد في الشروط العامة ، و من أمثلتها الصيغ العقدية لعقود مقاولات الإنشاء و الاستشارات الهندسية التي وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك) .<sup>(١)</sup>

و في فرنسا تتمتع كراسة الشروط و المواصفات المتعلقة بوثائق المناقصة و شروطها بمركز قانوني مهم ، إذ تعتبر أساسا للتعاقد بين الجهة الإدارية المانحة و مقدم العرض كما تعتبر جزء لا يتجزأ من الاتفاق حتى ولو لم ينص هذا الاتفاق صراحة على ذلك .<sup>(٢)</sup>

و عطاء العقد يتسم بالثقة و الجدية في التعامل من ناحية و من ناحية أخرى يوفر الوقت و الجهد الذي تبذله الإدارة في البحث عن الصفقات المطروحة.<sup>(٣)</sup> و لهذا يجب إن يتضمن عطاء العقد بعض العناصر التي تكفل مقتضيات الشفافية و الوضوح في التعاقد مثل الوصف الكامل لمختلف مراحل انجاز المعاملة ، و طبيعة و خصائص و سعر السلعة أو الخدمة - و كيفية تسلم السلعة أو الخدمة و مبلغ التامين المستحق في الحال ، و الفترة التي تكون خلالها السلعة أو الخدمة معروضة بالأسعار المحددة .

على ما تقدم يمكن القول إن العطاء يتكون من عناصر أساسية ، العنصر الأول يتمثل بطبيعة الأعمال المطلوبة من خلال التعرف على وصف هذه الأعمال ، و العنصر الآخر يتعلق بالمدة التي يجب إن يحددها صاحب العطاء في عطائه ، و العنصر الثالث الثمن الذي يطلبه بطريقة واضحة و إن يشمل هذا الثمن نفقات تسليم المنتج و أية نفقات إضافية لازمة لتنفيذ متطلبات العقد .<sup>(٤)</sup>

(١) د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد) ، القاهرة ، ط٣ ، ٢٠٠٨ ، ص١٢٧ .

(٢) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص١٩١ .

(٣) د. وفاء مصطفى محمد عثمان ، مصدر سابق ، ص٧٥ .

(٤) د. جليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت ، مكتبة السنهوري ، ص٤٧ .



وسوف نتطرق إلى عناصر عطاء العقد. (\*) في ثلاثة فروع و كما يأتي

## الفرع الأول : طبيعة الأعمال المطلوبة

على مقدم العطاء إن يبين في عطائه طبيعة الأعمال المطلوبة منه تنفيذها وتختلف هذه الأعمال باختلاف محل العقد فقد تكون هذه الأعمال ميكانيكية أو كهربائية أي تتعلق بإجراءات نصب المكائن و المعدات لذا على صاحب العطاء إن يبين الطريقة التي يتبعها في انجاز العمل و التقنية المطلوبة لذلك. (1)

وقد تكون الأعمال المطلوبة منه هي أعمال مدنية تتعلق بعقود مقاولات الهندسة المدنية أو ما تسمى بعقود التشييد (construction Contracts) و ، في هذا النوع من المقاولات يتوجب على صاحب العطاء إن يركز على الاعتبارات الفنية البحتة و إن يتوخى الدقة في صياغة مواصفات الأعمال الفنية الهندسية بغية تنفيذها كما هو محدد لها من خلال متخصصين في هذا المجال من المقاولين. (2)

ويمكن إن تكون الأعمال المطلوبة من الراغب بالتعاقد مع الإدارة تنصب على تجهيز الإدارة بمادة معينة في مكان و زمان محددين لقاء ثمن معين تلتزم الإدارة بتسديده وفقاً لشروط التعاقد بينهما ، و يقتضي إن يرد عقد التوريد على منقول و ليس على عقار على إن تكون الأشياء الموردة المنقولة لازمة لخدمة مرفق عام كالأدوات المكتبية و الملابس و الأغذية و سواها من المنقولات التي تدخل في دائرة التعامل. (3)

\* و اذا تم تقديم العطاء فيجب إن يحوي مجموعة من المعلومات الشكلية التي تتعلق بالراغب في التعاقد ، و اهم هذه المعلومات هي :-

١- اسم و لقب و عنوان الراغب بالتعاقد و توقيعه على العطاء ، و اذا كان مقدم العطاء شركة فيجب إن يقدم عقد تأسيس الشركة .

٢- تقديم الاعمال المماثلة التي قام بها المقاول (مقدم العطاء) .

٣- تقديم ما يؤيد عدم وضع اسم مقدم العطاء في القائمة السوداء ، أي كونه غير محروم من التعاقد مع الإدارة .

(1) نجدت صبري عقراوي ، تنفيذ الشركات الاجنبية لمشاريع التنمية في العراق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣ ، ص ١٢٠ .

(2) د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، الموجز في عقود مقاولات الهندسة المدنية ، ط ١ ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧ .

(3) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .



و تسري على مثل هذه العقود في العراق الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط الصادرة ١٩٨٨ إذا كانت الأعمال ذات طبيعة مدنية و الشروط العامة لإعمال الهندسة الميكانيكية و الكيماوية و الكهربائية إذا تعلقت طبيعة العقد بأي من الإعمال المذكورة و بعبارة أخرى فان هذه الإعمال تعتبر جزء من العقد الذي يبرم مع الإدارة .<sup>(١)</sup>

لقد كان وراء إصدار مثل هذه الشروط العامة للمقاولات أسباب كثيرة يتجلى أهمها في كون العقد أيا كانت صفه أطرافه لم يعد معلقا على الإرادات الحرة و إنما اخذ القانون يتدخل في كثير من جزئياته و في عقود الدولة أصبح منظما بواسطة القوانين و الأنظمة و ما تضعه الدولة من صيغ نموذجية تلزم المتعاقدين بها .<sup>(٢)</sup>

إضافة إلى التطور في الظروف الاقتصادية و الاجتماعية التي استلزمت بدورها تدخل الدولة في مجالات الحياة و مثل هذا الأمر دعا بدوره إلى التدخل المشرع في توجيه العقود و الذي اتخذ أشكال مختلفة إلا انه توسع وازداد في العقود التي تكون الدولة و أجهزتها طرفا فيها لذا على مقدم العطاء عند تقديمه لعطائه مراعاة هذه الشروط و التقييد بها .<sup>(٣)</sup>

(١) في العراق يوجد الى جانب الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ و الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية لعام ١٩٨٨ - تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٧٢ و عام ١٩٨٨ .

(٢) رياض الزهيري ، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون و السياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ ، ص٢٠٧ .

(٣) رياض الزهيري ، مظاهر السلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون و السياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٥ ، ص٧٩ .



## الفرع الثاني : السعر

يعد السعر عنصرا أساسيا من عناصر عطاء العقد على ضوءه يتم اختيار الأفضل ، من بين العروض المقدمة إلى الإدارة بهدف التعاقد و لكن إلى جانب السعر يجب إن يؤخذ بنظر الاعتبار المدة التي يتم عرضها من قبل الراغب في التعاقد مع الإدارة و كذلك طبيعة الأعمال و المواصفات الفنية.<sup>(1)</sup>

و قد يسكت مقدم العطاء في مناقصات عقود الأشغال العامة عن تحديد سعر احد البنود المطلوب القيام بها لذا فقد اوجب المشرع المصري في حالة سكوت مقدم العطاء عن وضع سعر بند أو أكثر من بنود الأشغال العامة وضع أعلى سعر لهذا البند في العطاءات المقبولة دون إن يكون له حق المنازعة ، و الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعطاءات في مناقصات التوريد حيث إذا سكت مقدم العطاء عن تحديد سعر احد الأصناف المطلوب توريدها فان هذا السكوت يعد امتناعا منه عن الدخول في المناقصة بالنسبة لهذا الصنف .<sup>(2)</sup>

و عند تحديد السعر في العطاء العقد هناك جملة من الأمور التي على صاحب العطاء وضعها في نظر الاعتبار و من أهم هذه الأمور درجة المخاطر ، و نسبة صعوبة العمل ، و حجم العمل ، و الفترة المقدرة للانجاز و تنفيذ العمل ، و استثمار المقاول و تقديم المساعدة من قبل الحكومة .<sup>(3)</sup>

إن السعر الذي يقترحه المناقص ينبغي الاعتناء جيدا ودراسة موضوعه قبل الإقدام عليه لان ما إن يتقدم المناقص حتى يرتبط به ، فلا يجوز له تعديله و لا يؤخذ بأي خفض في الأسعار بعد تعديل العطاء .<sup>(4)</sup>

إلا انه ثمة استثناء يرد على ذلك في عقود التوريد و ذلك في حالة زيادة فروق التعريفية الكمر كية أو الرسوم أو الضرائب بعد تقديم العطاء – فيسوى الفرق

(1) د. محمد عبد العال السناري ، مصدر سابق ، ص ٢٥٩ .

(2) د.عاطف سعدي محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ .

(3) Engineer Far Supplement (EFARS) part 15 , contracting by negotiation , P.2

[www.usace.army](http://www.usace.army)

(4) نجيب خلف احمد الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٨١ .



تبعاً لذلك بشرط إن يثبت المورد انه أدى الرسوم و الضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة إما في حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا اثبت المورد انه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل .<sup>(١)</sup>

و أخيراً يتطلب من صاحب العطاء عدم المبالغة في السعر مما يؤدي إلى استبعاد عطاءه و في نفس الوقت عدم تقديم سعر منخفض لا يمكنه من أداء الأعمال المطلوبة منه على الوجه الأمثل و بالتالي يعرضه إلى الجزاءات التي تقوم الإدارة بإيقاعها عليه .

### الفرع الثالث : المدة

يختلف مفهوم مدة التنفيذ بحسب طبيعة كل عقد إداري فيقصد بها في عقد امتياز المرفق العام المواعيد الدورية التي يلتزم بها المتعاقد لأداء الخدمات المنتفعين بخدمات المرفق موضوع التعاقد .

في حين يراد بها في عقد الأشغال العامة المدة التي يلتزم خلالها المقاول بانجاز العمل المطلوب منه وفقاً لشروط العقد أو دفاتر الشروط سواء كان العمل إقامة منشآت أو القيام بأعمال صيانة لمنشآت قائمة بالفعل و في عقود التوريد يقصد بمدة التنفيذ المدة التي يلتزم بها المورد بتسليم السلع محل التعاقد .<sup>(٢)</sup>

و إن المدة قد يتم تحديدها سلفاً من قبل الإدارة استناداً إلى الشروط التعاقدية أو بالاستعانة بـدفاتر الشروط العامة أو بترك تحديد المدة إلى المقاول أو صاحب العطاء في الحالات التي لا يمكن التنبؤ بمعرفة المدة الكافية و من أجل التعرف على انسب المدد المقدمة من قبل المناقصين .<sup>(٣)</sup>

(١) انظر المادة (٦٦) فقرة (د) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزادات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٩٨ .

(٣) حيدر طالب محمد علي شدر ، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري في العراق ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣٥ .



و على صاحب العطاء تحديد هذه المدة جيدا بحيث تمكنه من أداء الأعمال المطلوبة منه خلالها و بعكسه سوف تفرض عليه جزاءات جراء إخلاله أو تأخره في تنفيذ التزامه .<sup>(1)</sup>

(1) الا انه من الممكن في بعض الحالات تمديد مدة العقد و هذا ما اشارت له المادة (١٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .  
اولا : على المتعاقد تنفيذ بنود العقد خلال المدة المتعاقد عليها على ان تحتسب تلك المدة من تاريخ المباشرة او من تاريخ توقيع العقد او أي تاريخ اخر ينص عليه في شروط التعاقد و تراعي عند تمديد العقود ما يلي :-  
أ- اذا طرأت أي زيادة او تغيير في الاعمال بالنسبة للمقاولات المختلفة او الكميات المطلوبة تجهيزها كما و نوعا بما يؤثر في تنفيذ المنهاج المتفق عليه بحيث لا يمكن ضمن المدة المتفق عليها بموجب العقد الاصيلي.  
ب- اذا كان تاخير تنفيذ العقد يعود لاسباب او اجراءات تعود للجهة المتعاقدة او أي جهة مخولة قانونا او لاي سبب يعود للمتعاقدين اخرين تستخدمهم جهة التعاقد (صاحب العمل).  
ت- اذا استجدت بعد التعاقد ظروف استثنائية لا يد للمتعاقدين فيها و لا يمكن توقعها او تفاديها عند التعاقد و ترتب عليها تاخير في اكمال الاعمال او تجهيز المواد المطلوبة بموجب العقد .  
ثانيا : يشترط لتطبيق احكام البند (اولا) من هذه المادة ان يقدم المتعاقد طلبا تحريريا الى جهة التعاقد .... )



## المبحث الثاني

### صياغة العطاء

لما كان يترتب على تقديم العطاء التزامات تقع على عاتق مقدمه أو صاحبه لذا لا بد من الاعتناء جيدا بصياغة هذا العطاء قبل تقديمه فالصياغة بصفة عامة هي الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الخارجي . وهناك ثمة أمور يجب القيام بها قبل تحريره لما تلعبه من دور كبير في تحديد ما يجب إن يحتويه هذا العطاء من أسعار أو مواصفات فنية يمكن التنفيذ بموجبها . وإذا كان تحرير العطاء يعبر بصورة واضحة عن الالتزامات التي يكون مقدمه مستعدا للتنفيذ بموجبها فليس بالضرورة إن يكون مقدم العطاء هو محرره فقد يستعين صاحب العطاء بمهندس استشاري أو خبير متخصص بمجال موضوع العطاء ، ويمكن إن يحتوي العطاء على تخفيضات معينة إذا كان هنالك بعض الأمور لا يقبل إن يجري تنفيذ العقد بموجبها ، في حين إن أمور كثيرة يوافق عليها كما هي وفقا للشروط الموضوعه من قبل الإدارة و عليه سوف نبين في هذا المبحث أمورا ثلاثة هي الدراسات التي تسبق تقديم العطاء ، و محرر العطاء، و اثر التحفظات على العطاء .





## المطلب الأول

### الدراسات التي تسبق تقديم العطاء

قبل القيام بتقديم العطاء من قبل الراغب بالتعاقد مع الإدارة يقتضي قيامه بمجموعة من الدراسات و التحريات الأولية ذات الطبيعة المختلفة و المتعلقة بطبيعة و محل العقد ، و الغرض من قيام الراغب بالتعاقد بهذه الدراسات و التحريات قبل تحرير عطاءه هو تحديد الصعوبات التي تكون مصدرا للمخاطر خلال تنفيذ العقد.<sup>(1)</sup> و كذلك تمكن هذه الدراسات و التحريات الأولية الراغب بالتعاقد مع وضع أسعار للعطاء تناسب مع متطلبات تنفيذ العقد .

و الدراسات و التحريات الأولية المتعلقة بالعقد قد تكون ذات طبيعة مادية أو ذات طبيعة قانونية و مالية و هذه ما سنوضحه في الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول : التحريات ذات الطبيعة المادية .

الفرع الثاني: التحريات ذات الطبيعة القانونية .

### الفرع الأول : التحريات ذات الطبيعة المادية

و هذه الدراسات و التحريات تتعلق بموقع تنفيذ الأعمال و حالة المواصلات ووجود الأيدي العاملة و لها أهمية كبيرة و تختلف هذه الدراسات باختلاف محل العقد و طبيعته و التي من خلالها يتمكن الراغب بالتعاقد من التعرف على الصعوبات و المعوقات الواجب أخذها بنظر الاعتبار عند صياغته للعطاء لما لها من اثر مباشر في وضع الشروط الفنية و تحديد ثمن العطاء من خلال تقديره لكلف التنفيذ .<sup>(2)</sup> و الدراسات ذات الطبيعة المادية تشمل :-

(1) محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لابرار عقود الاشغال العامة ، مصدر سابق ، ص ٨ .

(2) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ؛ مفاوضاتها ؛ ابرامها ؛ تنفيذها ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ٥٤ .



أولاً : حالة الموقع :-

للتعرف على حالة الموقع من قبل الراغب بالتعاقد يجب وضع الموقع تحت تصرف المقاول كالتزام قانوني على صاحب العمل تجاه المناقص ، و يتعلق بدراسة الموقع إن تكون هناك دراسة معدة للتربة ، و بها تقدير من جهة متخصصة بالنسبة لمناقصات المشاريع الإنشائية ، و تتضمن هذه الدراسة الأحوال الهيدرولوجية وطبقات الأرض تحت السطحية ، وهذه المعلومات يضعها صاحب العمل تحت يد المقاول و من خلال ذلك يكون المقاول قد كشف على مواقع العمل و عرف الظروف المحيطة به كما تفحص الأماكن المحيطة به و جميع المعلومات المتوفرة .<sup>(1)</sup>

و تفيد الدراسات التي يجريها الراغب بالتعاقد على حالة الموقع بالاستفادة من نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة التي تعالج حالة الاختلال بالتوازن المالي للعقد ، حيث المجال الرحب لتطبيق هذه النظرية يكمن في الصعوبات غير المتوقعة إما الصعوبات المتوقعة فيفترض إن المقاول قد عرفها ابتداء و رضا بالرغم من وجودها بالتعاقد مع الإدارة .<sup>(2)</sup>

إذ يشترط في التعويض الذي يمكن المتعاقد مع الإدارة الاتفاق عليه وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، إن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة ويعني إن تنطوي على معنى المفاجئة في صورة معينة ، كان يجد المتعهد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها سواء استنادا إلى دفاتر الشروط أو إلى دراسته الأولية للشروط أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذ من حيلة لا تفوت على الشخص المتبصر بالأمور قبل الإقدام على التعاقد مع الإدارة .<sup>(3)</sup>

و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها (... الثابت من الأوراق إن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ

(1) د. عبد الرؤوف جابر ، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٧ .

(2) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الكتب ، ١٩٩٦ ، ص ٢٤٣ .

(3) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٣٣٨ .



الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده ، خارج نطاق العقد، و إن تلك الصعوبات غير عادية ، و ترجع إلى طبيعة الأرض و التربة ، و انه مهما كان بإمكان طرفي العقد توقعها ، و هو ما يفيد توفر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بما يتعين معه تعويض المقاول بالتكاليف التي تحملها باعتبار ان الأسعار المتفق عليها في العقد الإداري لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة ، و إذا ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء و التكاليف التي تحملها المطعون ضده عند تنفيذ الأعمال الإضافية بما يجاوز نسبة (٢٥%) من الأعمال الأصلية، فإنه يكون قد صادف حكم القانون و جديرا بالتأكيد).<sup>(١)</sup>

نخلص مما تقدم إن الدراسات التي تسبق تقديم العطاء توفر القناعة لدى المناقص في الدخول إلى المناقصة ، بعد إن أصبح قادرا على تحديد الكلف و الوقت و تحديد حجم العمل و طبيعته و المواد اللازمة لانجاز الأشغال و صيانتها و وسائل الدخول إلى المواقع و التسهيلات التي قد يحتاج إليها .

### ثانيا : حالة المواصلات

ويقصد بها الطرق البرية و الموانئ البحرية و المطارات الجوية للبلد الذي سيجري فيه تنفيذ العقد و إن حالة المواصلات المحلية هي من العناصر الواجب معرفتها من قبل صاحب العطاء عند تعلق موضوع العقد ، أو جزء منه ، بالالتزام يتمثل بنقل مواد مختلفة إلى بلد تنفيذ العقد ، و في العقود الدولية لا يثار صعوبات في ميدان المواصلات الدولية البرية ، البحرية ، الجوية إذ من خلالها وتمنح أطراف العقد الثقة في استخدامها فيما يتعلق بسرعة نقل إلا إن الصعوبات و المخاطر تبدأ عند وصول المواد إلى البلد الذي سيجري فيه تنفيذ العقد .<sup>(٢)</sup>

(١) حكم المحكمة الادارية العليا ، طعن اداري ، رقم (٥٦٧) لسنة ٢٩ق ، بتاريخ ٣٠ / ١٢ / ١٩٩٧ .

اورده : د. مازن ليلو راضي ، القانون الاداري ، مصدر سابق ، ص ٣٧٦ - ٣٧٧ .

(٢) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .



و قد يفرض على المتعاقد مع الإدارة التزام يتمثل بالاستعانة بوسائط النقل المحلية كلما كان ذلك ممكنا و هذا ما تبينه المادة (١٦) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية الصادرة من وزارة التخطيط ١٩٨٨ في الفقرة (٣) بقولها ( على المقاول الاستفادة قدر الإمكان من خدمات المنشأة العامة للنقل المائي (العراقية) في حالة استخدام شركات نقل بحري أخرى إن يضمن بان نقل (المعدات) أو أجزائها إلى العراق بحرا يتم بموجب الشروط التالية التي تنطبق على البواخر المستعملة لذلك النقل .....).

و كذلك في الفقرة (٤) المتعلقة بالنقل الجوي بقولها (على المقاول الاستفادة قدر الإمكان من خدمات الخطوط الجوية العراقية جميع الحمولات و الأشخاص ضمن هذه المقولة و في نطاق ما توفره الخطوط الجوية العراقية من خطوط و خدمات وفي حالة عدم تمكن الخطوط الجوية العراقية من تقديم تلك الخدمات على المقاول عندئذ استخدامها بحدود الإمكان كوسيط لترتيب الحجوزات و غيرها من الخدمات مع الخطوط الجوية الأخرى).

وكذلك أوضحت نفس المادة في الفقرة (٥) المتعلقة بالنقل البري (على المقاول إن يستخدم قدر الإمكان خدمات المنشأة العامة لنقل البضائع العراقية).<sup>(١)</sup>

## ثانيا : وجود الأيدي العاملة المتخصصة

<sup>(١)</sup> و في نفس المضمون جاءت المادة (٨) من شروط المقولة لاعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية الصادرة عن وزارة التخطيط ( بقسميها الاول و الثاني ) لعام ١٩٨٨ في الفقرة (٦) منها المتعلقة بالنقل البحري و في الفقرة (٧) المتعلقة بالنقل الجوي و في الفقرة (٨) المتعلقة بالنقل البري .



إن تنفيذ العقود و خاصة المهمة منها تضع على عاتق المتعاقد التزامات عديدة منها استخدام أيدي عاملة كبيرة ذات اختصاصات متنوعة لذا يتوجب على صاحب العطاء التعرف مسبقا على مدى توفر الاختصاصات المطلوبة ، مع الكلف التي يتطلبها تنفيذ العقد .<sup>(١)</sup>

و من الأمور التي تتعلق بالأيدي العاملة يقتضي من صاحب العطاء التعرف على طبيعة التشريعات المحلية المتعلقة بقانون العمل الذي يحدد ساعات العمل وكذلك يفرض قيودا على تشغيل النساء و الأحداث .<sup>(٢)</sup>

و قد بينت المادة (٢٠) من شروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية و الكيماوية الصادر عن وزارة التخطيط لعام ١٩٨٨ في الفقرة (١) منها المتعلقة بساعات العمل ذلك بقولها (ما لم ينص على خلافه في المقاوله على صاحب العمل إن يقدم للمقاول التسهيلات لتنفيذ الاعمال في الموقع بشكل مستمر خلال ساعات العمل الاعتيادية المتعارف عليها في المنطقة و للمهندس بعد التشاور مع المقاول إن يصادق أو يوجه بان يوجه بان يجري العمل في أوقات أخرى ..... ) و أشارت نفس المادة في الفقرة (٢) منها إلى عدم جواز الاشتغال ليلا أو أيام الجمع بقولها ( مع مراعاة أحكام قوانين العمل النافذة لا يسمح القيام بأي من الأعمال الدائمة إثناء الليل أو أيام الجمع أو العطل الرسمية بدون ترخيص تحريري من ممثل المهندس و يستثنى من ذلك الحالات التي يكون العمل فيها مما لا يمكن تفاديه أو يكون ضروريا لإنقاذ الحياة أو لحماية الأموال أو لتحقيق سلامة الأعمال.....).

إما الفقرة (٣) من المادة المذكورة فقد بينت تقديم الأعمال بقولها (إن جميع المواد و المعدات و الأيدي العاملة الواجب توفيرها من المقاول بموجب المقاوله والأسلوب و الطريقة و السرعة في تنفيذ و صيانة الأعمال.....).

### الفرع الثاني : التحريات ذات الطبيعة القانونية

(١) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص ٥٦ .  
(٢) د. عدنان العابد ، د. يوسف الياس ، قانون العمل ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٩١ و ما بعدها .



يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين و اللوائح الحكومية و المحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع العقد و يلتزم المقاول أو الراغب بالتعاقد بان يتحرى بنفسه التشريعات النافذة في البلد المراد تنفيذ العقد فيه لما لها من اثر على كلف تنفيذ العقد و خصوصا التشريعات المتعلقة بالضريبة و ليس للمقاول الدفع فيما بعد بعدم معرفته بتلك القوانين لان المسلم به إن الجهل بالقانون ليس بعذر .<sup>(١)</sup>

وقد أكدت المادة (١٥) من شروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية و الكيماوية الصادرة من وزارة التخطيط على الالتزام بأحكام القانون والأنظمة بقولها:

١- على المقاول إن يلتزم من جميع الوجوه لأحكام القوانين أو الأنظمة أو المراسيم أو الأوامر و كذلك التعليمات و البيانات أو القرارات الصادرة من الإدارات المحلية أو الجهات الأخرى المخولة قانونا ، و يضمن المقاول صاحب العمل في مواجهة جميع التعويضات أو المسؤوليات مهما كان نوعها الناجمة عن خرق أي من تلك القوانين أو المراسيم أو الأوامر و غيرها ، على المقاول إن يعطي جميع الإشعارات ويدفع جميع المصاريف التي ينبغي إعطاؤها أو دفعها بموجب تلك القوانين و الأنظمة و المراسيم و الأوامر و غيرها .

٢- على المقاول طيلة فترة استمرار المقاوله إن يمتثل ويتقيد من جميع الوجوه بالقواعد والتعليمات الصادرة من وقت إلى آخر عن مكتب مقاطعة إسرائيل في العراق<sup>(٢)</sup>

## المطلب الثاني

(١) د. محمد عبد العال السناري ، مصدر سابق ، ص ٤٨٤ - ٤٨٥ .

(٢) و في نفس الاتجاه جاءت لمادة (٢٧) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية ( بقسيمها الاول و الثاني) المعدة من وزارة التخطيط لعام ١٩٨٨ بقولها :١- يعتبر ان المقاول بتعاقدته في المقاوله ملزم بجميع المتطلبات و الممارسات القانونية للعمل في العراق و المنطقة التي تقع الاعمال فيها .

٢- على المقاول ان يمتثل لجميع الوجوه لاحكام القوانين او الانظمة او المراسيم او الاوامر و كذلك التعليمات و البيانات او القرارات الصادرة من الادارات المحلية او الجهات الاخرى المخولة قانونا ، و يضمن المقاول (صاحب العمل) في مواجهة جميع التعويضات او المسؤوليات مهما كان نوعها الناجمة عن فرق أي من تلك القوانين او المراسيم او الاوامر و غيرها مما سبق ذكره، على المقاول ان يعطي جميع الاشعارات ويدفع جميع المصاريف التي ينبغي اعطاؤها او دفعها بموجب تلك القوانين و الانظمة و المراسيم و الاوامر و غيرها .

٣- على المقاول طيلة فترة استمرار المقاوله ان يمتثل و يتقيد من جميع الوجوه بالقواعد و التعليمات الصادرة من وقت الى اخر عن مكتب مقاطعة اسرائيل في العراق



## تحرير العطاء

على الشخص الذي يريد الاشتراك في المناقصة – سواء كان فردا أم شركة إن يقدم عرضه وفقا للقواعد و الشروط و المعايير التي أعلنت عنها الإدارة في كراسة الشروط .

و غالبا ما يستعين صاحب العطاء بمهندس عند تحريره لعطائه أو خبير مختص في المجال موضوع العقد في حالة العقود التي تتطلب مهارات و تقنيات قد لا يكون لمقدم العطاء الدراية بها .

و يحتوي العطاء بين ثناياه أمور لا يخلو أي عطاء منها استجابة لمتطلبات الشكالية التي تطلبها الإدارة في عقودها التي تعتمد على تقديم العروض أو العطاءات من قبل الراغبين في التعاقد مع الإدارة و سوف نبين في هذا المطلب من يقوم بتحرير العطاء و ما هي محتويات العطاء . و ذلك في فرعين و كما يأتي :

### الفرع الأول : محرر العطاء

لا يثير تحديد الشخص الذي يقوم بتحرير العطاء أية إشكالية عندما يكون الراغب في التعاقد جهة واحدة ، فإنها في هذه الحالة سوف توكل القيام بهذه المهمة إلى شخص محدد غالبا ما يكون مهندسا ، إضافة إلى انه سيكون محاطا بفريق متخصص بالأمور الفنية و مجالات المال ، القانون ، الضرائب ، الخ . يبحثون كافة الظروف المحيطة بالعقد قبل وضع العطاء في شكله النهائي .<sup>(1)</sup>

في حين عندما يكون الراغبين في التعاقد أشخاص متعددون فأنهم سوف يعتمدون الى إنشاء اتحاد فيما بينهم يتولى مهمة تحرير العطاء ، حيث يتجمع المستثمرون الراغبون في التعاقد و يكونوا اتحادا ماليا لإعداد عطاء و يوقع أعضاء الاتحاد على اتفاقية مبدئية يحددون فيها نسبة مساهمة كل منهم في رأس مال ، والدور الذي يقوم به كل عضو في المشروع .<sup>(2)</sup>

(1) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص ٦٦ .

(2) د. عبد الفتاح بيومي ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .



و من ثم سيكون لرئيس الاتحاد أو الشركة الدور الكبير في صياغة العطاء المقدم من قبل مجموعة المستثمرين .

و من المهم إن يقوم المكلف بصياغة العطاء بالتعرف على رغبة العميل لكي يفكر في أكثر الحلول عملية تحقيقا لرغبته، و هذا يتطلب تزويد القائم بالصياغة بالوقائع و المعلومات المطلوبة و اللازمة لتحديد موضوع الصياغة ، و في جميع الأحوال من المهم إن لا يسرع المكلف بالصياغة بهذه العملية ، دون إن يتوافر لديه الحد الأدنى من المعلومات و التخصص .<sup>(1)</sup>

## الفرع الثاني : محتويات العطاء

جرت العادة عند اللجوء إلى طريقة المناقصة كطريقة من طرق التعاقد الإداري على إن يكون هنالك شرط من الشروط الشكلية التي على صاحب العطاء

<sup>(1)</sup> و يجب ان يقوم القائم بالصياغة بتنبية المقاول الى التعارض الذي يوجد بين رغبته و الشروط التعاقدية التي تعلن الادارة عنها ، و البدائل المتاحة ، فضلا عن استعراض النتائج او الآثار القانونية التي يمكن ان تترتب على بعض الشروط و التفاصيل الاخرى ، و في كل الاحوال فمن المهم حدوث تفاعل بين القائم بالصياغة و المقاول (صاحب العطاء) لكي تتضح الرؤية لكليهما و بالتالي الحدود التي تجري في اطرافها الصياغة و لا يقتصر دور القائم بالصياغة على مجرد القيام بالتدوين لكنه يقدم المشورة الطرف المستفيد بما يراه مفيدا له و بما يراه ينصب في مصلحته .

ينظر د. حيدر ادهم عبد الهادي ، دروس في الصيانة القانونية ، الطبعة الاولى ، مركز العراق للابحاث ، ٢٠٠٨ ، ص٩٨ - ٩٩ .





مراعاتها هو إن يكون عطائه محتويا على مظروفين ، فني و مالي ، و بالتالي يصبح لزوما على مقدم العطاء إن يفصل بين الأمور الفنية و المالية .<sup>(١)</sup>

لا بل انه يعطي للمظروف الفني أهميته كبيرة بحيث لا تنظر الإدارة في طبيعة المظروف المالي إذ لم يكون المظروف الفني مستوفيا للشروط المطلوبة .<sup>(٢)</sup>

و بالرغم مما تفرضه بعض الشروط العامة التي تعلن الإدارة عنها عندما تريد إن تتعاقد و هي وجوب تقديم صاحب العطاء الأعمال المماثلة التي سبق وان قام بها إلا انه يظل العرض مرتكزا على أمرين أساسيين هما :

### أ- العرض (المظروف) الفني:-

(١) انظر المادة (١٠) من قانون تنظيم المناقصات و المزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ( تقدم العطاءات في مظروفين مغلقين احدهما للعرض الفني و الاخر للعرض المالي ) ، و يقتصر فتح المظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنيا ، و ذلك كله وفقا للقواعد و الاجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية ) . و هذا ما بينته المادة (٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات المصري الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ( يجب ان تتضمن شروط الطرح النص على ان تقدم العطاءات في مظروفين مغلقين احدهما للعرض الفني و الاخر للعرض المالي و يحتوي المظروف الفني على التامين المؤقت المطلوب بالاضافة الى البيانات و المستندات التي ترى الجهة الادارية ضرورة توافرها للتحقيق من مطابقة العرض الفني لدى مقدمي العروض بما يتناسب مع طبيعة موضوع التعاقد و على الاخص جمع البيانات الفنية عن العرض المقدم .

- طريقة التنفيذ :
  - البرنامج الزمني للتنفيذ ومدته .
  - التكنولوجيا و البيانات الخاصة بمصادر و نوع المواد و المهمات و المعدات و الاجهزة المقدم عنها العرض .
  - بيان مصادر و نوع الموارد و المهمات و المعدات و الاجهزة التي تستخدم في التنفيذ .
  - قائمة بقطع الغيار و مستلزمات التشغيل مع بيان معدلات استهلاكها .
  - بيانات كاملة عن الشركات التي قد يسند اليها جزء من التنفيذ .
  - سابقة الاعمال .
  - بيانات القيد في السجلات الخاصة بالنشاط موضوع التعاقد ( العقد في السجل التجاري او الصناعي او سجل المستوردين ) و غيرها من السجلات التي يكون القيد فيها واجب قانونا حسب الاحوال .
  - بطاقة عضوية الاتحاد المصري لمقاولي التشيد و البناء .
  - شهادة التسجيل لدى مصلحة الضرائب على المبيعات .
  - البطاقة الضريبية .
  - بيان الشكل القانوني للجهة المقدمة العطاء و المستندات الدالة على قيامها قانونا .
  - و يحتوي المظروف المالي على قوائم الاسعار و طريقة السداد و قيمة الصيانة و قطع الغيار و مستلزمات التشغيل و غيرها من العناصر التي تؤثر في القيمة المالية للعرض وفقا لما تقتضي به شروط الطرح .
- (٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٣١ .



و يتضمن وصفا تفصيليا للمكونات الرئيسية للمشروع يوضح فيه استخدام تكنولوجيا معينة ، و الرسومات التخطيطية و الهندسية للمشروع و قوائم البيانات الفنية و خطة التشغيل و الصيانة و قطع الغيار وسواها .<sup>(1)</sup>

### ب- العرض المالي :-

ويتضمن أسعار بيع الخدمات و معدلات الاستهلاك التي يرضى إن ينفذ العقد بموجبها ، بعد إن قام باحتساب الربح الذي من الممكن إن يحصل عليه إذا ما أحييت عليه المناقصة ، من خلال معرفة مجموع التكاليف المقدرة – بما في ذلك التكاليف الإدارية و العامة – و تعرفه على عامل تعقيد التقنية المطلوبة في العقد ، يضاف إلى ذلك عامل مدة تنفيذ العقد و عامل دعم الحكومة للعقد المزمع إبرامه .<sup>(2)</sup>

وقد يشترط في إعلان المناقصة أو وثائقها وجوب إرفاق عينات أو نموذج عن موضوع المناقصة فعلى المناقص الامتثال لذلك ، و تقديم العينات مع العطاء فإذا ما اخل بذلك فلا يكون عطاؤه مقبولا .<sup>(3)</sup>

ففي بعض التشريعات مثل مصر و العراق يشترط الفصل بين العرض الفني و العرض المالي عند التقدم من قبل مقدم العطاء ، و نعتقد انه لا داعي للفصل بين العرضين لأنهما أمران لا ينفصلان ، و لعل ما حدث في جولة التراخيص الثانية للعقود النفطية في العراق لسنة ٢٠١٠ خير دليل على ذلك ، فقد كانت عطاءات الشركات عبارة عن ورقة واحدة تحتوي على معدلات الإنتاج و على السعر الأدنى والذي تقبله الشركات المتقدمة من اجل الحصول على هذه العقود ، أي دمجت بين العرضين الفني و المالي في إن واحد .

## المطلب الثالث

### اثر التحفظات على عطاء العقد

(1) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

(2) Engineer far supplement (EFARS) , Op.cit,P.3

(3) د. محمد سعيد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٠٠ .



لقد بين فيما سبق إن عطاء العقد يعد إيجاب ملزم من قبل صاحبه و رغم وضوح الفكرة إلا أنها تثير العديد من التساؤلات منها هل يجوز إن يقترن الإيجاب بتحفظات ، أي هل يجوز اقتران العقد بتحفظات ؟ وما هو اثر هذه التحفظات على العطاء .

و هل يمكن إن توضع تحفظات على الشروط الموضوعية من قبل الإدارة في كل الحالات أم يقتصر ذلك على الحالات محددة .

و هل وجود التحفظات ضرورة في تقديم العطاءات لا يمكن الاستغناء عنها؟ في حين يشير الواقع العملي إلى انه كلما اقترنت العطاءات بتحفظات مالية كثيرة كان ذلك دليلا على افتقار الدراسات السابقة على إعداد كراسة الشروط و المواصفات للأسس الفنية و العملية ، لذلك يتعين على الجهات الإدارية توخي الدقة عند اعداد كراسة الشروط لغلق الباب أمام اقتران العطاءات بأية تحفظات .<sup>(1)</sup>

و على أية حال فان وجود التحفظات أمر مقبول في تقديم العطاءات ما لم تنص الشروط العامة للإدارة على خلاف ذلك .

و سوف نبين ذلك في فرعين :

## الفرع الأول : وضع التحفظات

(1) . عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٢٧٨ .



التحفظات هي اشتراطات يضعها مقدم العطاء في عطاءه ، تخالف المعلن عنها من قبل الإدارة للدخول في المناقصة .<sup>(١)</sup>

و الأصل في العقود الإدارية إن العطاء يوجه من أصحابه على أساس الشروط العامة المعلن عنها ، فإذا كان للمتعاقد مع الإدارة شروط خاصة لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلن عنها فللإدارة إن تتفاوض مع صاحب العطاء الأقل للنزول عن تحفظاته أو بعضها فإذا انتهى التفاوض بتمسكه ببعض التحفظات و قبلت الإدارة ذلك أصبحت هذه التحفظات جزء لا يتجزأ من العقد .<sup>(٢)</sup>

و لكن وجود التحفظات في عطاء العقد من شأنه إن ينزل بالتعبير عن الإرادة من منزلة الإيجاب الملزم إلى الإيجاب المعلق على شرط فلا يتحقق الاتفاق و ينعقد العقد بالاستجابة له ممن وجهت إليه و لا تعتبر هذه قبولا وإنما تعتبر مجرد إيجاب لا يتحقق الاتفاق إلا بقبوله ممن وجه إليه .<sup>(٣)</sup>

و في مصر أجازت المادة (٦٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ لمقدم العطاءات إن يضع تحفظاته و يرفقها بالمظروف المالي حتى تستطيع لجنة البت تقييم تلك التحفظات و ترتيب عطاؤه على ضوء هذا التقييم .<sup>(٤)</sup>

و قد تبنى المشرع العراقي ذات الاتجاه حيث بينت تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع و أعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ بأنه إذا رغب مقدم العطاء وضع

(١) د. عبد العزيز عيد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ٦٧ .

(٣) د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

وقد نصت المادة ٢٨٦ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ في فقرتها الاولى ( العقد المعلق هو ما كان معلقا على شرط واقف او فاسخ ) اما المادة (٢٨٨) فقد نصت ( العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط ) .

(٤) انظر المادة (٦٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات المصري ، رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨



تحفظات على بعض بنود المناقصة فيجب تثبيت ذلك بكتاب مستقل يرفق مع العطاء مع الإشارة إلى هذا الكتاب في العطاء نفسه. <sup>(١)</sup>

اما تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ فلم تتبنى موقفا واضحا من التحفظات ، حيث جاء في المادة (٥) منها البند الثاني فقرة (س) بانه : ( لا يجوز لمقدم العطاء شطب أي بند من بنود مستندات المناقصة او اجراء أي تعديل فيها مهما كان نوعه) ويفهم من هذه المادة بانه لا يجوز ابداء التحفظات، في حين المادة (٧) البند الثاني ذكرت بانه يتم ( استبعاد العطاءات المبنية على تخفيض نسبة مئوية او مبلغ مقطوع من أي من العطاءات الاخرى المقدمة في المناقصة و عدم قبول أي تحفظ واي تخفيض للسعر يقدم بعد موعد غلق المناقصة ) و يفهم من هذه المادة بانه يجوز ابداء التحفظات لكن قبل غلق المناقصة )

و في فرنسا طالما انه أجاز قانونا لصاحب العطاء إن يقرن عطاءه بتحفظ فانه يمكن التفاوض مع مقدمي هذه العطاءات بفرض النزول عن كل هذه التحفظات أو على الأقل عن البعض منها حيث إن التفاوض أمر طبيعي تفرضه طبيعة التعاقد الذي هو اتفاق و تلاق للإرادات ينجم عنه بالطبع التزامات . <sup>(٢)</sup>

و قد تواترت أحكام القضاء الفرنسي مؤكدة على أهمية التفاوض في العقود الإدارية حيث يضع القاضي الإداري نصب عينه حين بحثه عن القصد المشترك للمتعاقدين المفاوضات التي أجراها المتعاقدان . <sup>(٣)</sup>

<sup>(١)</sup> ينظر المادة (٤/٤) البند خامسا من تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع اعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ علما ان هذه التعليمات علق العمل بها بموجب قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) سنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) .

<sup>(٢)</sup> " Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à faire ou à ne pas faire quelque chose"

<sup>(٣)</sup> C.E.LL mas 1959 , societe technique des appareils centrifuges industriels , A.J.D.A 1959 P.56 .

" LL resort des pieces rusees au dossier d'une pant , qu'il avaire ete convenu entre les Parties lodes discussion prealables ala signature du marche etse larenant quell adrnistrations aurait pas fournirdotelstons"

C.E.8dec.1982 socite losfeid industries minister sela الدولة و يراجع ايضا حكم مجلس الدولة Defense . Rec . Tab.666.m , P.1984 , Nno.202 , p.40 concl – Laroque .

نقلا عن : د. صلاح الدين فوزي ، قانون المناقصات و المزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ، المشاكل العلمية و الحلول القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ١٠١ .



## الفرع الثاني : تقييم التحفظات

تتولى لجنة البت تقييم العطاءات المقدمة من الناحية الفنية بعد توحيد أسس المقارنة بينها ، ثم تقوم بالتقييم المالي للعطاءات المقبولة فنيا ، و يقتضي التقييم المالي لتلك العطاءات تقييم التحفظات المالية المقترنة بها حتى يكون التقييم مستوفيا و معبرا عن حقيقة القيمة الفعلية للعطاءات لتحديد أفضلها .<sup>(1)</sup>

و ثمة رأي يرى بان السماح للمناقص بإيراد التحفظات و الشروط عند تقديم العرض يؤدي إلى عدم استقرار الإجراءات التعاقدية للمناقصة و إرباك عملية المناقصة ، فإيراد مثل تلك الشروط ستجعل المناقص في وضع يمكنه في التنصل في إيجابه الملزم في الوقت الذي يرى إن العرض المذكور أصبح لا يلبي طموحه ، وهذا سينعكس سلبا على طالب المناقصة .<sup>(2)</sup>

و بالرغم من ذلك فانه يشترط لصحة التحفظات على الشروط المعلنة في المناقصة توافر شرطين أولهما هو إن تكون تلك التحفظات ملحقة بالعطاء الأصلي وإن يتضمنها المظروف المالي و ثانيهما إلا لا تتال هذه التحفظات من الشروط الجوهرية للمناقصة ، و إلا اعتبرت تعديلا غير جائز لشروط المناقصة ومواصفاتها الفنية .<sup>(3)</sup>

وقد تكون هذه التحفظات سببا لاستبعاد العروض أو العطاءات المقدمة من قبل أصحابها إذا كانت الشروط العامة المعلنة من قبل الإدارة لا تسمح بإيراد التحفظات أو إذا كانت هذه التحفظات منافية لشروط العطاء فإذا ابدي صاحب العطاء أي تحفظ على عرضه كأن يشترط الدفع بالدولار (حيث يجب إن تقدم الأسعار بالعملة الوطنية) أو يستثنى نفسه من الخضوع لأحد الشروط أو يعتبر ظروف المناخ موجبة

(1) د. عاطف سعدي محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٣١٣ .

(2) د. محمد سعيد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

(3) و في نفس الاتجاه المادة (٥٥) فقرة (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

(لا يجوز لمقدم العطاء شطب أي بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو اجراء تعديل فيه مهما كان نوعه واذا رغب في ابداء أي ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية فيثبتها في كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفني و لا يلتفت الى أي ادعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ في عطائه اذا قدم بعد فتح المظاريف الفنية .)



لتمديد المدة أو ألا يقدم مخالصة نهائية للمشروع إلى غير ذلك من التحفظات فان هذا التحفظ أو الشرط المخالف لشروط الإدارة يعتبر موجبا لعدم النظر في عرض هذا المناقص.<sup>(1)</sup>

و هذا ما أكدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة المصري بجلستها المنعقدة في ١٩٩٥/٦/٢١ بقولها ( بان الأصل في عقود التوريد ، إن الإيجاب يوجه على أساس الشروط العامة المعلن عنها و التي تستقل جهة الإدارة بوضعها ، دون إن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك إلا انه إذا كان لهذا الطرف شروط خاصة تناقض أو تحد من الشروط العامة المعلن عنها ، دون إن تؤثر على الشروط الجوهرية منها ، فلجهة الإدارة إن تتفاوض مع الطرف الآخر للنزول عن كل أو بعض تلك الشروط ، فإذا أسفر التفاوض عن تمسكه بها أو ببعضها وارتضت الجهة الإدارية ذلك ، باتت تلك الشروط جزء لا يتجزأ من العقد).<sup>(2)</sup>

و من الشروط الخاصة التي لا تؤثر على الشروط الجوهرية ، الشرط المتعلق بتحديد مدة التوريد .

(1) د. عبد الرؤوف جابر ، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

(2) اوردها ، د. احمد محمود جمعة ، مصدر سابق ، ص ٤٥ .



## المبحث الثالث

### الآثار القانونية المترتبة عن عطاء العقد

إن عطاء العقد عبارة عن عرض مكتمل ينعقد به العقد إذا ما اقترن به قبول من قبل الإدارة ، عليه فهو يضع التزام على عاتق محرره يتمثل في تنفيذ التزامه كما هو عليه و خلال فترة نفاذه .

فإذا لم يقم صاحب العطاء بتنفيذ التزامه فانه سوف تترتب عليه مسؤولية جزاء ذلك ، و بالتالي سيتحمل صاحب العطاء النتائج المترتبة على نكوله إذا رفض تنفيذ التزامه و على ذلك سوف نبين في هذا المبحث انعقاد العقد في مطلب أول والتزامات عطاء العقد في مطلب ثاني و أخيرا نوضح المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات في مطلب ثالث و على النحو التالي :-

### المطلب الأول

#### انعقاد العقد

من نافلة القول إن عطاء العقد إيجاب بات فبمجرد قبول الإدارة لهذا الإيجاب المقدم من صاحبه فان العقد سوف يبرم لذلك بات لازما تحديد اللحظة الزمنية التي ينعقد فيها العقد لما لها من أهمية كبيرة من كونها ستحدد الوقت الذي يصبح فيها صاحب العطاء مرتبطا بالعقد .<sup>(1)</sup>

لقد وضعت قواعد القانون الخاص ثمة نظريات لمعالجة و تحديد وقت انعقاد العقد و هذا ما سنبينه فيما يلي :-

(1) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لإبرام عقود الاشغال العامة ، مصدر سابق ، س ١٢ .





### الفرع الأول : نظريات إعلان القبول (*Declaration Rule*)

و مؤدى هذه النظرية إن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي يعلن فيها القابل (الإدارة في العقود الإدارية) عن قبوله الإيجاب ، فإذا كان الإيجاب موجهاً عن طريق البريد الالكتروني ، مثلاً فإن لحظة انعقاد العقد تكون حين يقرأ القابل الرسالة عبر البريد الالكتروني هذا إذا سمحت الإدارة بتقديم العطاءات عبر البريد الالكتروني و تبدأ بإرسال رسالة بالرد بالموافقة على العرض المقدم من قبل صاحب عطاء العقد فعندئذ يتم القبول في هذه اللحظة ، لا بل يرى بعض الفقه إن القبول يتم حتى قبل الضغط على الزر الخاص بإرسال الرسالة .<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني : نظرية تصدير القبول (*Expedition Rule*)

و تقتض هذه النظرية إن العقد ينعقد لحظة تصدير القبول ، بحيث لا يستطيع القابل استرداده ، و يعيب البعض هذه النظرية انه إذا كان الإعلان كافياً لتمام العقد ، فلا ضرورة لتصديره لاسيما إن التصدير ليس له قيمة قانونية .<sup>(2)</sup> ذلك انه لا يعدو إن يكون واقعة مادية و إن صح إن إعلان القبول لا يكفي لتوافق الإرادتين فان تصديره لا يكفي لذلك ، و إضافة لذلك إن بعض الدول تسمح أنظمتها باسترداد الخطاب ما دام لم يصل إلى المرسل إليه فكيف يمكن الاعتماد على هذه النظرية لتحديد وقت انعقاد العقد .<sup>(3)</sup>

### الفرع الثالث : نظرية استلام القبول (*Reception Rule*)

و يطلق على هذه النظرية أيضاً (وصول القبول) ، فالقبول وفقاً لهذه النظرية يعد تعبيراً إرادياً واجب الاتصال ، فلا يكفي مجرد إعلان القبول و لا تصديره ، بل يجب وصول القبول إلى الموجب ، ففي هذا الوقت يتم التعاقد ، بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول و يرى أنصار هذه النظرية أنها أقل مساوئ من غيرها

(1) د. احمد شرف الدين ، قواعد تكوين العقود الالكترونية ، دار النصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٩٧ .

(2) نضال سليم برهم ، احكام عقود التجارة الالكترونية ، ط ١ ، دار الثقافة ، ٢٠٠٩ ، ص ٨٤ .

(3) د. عبد العزيز المرسي حمود ، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد ،

٢٠٠٥ ، ص ٢٨ .



وان من مزاياها أنها توزع المخاطر بين الموجب و القابل بصورة عادلة فيتحمل القابل مخاطر عدم انعقاد العقد بسبب تأخر القبول في الطريق و يتحمل الموجب مخاطر عدم علمه بالقبول بالرغم من وصوله إليه .<sup>(1)</sup>

و يعاب على هذه النظرية إن وصول القبول يشبه تصديره ، و لا يضيف إلى إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية ، لان وصول القبول ما هو إلا واقعة مادية ليس لها دلالة قانونية و هو ليس بقاطع في علم الموجب بالقبول ، و إذا كان وصول القبول قرينة على العلم به ، إلا إن تلك القرينة غير قاطعة و قابلة لإثبات العكس و بالتالي فان هذه النظرية تختلط بنظرية أخرى هي نظرية العلم بالقبول .<sup>(2)</sup>

### الفرع الرابع : نظرية العلم بالقبول (Information Rule)

في رأي أنصار هذه النظرية فان العقد ينشأ لحظة علم الموجب بالقبول فعلا ، و يأخذ أصحاب هذه النظرية استلام القبول قرينة على العلم ، و لكن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بإقامة الدليل على عدم علم الموجب بقبول القابل على الرغم من تسليمه.<sup>(3)</sup>

و انتقدت هذه النظرية من ناحيتين أولهما : إن جعل وقت إبرام العقد هو وقت علم الموجب بالقبول سوف يجر إلى التسلسل فالموجب يجب إن يعلم بالقبول و تبعاً يجب إن يعلم القابل بعلم الموجب و هكذا ، هذا الذي ينتهي إلى الوقوع في دائرة مفرغة الحلقات و ثانيهما :انه يصعب على القابل إثبات علم الموجب بالقبول .

و لكن الاعتراض الأول مردود عليه بان القابل لا ينتظر رداً من الموجب بعلمه بالقبول ، كما أمكن التغلب على الاعتراض الثاني بان اعتبار أنصار هذه النظرية إن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم الأخير به ، ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس .<sup>(4)</sup>

(1) د. عباس زبون عبيد العبودي ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ .

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في القانون المدني – مصادر الالتزام ، بيروت ، ١٩٥٢ ، ص ٣١٠ .

(3) د. احمد شرف الدين ، قواعد تكوين العقود الالكترونية ، مصدر سابق ، ص ١٠٠ .

(4) د. عبد العزيز المرسي حمود ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .



و بالرغم من وجود تلك النظريات المتعددة و لأجل تفادي أي إيهام فانه يمكن القول إن تقديم عطاء معين بشكل واضح و متكامل يحقق منفعة في تعيين تاريخ محدد لبقاءه صاحبه على التزامه ، لذلك فان معظم الشروط العامة تذهب إلى (Confirmation Rule) أي تتبنى حلا خامسا لغرض تحديد تاريخ نشوء العلاقة التعاقدية و هو ما يسمى بمبدأ التأكيد و بمقتضى ذلك إن محرر العطاء حتى يكون ملزما في تنفيذ التزاماته فان عليه التأكيد و بشكل صريح نيته في التنفيذ بعد استلامه لقبول الطرف الثاني .<sup>(1)</sup>

و يلاحظ إن المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ تتبنى نظرية العلم بالقبول حسب ما جاء في المادة :

(١) - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و الزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقتضي بغير ذلك .

٢- و يكون مفروضا إن الموجب قد علم بالقبول في المكان و الزمان اللذين وصل إليه فيهما ) .

و في مصر فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في توسيع الأخذ بهذه النظرية .<sup>(٢)</sup>

إما في فرنسا فقد أيد جانب من الفقه نظرية إعلان القبول و جانب آخر يؤيد نظرية تصدير القبول بالرغم من عدم وجود نص في هذا الشأن في القانون المدني الفرنسي و هذا ما أيده مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي بالنص على انه :

(1) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لابرار عقود الاشغال العامة ، مصدر سابق، ص ١٣ .

(2) ورد في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ما يأتي:  
لعل مذهب العلم هو اقرب المذاهب الى رعاية مصلحة الموجب ، ذلك ان الموجب هو الذي يبتدئ التعاقد فهو الذي يحدد مضمونه و يعين شروطه ، فمن الطبيعي و الحال هذه ان يتولى تحديد زمان العقد و كما انه من العدل ان لم يفعل ، ان تكون الارادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك ، و مذهب العلم هو الذي يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضي بان التعبير عن الارادة لا ينتج اثره الا اذا وصل الى من وجه اليه على نحو يتوفر معه امكان العلم بمضمونه .



(يعد العقد منعقدا بين الغائبين عند عدم الاتفاق على خلافه في الزمان و المكان  
الذين يصدر فيهما القبول).<sup>(١)</sup>

و من الجدير بالذكر إن الفقه الإسلامي يرى بان النصوص واضحة الدلالة على  
إن القبول لا ينتج أثره إلا بسماع الموجه إليه و فهمه إياه في حالة التعاقد بين  
حاضرين ، إما في حالة التعاقد بين غائبين فهي لا تعرض صراحة للمسألة و لذلك  
اختلف الباحثون في شأنها ، فقد ذهب غالبية الفقهاء إلى إن الفقه الإسلامي يأخذ  
بنظرية الإعلان في التعاقد بين غائبين بينما ذهب البعض منهم إلى الأخذ بنظرية  
العلم أي يقتضي علم الموجب بالقبول .<sup>(٢)</sup>

وقد بينت المحكمة الإدارية العليا مبدأ علم الموجب بالقبول في احد أحكامها و  
ذلك بقولها : ( لكي ينتج القبول أثره و بالتالي يعتبر التعاقد تاما يتعين إن يعلم  
الموجب بقبول إيجابه باعتبار إن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوه  
القانوني و لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه و إن العلم الذي يعتد به في  
هذا الشأن هو العلم الذي يتم طبقاً للقانون أو لاتفاق الطرفين و هو في العقود الإدارية  
يتم بإيلاغ هذا القبول كتابة إلى صاحب العطاء متضمناً اعتماد عطائه و تكليفه  
بالتنفيذ طبقاً لنص المادة ٣٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات  
رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ و بطبيعة الحال يجب إبلاغ القبول خلال المدة التي يكون  
العرض فيها قائماً حسبما تحدده شروط المناقصة بداءة أو طبقاً لما يدخل عليها من  
تعديلات ارتضاها الطرفان).<sup>(٣)</sup>

(١) د. عباس زبون العبودي ، مصدر سابق ، ص ١٤١ - ١٤٣ .

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٨٧ .

(٣) حكم المحكمة الادارية العليا في مصر ، ( الطعن رقم (٢٣٤٦) لسنة ٤٣ ق.ع جلسة (٢١/١١/٢٠٠٠ -  
الدائرة الثالثة ) . اورده د، محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ص ٨١٧ .



## المطلب الثاني

### التزامات عطاء العقد

ما إن تقبل الإدارة العطاء المقدم من قبل صاحبه حتى يكون صاحب العطاء ملزماً بتنفيذ التزاماته التي تعهد بتنفيذها في ذلك العطاء المقدم من قبله ، لكي يتجنب العقوبات و الجزاءات التي توقع على من ينكل عن تنفيذ التزاماته .

ولعل أول ما يقوم صاحب العطاء الفائز به هو تقديم التأمين النهائي بعد قبول عطاءه ، حيث يتم حساب هذا التأمين حسب قيمة العقد و عليه إكمال مبلغه خلال المدة المحددة له و من ثم يقوم صاحب العطاء المقبول من قبل الإدارة بتوقيع العقد وذلك استعداداً لتنفيذ العقد في حال المصادقة عليه أو اعتماده من قبل السلطة الإدارية المختصة وسوف نبين في هذا المطلب أهم التزامات صاحب العطاء المقبول في فرعين نتناول في الأول إيداع التأمين النهائي إما الثاني فسنخصصه لتوقيع العقد و كما يأتي :-

#### الفرع الأول : إيداع التأمين النهائي

من أجل ضمان تنفيذ العقد يجب على صاحب العطاء إن يؤدي التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوي ( ٥ % ) من قيمة العقد ، و ذلك خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لاختطاره بخطاب موسى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه إذا كان المتعاقدين في داخل البلد و تزداد هذه المدة إلى عشرين يوماً بالنسبة للمتعاقدن في الخارج و يجوز مد المدة المحددة في الحالتين بما لا يتجاوز عشرة أيام بموافقة السلطة المختصة.<sup>(١)</sup>

(١) هذا ما بيئته المادة (١٨) من قانون المناقصات و المزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بقولها : على صاحب العطاء المقبول ان يؤدي خلال عشرة ايام تبدأ من اليوم التالي لاختباره بكتاب موسى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه - التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت الى ما يساوي (٥ %) من قيمة العقد ، و بالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقدين في الخارج يكون الاداء خلال عشرين يوماً و يجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة للاداء - في الحالتين - بما لا يتجاوز عشرة ايام . و اذا جاوز التأمين المؤقت التأمين النهائي و جب رد الزيادة فوراً بغير طلب ويكون التأمين النهائي ضماناً لتنفيذ العقد ، ويجب رده فور اتمام التنفيذ بغير طلب .



كما بينت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ في موادها ( ٧٠ ، ٧٣ ) الأحكام التفصيلية الخاصة بالتأمين حيث نصت على إن تؤدى التأمينات نقداً و ذلك بإيداعها لدى الجهة الإدارية بموجب إيصال رسمي كما يمكن قبول الصك أو خطاب الضمان .<sup>(١)</sup>

و يكون التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد و يجب رده فور إتمام تنفيذ العقد بغير طلب ، و في حالة عقود التوريد لا يؤدى التأمين النهائي إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأشياء التي رسا عليه توريدها و قبلته الجهة الإدارية نهائياً خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائي .<sup>(٢)</sup>

و التأمين النهائي ضمان لجهة الإدارة يقيها من الأخطاء التي قد تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ العقد ، و لا يكون هذا الضمان حقيقياً ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين ، أي اقتضاء قيمته بطريقة التنفيذ المباشر و دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ ، سواء نص أم لم ينص على ذلك في شروط العقد.<sup>(٣)</sup>

ولكن إذا كان التأمين النهائي يمثل ضماناً لجهة الإدارة شرعاً لحمايتها ومصالحها ، فلا يتصور منطوقاً إن يكون قيدها أو ضاراً بحقوقها أو معوقاً لجبرها و مانعاً لها من المطالبة بالتعويضات المقابلة للإضرار الأخرى التي تكون

(١) يعرف الصك بأنه : محرر مكتوب وفق اوضاع شكلية يتضمن امراً صادراً من شخص هو الساحب الى شخص اخر هو المسحوب عليه بان يدفع من رصيده الدائن لديه لامره او لامر شخص اخر او للحامل مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الصك .  
للتفصيل في موضوع الصك ينظر ، د. علي جمال الدين عوض ، القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ٣٤ وما بعدها

و يعرف خطاب الضمان : كفالة شخصية من البنك للمدين الاصلي و هو المورد لصالح الدائن و هو الجهة الادارية المتعاقدة ، و بهذه المثابة فان البنك في التزامه بخطاب الضمان انما يلتزم بصفته اصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميله و لذا فان البنك يلتزم بما تعهد به دون تاخير بغض النظر عن سائر العلاقات السابقة ، سواء تلك التي نشأت بين العميل و دائنه المستفيد او التي بين البنك و عميله ، و من المقرر في هذا الخصوص ان خطاب الضمان و ان كان يقوم مقام التأمين النقدي الا انه ليس اداة كالتشيك او بقية الاوراق التجارية و انما هو اداة ضمان فقط ، ينظر ، د. عاطف سعدي محمد علي ، المصدر السابق ، ص ٢٧٢ .

(٢) د. محمد عبد العال السناري ، مصدر سابق ، ص ٤٣٧ .

(٣) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ٨٣ .



لحقتها من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ شروط العقد ، خاصة إذا كان التامين المودع لا يكفي لجبر كافة الأضرار تعويضا شاملا وافيا.<sup>(1)</sup>

إذ يحق للإدارة إن تطالب المتعاقد معها بتكملة ما يزيد على مبلغ التامين الذي لا يفي بالتعويضات اللازمة عما أصابها من أضرار حقيقية و فعلية .<sup>(2)</sup>

و في نفس هذا الاتجاه بينت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها إن (التأمين النهائي لا يخرج عن إن يكون ضمانا لجهة الإدارة لتوقي الأخطاء التي تصدر من المتعاقد معها كما يضمن ملاءة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري ... لا يمكن قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التامين أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر ... للإدارة المطالبة بالتعويضات المقابلة للإضرار الأخرى التي تكون لحقتها من جراء إخلال المتعاقد بتنفيذ شروط العقد ... للإدارة الحق في توقيع غرامة التأخير كما إن لها الحق في مصادرة التامين عند وقوع الإخلال دون حاجة لإثبات ركن الضرر).<sup>(3)</sup>

### الفرع الثاني : توقيع العقد

التوقيع هو وضع الشخص اسمه أو رمزه في نهاية مستند ما لتأكيد نسبته إليه وإقراره بصحة مضمونه و من المقرر إن أي اسم أو علامة تستخدم لغرض الموافقة على محرر مكتوب يعتبر توقيعاً .<sup>(4)</sup>

و يجب إن يوقع على العقد من قبل الشخص المخول (المقاول أو وكيله الرسمي بموجب وكالة عامة مصدقة من كاتب العدل) أو من مدير المكتب التجاري أو المدير المفوض للشركة توقيعاً حياً، كما يوقع الطرف الآخر وهو الجهة الإدارية ممثلة

(1) د. احمد محمود جمعة ، مصدر سابق ، ص ٦٦ .

(2) د. حيدر طالب محمد علي شذر ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .

(3) حكم المحكمة الادارية العليا ، حكم ١٧٧٢ - ٢٩ (١٩٨٥/٢/٥) . ٣٠ / ٨٧ ، ٥٥٩ .

اورده ، د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ص ٧١٣ .

(4) د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ .





برئيسها الإداري المخول إضافة إلى وظيفته و الذي يملك الصلاحية على التعاقد ضمن المبلغ المحدد في العقد .<sup>(١)</sup>

فإذا حصلت المصادقة على المناقصة لكن المناقص امتنع عن توقيع العقد في ميعاده المقرر أو امتنع عن القيام بما يجب عليه (كتقديم الكفالة) بدون عذر فيكون قد خسر تأميناته الأولية إضافة لمطالبة الإدارة بحقوقها الأخرى أمام القانون ، و إذا ما حصلت هذه الحالة فانه يمكن الإعلان عن المناقصة ثانية على حساب المناقص المنسحب أو إحالتها على المناقص الذي يليه .<sup>(٢)</sup>

و بنفس هذا الحكم أخذت التعليمات الموجهة إلى مقدمي العطاءات الواردة في كل من شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ و شروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية لعام ١٩٨٨ .<sup>(٣)</sup>

ثم عادت هذه الشروط و بينت في المادة (٩) منها، إن على صاحب العطاء بعد تبليغه بقبول عطاءه القيام بتوقيع العقد و تعتبر المقاوله نافذة اعتبارا من تاريخ التبليغ بالاحالة أو من تاريخ توقيع العقد ايهما اسبق ما لم ينص على غير ذلك في صيغة التعاقد .<sup>(٤)</sup>

و إن تاريخ التوقيع في بعض العقود يشكل نقطة بدء جميع الالتزامات التعاقدية فهذا التاريخ سيكون عندئذ مطابقا مع تاريخ نفاذ العقد و هذه حال العقود البسيطة ، بينما في العقود الدولية المهمة فالاحالة مختلفة حيث إن تاريخ نفاذ العقد غالبا ما يكون

(١) د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

(٢) د. محمد سعيد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ .

(٣) و هذا ما بينته التعليمات الى مقدمي العطاءات من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية في الفقرة (١٢) بقولها : على المقاول الذي يقبل صاحب العمل عطائه الحضور خلال ( ) يوما من تاريخ تبليغه بقرار الاحالة لتوقيع صيغة التعاقد و تقديم ضمان التنفيذ بموجب شروط المقاوله و اذا امتنع المقاول عن ذلك فلصاحب العمل الاحتفاظ بالتأمينات الاولية و تنفيذ العمل على حساب المقاول وفقا لاحكام المقاوله و ذلك بدون حاجة الى توجيه اذار او أي اجراء قانوني ، و بنفس المعنى جاءت الفقرة (١٢) من شروط المقاوله لاعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية لعام ١٩٨٨ .

(٤) حيث جاء في المادة (٩) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ :

١- على المقاول بعد اشعاره تحريريا بقبول عطائه ان يوقع صيغة التعاقد .  
٢- تعتبر المقاوله نافذة اعتبارا من تاريخ تبليغ المقاول بالاحالة او من تاريخ توقيع الطرفين على صيغة التعاقد ايهما اسبق ما لم ينص على خلافه في صيغة التعاقد .  
و في نفس المعنى جاءت المادة (٩) من شروط المقاوله لاعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية لعام ١٩٨٨ .





لاحقا على تاريخ التوقيع ، و نتيجة لذلك فان معظم الالتزامات المترتبة عن الشروط العقدية لا يتطلب البدء بتنفيذها إلا من تاريخ النفاذ ، بينما بعض الالتزامات تبدأ من تاريخ توقيع العقد .<sup>(1)</sup>

## المطلب الثالث

### المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات

بينما في المطلب السابق الالتزامات التي على صاحب العطاء القيام بها عندما يبلغ بقبول الإدارة لعطائه و بعكسه سوف يتعرض إلى جملة من الجزاءات التي تفرضها عليها الإدارة في حال نكوله .

و إن هذه الجزاءات التي تفرض لا يشترط فيها حصول ضرر وقع على الإدارة جراء عدم ايفاء صاحب العطاء التزاماته و إنما الضرر فيها مفترض ، حيث انه يعرض سير انتظام المرفق العام إلى التلكؤ و الارباك ، و إذا كانت معظم هذه الجزاءات هي مالية فان بعضها لا يكون له هذه الميزة بصورة مباشرة ، حيث تأخذ الإدارة مثلا جزاءا احترازيا ضد الشخص الناقل تمنعه مستقبلا من الاشتراك في المناقصات التي تجربها ، لأنه بنكوله قد شكك بقدرته المالية و الفنية لإقامة المشاريع و الأعمال التي تطلبها الإدارة التي من اجلها لجأت الإدارة إلى المناقصة و عليه سوف نبين في هذا المطلب الآثار القانونية لإخلال المتعاقدين بالتزاماتهم و ذلك عبر فرعين هما:

(1) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص ٩٠ .



## الفرع الأول : مصادرة التأمينات الأولية (١)

قد يضطر المتعهد الفائز إلى الانسحاب من المشروع لاعتبارات خاصة به ، وذلك بعد ابلاغه بالترسية ، و لكن قبل توقيع العقد ، كأن يدرك المتعهد عدم قدرته على التنفيذ السليم و من تلك الاعتبارات حدوث تغيرات مفاجئة في وضع المتعهد المالي أو حدوث زيادة في الأسعار تفوق قيمة الكفالة المقدمة ، أو ظهور عجز في قدرته الفنية على التنفيذ (ايدي عاملة ، مواد بناء ...) و هذا الأمر ينعكس سلبا على ادائه إذا ما جازف ودخل المشروع و بدا في التنفيذ .<sup>(٢)</sup>

لذا يعتمد المتعهد للانسحاب من عطائه المقدم حرصا على سمعته من جانب ، وعلى عدم تعثر المشروع من جانب آخر ، و عندها يحق للإدارة مصادرة التأمينات الأولية المقدمة ممن قبل صاحب العطاء و تصبح حقا للإدارة فضلا عما يفرض عليه من اجراءات نتيجة حالة النكول .<sup>(٣)</sup>

و من ثم فان مصادرة التأمينات الأولية يعد حقا للإدارة و جزاء تفرضه على المتعاقد (الناكل) و لا ينازع في ذلك عدم معرفة الناكل بذلك ، و تذهب محكمة القضاء الإداري في مصر للتدليل على ذلك إلى القول بأنه (....) ليس بالذي يعتد به ما يقول به المدعي في مذكرته من إن شروط المزايدة لم تنص على حق الوزارة في مصادرة التأمين في حالة تخلف من يرسو عليه العطاء عن تنفيذ ما تعهد به ، وذلك

(١) يقصد بالتأمين المؤقت او الاولي : هو مبلغ من المال يودع لدى الجهة الادارية تتوقى به اثار الاخطاء التي يرتكبها صاحب العطاء عند انسحابه او نكوله عن المناقصة او المزايدة او الممارسة و ضمان لجديته مساهمته و لسلامة قصده ) .

و قد عرفها البعض بانها : ضمان للابقاء على العطاء طول المدة المقررة و لسداد جزء من التأمين النهائي عند رسو العطاء فيصادر بمجرد انسحاب صاحبه قبل انتهاء فترة سريان العطاءات او اذا تخلف عن ايداع التأمين النهائي و اختارت الادارة الغاء المناقصة للعييب الاخير او احوالها الى المتقدم الثاني .

للمزيد ينظر : د. عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي ، مصدر سابق ، س ١٩٢ . و كذلك د. محمد فؤاد عبد الباسط ، اعمال السلطة الادارية ، القرار الاداري ، العقد لاداري ، مكتبة الهدية ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص ٤٢٨ .

(٢) د. خالد عبد الله الرشيد ، جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٤ ، ص ١٤٠ .

(٣) د. محمد سعيد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .



لأنه ما دام الغرض من التامين هو ضمان التنفيذ ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التامين).<sup>(١)</sup>

و بالإضافة إلى مصادرة التامينات الأولية المودعة لدى جهة الإدارة من دون حاجة إلى اتخاذ أي اجراءات مثل الانذار أو اللجوء إلى القضاء استنادا لما تملكه الإدارة من سلطة التنفيذ المباشر لقراراتها ، نتيجة عدوله عن المناقصة.<sup>(٢)</sup>

فلها الحق في احالة المناقصة على المرشح الثاني و يتحمل المناقص الناكل فرق البدلين الناجم عن تنفيذ العقد ، فإذا كانت قيمة التامينات غير كافية لسداد فرق البدلين يتم اخذها من امواله الأخرى و في حالة نكول المرشحين الأول و الثاني عن توقيع العقد أو تقديم خطاب ضمان حسن التنفيذ فلجهة التعاقد ترسية المناقصة على المناقص الثالث و يتحمل الناكلان الأول و الثاني فرق البدلين بالتضامن و حسب فرق المبالغ الخاصة بالترشيح لهما مع مصادرة التامينات الأولية .

(١) القضية رقم (١٩٩٨) لسنة (١٠) ق بتاريخ ١٧/٦/١٩٥٧ - بند ١٤ - ص ١٨ . اورده د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص ٤٢٩ .

و كذلك بين المشرع في مصر في قانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ في المادة (٢١) منه (اذ لم يقدم صاحب العطاء بقاء التامين النهائي و في المهلة المحددة ، جاز للجهة الادارية - بموجب اخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول و دون الحاجة لاتخاذ أي اجراء اخر - الغاء العقد او تنفيذه بواسطة احد مقدمي العطاءات التالية لعطاءه بحسب ترتيب اولوياتها ، و يصبح التامين المؤقت في جميع الحالات من حقها كما يكون لها ان تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من اية مبالغ مستحقة او تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور ، و في حالة عدم كفايتها تلجا الى خصمها من مستحقاته لدى اية جهة ادارية اخرى ، ايا كان سبب الاستحقاق ، و ذلك كله مع عدم الاخلال بحقها في الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الاداري) .

(٢) و على العكس من ذلك نجد ان الادارة تمتلك سلطة تقديرية في ابرام عقودها حتى لحظة التوقيع على العقد تستطيع ان تمتنع عن التوقيع اذ قررت ان المصلحة العامة تقتضي ذلك و ان اختيار لجنة البت لاحد المتناقصين لا يلزم الادارة بالتعاقد و عدم التوقيع من السلطة المختصة يجعل الرابطة العقدية معدومة مهما سبقها من مقدمات و انعدام الرابطة التعاقدية لا يعني حرمان الفرد من التعويض في بعض الحالات و ان المتعاقد يستطيع ان يرجع عن الادارة بالتعويض عن الاضرار التي تلحقه من جراء نكول الادارة عن التعاقد على احد اساسين هما : اما على اساس الخطأ او على اساس الاثراء بلا سبب . ينظر : د. سليمان محمد الطماوي ، المصدر السابق ، ص ٣٦٥ - ٣٦٦ .



وبنفس الاتجاه أخذت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (١٧) منها .<sup>(١)</sup>

و هذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في احد أحكامها بالقول :  
(إذا نكل المقاول عن تنفيذ العقد و احيل العقد ذاته على مقاول آخر فيتحمل المقاول الناكل فرق الزيادة تنفيذا للعقد وبحكم القانون) .<sup>(٢)</sup>

و إذا كانت تلك هي القاعدة العامة فان ثمة استثناء يرد عليها يتمثل في انه في الاحوال التي تتم فيها الإحالة النهائية على احد المتقدمين ويعدل عن المناقصة قبل توقيع العقد لاسباب معقولة و مقنعة للإدارة كان يكون واقعا في غلط جوهرى في مادة الشيء المطلوب أو في قيمتها المطلوبة ، فان على الإدارة إن تعيد تأميناته رغم عدوله و تحيل المناقصة إلى الفائز الثاني دون إن يتحمل الأول فرق السعر أو تلغى المناقصة و اعلانها من جديد ايهما أفضل للإدارة ، و هذا الاجراء يتطلب من الإدارة التدقيق قبل اصدار مثل هذا القرار.<sup>(٣)</sup>

و بطبيعة الحال يعفى صاحب العطاء الذي تمت الإحالة عليه من مصادرة التأمينات و فرق البدلين في حالة عدوله بسبب قيام الإدارة بتغيير موضوع المناقصة (محل العقد) إلى نوع آخر مما يؤدي إلى زيادة الاعباء الاقتصادية على المتقدم .<sup>(٤)</sup>

(١) و هذا ما بينته هذه التعليمات في المادة (١٧) البند اولاً منها بالقول (الاثار القانونية المترتبة على الاخلال قبل توقيع العقد في حالة نكول المناقص الفائز عن توقيع العقد بعد انذاره رسمياً بضرورة توقيع العقد خلال (١٥) يوماً من تاريخ تبليغه تتخذ الاجراءات الاتية :-

أ- مصادرة التأمينات الاولى الخاصة بالمناقص الناكل .  
ب- احالة المناقصة على المرشح الثاني و يتحمل المناقص الناكل فرق البدلين الناجم عن تنفيذ العقد مع مصادرة تأميناته الاولى .

ت- في حالة نكول المرشحين الاول و الثاني عن توقيع لعقد و/ او تقديم خطاب ضمان حسن تنفيذ العقد فلجهة التعاقد ترسية المناقصة على المناقص الثالث و يتحمل الناكلان الاول و الثاني فرق البدلين بالتضامن و حسب فرق المبالغ الخاصة بالترشيح لهما مع مصادرة التأمينات الاولى .

ث- تطبيق على المناقصين الناكلين الاجراءات المنصوص عليها في الفقرات (أ) و (ب) و (ت) من هذا البند عند حدوث النكول اثناء نفاذ عطاءاتهم الخاصة بالمناقصة)

(٢) حكم رقم ٥٢٣ / ١٣ / ٧٣ و ٢١٥ / ١٣ / ٧٤ في ١٣ / ٥ / ١٩٧٤ .  
ينظر : ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، منشورات وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص٦٤٨ .

(٣) عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي ، مصدر سابق ، ص١٨٣ .

(٤) د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ و احكام القانون الاداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٥٠٢ .



و أخيرا حتى يكمن ايقاع هذا الجزاء و مصادرة التأمينات الأولية يجب إبلاغ قبول الإدارة إلى صاحب العطاء في المدة التي يكون إيجابه قائما حسبما تحدده شروط المناقصة ، فإذا وصل هذا الأخطار بقبول العطاء بعد هذه المدة فانه لا ينتج أثره القانوني إذ يتحلل الموجب من إيجابه بعد فوات الميعاد المتفق عليه و لا يمكن ايقاع مثل هذا الجزاء عليه .<sup>(١)</sup>

و من الجزاءات الأخرى التي يمكن للإدارة اتخاذها ضد من ينكل عن تنفيذ التزاماته هو تنفيذ العقد على حساب المقاول الناكل ، و لكن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ فرقت بين الجزاءات التي يمكن فرضها على الناكل قبل توقيع العقد و الجزاءات بعد توقيع العقد ، فأقرت بإمكانية فرض جزاء تنفيذ على حساب المقاول عند توقيع العقد فقط ، و نحن نميل إلى هذا الرأي .<sup>(٢)</sup>

### الفرع الثاني : وضع الناكل على القائمة السوداء

يقصد بالقائمة السوداء في هذا المجال ذلك السجل الذي يدون فيه اسماء الاشخاص و الشركات من قبل الجهات المختصة بعد رفع توصية بذلك من الجهات المتعاقدة معهم عند تحقق حالات معينة و لمدة معينة ، و لا يجوز إن تزيد على سنتين اعتبارا من تاريخ تبليغهم بقرار ادراجهم في القائمة السوداء ، و كذلك يتم بموجب اجراءات معينة .<sup>(٣)</sup>

(١) و هذا ما اكدته محكمة التمييز في حكم لها جاء فيه: ( ... من شروط المناقصة بان تعتبر اسعار المناقص نافذة لدة (٤٥) يوما و ان المدة تنتهي في ١٩٥٨/٥/٥ و ان المدعي عليه قد تبلغ في (١٩٥٨/٥/٧) أي بعد يومين من انقضاء المدة و ان كتاب التبليغ بالاحالة لم يصله اذ ارسل بعنوان خطأ في بغداد و اعيد للدائرة وقد ثبت تقصير بعض المسؤولين في تبليغه خلال المدة القانونية فيكون محقا بتحلله عن العطاء ... )  
رقم القضية ٢٥٥٣ ح/١٩٦٥ بتاريخ ١٩٦٦/٥/٣ مجلة التدوين القانوني ، ٢٤ ، كانون الاول / ١٩٦٦ ، السنة الخامسة ، مطبعة الحكومة ، ص ١٧٠ ، و ما بعدها .

(٢) و هذا ما جاءت به تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (١٧) البند ثانيا الفقرة (ب) بقولها : ( تنفيذ العقد عن طريق لجنة اسراع يمثل فيها المتعاقد المخل بالتزاماته و عند الرفض يستحصل اذن قضائي من محكمة الموضوع بتنفيذ العمل على حسابه بعد وضع اليد و جرد المواد و المعدات الخاصة بالمتعاقد المخل لاغراض تصفية الحسابات و تنفيذ العمل على حسابه من هذه اللجنة و يتم احتساب الغرامات التأخيرية و التحويلات الادارية البالغة ٢٠% من مبلغ الالتزام المخل به و الالتزامات المالية الأخرى فاذا وجد بعد تصفية الحسابات النهائية بان حسابه دائن فلا يعطى له شيء و اذا وجد حسابه مدين فيتم المطالبة بالتعويض بذلك المبلغ) ،

(٣) نجدت صبري عقراوي ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .



و قد بينت تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع خطط التنمية القومية في العراق لعام ١٩٨٨ في المادة (١٢) فقرة (٤) (بعد امتناع صاحب العطاء عن التعاقد يتم اصدار قرار إداري بتشكيل لجنة خاصة تتولى التحقيق في مدى توفر الوقائع التي بموجبها تقترح وضع الشركة أو المقاول في القائمة السوداء للمدة التي تراها).<sup>(١)</sup>

و بنفس الاتجاه جاءت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (١٨) منها التي تنص على إن ( للجهات التعاقدية في الوزارات و الجهات غير المرتبطة بوزارة و الاقاليم و المحافظات غير المنتظمة في إقليم إدراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية في القائمة السوداء مع مراعاة ما يأتي:-

أولاً: تتخذ إجراءات إدراج المقاولين العراقيين في القائمة السوداء باعتماد الآلية المبينة في تعليمات تسجيل و تصنيف المقاولين العراقيين الصادرة عن وزارة التخطيط و التعاون الانمائي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ .

ثانياً : تتخذ إجراءات إدراج المتعاقدين من (مقاولين غير عراقيين و تجهزين عراقيين و غير عراقيين و استشاريين عراقيين و غير عراقيين ) بالاعتماد على الآلية المبينة في الضوابط الصادرة بهذا الموضوع .<sup>(٢)</sup>

إن ظاهرة الانسحاب المتكرر للمتعهد الفائز بعد الترسية و قبل توقيع العقد تترك انطباعاً سيئاً عنه ، سواء بالنسبة للإدارة أو الجهة الكافلة و هذا أمر يؤدي إلى

(١) فقد اوضحت هذه التعليمات بانه لوضع المقاول او الشركة في لقائمة السوداء حصول ما يلي :-

- ثبوت رشوة او الشروع في رشوة احد منتسبي الحكومة او التواطؤ معه .
- ثبوت تقديم معلومات او امور مغايرة للحقيقة فيما يتعلق بالعمل المحال عليه بقصد الاضرار بالمصلحة العامة .

و بينت الفقرة (١) من نفس المادة على ان يتم (سحب هوية تسجيل المقاولين العراقيين منه و شطب تسجيله نهائياً و يمنع مزاوله اعمال المقاولات و العقود بانواعها كافة) .

و كذلك بينت الفقرة (٨) من نفس المادة على ان يتم (عند انتهاء مدة ادراج اسم المقاول و الشركة في القائمة السوداء تقدم طلب الى الجهة التي اقترحت ادراج اسمه في القائمة السوداء للنظر في امر رفعه من القائمة السوداء) .

(٢) بينت هذه المادة حظر التعاقد مع المقاولين و الشركات المخلة بالتزاماتهم التعاقدية بموجب العقود الادارية المبرمة مع الوزارات و الجهات غير المرتبطة بوزارة بالقائمة السوداء ، من خلال اتباع مجموعة من الضوابط الصادرة عن وزارة التخطيط و التعاون الانمائي .

وكذلك ينظر اعمام وزارة التخطيط و التعاون الانمائي ذي العدد (٤٨٧٨/٧/٤) في ٢٠٠٥/١٠/٣ .



استبعاد ترشيحه من قبل الإدارة مرة أخرى في أي من مشاريعها المستقبلية ، كما انه يؤدي إلى عدم اقبال الجهات الكافلة على ضمانه لاحقا لعلها بعدم جديته.<sup>(١)</sup>

و لا يقتصر الإجراء الذي تتخذه الإدارة بإدراج المقاولين و الشركات المخلة في القائمة السوداء على حالة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بعد تبليغه بقرار الإحالة من قبل الإدارة و لكن هناك أمور أخرى تستوجب الوضع في القائمة السوداء.<sup>(٢)</sup>

و بالرغم من إن الجزاء الذي تملكه الإدارة إلا و هو الوضع في القائمة السوداء تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة و من دون حاجة للجوء إلى القضاء لاصداء قرار بذلك ، و لكن ينبغي إن لا تتعسف باستخدام سلطتها في فرض ذلك الجزاء.<sup>(٣)</sup>

(١) د. خالد عبد الله الرشيد ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

(٢) تشكل في كل وزارة او جهة غير مرتبطة بوزارة لجنة فنية للنظر في الطلبات الخاصة بادراج المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية مع الدوائر التابعة لهذه الوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة ، و تكون برئاسة موظف بدرجة مدير عام و عضوية ممثلين عن دوائرها القانونية و المالية و الادارية و دائرة المفتش العام لغرض دراسة هذه الطلبات و تقديم التوصيات بشأنها الى الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة للمصادقة عليها بالاضافة الى اتخاذ الاجراءات القانونية المناسبة في حالة ارتكاب احد الافعال الاتية :

أ- ثبوت التعامل مع الشركات الاجنبية المقاطعة .

ب- ثبوت رشوة او الشروع في رشوة احد منسوبي الحكومة او التواطؤ معه .

ت- ثبوت القيام بتحريف او تزوير العطاءات او أي مستند من مستندات المقولة .

ث- ثبوت تقديم معلومات او امور مغايرة للحقيقة فيما يتعلق بالعمل المحال عليه بقصد الاضرار بالمصلحة العامة .

ج- ثبوت مخالفة شروط المقولة او المواصفات الفنية المتعاقد عليها بقصد الاضرار بالمصلحة العامة .

ح- ثبوت عدم الالتزام باداب المهنة باتباع اساليب المنافسة غير المشروعة .

خ- الامتناع عن توقيع صيغة التعاقد بعد التبليغ بقرار الاحالة .

د- ثبوت التلكؤ بتنفيذ المقولة او اخلاله بالتزاماته التعاقدية .

ينظر : نص الفقرة (اولا) من المادة (٢٧) من تعليمات تسجيل و تصنيف المقاولين العراقيين الصادر عن وزارة التخطيط و التعاون الانمائي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ .

(٣) د.عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي ، مصدر سابق ، ص ١٩٨ .



# الفصل الثاني

## عطاء التفاوض





## الفصل الثاني

### عطاء التفاوض

و يعتمد هذا النوع من العطاءات على اجراء مفاوضات بين اطراف من المحتمل ان يتم التعاقد بينهم فيما بعد إذا حدث توافق بين ارادتهم على الحقوق والالتزامات التي يربتها محل العقد ، فالمفاوضات تمثل محاولة للتوفيق بين التعارض في مصالح الاطراف اذ ان كل طرف يسعى لترجيح مصلحته على حساب الطرف الآخر .

وهذا النوع من العطاءات املته الحاجة في بعض العقود التي لا يمكن للطرف الأول فيها و هو الإدارة في العقود الإدارية ان تنتبأ مقدما بكل حيثيات وترتيبات العقد المراد إبرامه فتعتمد إلى المفاوضات للتعرف على بعض الرؤى والافكار حول موضوع العقد .

و إذا كان عطاء التفاوض بنوعين ، فهو قد يكون عطاء مفاوضة ، وقد يكون عطاء ممارسة ، و إن المبادئ التي تحكم صياغة العطاء للتفاوض تختلف من عقد إلى اخر سواء تعلق ذلك بمحل العقد أو أسلوب إبرامه ذلك إن عطاء المفاوضة يختلف من حيث طبيعته عن عطاء يبرم بطريقة الممارسة على الرغم من اشتراكهما بعدد من العناصر الاساسية التي تميزهما عن عطاء العقد .

إلا إن بين هذين النوعين تماثلا و تقاربا حيث إن كل من عطائي المفاوضة و الممارسة يقومان على تقنية المفاوضة من اجل التوصل إلى ابرام العقد .

وان كانت حدود هذه المفاوضات ليست بنفس الحجم في كليهما فهي تكون في عطاء المفاوضة اكثر شمولية كون هذا العطاء اقل اكتمالا من عطاء الممارسة .

و هذا ما سنحاول ايضاحه فيما يلي اذ سنتحدث عن المفاوضات في المبحث الأول و عطاء المفاوضة في المبحث الثاني و اخيرا عطاء الممارسة في المبحث الثالث و على النحو التالي :



## المبحث الأول

### المفاوضات

تعد المفاوضات علم قائم بذاته ، و هي في نفس الوقت علم اجتماعي متداخل متشابك مع غيره من العلوم الإنسانية يأخذ منها و يضيف إليها .  
وبجانب ذلك فان المفاوضات تعد إحدى فنون الحياة اليومية ، يحتاجه كل منا مهما كان عمره أو مركزه ، فلا يمر يوم دون إن نعيش العديد من المواقف التي تحتاج فيها إلى التفاوض .  
و إن المفاوضات في إبرام التصرفات القانونية فكرة قديمة ، ترجع بجذورها إلى التاريخ الذي عرف فيه الانسان الالتقاء مع بني جنسه في الاسواق لتبادل وتقايض السلع و الخدمات حيث تجري بعض المساومات و الأخذ و العطاء والرفض و القبول حول أسعار السلعة أو الخدمة ، حيث يلتقي الطرفان في النهاية على كلمة سواء و تتم عملية المبادلة أو المقايضة .  
و تلعب المفاوضات دورا كبيرا في العقود كونها احد المراحل التي يمر بها العقد حتى إبرامه فل هذه المفاوضات أهمية كبيرة في تحديد حقوق و التزامات طرفي العقد .  
و على الرغم من كثرة استخدام المفاوضات في مجالات الحياة عموما و في مجال القانون خصوصا فهي لا تقتصر على العقود و إنما تلعب دورا كبيرا في الاتفاقيات الدولية و في العلاقات الدبلوماسية بين الدول إلى غير ذلك .  
ولما كان ذلك مما يخرج عن اطار دراستنا ، فاننا سوف نقتصر في هذا المبحث على المفاوضات في العقود الإدارية ، و من خلال التعرف على ماهية المفاوضات في المطلب لاول و تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات في المطلب الثاني ، إما المطلب الثالث فسنعرضه للمبادئ التي تحكم المفاوضات .



## المطلب الأول

### ماهية المفاوضات

المفاوضات إجراء مرحلي تقوم به السلطة الإدارية مع الطرف الآخر الراغب في التعاقد بشأن الاعداد لابرام العقد أو تسوية نقطة خلافية تتعلق بابرام العقد .  
و يستلزم إجراء المفاوضات وجود رغبة متبادلة بين الجهة الإدارية التي تسعى للتعاقد و بين مقدم العطاء ، و من ثم فان إجراء المفاوضات يعد عملا إراديا غير فردي سواء كانت المبادرة من جانب الإدارة أم من جانب الطرف الآخر .  
وسنبين في هذا المطلب تعريف المفاوضات و من ثم مراحل المفاوضات وبعدها أهمية المفاوضات و كما سيأتي بيانه :-

#### الفرع الأول : تعريف المفاوضات

لغة : التفاوض مشتقة من الفعل الثلاثي فوضَ ، أي فوض الأمر و جعله إليه ، إما المفاوضات على وزن مفاعلة ، فهي من التفويض أي اخذ تخويل من صاحب الصلاحية ، و كلمة تفاوض مشتقة من اصل لاتيني و تعني العمل .<sup>(1)</sup>  
فقد اعتبر البعض المفاوضات بالنسبة للباعة والمشتريين من أهم المسائل ، و اشار البعض الآخر إلى المفاوضات بانها تعد من أهم تحديات الاتصال في الأعمال التجارية و يرى غيرهم إن التفاوض هو عملية التواصل تقدما و تراجعا لمناقشة القضايا و التوصل إلى اتفاق مبدئي بين الطرفين ، حيث إن التفاوض عملية لادارة الخلافات بغية تحقيق رضا تعاقدى للاحتياجات .<sup>(2)</sup>  
إما في اللغة الفرنسية ، فان كلمة (Negociation) و اصلها في اللغة اللاتينية (Negotiation) ، تحمل معنيين :

(1) ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، ج ٧ ، ص ٦٤ .  
(2) Tung – Tsung Tu , Yao – Sheng Hsu , Clen – Hsien lin , the effect of negotiation of international trade agreements – scholar .googel.com.eg



**المعنى الأول :** هو التجارة (Commerce) أي عملية الشراء و البيع لقيمة منقولة أو عملية تداول الاوراق التجارية .

**المعنى الثاني :** هو التفاوض أي العملية التي تضمن سلسلة من المحادثات و تبادل وجهات النظر و بذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف لتوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة و مرادف كلمة (Negociation) أي تفاوض هو (Pouparlers).<sup>(١)</sup>

إما تعريف المفاوضات في الاصطلاح فيمكن تعريفها بأنها : حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من اجل البحث عن امكانية توافق الإرادات تجاه حقوق والالتزامات (محل العقد).<sup>(٢)</sup>

و يمكن تعريفها أيضا بأنها إجراء مرحلي تقوم به السلطة الإدارية مع الطرف الراغب بالتعاقد بشأن الاعداد لابرام العقد أو تسوية نقطة خلافية تتعلق بشروط العقد أو تنفيذه .<sup>(٣)</sup>

و تعرف أيضا بأنه كل ما يصدر عن احد الطرفين منفصلا بعلم الطرف الآخر و يكون متعلقا بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان إلى إبرامه .<sup>(٤)</sup>

إذا المفاوضات هي الحوار الذي يتم بين الطرفين المحتمل تعاقدهم بقصد الوصول إلى إبرام العقد عن طريق التوصل إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالتراضي أو قبول الحلول الوسط .

## الفرع الثاني : مراحل المفاوضات .<sup>(١)</sup>

(١) رجب كريم عبد الاله ، التفاوض على العقد ، دراسة تاصيلية تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٦٣ .

(٢) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص ٤٥ .

(٣) د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

(٤) د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٠ .



تشتمل عملية التفاوض على سلسلة من النشاطات و المواقف المتعددة تتخللها العديد من الافكار و الانطباعات التي تثير اهتمام المتفاوض في جميع الاتجاهات . ويمكن لهذه النشاطات و المواقف على كثرتها و تشعبها ان تؤدي إلى حالة التشتت في الجهد و الوقت ما لم يكن هناك ادراك عميق وواسع لفهم طبيعة المراحل المحددة التي تمر خلالها المفاوضات ، مما يتطلب وضع خطة للتحرك في كل مرحلة على وفق متطلباتها المحددة .<sup>(٢)</sup>

و يمكن تقسيم المفاوضات اتفاقا مع بعض الآراء إلى ثلاثة مراحل :

### أولا : مرحلة ما قبل المفاوضات

و تبدأ هذه المرحلة بإعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد وفقا لأسلوب محدد وشروط معينة و في ضوء هذه الدعوة للتعاقد يعكف من يرغب في التعاقد مع الإدارة على دراسة الموقف تمهيدا لتقديم عرضه و تمثل هذه المرحلة نقطة البداية عن طريق المفاوضات في ضوء ما يصل إليه مقدمي العروض من نتائج و ملاحظات فضلا عما يرونه من اشتراطات أو تحفظات على شروط التعاقد المعلن عنها ، وتؤدي هذه المرحلة في ضوء دراسة كل طرف لموقف الآخر إلى إحدى النتيجتين:-<sup>(٣)</sup>

الاولى : صرف النظر عن المفاوضات بصورة مؤقتة أو نهائية .

الثانية : اتخاذ قرار التفاوض .

### ثانيا : مرحلة التفاوض

(١) و هناك تقسيمات اخرى لمرحل عملية التفاوض .

للمزيد من التفاصيل ينظر : د. ناجي معلا ، التفاوض ؛ الاستراتيجيات و الاساليب ( مدخل في الحوار الاقناعي)، ط٢، مطابع الفجار ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص٩٧ وما بعدها .

(٢) عباس غالي مجيد او التمن ، مهارات التفاوض في الاعمال ، دراسة تطبيقية في مفاوضات التجارة الخارجية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة و الاقتصاد ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩ ، ص٢٧ .

(٣) د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص٤٢ .



تبدأ هذه المرحلة بناء على قبول مسبق من جانب الأطراف لمبدأ التفاوض ، إذ يقوم كل طرف بجمع المعلومات و البيانات المتعلقة بالمفاوضة و تحليلها ووضع خطة للتفاوض ، إذ تحتل مسألة الاعداد للمفاوضات مكانة كبيرة كونها تقلل الوقت والجهد و توجه مسارات المفاوضات نحو النجاح و تحقيق الاهداف المبتغاة ، و لاسيما إن انصبت على عقود ذات مبالغ مالية كبيرة و التي تتم بين جهات تتعامل للمرة الاولى إذ تعد المفاوضات عندئذ الاجتماع الأول للتعبير عن مصداقية كلا الطرفين ووضع أسس التفاهم المهني المستقبلي .<sup>(1)</sup>

وتعد مرحلة تقديم العطاءات و التفاوض المرحلة الأساس ، و منها يبدأ كلا الطرفين بممارسة التأثير ، و بالتالي فان نتائج هذه المرحلة – أي التي تسبق إبرام العقد – و خاصة فيما يتعلق بكفاءة التنفيذ مع احتساب الوقت المحدد و التكلفة سوف يتأثر وبشكل كبير بالصفات المميزة التي يحملها كل متعاقد في هذه العملية .<sup>(2)</sup>

و إن مهارة المتفاوض سوف تمكنه من عقد أفضل الصفقات سواء أكانت عقودا و صفقات كبيرة القيمة أم كانت تتعلق بالصفقات التي تعقد يوميا ، و مهارة المتفاوض ستجعله قادرا على تأمين موقفه و ضمان تقدمه ، و هذا كله مزايا للإدارة التي يعمل المتفاوض المتمرس لصالحها ، حيث سيكون قادرا على تمثيل الإدارة في المفاوضات العقدية بطريقة أكثر مهارة و فعالية في مواجهة العملاء و الزبائن و الموردين وغيرهم .<sup>(3)</sup>

### ثالثا : مرحلة النتائج

(1) د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، المرشد العملي في احكام الشراء و البيع و الايجار و ابرام العقود الحكومية، ط ٢ ، ص ١٤٠

(2) Marcus Ahadzi and Graeme Bowles , public private partherships and contract negotiation : an empirical study construction management and aconomic , vol22 , November 2004 , P.968

(3) Gerard I. Nirenberg , The art of negotiation ating , the negotiation institute , New York, 1968 , P.3



تبتغي المفاوضات الوصول إلى هدف محدد تلتقي عنده مصالح الاطراف المتفاوضة و هذا الهدف يمكن تحقيقه بإتباع الإستراتيجية الصحيحة .<sup>(1)</sup>  
إذ إنه في أي مفاوضات، سواء اكانت هذه المفاوضات تتعلق بمجالات اجتماعية أم في مجالات العمل أم في مجالات سياسية ، أم في المجالات التعاقدية ، يظهر تأثير بعض العوامل الطارئة التي تلعب دورا كبيرا في تشكيل نتائج المفاوضات .  
و خاصة من حيث الوقت المستغرق للوصول إلى اتفاق مرضي لطرفي المفاوضة – بما في ذلك التكلفة بالنسبة للطرفين – ومن بين هذه العوامل استراتيجيات التأثير و المهارات التفاوضية للاطراف ، و النزعة السلوكية لهم (الاطراف) وأخيرا تأثير الظروف المحيطة عليهم .<sup>(2)</sup>

فإذا توصلا الطرفان المتفاوضان إلى اتفاق نهائي حول الشروط الجوهرية في العقد فان العقد يكون حينئذ جاهزا للانعقاد ، و من ثم ينتقل الطرفان إلى المرحلة التالية و الأخيرة و هي مرحلة إبرام العقد ، فيتبادلان الإيجاب و القبول المتطابقين وفقا للاتفاق التفاوضي الذي توصلا إليه ، بافراغ هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة و يوقعان عليها و عندئذ ينعقد العقد نهائيا .<sup>(3)</sup>

### الفرع الثالث : أهمية المفاوضات<sup>(4)</sup>

(1) د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود ( تصميم العقد) ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .  
(2) Marcus Ahadzi and Graeme Bowles ,Op.cit,P/٩69  
(3) د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مصدر سابق ، ص ١٧٣ .  
(4) و كذلك للمفاوضات اهمية في الشريعة الاسلامية بالنسبة للعقود ، حيث يطلق عليها مجلس مقدمات العقد ، و لكنها لا يترتب عليها في الاصل اثر ما لان هذه المقدمات لا تخرج عن وصفها عملا ماديا ذو وجود حسي ،



يرى البعض إن انتشار العقود النموذجية جعل التفاوض امرا يرجع إلى الماضي و لكن الحقيقة إن تبادل النماذج العقدية بين الطرفين يعتبر تفاوضا بينهما عن طريق الكتابة ، وان مبدأ حرية التعاقد يتبع مبدأ حرية التفاوض .<sup>(١)</sup>

فالوضع المألوف للتفاوض إن يكون الإيجاب من صنع احد الطرفين و إن كان الإيجاب مستكملا شروطه من حيث تضمنه العناصر الجوهرية لمشروع العقد، وهو لا يزال قائما فان مصير إبرام العقد يتوقف على مشيئة الطرف الآخر ، باعتبار إن العقد ينعقد بتلاقي الإيجاب مع القبول بينما في العقود التي تسبقها المفاوضات لا يتوقف قيام العقد على مشيئة احد المتعاقدين بل على مشيئتهما معا ، و أهمية ذلك تظهر في إن المفاوضات تؤدي إلى وضع تصور مشترك لكل الموضوعات التي جرت مناقشتها .<sup>(٢)</sup>

فالمفاوضات لها أهمية خاصة كونها وسيلة من اجل التعرف على العروض ذات المواصفات الفنية الجيدة ، و هي تحظى باهية بالغة من الناحية القانونية كونها تمثل دورا وقائيا لمرحلة إبرام العقد .<sup>(٣)</sup>

و تبرز أهمية المفاوضات في العقد الإداري من جانبين :-

الأول : هو إن المفاوضات وسيلة تلجأ الإدارة من خلالها إلى مفاوضة مقدمي العروض لتحقيق هدف مادي و فني .

الثاني : هو إن المفاوضات مرحلة تعاقدية حيث أنها إحدى مراحل حل المشكلة محل النزاع و من ثم فهي تقود الاطراف غالبا في حالة نجاحها إلى توثيق النتائج المتفق عليها في صورة عقد أو اتفاق.<sup>(٤)</sup>

و هي بوصفها كذلك لا تحاط بالقيود المفروضة في مجلس العقد ، فمجلس المقدمات و هو مجلس متحرك ، اما مجلس العقد فهو مقيد ساكن ، يمثل انتقال الفكر من مرحلة المفاوضات الى مرحلة العزم و التصميم .

المزيد ينظر : د. عباس زبون عبود ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

(١) د.طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، الاصدار السادس ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ١٠٨ .

(٢) د. عثمان سلمان غيلان عبودي ، المرشد العملي في احكام الشراء و البيع و الايجار و ابرام العقود الحكومية ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ - ١٣٦ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٥١ .

(٤) د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ٤٥ - ٤٦ .





و لا تقل مرحلة المفاوضات السابقة على العقد أهمية عن مرحلة ما بعد العقد إذ أنها مدة إعداد و تحضير للعقد و كلما كان الإعداد و التحضير جيدين كلما كان العقد محققا لمصلحة المتعاقدين و متضمنا الشروط التي تمنع اثاره المنازعات بينهما.<sup>(1)</sup>

و هذا يعني إن المفاوضات العقدية تتمتع باهمية كبيرة من الناحية القانونية فهي تمارس دورا وقائيا لمرحلة إبرام العقد / كما إن حسن ادارة عملية المفاوضات امرا يحد من المنازعات في المستقبل .<sup>(2)</sup>

و يظهر الدور البارز للمفاوضات في مجال التعاقد الإداري بطريقة الممارسة (L'appeld offer) و الاتفاق المباشر (Marches negociés) وبهذا فانهما يمتازان عن طريقة المناقصة .<sup>(3)</sup>

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للمفاوضات

- (1) عبد اللطيف نايف عبد اللطيف الجبوري ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٦ .
- (2) د. محمد حسين عيد العال ، مصدر سابق ، ص ١٢ .
- (3) و تتضاعف اهمية المفاوضات العقدية في ضوء ما تشهده الساحة المحلية و الدولية من تطورات كبيرة انعكست بدورها على حجم تعاملات الادارة و لاسيما في مجال العقود الدولية ذات القيمة المالية الكبيرة و هذا التطور يفرض على الادارة و راغبي التعاقد معها ضرورة التروي و ان لا تندفع في توقيع العقد و اتاحة الفرصة لتناول معظم الجوانب الجزئية للعقد .



اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للمفاوضات ، و لعل سبب هذا الخلاف يرجع إلى تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض .

إذ ذهب الراي الأول في الفقه إلى القول إن المفاوضات هي وقائع مادية لا يترتب عليها أي اثر قانوني ، في حين ذهب رأي آخر إلى إن المفاوضات لها طبيعة عقدية تعبر عن وجود تصرف قانوني بقدر وجود الإرادة فيها ، و ثمة رأي ثالث يذهب إلى القول إن المفاوضات عبارة عن نظام قانوني .

و بسبب عدم وجود قواعد قانونية خاصة لتحديد طبيعة المفاوضات في العقود الإدارية فاننا سوف نرجع إلى قواعد القانون الخاص لتحديد طبيعة المفاوضات العقدية .

وسوف نبين في هذا المطلب الآراء التي قيلت في الطبيعة القانونية للمفاوضات وفق سياق التالي :

الفرع الأول / المفاوضات وقائع مادية .

الفرع الثاني / المفاوضات ذات طبيعة عقدية .

الفرع الثالث / المفاوضات العقدية نظام قانوني .

الفرع الأول : المفاوضات وقائع مادية

ويقول أصحاب هذا الرأي إن المفاوضات وقائع مادية لا يترتب عليها أي اثر قانوني ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات وان كان هو الداعي إليها دون إن تقع عليه أي مسؤولية في حال العدول عنها ، و قضت إحدى المحاكم الأمريكية بحق المدعي بالانسحاب من المفاوضات و دون تحمل أي مسؤولية تعاقدية .<sup>(1)</sup>

(( Plaintiff was not bound and could withdraw from the negotiation without incurring any liability for breach of contract))

(1) انظر تفاصيل هذا القرار عند : د. عباس زبون عبيد العبودي ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .



## الفصل الثاني / عطاء التفاوض .....

وقد ذهب محكمة النقض المصرية إلى ذات الاتجاه بقولها ( المفاوضات ليست إلا عملا ماديا و لا يترتب عليها أي اثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون إن يتعرض لاية مسؤولية أو يطالب ببيان مبررات لعدوله و لا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض).<sup>(١)</sup>

ولكن القضاء الفرنسي يقضي بإلزام المتفاوض إن لا يقطع المفاوضات إلا لسبب مشروع.<sup>(٢)</sup>

و قد قام أصحاب هذا الرأي بتفسير موقفهم هذا بالقول إن المتفاوض يسأل عن تعويض الضرر الناجم عن عدوله عن المفاوضات لا لان المفاوضات ينشأ عنها التزام بعدم قطعها ، و إنما على أساس إن المفاوضات عندما يعلن عن إرادته في المفاوضات ينشأ عن هذا الإعلان وضع ظاهر ، فإذا ما سبب هذا الوضع الظاهر ضررا لغيره فإنه يسأل عندئذ عن ذلك.<sup>(٣)</sup>

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى جملة من الانتقادات منها إن القول بان التفاوض عمل مادي غير ملزم و مفرغ من أية قيمة قانونية - يتنافى مع الفهم الصحيح للتفاوض و يصطدم مع المنطق القانوني السليم.<sup>(٤)</sup>

### الفرع الثاني : المفاوضات ذات طبيعة عقدية

رغم إن مبادئ الاقتصاد الحر خصوصا مبدأ حرية التعاقد أو رفضه ، تعطي مجالا واسعا للتفاوض بدون ارتباط تعاقدية ملزم ، بل وقطع المفاوضات في أي

(١) الطعن ١٦٧ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٩٦٧/٢/٩ س ١٨ ص ٣٣٤ . اشارت له د. وفاء مصطفى محمد عثمان ، مصدر سابق ، ص ٣٥ .

(٢) استئناف رين (Rennes) ٨ تموز سنة ١٩٢٩ ، دالوز الاسبوعي ١٩٢٩ ص ٥٤٨ ، اشار اليه : د. سليمان براك الجميلي ، المفاوضات العقدية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ١٩٩٨ ، ص ٣٨ .

(٣) عبد اللطيف نايف عبد اللطيف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

(٤) بنوا انتقادهم بالاستناد إلى حقائق معينة منها إن التفاوض يكون بالاتفاق و ليس بالمصادفة و إن المتفاوضان يهدفان بالتفاوض إلى احداث اثر قانوني و إن المتفاوضان يتقيدان بالتزامات حقيقية . ينظر : د. رجب كريم عبد اللاه ، مصدر سابق ، ص ٢٨٩ .



وقت - إلا إن التطورات التي شهدتها المعاملات الدولية ، فيما يتعلق بالمفاوضات حولها ، من حيث تعقدها و مدتها و تكاليفها ، دفعت رجال الأعمال إلى البحث عن وسيلة أو أداة لتأمين المفاوضات ضد احتمالات إفشالها بسبب عدم وجود مسؤولية رادعة ، و تمثلت هذه الأداة في إسباغ الطابع التعاقدى على الالتزامات المتعلقة بالمفاوضات .<sup>(1)</sup>

حيث يفسر طبيعة المفاوضات من خلال القول بان الطرفين بتراضيهما على أمر من الأمور المتعلقة بالتفاوض ، و يكونان بذلك قد تجاوزا مبدأ الحرية في التعاقد ورفض التعاقد ، التي تمثل المظهر السلبي لمبدأ سلطان الإرادة ، و دلفا إلى مبدأ التزام الشخص بما عبر عن إرادة الالتزام به ، التي تمثل المظهر الإيجابي لهذا المبدأ ، لكنهما في الوقت نفسه لا يكونان قد ارتبطا بالعقد المنشود ، أو تعهد بإبرامه من بعد الاتفاق على العناصر الجوهرية اللازمة لإبرامه ، و إنما تعهداً بمجرد التفاوض أو مواصلة التفاوض بهدف الوصول إلى إبرامه .<sup>(2)</sup>

واتجه القضاء الفرنسي إلى اعتبار قطع المفاوضات التي وصلت مرحلة متقدمة بدون أسباب قانونية ، خطأ يعكس النية السيئة التي توجب المسؤولية على من قطعها ، يستطيع القاضي استنادا إلى أعمال فكرة المسؤولية التقصيرية إن يقضي بالتعويض العيني فيحكم بوصف العقد الذي رفض إبرامه عقدا قائما ، ولكن هذه المسؤولية السابقة على التعاقد لا يترتب عليها التعويض نفسه الذي يترتب على المسؤولية العقدية في حالة عدم تنفيذ العقد .<sup>(3)</sup>

و ليس معنى ذلك بالطبع إن التزام الطرفين بالتفاوض التزاما عقديا ، يكون قاصرا على العمل المحدد المتفق عليه في إطار المفاوضات ، كتقديم دراسة جدوى أو تقديم ايجاب معين أو دراسة إيجاب مقدم ، أو إتباع جدول معين للتفاوض ، و إنما معناه إن الاتفاق على هذا العمل أو ذلك يكون دليلا على إرادة الطرفين في إنشاء

(1) د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد) ، مصدر سابق ، ص ٧٦ .

(2) د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩ .

(3) د. عباس زبون عبيد العبودي ، مصدر سابق ، ص ٧٥ .



التزام خاص تعاقدي بالتفاوض ، يضاف إلى الواجب العام بمراعاة حسن النية والثقة المشروعة في التفاوض ، يستمد من وجوده من الارتباط العقدي .<sup>(1)</sup> و لكن هذا الاتجاه الذي يعتبر إن المفاوضات ذات طبيعة عقدية تعرض للنقد لأنه يتناسى إن العقد لا يبرم إلا بتلاقي إرادة الأطراف بشكل واضح ، وإن قبول الدعوة إلى التفاوض لا تنشئ اتفاقا يكون أساسا للالتزام بالضمان ، لان الإرادة لم تتجه إلى إحداث مثل هذا الأثر القانوني .<sup>(2)</sup>

### الفرع الثالث : المفاوضات العقدية نظام قانوني

من استقراء الآراء السابقة حول الطبيعة القانونية للمفاوضات العقدية ، وجدنا إن هذه الآراء لم تسلم من النقد ، إذ لا يمكن القول إن المفاوضات وقائع مادية كما لا يمكن القول أنها ذات طبيعة عقدية ، بل إن لها طبيعة متميزة عما سبق ذكره ، فهي نظام قانوني قائم بذاته تنعكس على المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالمفاوضات فتجعلها مسؤولية ذات طبيعة متميزة في ضوء الموازنة بين حرية التعاقد من جهة وحماية المفاوضات كونها ذات طبيعة متميزة ، حيث أنها الوسيلة المثلى لإبرام العقد و تحديد شروطه من جهة أخرى ، مما يجعلها تتصف بصفات تميزها عن سواها من أنواع المسؤولية في أركانها و آثارها .<sup>(3)</sup>

و هذا الرأي هو الذي نفضله ، حيث إن المفاوضات لم تعد مجرد أعمال مادية تتبادل فيها وجهات النظر ، و إنما تحولت إلى مرحلة مهمة لها نظامها القانوني القائم بذاته ، إذ يتقرر على نجاحها وجود العقد و مصيره .

إما عن مصدر هذا النظام القانوني ، فهو إما المشرع عندما يكون قد وضع قواعد قانونية خاصة تنظم المفاوضات ، أو القضاء عندما يكون التشريع خاليا من قواعد ثانوية لتنظيم المفاوضات فيعمل القضاء في إنشاء قواعد لهذا النظام بالاعتماد

(1) د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٢٤٣ .  
(2) صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، المجلد الأول ، ع ٣ ، ١٩٩٧ ، ص ١٣٠ .  
(3) سليمان براك الجميلي ، مصدر سابق ، ص ٨٩ - ١١٥ .



على مبدأ حسن النية الذي تطلب القضاء وجوده في مرحلة التفاوض بنفس الدرجة لوجوده في مرحلة تنفيذ العقد .<sup>(1)</sup>

## المطلب الثالث

### المبادئ التي تحكم المفاوضات

تعد مرحلة المفاوضات من أهم المراحل التي يمر بها تكوين العقد ، لما تمثله هذه المرحلة من تحديد لحقوق و التزامات أطراف العقد بالإضافة إلى الدور الوقائي الذي تلعبه المفاوضات عند إبرام العقد نظرا لما تقوم به من التقريب بين وجهات النظر ، و العمل على اتخاذ الاحتياطات التي تمنع نشوب أي نزاع في المستقبل .  
و تحكم هذه المرحلة المهمة من المراحل التي يمر بها العقد و خصوصا العقود المهمة بعض المبادئ العامة و تكاد المبادئ التي تحكم المفاوضات تكون واحدة بالرغم من تنوع العقود أي سواء اكانت مدنية أم إدارية أم تجارية أم دولية .  
وسوف نسلط الضوء على هذه المبادئ و على النحو التالي :

### الفرع الأول : الدخول في التفاوض

ويتم ذلك بالمبادرة باتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح المفاوضات ، و من ذلك توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر و تقديم المقترحات حول المسائل و النقاط محل التفاوض ، و تقديم الدراسات و تبادل البيانات التي يعتمد عليها إيضاح كافة الاستفسارات حول موضوع التفاوض و يتبع هذا الالتزام المتمثل بالدخول في المفاوضات ،التعهد باتخاذ الاستعداد لبدء المفاوضات،ومنها تحديد مكان المفاوضات

(1) عبد اللطيف نايف عبد اللطيف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٩٧ .



و الزمن الذي يستغرقه ، و الطرف الذي يتحمل نفقات الدراسات الأولية التي يمكن إن تطلب خلال المفاوضات .<sup>(١)</sup>

فعندما يحصل الاتفاق على التفاوض – صراحة أو ضمناً – ينشأ عنه التزام بالتفاوض على عاتق الطرفين ، أي التزام بالدخول في المفاوضات و السير فيها بغية التوصل إلى اتفاق نهائي بخصوص العقد الإداري المراد إبرامه .<sup>(٢)</sup>

غير إن هذا الالتزام لا يصادر حرية المتفاوض في قراره بشأن العقد النهائي إذ من حقه دائماً العدول عن السير في المفاوضات و التخلي عن إبرام العقد من دون أية مسؤولية طالما دخل في المفاوضات اقراراً لالتزامه في التفاوض .<sup>(٣)</sup>

فهذا الالتزام يضع على الطرفين الدخول في المفاوضات بالفعل و ذلك بالبدء في مناقشة شروط العقد في الحال ، أو الذهاب إلى قاعة المفاوضات في الموعد المحدد لبدء المفاوضات و على الاغلب إن يتفق الطرفان على هذا الموعد صراحة، فإذا لم يكن ثمة اتفاق التزم كل منهما بالدخول في المفاوضات في المدة المعقولة .<sup>(٤)</sup>

### الفرع الثاني : حسن النية في التفاوض

حسن النية اصطلاح دارج في كتب الفقه القانوني و اخذت به القوانين العربية و أحكام القضاء و قد عبر عنه في القانون الروماني (Bona Fide) والذي يقابله في اللغة الفرنسية (Bona Foi) إما في اللغة و الاصطلاح الانكليزي (Good Faith).<sup>(٥)</sup> فمصطلح حسن النية مركب من مفردتين احدهما الحسن و الآخر النية حيث إن الحسن وصف يلحق بالنية فينعتها و يجعلها موصوفة به، وقد تطرق الفقهاء

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية ، القانون واجب التطبيق و ازمته ، دار النهضة العربية ، ص ١٠٣ – ١٠٤ .

(٢) فؤاد العلوني ، د. عبد جمعه موسى الربيعي ، الاحكام العامة في التفاوض و التعاقد ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٣ ، ص ١٧ .

(٣) و يلاحظ في الممارسة العملية إن كل طرف يتمتع – في مرحلة المفاوضات – بالحرية الكاملة في العدول عن رايه و عدم الاستمرار في المفاوضات دون إن يكون ملزماً بابداء الاسباب أو المبررات لعدوله بوصفه عملاً مادياً لا يرقى إلى مرتبة التصرف القانوني .

ينظر : د. حامد شاكر محمود ، المفاوضات في عقد البيع الدولي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، ٥٤٤ ، ص ١٠١ .

(٤) د. محمد حسين عبد العال ، مصدر سابق ، ص ١١٥ - ١١٧ .

(٥) د. طالب حسن موسى ، مصدر سابق ، ص ١١١ .



المسلمون في مباحثهم الفقهية إلى تعريف النية بانها (عزم القلب على الشيء) وكذلك بانها ( قصد الإنسان بقلبه ما يريد).<sup>(١)</sup>

إما الحسن فان معظم التعريفات التي وردت في بحوث الفقهاء و مقالاتهم تركز على وصف الحسن وفقا للمفاهيم التالية :-

الاخلاص ، الامانة ، الجهل المبرر بواقعة معينة ، الاعتقاد الخاطئ ، التعامل بصدق و استقامة و شرف ، السلوك الصحيح ، السلوك الطبيعي ، الأسلوب المقبول في نطاق التجارة ، مراعاة علاقة الثقة في التعامل و ما إليها من العبارات .<sup>(٢)</sup>

ويبين القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٣٤) على انه ( يجب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية ) و يبدو من خلال النص إن هناك تأكيدا على مراعاة حسن النية اثناء تنفيذ العقد ما لم يذكر إبرام العقد و عند الرجوع إلى مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي ، لوجد إن حسن النية في تنفيذ العقود كانت مصاحبة مع عبارة الإبرام أيضا إلا انه اتفق على محوها من النص لكونها غير ضرورية أي أنها بديهية .<sup>(٣)</sup>

وموقف معظم القوانين المدنية العربية و منها القانون المدني العراقي لا يختلف عن موقف القانون المدني الفرنسي بان مبدأ حسن النية الذي فرضه المشرع في مرحلة تنفيذ العقد لا يقتصر على هذه المرحلة فقط ، بل انه يعود بحكمه إلى المراحل السابقة على التعاقد ، فيهيمن على مرحلة التفاوض و الإبرام أيضا .<sup>(٤)</sup>

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ، شرح تنوير الانصار لابن عابدين ، ج ١ ، القاهرة ، دار احياء التراث العربي ، ١٩٨٧ ، ص ٧٢ .

(٢) د. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، ط ١ ، دار دجلة ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٧ - ١٣٨ .

(٣) See : A.M.Musy , Disclosure of information in the pre contractual bargaining , A comparative analysis .

[www.Jus.unitn.it/carozo/Review/contratc](http://www.Jus.unitn.it/carozo/Review/contratc)

(٤) ففي القانون المدني المصري يرى البعض بان الاساس القانوني لمبدأ حسن النية في إبرام العقود في ظل القانون المدني المصري هو نص المادة (٢/١٢٥) و التي تقول :  
يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ، إذ اثبت إن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة)

بينما يذهب رأي آخر إلى إن مبدأ حسن النية في مرحلة الإبرام يجد اساسه القانوني في نص المادة (٢/١٥٠) و الخاصة بتفسير العقد ، و هناك من يستند إلى نص المادة (١/١٤٨) و المتعلقة بتنفيذ العقد ، وثمة رأي آخر ينسب الأساس القانوني لمبدأ حسن النية قبل التعاقد إلى المادة (٤١٩) .





وقد بينت المادة (٥٠) فقرة (١) من القانون المدني العراقي بانه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) ، فالقانون العراقي سكت ايضا عن وجوب مراعاة حسن النية في ابرام العقود ، فالفقهاء الذي كتبوا عن القانون المدني العراقي اغلبهم متفقون على ان حسن النية مبدأ عام يسري في جميع العلاقات التعاقدية فلم يعد هناك تمييز بين عقود حسن النية و العقود الشكلية التي كانت معمولا بها في ظل القانون الروماني ، فالمبدأ سار على ابرام العقود كما هو سار في مرحلة التنفيذ و لكن الفقه ساكت عن التحليل القانوني الدقيق ، فلم يعطي مبررا للاخذ بهذا الرأي كونهم اعتبروه من البديهيات التي لا تحتاج إلى برهان لأنهم يستندون إلى مفهوم (من باب اولى ) و هذا الاستنتاج يدخل ضمن البديهيات التي يعد انكارها مكابرة في عرف علم الجدل و المناظرة.<sup>(١)</sup>

وقيام حالة التفاوض مشروطة دائما بتلاقي إرادة الطرفين على الدخول في مناقشات تهدف إلى صياغة تصور مشترك هو مشروع العقد النهائي ، فإذا ما قامت حالة المفاوضات أو دخل الأطراف في دائرتها ترتب على ذلك التزام كل منهما بمراعاة اصول التفاوض أي مراعاة حسن النية في هذه المرحلة و إلا ترتبت المسؤولية على عاتق المخل بهذا الالتزام.<sup>(٢)</sup>

ولعل هذا الالتزام هو الالتزام الجوهرى في مرحلة التفاوض على العقد ، إذ يعد مبدأ حسن النية شرطا اساسيا لنجاح المفاوضات ، كما فرضت المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية الالتزام بمبدأ حسن النية على الأطراف المتعاقدة بمفهوم اكثر شمولية على الأطراف المتعاقدة حيث طالبت الفقرة السابعة من المادة الاولى منها إن على الأطراف التصرف وفقا لحسن النية و التعامل النظيف العادل في مجال التجارة

ينظر : القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ . وكذلك د. حسام الاهواني ، المفاوضات في الفترة التعاقدية و مراحل ابرام العقد الدولي ، بحث مقدم إلى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني و مقتضيات التجارة الدولية ، معهد قانون الأعمال الدولي ، القاهرة ، ٢ - ٣ يناير ، ١٩٩٣ ، ص٥ .

(١) ينظر : سليمان براك الجميلي ، مصدر سابق ، ص٥٢ .  
و كذلك محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الاوقاف و الشؤون الدينية ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص٢٥٦ .

(٢) د. طالب حسن موسى ، مصدر سابق ، ص١١٣ .



الدولية ، بالإضافة إلى منع الأطراف من تحديد أو استبعاد هذا المبدأ من عقودهم سواء في مرحلة المفاوضات م(٢/١٥) أو في مرحلة التنفيذ (٢/٤/٢) أو تفسير العقد ، و كذلك في حالة الاخلال بعدم التنفيذ م(٥/٢) .<sup>(١)</sup>

و التطبيق القضائي لمبدأ حسن النية في العقود ، يكشف عن وجود فئتين من الحالات التي يجب إن يطبق فيها هذا المبدأ :

الاولى : باعتباره أداة تفسيرية و بغض النظر عن الشروط المحددة في العقد و ذلك حينما يكون احد طرفي العقد ضعيفا في مواجهة الآخر أو هناك اختلال في التوازن بين طرفي العقد .

الثانية : في حالة حصول ضرر لاحد الاطراف أي اعتبار مبدأ حسن النية كدليل على سلوك من احد الاطراف في العلاقة التعاقدية مثل حالة التعسف في استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية التي يمكن ان تسبب للطرف المتعاقد معها ضرراً.<sup>(٢)</sup>

## المبحث الثاني

### عطاء المفاوضة

عطاء المفاوضة يتعلق بطريقة المفاوضة أو كما تسمى بالاتفاق المباشر و التي عن طريقها يُمكن الإدارة دون وجود إجراءات شكلية في التعاقد مع الشخص الذي تختاره بإرادتها .

(١) تنص الفقرة السابعة من المادة الاولى من مبادئ العقود التجارية الدولية المعدلة ٢٠٠٤ على إن "Good Faith and Fair dealing :

- 1- each part ,ust act on accordance with good faith and fair dealing in international trade.
- 2- The parties may not exclude or limit this duty" .

ينظر : د. وفاء مصطفى محمد عثمان ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

(٢) Brenda Johnson , The Duty of Good Faith in contractual ,  
[www.Freedownloadbooks.net](http://www.Freedownloadbooks.net)



وعطاء المفاوضة يحمل صاحبه بعض الالتزامات التي يقتضي منه القيام بها عند قبول عطائه من قبل الإدارة ، وبعبكسه سوف تثار مسؤوليته في حالة عدم قيامه بتنفيذ الالتزامات.

و لكن قد يتساءل البعض عن نوع هذه المسؤولية هل هي عقدية أم تقصيرية ؟  
و هذا ما سنبينه تباعا ، إذ سنتطرق إلى مفهوم عطاء المفاوضة في المطلب الأول و نبين الآثار القانونية المترتبة عن عطاء المفاوضة في المطلب الثاني ونوضح المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات في المطلب الثالث .

## المطلب الأول

### مفهوم عطاء المفاوضة

لبيان مفهوم عطاء المفاوضة لا بد من الحديث عن جملة من المسائل اهمها تعريف عطاء المفاوضة ثم نبين التكيف القانوني لعطاء المفاوضة و اخيرا خصائص عطاء المفاوضة و ذلك ضمن الفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف عطاء المفاوضة



من الممكن تعريف عطاء المفاوضة بتحديد الهدف أو الغرض من تقديم هذا العطاء فيعرف بأنه العطاء الذي يقدم بقصد تبادل الاقتراحات و المساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف و للتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق و التزامات لأطرافه .<sup>(1)</sup>

فعطاء المفاوضة هو عطاء يقدم من قبل صاحبه للدخول في المفاوضات مع الإدارة بهدف التوصل إلى اتفاق حول العقد المراد إبرامه و هو عطاء غير محدد و غير مكتمل في جميع عناصره و يسعى لإكماله من خلال المفاوضات التي يعقدها مع الإدارة .<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني : التكييف القانوني لعطاء المفاوضة

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، و التعبير عن الإرادة حتى يكون إيجابا يجب إن يكون جازما و كاملا، و باتا، و إن يعبر عن إرادة واضحة في معنى إبرام العقد، و إن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و بعكسه فلا يمكن اعتبار ذلك إيجابا ، فقد يكون ذلك دعوة إلى التفاوض أو التعاقد.<sup>(3)</sup>

و عطاء المفاوضة يقدم من صاحبه من أجل الدخول في الحوار مع الإدارة بعدد إن تعلن الإدارة عن رغبتها في أغلب الأحيان بالتعاقد حول مسألة ليس عندها

(1) د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٢ .

(2) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لإبرام عقود الاشتغال العامة ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(3) د. خالد ممدوح ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ .



رؤيا محددة حولها أو تطلب افكار معينة حتى تتحاور عليها، فعطاء المفاوضة في هذه الحالة هو قبول لدعوة التفاوض المقدمة من قبل الإدارة من اجل إبرام العقد الإداري.<sup>(١)</sup>

و الدعوة إلى التفاوض لا تتضمن العزم النهائي على التعاقد لان الداعي إلى التفاوض لا يعلن عن ارادته الباتة في إبرام العقد و إنما يعلن فحسب عن مجرد الرغبة في الدخول في التفاوض لهذا الغرض.<sup>(٢)</sup>

و عليه من الممكن إن يكون صاحب عطاء المفاوضة هو من يمتلك زمام المبادرة و يعلن عن رغبته في التفاوض حول عقد ما قبل إن تعلن الإدارة عن نيتها في اختيار طريقة معينة للتعاقد ، خصوصا إذا كان لصاحب هذا العطاء تعامل مسبق مع الإدارة و هو على معرفة بجداول و مراحل انجاز مشاريع الإدارة ، ويكيف عطاء المفاوضة هنا بأنه دعوة إلى التفاوض و ليس قبول الدعوة إلى التفاوض .

وعطاء المفاوضة قد يكون صريحا عندما يعلن الشخص الذي تلقى دعوة للتفاوض المقدمة من قبل الإدارة على الدخول في التفاوض و يقدم عطائه إليها.<sup>(٣)</sup> و قد يكون عطاءً ضمنيا بان يقوم الشخص الذي وجهت اليه الدعوة بالتفاوض باتخاذ موقف ينبئ بطريقة غير مباشرة عن قبوله التفاوض أو يقوم بالبدا في التفاوض مباشرة مع الإدارة من دون إن يصرح بقبوله و دون إن يقدم عطاء ، مثال ذلك إن يتلقى شخص خطابا يدعوه إلى التفاوض على عقد معين في زمان ومكان محددين فيتقاعس عن الرد ، ثم يذهب إلى طاولة المفاوضات في الموعد المحدد.<sup>(٤)</sup>

ويقرر الفقه والقضاء الفرنسي التفرقة بين الإيجاب و الدعوة إلى التفاوض وتعتبر عملية تفسير العروض الأولية مسألة من اختصاص محكمة الموضوع ولا تخضع لرقابة محكمة النقض،و يسترشد القانون الفرنسي ببعض المعايير في حالة العرض الذي يكتنفه الغموض،منها كلما كان العرض مفصلا وواضحا كلما كان

(١) د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٧٤

(٢) رجب كريم عبد اللاه ، مصدر سابق ، ص ٨٧ .

(٣) د. عباس زيون عبيد العبودي ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(٤) عبد اللطيف نايف عبد اللطيف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٧٥ .



احتمال اعتباره إيجابا اكبر، و يعتبر العرض مجرد دعوة إلى التعاقد كلما استخدم الموجب عبارات يوسع فيها من حريته و لا يترتب أي التزام عليه .<sup>(1)</sup>  
و يفرق القانون الانجليزي بين الإيجاب و الدعوة إلى التفاوض ، و المعيار في ذلك هو أسلوب صياغة العرض و العبارات المستخدمة ، فقد لا ترتب العبارات التي يستخدمها احد الأفراد أي اثر قانوني بين أطرافها بقدر ما تعبر عن مجرد ارتباط اخلاقي فيما بينهم و قد تعتبر هذه العبارات إيجابا كلما كان العرض المقدم محتويا على تفاصيل مختلفة .<sup>(2)</sup>

فعطاء المفاوضة لا يرتقي إلى مستوى الإيجاب لان الإيجاب يفيد الجزم و البت بنية صاحبه في التعاقد بينما عطاء المفاوضة من الممكن إن يكون دعوة إلى التفاوض لان هذه الدعوة مجرد عرض يتضمن إرادة اولية ترغب في التفاوض على العقد و من الممكن إن يكون عطاء المفاوضة قبول للدعوة التفاوض المقدمة من قبل الإدارة .  
و يستخلص قاضي الموضوع هذه التفرقة من خلال تلك المفردات و من العبارات المستخدمة و الظروف المتعلقة بالدعوى .

### الفرع الثالث : خصائص عطاء المفاوضة

من الممكن تحديد خصائص هذا العطاء بالاعتماد على طريقة المفاوضة أو الاتفاق المباشر، باعتبارها طريقة استثنائية في التعاقد الإداري ، الاصل أو القاعدة إن التعاقد بطريقة الاتفاق المباشر لا يلجأ اليه إلا في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها ، و الحالات التي تبرر التعاقد بطريقة الاتفاق المباشر هي الحالات التي تتطلبها ظروف العمل و مقتضياته، و يقتضي على الإدارة عندما يشترط القانون حصولها على ترخيص من السلطة المختصة ، إن تبين في طلبها وجه الاستعجال في التعاقد المباشر، بان تدل على إن ظروف العمل و المقتضيات التي تطلبت ذلك .<sup>(3)</sup>

(1) د. خالد ممدوح ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٢٤٣ .

(2) د. خالد ممدوح ابراهيم ، المصدر نفسه ، ص ٢٤٤ .

(3) د. احمد محمود جمعة ، مصدر سابق ، ص ٦١ .



و في فرنسا تضمن التشريع المتعلق بإبرام العقود الإدارية ، في المادة (١٠٣) و المادة(١٠٤) من قانون عقود الدولة الفرنسي الصادر في ١٧ يوليو ١٩٦٤ نصوصا خاصة بحالات وشروط إبرام العقد الإداري بأسلوب الاتفاق المباشر، والمتمثلة في حالات الاستعجال و الاحتكار و استخدام براءات الاختراع بالإضافة إلى حالات التخصص الدقيق و السرية في الانجاز .<sup>(١)</sup>

و في مصر نص قانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ في المادة السابعة منه على انه (يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها إن يتم التعاقد بطريقة الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من .....).<sup>(٢)</sup>

و لكن في العراق لم يسلك المشرع العراقي أسلوب نظيره الفرنسي في تعداد حالات التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر كما لم يسلك أسلوب نظيره المصري في تحديد الضوابط المنظمة للتعاقد على وفق هذا الأسلوب، و يتضح ذلك من نص المادة (١٠) من قانون شركات المقاولات رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٧ إذ جازت لمجلس ادارة

(١) حيدر طالب محمد علي شذر ، مصدر سابق ، ص ١١٢ .  
(٢) فالاتفاق المباشر هو وسيلة استثنائية للتعاقد بموجب قرار من السلطة المختصة قد تكون داخلية (داخل مصر) او خارجية (داخل و خارج مصر ) و هي في الحالتين قاصرة على الحالات المنصوص عليها حصرا ، و إتباع الاتفاق المباشر في التعاقد في جميع هذه الحالات ليس على سبيل الحتم و الإلزام و إنما هو على سبيل التخيير و الترخيص و التعاقد يكون بموجب دعوة توجه إلى المتعاقد مباشرة على إن تتضمن هذه الدعوة ما يأتي :

- أ- بيان جهة تقديم العطاء .  
ب- نهاية مدة تقديم العطاء . =

- = نوع الصنف أو العمل محل طلب التعاقد .  
ت- مبلغ التأمين المؤقت واجب السداد .  
ث- نسبة التأمين النهائي .  
ج- نهاية مدة تقديم العطاء .  
ح- نسبة التأمين النهائي .  
خ- قيمة نسخة كراسة الشروط .

ينظر : د. احمد عبد اللطيف ابراهيم ، التنظيم القانوني للمناقصات و المزايدات ، كتاب الاهرام الاقتصادي ، القاهرة ، ١٨٦٤ ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٦ - ٤٧ .



الشركة الحق في التعاقد مباشرة مع المقاولين أو المجهزين من دون التقيد بأوطى الاسعار و ذلك للاعمال التي لا تزيد كلفتها على (٥٠,٠٠٠) دينار .<sup>(١)</sup>  
فلاحظ انه في العراق اجيز التعاقد باسلوب الاتفاق المباشر بوصفه اسلوبا استثنائيا و لكن في حدود مالية معينة ، إلا انه لم يبين الجهات التي يحق لها اصدار الترخيص بالتعاقد بحسب قيمة الأعمال و المشتريات موضوع التعاقد مثلما فعل نظيره المصري .<sup>(٢)</sup>

وبعد صدور تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(١) لسنة ٢٠٠٨ بينت في المادة الرابعة منها طريقة الدعوة المباشرة و التي اوضحت على ان يتم توجيه دعوة مباشرة من جهات التعاقد إلى ما لا يقل عن (٥) من المقاولين أو الشركات المعروفين بقدرتهم و كفاءتهم الفنية و المالية عندما يراد تنفيذ العقود الحكومية بمختلف انواعها و ذلك عند الضرورة و عند تحقيق أسباب تبرر ذلك .<sup>(٣)</sup>  
و طريقة الدعوة المباشرة هذه تماثل طريقة المفاوضة أو الاتفاق المباشر في التشريع المقارن .

(١) لكن المشرع العراقي عندما نظم اساليب التعاقد الإداري في المادة الثالثة من تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع و أعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ لم يتطرق لحالة الاتفاق المباشر كوسيلة من وسائل التعاقد ، مع انه نص في التعليمات الملغية لسنة ١٩٧٥ على هذا الاسلوب و ذلك في المادة السادسة منها ، بالرغم من انه قاصرا من حيث تحديد الجهة الادارية المختصة بمنح تراخيص و عدم تحديد القيمة المالية للعقود التي يمكن التعاقد بشأنها بهذا الاسلوب و كذلك عدم ذكر الحالات التي يمكن في ظلها اللجوء إلى الاتفاق المباشر ، فبدلا من تطوير النصوص القاصرة في تعليمات ١٩٧٥ جاءت تعليمات ١٩٨٨ متجنبة النص في ما يتعلق باسلوب الاتفاق المباشر و الجدير بالذكر ان تعليمات ١٩٨٨ علق العمل بها بصدور قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) .

(٢) فقد صدرت عدة قرارات عن مجلس قيادة الثورة المنحل سمحت بالاتصال المباشر مع الشركات الاجنبية لاغراض تنفيذها للمشاريع التنموية دون إتباع إجراءات المناقصة العامة أو الدعوة المباشرة بناء على نصوص قانونية تسمح بذلك و تجيزه ، مثل القرار المرقم (٦٣٦) الصادر بتاريخ ١٩٧١/٤/٢٩ و القاضي بتحويل هيئة اعمار الشمال الملغاة باستدعاء المناقصين لتقديم المواد و الخدمات و كذلك قراره المرقم ٣٦٠ بتاريخ ١٩٧٣/٤/٢٦ و القاضي بتحويل وزير المواصلات صلاحية الاتصال المباشر بالشركات الاجنبية فيما يخص تنفيذ المشاريع المعهدة لهيئة الكابلات المحورية .

ينظر: نجدت صبري ، مصدر سابق ، ص ٦٢ - ٦٣ .  
(٣) بينت المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الحالات التي يتم اللجوء فيها إلى طريقة الدعوة المباشرة وهي :

- ١- اذا كان العقد ذو طابع تخصصي و/ أو يتطلب السرية في كل إجراءات التعاقد و التنفيذ و/ أو تكون هناك أسباب امنية تستدعي ذلك .
- ٢- اذا كان الهدف هو تحقيق السرعة و الكفاءة في التنفيذ خاصة في حالات الطوارئ و الكوارث الطبيعية و تجهيز الادوية و المستلزمات المنقذة للحياة .
- ٣- عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصات العامة المعلن عنها للمرة الثانية .





إذا من الممكن القول بقبول عطاء المفاوضة في العراق ، بالرغم من عدم افصاحه عن مرحلة المفاوضة في هذا الخصوص ، لأنه بعدم ذكره ذلك لا يعني رفضه لمبدأ التفاوض إذ إن السمات التي يمتاز بها أسلوب الاتفاق المباشر من مرونة و حرية كبيرة للإدارة في اختيار المتعاقد معها مقبولة و مطلوبة للإدارة في العراق عند إبرام عقودها .

هذا و إذا كان محرر العطاء لا يعاني صعوبة في تحرير عطاءه في حالة عطاء العقد ، لأنه سوف يعتمد على دفاتر الشروط و الشروط العامة التي تعلن عنها الإدارة، في صياغة عطاءه ، فان الأمر مختلف في حالة عطاء المفاوضة ، حيث إن على محرر العطاء إن يعمل على إن يكون عطاءه مقبولاً من قبل الإدارة ، و انه لا يعلم بشروط الإدارة و رغباتها و امكانية المفاضلة بين عدد من الافكار المتعلقة بظروف إبرام العقد .<sup>(1)</sup>

و كما اوضحنا سابقاً إن هذا العطاء هو عطاء غير مكتمل في عناصره و يعتمد على المفاوضات التي ستجري فيما بعد للوصول إلى اتفاق بشأن العقد المراد إبرامه . و إن قبول هذا العطاء من قبل الإدارة لا يؤدي إلى إبرام العقد الإداري ، و لكنه يؤدي إلى دخول الطرفين في مفاوضات و مناقشات مشتركة بهدف الوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول من الطرفين ، و من ثم كلا الطرفين يغير بإرادته في مدى حقوقه و التزاماته بما يؤدي إلى الوصول إلى صيغة مقبولة .<sup>(2)</sup>

و عليه سيكون عطاء المفاوضة مختلف من حيث مضمونه عن العقد الذي سيبرم فيما بعد ، وذلك بسبب التغييرات التي ستطرأ عليه عند القيام بإجراء المفاوضات بين الطرفين .

و عطاء المفاوضة ينبغي إن يكون على قدر عالي من الصياغة الجيدة والمرونة الكبيرة بحيث يمكنه من قبوله من قبل رب العمل أو الإدارة في العقود الإدارية و لكن هذا الأمر صعب مهما بذل محرر العطاء من جهد في سبيل تحقيق ذلك و مهما رأى

(1) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لإبرام عقود الأشغال العامة ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(2) د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .



من الظروف المحيطة بالعقد قبل تحريره لعطائه ، لذلك يفترض في هذا العطاء توفر المرونة التي تسمح بالتعديل اضافة و حذف ، و تعدد الخيارات وأساليب التنفيذ للعقد المراد إبرامه بحيث لا تكون الإدارة أمام طريقة أو أسلوب محدد بل يترك لها الخيار ، إما الثمن فإنه يمكن إن يحدد مباشرة أو يحدد بطريقة غير مباشرة من خلال الاعتماد على آليات معينة ، و من الممكن إن يتم تحديد العطاء لفترة من الزمن لكن ينبغي إن تكون طويلة نسبيا بحيث تمكن الإدارة من دراسة هذا العطاء بصورة جيدة .<sup>(1)</sup>

و إذا ما قبلت الإدارة ذلك العطاء فإنه سوف يتم فتح المفاوضات مع صاحبه من اجل التوافق حول جميع المسائل المعروضة تمهيدا لإبرام العقد بينهما .

## المطلب الثاني

### الآثار القانونية المترتبة عن عطاء المفاوضة

إذا قبلت الإدارة عطاء المفاوضة المقدم من صاحبه فإنه سوف يترتب عليه جملة من الآثار القانونية ، منها إن على مقدمه إن يشرع في المفاوضات مع الإدارة كما إن عليه اتباع مبدأ حسن النية في التعاوض كما إن له الحق في عدم الاستمرار في المفاوضات .

وسوف نتناول هذه الآثار ضمن الفروع التالية :-

(1) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التعاوض لإبرام عقود الأشغال العامة ، مصدر سابق ، ص ١٦ - ١٧ .



- الفرع الأول : الشروع في المفاوضات . (\*)
- الفرع الثاني : حسن النية و مقتضياتها .
- الفرع الثالث : حرية العدول عن المفاوضات .

### الفرع الأول : الشروع في المفاوضات

ويكون هنا الالتزام على صاحب العطاء المقبول بان يبدأ في المفاوضات ويعتبر بذلك التزامه متحققا فعلا ، بغض النظر عن النتيجة التي تسفر عنها المفاوضات ، فالتفاوض مرحلة تمهيدية في الطريق إلى إبرام العقد ، فهو يهدف إلى الإعداد و التحضير لإبرام العقد ، إذ لم يدخل الطرفان في التفاوض إلا بهدف التوصل إلى اتفاق يبرمان على أساسه العقد النهائي ، بالرغم من إن نتيجة التفاوض على العقد هي احتمالية دائما .<sup>(1)</sup>

\* بالنظر لتناول موضوع الدخول في المفاوضات في المبحث السابق من هذا الفصل في المطلب الخاص بتحديد المبادئ التي تحكم المفاوضات لذا سوف نكتفي بما ذكرناه سابقا / ونعرض اليه بشكل مختصر .  
(1) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٧٦ .



## الفرع الثاني: حسن النية و مقتضياتها

يلعب مبدأ حسن النية أهمية كبيرة لما له من تأثير في نجاح المفاوضات و في تحديد حقوق و التزامات طرفي العقد ، و نوع المسؤولية الواقعة على كل طرف في حالة انقطاع المفاوضات و خصوصا الصفقات الكبيرة ، التي من الصعب بل من المستحيل إبرامها من خلال جلسة واحدة ، إذ لا بد من الدخول بشأنها في مفاوضات مكثفة ، قد تستغرق شهورا ، أو سنوات .<sup>(1)</sup>

و واجب التفاوض بحسن النية يفرض على صاحب العطاء الاستمرار في هذه المفاوضات و المحافظة من قبله على ما يتلقاه من معلومات من الطرف الأول المتمثل بالادارة إذا كانت الإدارة لا ترغب في إن تقشي هذه المعلومات ، والتي اباحت بها بسبب المفاوضات الجارية بينها لإبرام العقد موضوع التفاوض ، و من مقتضيات حسن النية إن يقوم صاحب العطاء بالتعاون و تقديم المعلومات إلى الإدارة.<sup>(2)</sup>

و مقتضيات مبدأ حسن النية يشمل الالتزامات التالية :-

### أولا : الالتزام بالاستمرار في المفاوضات

ينشأ الالتزام بالاستمرار في المفاوضات ، بعد إن تبدأ المفاوضات بالتعبير عن النية في إبرام العقد ، و ليس هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على تنظيم سير المفاوضات و تحديد الأهداف التي يريدانها من التفاوض و تحديد شروط المفاوضات كالمدة التي يجب إن تبدأ فيها المفاوضات و السير فيها بحسن نية .<sup>(3)</sup>

و الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو في الأصل التزام ببذل عناية و لا يعني ضرورة التوصل إلى إبرام العقد ، و تبدو اهميته في حالة الاتفاق على المسائل

(1) د. شيرزاد عزيز سليمان ، مصدر سابق ، ص ٣٣٥ .

(2) عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في العقود ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٢ .

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر ، اثر التقدم العلمي في العقد ، تكوين العقد ، اثبات العقد ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٢ .



الأساسية في العقد النهائي ، مع ترك المسائل الثانوية أو التفصيلية لاتفاق لاحق ، إذ اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة ، فإذا اتجهت نية الأطراف إلى اعتبار العقد النهائي منعقدا حتى ولو لم يصل طرفي التفاوض إلى اتفاق بشأنها ، كان الأمر يتعلق بالتزام بنتيجة على عكس الاصل العام في انه التزام ببذل عناية .<sup>(1)</sup>

إن الالتزام بالاستمرار في التفاوض لا يتعارض مع مراعاة مبدأ الحرية التعاقدية أي مبدأ سلطان الإرادة و إن الأفراد احرار ضمن هذه الفترة ، وخارج اطار العقد و الالتزام التعاقدية لان هذا المبدأ يرافق هذه المفاوضات إلى حين الوصول إلى العقد النهائي و لا مسؤولية على من يخرج من دائرة التفاوض طالما انه كان حسن النية و يتعامل باستقامة و شرف مع غيره ، فهدف هذا الالتزام لا يتعدى - بل ينحصر - في دفع المفاوضات إلى الامام واسباغ الجدية عليها ، ومتابعة المفاوضات إلى حين الوصول إلى العقد النهائي .<sup>(2)</sup>

### ثانياً الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

يستلزم السير في المفاوضات وصولاً إلى الاتفاق ، الكشف عن العديد من الأسرار من طرف للطرف الآخر سواء بشأن المسائل الفنية أو التكنولوجية أو الأسرار الخاصة بالموقف المالي و حجم تعاملات احد الطرفين ، و سائر الأسرار الاخرى التي تتصل بالكيان المادي و المعنوي له .<sup>(3)</sup>

(1) ويبرز دور التزام حسن النية في إبرام العقود ، حيث يقتضي من الأطراف الاستمرار في التفاوض بحسن النية إلى إن يتوصلوا إلى الاتفاق على جميع المسائل الثانوية العالقة ، اما اذا نكل احد الطرفين عن الاستمرار في التفاوض و الوصول إلى الاتفاق فانه يكون مخلا بمقتضيات حسن النية و قد عالجت المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي هذه المسألة من خلال القول بانه : (اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم ، و اذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع و لاحكام القانون و العرف و العدالة .

المزيد ينظر : د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص ١٠٤ .

و كذلك : د. شيرزاد عزيز سليمان ، المصدر السابق ، ص ٣٤٩ .

(2) عبد المنعم موسى ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

(3) احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .



و مثال ذلك إن تعلن الإدارة عن رغبتها في زيادة القدرة الانتاجية لاحد مصانعها فتتقدم إليها شركة بعرض يتضمن رسومات و تصميمات هندسية و وسائل تكنولوجية حديثة ، بعضها عام تطبقه الشركة في مشروعاتها و بعضها خاص بالعملية المعلن عنها ويتضمن العرض ايضا الوسائل الفنية للتنفيذ و نصائح باجراء تعديلات في طرق الإنتاج إلى جانب تبيان الاسعار و التكلفة و طرق احتسابها .<sup>(1)</sup>

و يقتصر هذا الالتزام على المحافظة على سرية المعلومات التي اسبغ عليها صاحبها طابع السرية و كذلك المعلومات التي تكون غير قابلة للنشر أو للإعلان بطبيعتها ووفقا للقواعد العامة لا يلتزم الشخص بالمحافظة على ما تلقاه من معلومات إلا إذا كان هناك نص في القانون أو اتفاق من الطرفين في العقد على ذلك، أي الالتزام بالمحافظة على سريتها ، و ما دام صاحب هذه المعلومات لا يرغب في الكشف عنها للغير .<sup>(2)</sup>

ونصت مبادئ (Unidroit) على التزام أطراف التعاقد بالمحافظة على سرية المعلومات المتلقاة خلال مرحلة التفاوض ، و الامتناع عن استخدام تلك المعلومات عند انتهاء المفاوضات (بالفشل) بغض النظر عن وجود اتفاق أو عدم وجوده .<sup>(3)</sup>

إن الالتزام بالمحافظة على السرية ،كمقتضى من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود مسألة تختلف باختلاف الظروف والأشخاص و طبيعة الوقائع والأحداث، فقد

(1) عبد المنعم موسى ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

(2) فمثلا المفاوضات التي تجري بشأن إبرام عقد نقل تكنولوجيا يدفع طالب التكنولوجيا ثمنا باهضا في سبيل الحصول عليها ، و من ثم فهو يريد تقدير ثمنها و يكون ذلك من خلال معرفته بأسرار هذه المعرفة ، و لكي يوازن بين ما يدفعه من ثمن من اجل الحصول عليها و بين المنافع التي ستعود عليه ، و مدى ملائمة هذه المعرفة للعرض الذي يبيغيه من وراء التعاقد فيكشف مالك المنفعة بعضا من هذه الأسرار و التي إذا ما أفضيت للغير و اذا ما استعملها المفاوض الحق ذلك ضررا بمالكها .

ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص ٤٤ - ٤٥ .

(3) فقد بينت ذلك مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية التي اعتمدت المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما ، عام ١٩٩٤ في البند (١٦) من المادة الثانية على إن (عندما يعطى معلومات على انها سرية من قبل الطرف في فترة المفاوضات ، يكون الطرف الآخر تحت واجب عدم كشف تلك المعلومات أو استخدامها (بشكل) غير مناسب مع غرضه سواء تم إبرام العقد لاحقا ام لا ، و كلما كان ملائما فان التعويض عن خرق ذلك الواجب قد يتضمن تعويضا عن المنفعة التي حصل عليها الطرف المقابل .



يكون أمر ما سراً في زمان ولا يكون سر في زمان آخر، وقد يكون سرا بالنسبة لأشخاص و لا يكون كذلك بالنسبة لأشخاص آخرين<sup>(١)</sup>.

و من ثم يجب إن يتم الرجوع في تحديد معنى السر على رأي البعض إلى العرف و إلى ظروف كل حادثة على انفراد<sup>(٢)</sup>.

فعندما تجرى مفاوضات بين الإدارة و بين صاحب عطاء المفاوضات المقبول وتقوم الإدارة باطلاعه على خططها و بناها التحتية و إستراتيجية تسليحها إلى غير ذلك من الامور الفنية المختلفة و العسكرية و التقنية منها على وجه الخصوص فينبغي على صاحب العطاء المحافظة على كل الأسرار التي يحصل عليها بفعل المفاوضات التي تجري بينهما .

### ثالثا : الالتزام بالتعاون و تقديم المعلومات

يلتزم المتفاوض بالتعاون و تقديم المعلومات إلى الطرف الآخر و أساس التزامه هو مبدأ حسن النية الذي يجب إن يسود في مرحلة التفاوض كسيادته في مرحلة التنفيذ و يشترط إن تكون هذه المعلومات ضرورية للتعاقد فالمتفاوض يلتزم بان يقدم للجانب الآخر – عند تكوين العقد – البيانات اللازمة لايجاد رضاء سليم تام وذلك من خلال علمه بجميع تفاصيل العقد<sup>(٣)</sup>.

(١) و يمكن إن يتم افشاء السر بطرق شتى سواء كانت بالمكاتبة أو المشافهة أو الاشارة عن طريق الرسم أو الكاريكاتير أو الافلام السينمائية أو التسجيلات الصوتية و الخ من طرق الافشاء و يمكن القول إن لكل مهنة أو وظيفة أو صناعة مميزات الخاصة بها و هذه المميزات تنعكس بشكل أو باخر على طرق افشاء السر ، ويكتفي لتحقق الاخلال بهذا الالتزام إن ينقل السر إلى الغير و لو لم ينشر في الصحف بل ولو كان نقل السر لأشخاص موضع ثقة و لو كانوا انفسهم ممن يلزمهم القانون بكتمان السر ينظر : جابر مهنا شبل ، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص١٢٤ .

(٢) شيرزاد عزيز سليمان ، مصدر سابق ، ص٣٦٢ .

(٣) و الزمت المادة (١٦) من مشروع قانون حماية حقوق المستهلك ( المعد في مركز بحوث السوق و حماية المستهلك بجامعة بغداد في عام ٢٠٠٥ ) المجهز بعدد من الالتزامات من ابرزها امداد المستهلك بمعلومات صحيحة و حقيقية عن وجود السلعة أو الخدمة و سعرها و بيان تاريخ انتاج السلعة و تاريخ نفاذها و بيان طريقة استخدامها و خزنها و صيانتها و المحاذير الناجمة عن استعمال السلع أو سوء الاستعمال و طريقة المعالجة ، و كذلك نصت المادة (١٠) من مشروع قانون حماية المستهلك المعد من وزارة الصناعة و المعادن على إن هذا القانون يهدف إلى حماية مصلحة المستهلك و الحفاظ على صحته و سلامته و تحظر مجموعة من



و تظهر أهمية هذا الالتزام إذا كانت العملية التعاقدية تحتاج إلى تخصص في مجال من المجالات ، لذلك يحظى الالتزام باعلام الإدارة و امدادها بالبيانات والمعلومات بمكانة مهمة في حماية رضاء الإدارة .<sup>(1)</sup>

و لكي يتحقق الوفاء الكلي بالالتزام الناشئ من مبدأ حسن النية ، يلزم توفير تعهد الأطراف بالتعاون فيما بينهم ، حتى تتحقق الغاية من المفاوضات و عادة لا يتم النص الصريح كتابة أو شفاهاً ، على الالتزام بالتعاون و المساعدة المتبادلة ، بل يفترض وجوده ضمناً ، و لعل أهم تطبيق للالتزام بالتعاون إن لم يكن التزاماً مستقلاً هو الالتزام بالاعلام أو الاخبار فالاداء بالمعلومات من احد طرفي التفاوض إلى الطرف الآخر يبدو حاسماً لجلاء الرؤية و التفكير و اتخاذ القرار الملائم بناء على رضاء مستنير حول الظروف و الوقائع المتعلقة بالعقد المراد إبرامه .<sup>(2)</sup>

و يجب إن تكون هذه المعلومات المقدمة من قبل صاحب عطاء المفاوضة تامة و امينة و حقيقية و إن لا يحاول إن يضلل الإدارة بمعلومات غير حقيقية أو كاذبة أو ناقصة لا بل إن كتمان أو اخفاء بعض المعلومات يجعل صاحب العطاء مخل بالتزامه .<sup>(3)</sup>

الممارسات و منها الادلاء عمداً بمعلومات غير صحيحة أو تقديم سجلات أو وثائق أو مستندات مزورة أو غير حقيقية . و قد ارسل المشروع إلى مجلس شورى الدولة بكتاب وزارة الصناعة و المعادن الدائرة القانونية المرقم (٢٢٧٥٦) في ٢٠٠٥/٩/١١

ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق ، ص ٤٣ - ٤٤ .

(1) د. وفاء مصطفى محمد عثمان ، المصدر السابق ، ص ٢١٥ .

(2) و في هذا قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس بانه ( من الملائم التأكيد انه يوجد ، وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية، في النطاق الخاص بالتجارة الدولية ، عادات ومبادئ = = التعاون المفروضة على كل الممارسين الاقتصاديين للتجارة الدولية ، حيث إن على أطراف العقد الواجب الضمني ، بتنسيق جهودهم للتعاون و التنفيذ الدقيق لالتزاماتهم ) .

ينظر : د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ .

(3) و إن مسألة الادلاء بالمعلومات مسألة قديمة بعض الشيء فقد اصاب عنها شيشرون من خلال ضرب مثل يوضح رأيه حول الالتزام بالادلاء بالمعلومات في التعاملات التجارية فيقول (افترض إن في رودس (Rhods) زمن فيه ندره مجاعة و كانت المؤن باسعار خيالية ، و افترض بان رجل صادقاً استورد حمولة كبيرة من الحبوب من الاسكندرية ، و كان على علم يقيني بان اعداد اخرى من المستوردين بدأوا الابحار من الاسكندرية ، و شاهد خلال رحلته بانها تميل إلى الاتجاه نحو رودس فهل عليه إن يخبر اهالي (رودوس) بالواقعة ، ام يحق له الاحتفاظ بالمعلومات و بيع مخزونه باعلى الاسعار الموجودة في السوق ) و قد اجاب شيشرون على التساؤل متبعاً في ذلك افكار (Antifater) الجنرال المقدوني و عضو مجلس الحكم (٣٣٤ - ٣٢٣ ق.م معتبراً بان الاخفاء متعارض مع حسن النية .

ينظر : شيرزاد عزيز سلمان ، مصدر سابق، ص ٣٧٤ .





## الفرع الثاني : حرية العدول عن المفاوضات

المبدأ حرية العدول عن المفاوضات و بالتالي عن إبرام العقد ، هي الاساس الذي يحكم العلاقات بين المتفاوضين فيجوز لاي منهم و قتما شاء إن يعدل عن اتمام صفقة يرى انها في غير صالحه لسبب أو لآخر ، حيث انه لكل شخص الحق المطلق في إن يتعاقد ، أو إن يرفض التعاقد مع آخر ، و ليس من اثر قانوني للعدول عن التعاقد أو التفاوض و لا يترتب على ذلك اية مسؤولية .<sup>(١)</sup>

و إذا كان المفهوم التقليدي المفاوضات قائما على مبدأ حرية المتفاوض التامة في قطع المفاوضات أو الاستمرار فيها فانه مع ذلك لم يترك رهينة لهذا المبدأ ، فمن جهة يرى بعض الفقه إن قطع المفاوضات و إن كان عملا مباحا لا يكيف على انه خطأ استنادا إلى حرية المتفاوض في اجرائه ، إلا انه يقترن بخطأ يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية .<sup>(٢)</sup>

و يلاحظ في الممارسة العملية إن كل طرف يتمتع في مرحلة المفاوضات بالحرية الكاملة في العدول عن رايه و عدم الاستمرار فيها ، و دون إن يكون ملزما بابداء الاسباب أو المبررات لعدوله ، باعتباره عملا ماديا ، لا يرقى إلى مرتبة التصرف القانوني .<sup>(٣)</sup>

وقد اشارت اتفاقية فينا للبيوع الدولية عام ١٩٨٠ لذلك في نصا المادة (١٦) في الفقرة الاولى في البند أولا بانه من الممكن الرجوع عن الإيجاب لحين انعقاد العقد ، إذا وصل الرجوع عن الإيجاب إلى المخاطب قبل إن يكون المخاطب قد ارسل قبوله و جاء في البند ثانيا من نفس الفقرة بان لا يجوز الرجوع عن الإيجاب في حالتين الاولى عندما يتبين من الإيجاب انه لا رجوع عنه سواء بذكر فترة محددة للقبول أو

(١) عبد المنعم موسى ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .  
(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ص ٦٤ .  
(٣) حامد شاكر محمود ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .



بطريقة أخرى أما الحالة الثانية إذا كان من المعقول للمخاطب إن يعتبر إن الإيجاب لا رجوع عنه و كان تصرفه بناء على هذا الأساس<sup>(١)</sup>.  
و تمكن هذه الخصيصة صاحب عطاء المفاوضة بعد إن قام باجراء المفاوضات مع الإدارة إن ينسحب من المفاوضات ما زال قد احترم مبدأ حسن النية الذي تتفرع عنه الالتزامات التفاوضية و بالتالي استعمال الحق في العدول استعمالاً مشروعاً ، ينفي المسؤولية عن صاحب العطاء حتى لو نتج ضرر عن استعماله ، طالما لم يخل هذا الاستعمال أو الاستخدام بالوظيفة الاجتماعية للحق.

## المطلب الثالث

### المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات

إن عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة عن عطاء المفاوضة يثير مسؤولية صاحب العطاء ، و إذا كانت المسؤولية التي يثيرها عطاء العقد على صاحبه عند النكول عن تنفيذ الالتزامات مسؤولية عقدية باعتبار إن عطاء العقد هو إيجاب مكتمل و ينعقد العقد عند اقترانه بقبول الإدارة فان أمر المسؤولية في حالة عطاء المفاوضة مختلف في تحديد طبيعتها إضافة إلى إن ثمة عناصر لا بد من قيامها لتحقيق هذه لمسؤولية و عندما تتحقق المسؤولية فان هنالك آثار يترتب عليها .

(١) انظر المادة (١٦) الفقرة (١) من اتفاقية فينا للبيع الدولية عام ١٩٨٠ .



و هذا ما سنبينه تباعا في هذا المطلب عبر فروع ثلاثة فنوضح في الفرع الأول طبيعة المسؤولية و نخصص الفرع الثاني لعناصر المسؤولية أما الفرع الثالث فنعرض فيه آثار المسؤولية .

### الفرع الأول : طبيعة المسؤولية

ثار خلاف كبير بين الفقه بمختلف مذاهبه و مشاربه حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الاخلال بأي التزام في مرحلة التفاوض لإبرام العقد ، و حظيت هذه المسؤولية قبل التعاقدية باهتمام بالغ منذ السبعينات في فرنسا و بلجيكا و سويسرا وبريطانيا و الولايات المتحدة الأمريكية ، و لا زال هذا الموضوع ذو أهمية كبيرة.<sup>(1)</sup>

و لتحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية قيلت آراء عديدة نوردتها فيما يلي :-

١- الرأي الأول : يذهب (اهرنج) إلى القول بنظرية الخطأ عند تكوين العقد.<sup>(2)</sup> فالخطأ في مرحلة التفاوض خطأ عقدي يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية ، ويفترض (اهرنج) وجود عقد ضمان يقترن بكل محاولة لإبرام عقد بمقتضاه يتعهد كل طرف في هذه المحاولة بالا ياتي من جانبه ما يؤدي إلى اعاقة التعاقد أو بطلان العقد ، و يستند عقد ضمان هذا إلى رضاء ضمني متبادل بين الطرفين المقدمين على التعاقد .<sup>(3)</sup>

٢- الرأي الثاني : في حين يذهب الرأي الثاني إلى إن المسؤولية قبل التعاقدية هي مسؤولية تقصيرية تقوم بحكم القانون و ليس على أساس التصرف الباطل ،

(1) د. محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢ ، ص ٩٠ .

(2) لعل اول نظرية تطرقت الى معالجة الاضرار الناشئة عند ابرام العقد هي نظرية الفقيه الالماني اهرنك (Jhring) في سنة ١٨٦٦ و هي المعروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد و كان بحثه الذي تناول فيه هذه النظرية تحت عنوان (الخطأ عند ابرام العقد و التعويض في الاتفاقيات الباطلة او غير التامة) و قد حققت هذه النظرية من الشهرة و الانتشار مما جعلها في مكانة مرموقة بين النظريات القانون المدني المقارن .

للمزيد ينظر رجب كريم عبد اللاه ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢ . وكذلك ينظر د. شيرزاد عزيز سليمان ، مصدر سابق ، ص ٢٣٦ .

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق ، ص ٤٥ .



بمعنى إن القانون يجعل من الخطأ في مرحلة التفاوض تقوم على تحمل

التبعة أو بصفة عامة عن التقصير في تنفيذ الالتزام<sup>(١)</sup>.

٣- الرأي الثالث : يعتمد هذا الرأي في تحديد طبيعة المسؤولية قبل التعاقدية إلى

حسب المرحلة التي يكون فيها و كما يأتي :

### المرحلة الاولى :

عدم تنفيذ الاتفاق المبدئي أو التمهيدي مثلا يتفق الطرفان على قيام احدهما

باختيار احد الاشخاص لتحديد ثمن البيع ، فإذا لم يقم ذلك الطرف بالاختيار ، محاولا

بذلك عدم إبرام العقد الاصلي فتكون المسؤولية في هذه الحالة عقدية بسبب مخالفة

الاتفاق التمهيدي<sup>(٢)</sup>.

### المرحلة الثانية :

في حالة عدم إبرام العقد الاصلي ، بسبب فشل المفاوضات التمهيدية الموصلة

إلى إبرام العقد أو بسبب يرجع إلى عدم تنفيذ احد الطرفين لبعض الالتزامات الناتجة

عن اية مرحلة من مراحل التفاوض ، فهنا تكون المسؤولية تقصيرية<sup>(٣)</sup>.

فالاصل العام هو إن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد هي

مسؤولية تقصيرية إلا إن هناك حالات استثنائية قد تكون فيها المسؤولية عقدية و هي

تلك الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طريقهما إلى التعاقد بحيث

يمكن اعتبار ما توصلوا اليه في هذه المراحل بمثابة اتفاقات تمهيدية اولية سابقة

(١) و ما يؤيد ذلك حكم المحكمة الفيدرالية الالمانية في قضية عرضت عليها ١٩٥٤ و ايدت المحكمة فيها مسؤولية الشخص الذي يستشف من تصرفاته اثناء اجراء المفاوضات بقيام دواعي الثقة لدى الطرف الاخر بايهامه بان إبرام العقد اصبح وشيكا ، و بسبب هذا الايهام تكبد الطرف الأخير بعض الخسائر و اكدت المحكمة ان مثل هذه المسؤولية لا ترتب نتيجة اعلان صادر من المدعي عليه يلتزم بمقتضاه بهذه المسؤولية بل تقوم على اساس التزام ينشأ بقوة القانون عند البدء باجراء المفاوضات حيث يجب على المفاوض استخدام درجة من العناية المتبعة و المعتادة في العلاقات التجرية بين الاشخاص ، و هي تنشأ بصورة مستقلة عن ارادة الشخص ، فالتعويض عن هذه الخسائر يمكن ان يحكم فيه فقط اذا كان احد الاطراف و من خلال تصرفه السابق قد تسبب بخطأ أدى الى قيام مقتضيات و دواعي الثقة بان العقد اصبح على وشك الابرام .

ينظر : فؤاد العلواني ، عبد جمعه موسى الربيعي ، مصدر سابق ، ص ٢٥ - ٢٦ .

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

(٣) د. محمد عبد الظاهر حسين ، مصدر سابق ، ص ٩٢ .



على إبرام العقد الاصيلي ، و لذلك فإن عدم تنفيذ أي التزام ورد في هذه الاتفاقيات التمهيديّة يرتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية التي تقوم بشأن عدم التوصل إلى إبرام العقد الاصيلي .<sup>(1)</sup>

وهذا الرأي هو الذي نفضله لانسجامه مع المنطق و المجرى العادي للامور ، فلا يمكن إن تترتب على الطرف المفاوض مسؤولية عقدية ابتداء بل إن ما يمكن إن يترتب عليه مسؤولية تقصيرية إذا ما كان ما قام به يشكل خطأ عند قطعه للمفاوضات دون مبرر ، أو لم تكن لديه النية الجادة في التعاقد عند دخوله في المفاوضات .

و في فرنسا يؤسس التقنيين المدني الفرنسي قواعد المسؤولية التقصيرية على مبادئ تجنب الضرر في مرحلة المفاوضات فقد اجمع شراح القانون المدني الفرنسي المعاصرون على إن الاخلال بالالتزام و الافضاء بالمعلومات عند إبرام العقد يعتبر خطأ سابقا على التعاقد و يجد جزاءه في أحكام المسؤولية التقصيرية على أساس المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي .<sup>(2)</sup>

و في مصر بين الفقه المصري بانه يشترط لتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الطرف الذي يعدل عن المفاوضة أو يقطعها أو ينهيا، إن يلحق بالطرف الاخر ضررا استنادا إلى إن هذا التكليف يتفق مع الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقد بالإضافة إلى مبدأ حسن النية الذي يهيمن على إبرام العقد و يعتبر الإخلال به خطأ يقيم المسؤولية التقصيرية .<sup>(3)</sup>

أما في العراق و لعدم وجود قواعد تحكم المسؤولية عن الإخلال بالتزامات المفاوضات و الالتزامات التي يترتبها عطاء المفاوضة لا في قواعد القانون المدني عموما و لا في قواعد القانون الإداري على وجه الخصوص ، فمن الركون إلى

(1) د. محمد عبد الظاهر حسين ، المصدر نفسه ، ص ٩٣ .

(2) حامد شاكر محمود ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

(3) ينظر د. نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقد للإدلاء بالبيانات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٣١١ . نقلا عن د. وفاء مصطفى محمد عثمان ، مصدر سابق ، ص ٣٤ - ٣٥ .



القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية لتقرير مسؤولية المخل عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عطاء المفاوضة.<sup>(1)</sup>

و القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية في العراق نجدها في الفقرة الاولى من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ و التي بينت بانه عند قيام شخص باتلاف مال غيره أو انقاص قيمته بصورة مباشرة أو تسببا فيكون ضامنا إذا كان في احداثه لهذا الضرر قد تعمد أو تعدى ، وقضت المادة (٢٠٢) منه على إن كل فعل يضر بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو نوع يعد من انواع الايذاء فيستلزم ذلك التعويض على من احدث الضرر، وجاء في المادة (٢٠٤) منه على إن كل تعدي يصيب الغير بأي ضرر اخر غير الذي ذكر في المادتين السابقتين يوجب التعويض على فاعله .

و إن المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي هي التي تمكن تطبيقها في العراق لتقرير مسؤولية صاحب عطاء المفاوضة المخل في تنفيذ التزاماته .

### الفرع الثاني : عناصر المسؤولية

بالرجوع إلى قواعد القانون المدني و التي نظمت قواعد المسؤولية التقصيرية بشكل مفصل نجد انها اقامت هذه المسؤولية على أساس تحقق ثلاثة اركان أو عناصر و هذه العناصر هي نفسها العناصر التي لا بد من توافرها لتقرير مسؤولية صاحب العطاء المفاوضة عندما يخل بالتزاماته التي يرتبها عطاءه ، و هذه العناصر تشمل :-

#### أولاً : الخطأ

يعرف الخطأ التقصيري بانه اخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن ادراك ، وإن هذا الالتزام القانوني هو الالتزام باحترام حقوق الكافة و عدم الاضرار بهم وهو

(1) ينظر المادة (١٨٦ ، ٢٠٢ ، ٢٠٤) من القانون المدني العراقي . وكذلك ينظر د. عبد المجيد الحكيم و اخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص ٢١٢ .



التزام ببذل عناية و العناية المطلوبة هي اتخاذ الحيطة و التحلي باليقظة و التبصر في السلوك لتحاشي الاضرار بالغير.<sup>(١)</sup>

فالخطأ عند إبرام العقد يمكن تعريفه بأنه اقدم المتعاقد على التعاقد دون إن يكون في استطاعته إن يوفر في شخصه الشروط اللازمة لصحة العقد ، مما يؤدي إلى ايقاع المتعاقد الاخر في غلط نتيجة للمظهر الكاذب لهذا العقد ووجه ذلك إن المتعاقد بمجرد اقدمه على التعاقد يكون قد خرج من الدائرة السلبية للعلاقات غير العقدية ليدخل في الدائرة الايجابية للعلاقات العقدية و عليه منذ تلك اللحظة إن يبذل اليقظة اللازمة لضمان إبرام العقد بشكل صحيح ، فالحماية القانونية من خطأ المتعاقد لا تقتصر على العلاقات العقدية القائمة بالفعل ، بل يشمل ايضا العلاقات العقدية الناشئة أي التي في طور الانعقاد .<sup>(٢)</sup>

فقد يتمثل الخطأ في جانب مقدم عطاء المفاوضة في عدم تنفيذه للالتزام على الوجه المعتاد المنتظر من الرجل العادي بان ينحرف عن هذا المسلك بشكل يتعارض مع واجب حسن النية و الثقة في التعامل الذي يمثل اطار عاما لتنفيذ أي التزام و هذا ما يسميه الفقه بالامتناع الخاطئ أو التقصيري .<sup>(٣)</sup>

ثانيا : الضرر

إن الضرر هو عبارة عن أذى يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة له و هو ركن اساسي في المسؤولية لان المسؤولية تعني التزاما بالتعويض و التعويض

(١) عبد المجيد الحكيم و اخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٢) د. شيرزاد عزيز سلمان ، مصدر سابق ، ص ٢٤١ .

(٣) و في نفس هذا الاتجاه صدر حكم عن محكمة استئناف باريس الغرفة ٢٥ في ١٣ ايار ١٩٨٨ ، الشركة العامة للمياه المعدنية Vitte شركة Dubreuil كان المساهم الحامل اكثر الاسهم في الشركة قد دخل مفاوضات مع شركة اخرى للتفريغ عن اسهم و الحال انه بعد وقت قريب و مع الاستمرار في هذه المفاوضات الجارية ، و بدون ان ينبه شريكه باع هذه السندات الى شخص ثالث ، و قد اعتبر القضاة الباريسيون ان هذا المساهم يتصرفه على هذا النحو مسؤول تجاه الشركة التي كان يتفاوض معها بالفعل ، بجعلها في جهل تام تجاه تحقيق مشروع بجعل مفاوضاتها عديمة المفعول و حرما بخطا منه من امكانية التدخل في نقاش كانت لها فيه مصالح هامة و لها الحق في الدفاع عنها و ابعاد عنها باسلوب ملوم امكانية توسيع نشاطها التجاري . ينظر : جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة : منصور القاضي ، ط ٢ ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٣٤ .



يقدر بقدر الضرر و بانتفائه تنفي المسؤولية و لا تظل محل للتعويض و لا تكون  
لمدعي المسؤولية مصلحة في اقامة الدعوى .<sup>(١)</sup>

و يظهر الضرر كعنصر للمسؤولية فيما تنفقه الإدارة من نفقات انتقال أو اعداد  
للتفاوض من دراسات جدوى و استشارات قانونية و عمليات حسابية و قد يدخل فيها  
ما تتكبده لاعداد مكان التفاوض كما قد يتمثل الضرر في مقابل الوقت الذي اضاعته  
في المفاوضات بدون جدوى ، و قد لا يقتصر الأمر على الضرر المادي الذي لحق  
الإدارة و انما يشمل الضرر المعنوي المتمثل في التشهير بها و اساءة سمعتها .<sup>(٢)</sup>

### ثالثا : علاقة السببية

إن علاقة السببية تعني إن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ  
التزامه العقدي في المسؤولية العقدية و إن يكون نتيجة مباشرة للاخلال بواجبه  
القانوني في المسؤولية التقصيرية و لا فرق بين النتيجتين الطبيعية و المباشرة من  
حيث المعنى .

إن رابطة السببية تعد متحققة بين الخطأ المتمثل في عدم قيام صاحب العطاء  
بما ينبغي من حسن النية في تنفيذ التزامه و بين الضرر الذي يلحق بالادارة جراء  
ذلك .<sup>(٣)</sup>

(١) د. عبد المجيد الحكيم و اخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، مصادر  
الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢١٢ .

(٢) و في نفس المجال جاء حكم محكمة باريس في ٢٦ حزيران ١٩٩٠ حكم لم ينشر Wietek /Gan التي  
حكمت بان (سوء نية Gan الذي مدّ المفاوضات في حين لم تكن لديه النية للتعاقد كان موصوفا ) و ان Gan  
الذي خدع المقترح قد ارتكب خطأ كانت له نتائجه المضرة ( محكمة باريس ، ١٣ كانون الاول ١٩٨٤ ،  
المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٨٦ ، ص ٩١ .

ويلاحظ ان J.Mestre استبعد مسؤولية فنانة لقطع خاطئ للمفاوضات لانه لا شيء كان يسمح بالقول انها  
فاوضت شركة الانتاج السينمائي بما يؤكد انها ستوقع العقد .

ينظر : جاك غستان ، مصدر سابق ، ص ٣٣٤ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم و اخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، مصادر  
الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٣٩ .





و فيما يتعلق بالضرر الذي يلحق بالإدارة من جراء خطأ صاحب العطاء فهو ضرر مفترض فبمجرد اضاءة الفرصة على الإدارة و اضاءة الوقت فتعتبر العلاقة السببية متوافرة .<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث : آثار المسؤولية

تترتب على تحقق المسؤولية تعويض الشخص المتضرر ، على سبيل جبر ما لحق به من خسارة بسبب المصاريف التي تكبدها وأنفقتها من أجل إنجاح المفاوضات، والمبدأ العام الذي يحكم التعويض هو ضرورة تساويه مع الضرر الناجم ، ويتمثل في الخسارة المحققة أو المكسب الضائع أو (ما لحقه من خسارة ، وما فاتته من كسب ) فبالنسبة للشق الأول من المبدأ وهو (الخسارة المحققة) فلا خلاف أن المضرور أي الإدارة في العقود الإدارية في المرحلة السابقة على التعاقد من حقها أن تعوض عن جميع الخسائر التي لحقت بها بسبب عدم التعاقد أو التعاقد بشكل غير سليم ، أما الشق الثاني والمتمثل بالمكسب الضائع أو الفائت فإنه من الصعب تقبله في كل حالات المسؤولية قبل التعاقدية لأنه لا يمكن أن ترتب أثر على عقد لم يبرم بعد ، إذ الكسب المراد تعويضه هو ما كان يأمل المضرور تحقيقه من وراء إبرام العقد ، فإن الناتج أو المكاسب التي كان ينتظر تحقيقها بعد إبرام العقد ، فليس هناك مجال لتعويضها .<sup>(2)</sup>

إلا أنه توجد حالات من المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد قد يعوض فيها المضرور عن المكسب الضائع بالإضافة إلى الخسارة المتحققة ، وهذه الحالات هي التي تكون فيها المسؤولية عقدية مترتبة على مخالفة أو عدم تنفيذ اتفاقيات

(1) و في نفس الاتجاه بينت محكمة استئناف Reins في حكم لها بخصوص المسؤولية السابقة على التعاقد و الناتجة من مخالفة مبدأ التعامل بشرف و استقامة بقرار مضمونه (ان كاتب العدل مدينة Reins وعد احد مساعديه ان يبيع له مكتبه وان يقدم له زبائنه استنادا لهذا الوعد اشترى المساعد صندوقا حديد و سيارة ورفض وظيفة مباشر في العدلية التي كانت معروضة عليه ، الا ان كاتب العدل و بصورة مفاجئة رفض اتمام عملية البيع ، اما السبب الذي ادلى به كاتب العدل فهو ان مساعده اقامة علاقة غير شرعية مع خادمته الامر الذي لم يثبت ، اعتبرت محكمة استئناف Reins ان كاتب العدل يرتكب خطأ جرميا عندما يخلق لمساعدته املا بالتعاقد و عندما امتنع فان امتناعه كان بشكل مخالف لمبدأ حسن النية و تعسفا .

اورده ، عبد المنعم موسى ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٦١ .

(2) د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ - ٢٥٠ .



تمهيدية سابقة على التعاقد ، وكذلك الحالات التي تم فيها إبرام العقد ، ثم يشكو أحد أطرافه خطأ الطرف الأخير أو تقصيره في مرحلة التمهيد لإبرام العقد ، ولا ريب أن الحديث هنا يتعلق بعقد تم إبرامه ثم يطالب أحد أطرافه بالتعويض فلا مانع من تعويضه طبقاً للقاعدة العام عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة .<sup>(١)</sup>

وإذا كان التنفيذ العيني هو الاصل في المسؤولية العقدية ، فيكون التعويض مثلاً إعادة الأمر إلى ما كان عليه ، كهدم حائط بني بغير حق ، أما التنفيذ العيني كتعويض عن تحقق المسؤولية التقصيرية فهو استثناء على الأصل ، فالأصل هنا أن يكون التعويض مالياً .<sup>(٢)</sup> إذ أنه لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني وإكراه الطرف الآخر على إبرام العقد لأننا خارج إطار العقد وفي مرحلة التكوين الجنيني له ، وإن الفقه والاجتهاد لم يقبلوا بذلك كجزاء على مخالفة مبدأ حسن النية وذلك عبر سحب العرض في حالة عدم وجود مهلة أو التعسف في استعمال الحق وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني والاكتفاء بالتنفيذ البدلي .<sup>(٣)</sup>

ولاشك في صحة هذه النتيجة كلما تعلق الأمر بالتفاوض الذي يستهدف إقامة علاقة تعاقدية غير قائمة بالفعل بين الطرفين ، ففي هذه الحالة لا يكون للتنفيذ العيني من معنى سوى إقامة العلاقة محل التفاوض رغماً عن إرادة صاحب العطاء صار فيها خروج عن كل من مبدأ الرضائية ومبدأ الحرية التعاقدية .<sup>(٤)</sup>

فالمفاوضات هي البوابة الصحيحة لإبرام عقد متين وإن حسن إدارة عملية المفاوضات أمر يحد من المنازعات في المستقبل ، لأنه حسب ما يرى البعض ((إنهاء التفاوض خير من إنهاء العقد)) ذلك أن إنهاء التفاوض سلبياً يؤدي إلى تفادي إبرام عقد معيب يثير منازعات تضر بأطرافه .<sup>(٥)</sup>

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ - ١١٠ .

(٢) عبد المنعم موسى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .

(٣) عبد المنعم موسى إبراهيم ، المصدر نفسه ، ص ٦٤ .

(٤) د. مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦ .

(٥) د. محمد حسين عبد العال ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

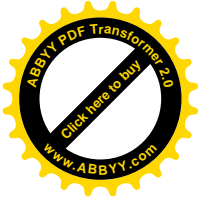


فصاحب عطاء المفاوضة عندما يقطع المفاوضات دون مبرر أو يدخلها دون إن تكون له نية جدية في التعاقد ، أو يمتنع عن الشروع في التفاوض بعد قبول عطاءه من قبل الإدارة ، أو يتعسف في استعمال حقه ، فلا يبدو من المنطق إجباره على الدخول في التفاوض بنية إبرام عقد بدا متهرباً من إبرامه ابتداءً فخير تعويض للإدارة هو الحصول على التعويض المالي منه .

## المبحث الثالث

### عطاء الممارسة

إذا كان عطاء المفاوضة يرتبط بطريق الاتفاق المباشر في التعاقد الإداري فإن عطاء الممارسة يرتبط بطريقة الممارسة ، ولعل من الواجب تقرير أن عطاء الممارسة سوف لن يحمل إختلافات جوهرية عن عطاء المفاوضة بإعتبار أن كلا العطاءين يقوم على التزام مقدم العطاء بالتفاوض مع الإدارة عند قبولها لعطاءه ، إلا أن هذا لايعني التطابق التام بين العطاءين ، إذ يوجد قدر من الاختلاف بينهما ، وعليه سوف نبين في هذا المبحث مفهوم عطاء الممارسة في المطلب الأول ونوضح آثار



عطاء الممارسة في المطلب الثاني ، أما المطلب الثالث فسوف يخصص لتوضيح المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات التي يربتها عطاء الممارسة .

## المطلب الأول

### مفهوم عطاء الممارسة

بالاعتماد على طريقة الممارسة وتنظيمها القانوني سوف نوضح في هذا المطلب تعريف عطاء الممارسة في الفرع الأول والتكييف القانوني لعطاء الممارسة في الفرع الثاني وخصائص عطاء الممارسة في الفرع الثالث .

#### الفرع الأول : تعريف عطاء الممارسة (1)

(1) يعرف الفقيه الطماوي الممارسة بانها ( طريقة للتعاقد عبر توجيه دعوة الى أكبر عدد من المشتغلين بنوع ونشاط موضوع العقد وتحديد ميعاد لاجتماع يحضره أولئك الموردون أو المفاوضون في جلسة علنية مفتوحة لمناقشتهم فيها).

ينظر : د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٨٨٠ .



إن الممارسة ليست إلا تقنية لإبرام العقد تقوم على التفاوض بين الإدارة والمرشحين ليتم إختيار المتعاقد وإبرام العقد نتيجة لهذه المفاوضات .<sup>(1)</sup>  
فالممارسة تعتمد على التفاوض شأنها في ذلك شأن الإتفاق المباشر ، ولكن وجه الإختلاف بينهما يتمثل في قيام الإدارة بالتفاوض في نطاق الممارسة بعد استيفاء إجراءات العلانية وضمن مناخ واف من المنافسة ، في حين إن الاتفاق المباشر لا يتم من خلال العلانية والمنافسة لأنه يحق للإدارة أن تلجأ إلى متعاقد معين بالذات والتفاوض معه للتوصل إلى أفضل الشروط لإبرام العقد ، ذلك خلافاً لما تقضي من إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيتها .<sup>(2)</sup>

وبناءً على ذلك يمكن تعريف عطاء الممارسة بأنه العطاء الذي يقدم إلى الإدارة بهدف التفاوض على العقد المراد إبرامه ، وعند الدخول في المفاوضات ونجاحها يؤدي إلى إبرام العقد بين الإدارة وصاحب عطاء الممارسة .  
وعطاء الممارسة هو عطاء المفاوضات بالرغم من أن عطاء المفاوضات أقل اكتمالاً من عطاء الممارسة ، ولكن يبقى عطاء الممارسة عطاء غير مكتمل بسبب غياب عنصر جوهرية فيه هو الثمن ، حيث محرر العطاء يرغب في الحصول على ثمن جيد له ، وفي نطاق الشروط الممكنة لتنفيذ العقد مع الرغبة في أن يضمن له أفضل تمويل مالي .<sup>(3)</sup>

### الفرع الثاني : التكيف القانوني لعطاء الممارسة

لا يختلف عطاء الممارسة كثيراً عن عطاء المفاوضات من ناحية التكيف القانوني ، فلا يعتبر عطاء الممارسة إيجاباً والدليل في ذلك قبول الإدارة لعطاء الممارسة المقدم من صاحبه لا يؤدي إلى انعقاد العقد مباشرة ، وإنما يؤدي إلى دخول الطرفين في المفاوضات توصلاً إلى إبرام العقد .

(1) د. مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ٧٨٧ .

(2) د. مهند مختار نوح ، المصدر نفسه ، ص ٧٨٨ .

(3) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لابرام عقود الأشغال العامة ، مصدر سابق ، ص ١٩ .



وعطاء الممارسة يكون قبول لدعوة التفاوض المقدمة من قبل الإدارة فبعد أن تعلن الإدارة عن حاجتها إلى التعاقد حول مرفق معين لا تملك إزائه رؤياً واضحة حوله فيكون عطاء الممارسة هو استجابة لدعوة الإدارة إلى التفاوض من أجل إبرام العقد الإداري .<sup>(1)</sup>

فعطاء الممارسة شأنه شأن عطاء المفاوضة لا يعدو إن يكون إلا دعوة إلى التفاوض أو قبول دعوة التفاوض المقدمة من قبل الإدارة . وقد تضمنت هذه الدعوة اقتراحاً للتعاقد تتفاوت قيمته القانونية تبعاً لمضمونه ، غير أنه كلما تقدمت المفاوضات بين الطرفين فإن هذا الاقتراح يكون محلاً للتغيير والتطوير في قيمته ووضوحه نتيجة لاقتراحات مقابلة أو مضادة متبادلة بينهما تتضمن تعديلات لمضمونه إلى أن يُرقى إلى درجة الإيجاب المشترك الذي تنتهي به المفاوضات بين الطرفين عادة .<sup>(2)</sup>

فعطاء الممارسة لا يصل إلى درجة الإيجاب لأن الإيجاب يتطلب العزم والتأكيد على نية صاحبه في التعاقد مع الإدارة ، في حين إن عطاء الممارسة لا تتوفر فيه النية الجازمة في التعاقد ، فهو يقدم لإظهار نية صاحبه في قبول التفاوض مع الإدارة من أجل إكمال ما يعتري العطاء المقدم منه من نقص .

وخلاصة القول إن عطاء الممارسة لا يعدو أن يكون إلا دعوة إلى التفاوض مع الإدارة أو قبول دعوة التفاوض المقدمة من قبل الإدارة .

### الفرع الثالث : خصائص عطاء الممارسة

يستمد عطاء الممارسة خصائصه من طريقة الممارسة التي يقدم في ظلها من أجل إبرام العقد ، فالممارسة هي المبادرة تصدر عن رب العمل بقصد تنفيذ مشروع معين عن طريق مخاطبة الغير لتقديم عطاءاتهم ، ورب العمل في العقود الإدارية هو الإدارة ، هذه الدعوة أو المبادرة التي تصدر عن الإدارة من الممكن إن تأتي بصفة مجردة وعامة بهدف تنفيذ مشروع محدد أو تقديم خدمات معينة ، وتترك إلى صاحب

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ .

(2) د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .



العطاء قدراً من الحرية في تعريف وتحديد خدماتهم والأسعار وحتى الشروط التي على أساسها سوف يبرم العقد ، هذا الأسلوب يكون محبباً لدى الإدارة تجاه متعاقدين سبق وأن قاموا بتنفيذ عقود بموجب شروط كانت جيدة ومقبولة لدى الإدارة ، مما تدفع الإدارة إلى التعاقد معهم مستقبلاً حتى تكون طريقة التنفيذ على نهج الطريقة السابقة .<sup>(١)</sup>

فالممارسة هي إحدى الطرق المستخدمة في إبرام العقود الإدارية تتبعها الإدارة في طائفة من العقود التي يحتاج تنفيذها إلى قدر معين من التقنية الفنية وكلف التنفيذ ، ومن ثم فإنها تتمتع بقدر من الحرية في اختيار المتعاقد معها مقارنة بطريقة المناقصات التي تقوم على مبدأ آلية إحالة العقد على من يقدم أوطأ العطاءات ، فالممارسة لا تخضع في إبرامها إلى هذه الآلية ، حيث أن معيار الإحالة في الممارسة يعتمد على أسس أخرى إلى جانب الثمن وهي أساليب التنفيذ والمدة التي ينجز بها المتعاقد العقد لذا فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في الاختيار .<sup>(٢)</sup>

وغالباً ما يتم اللجوء إلى طريقة الممارسة في عقد الامتياز وفي عقد تقديم المعونة ، حيث أن تسيير المرافق العامة بحاجة إلى قدر كبير من القدرات المادية والفنية ، وفي بعض المرات نجد إن اتباع الإدارة لطريقة الممارسة يأتي في مرحلة ما قبل إبرام العقد المتعلق بتنفيذ مشروع معين ومثال على ذلك إجراء الممارسة في جهات تتولى وضع التصاميم أو النماذج التي ستعتمد في تنفيذ المشروع .<sup>(٣)</sup>

ولكن المبدأ العام لطريقة الممارسة يقضي بعدم منح أصحاب العروض الحرية المطلقة في تعريف خدماتهم وتعيين أشكالها ، بل تكون مرفقة في الغالب بدفتر شروط والتي من خلالها يتم تحديد الشروط التي بموجبها تريد الإدارة إبرام

(١) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لابرام عقود الاشغال العامة ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

(٢) د. مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، دار المطبوعات الجامعية ، ص ٦٨ .

(٣) ينظر : علي حسن عبد الأمير ، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق : دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٩ .



عقدها ، وعليه فإن هذه الطريقة تمثل عرضاً لتنفيذ مشروع وفقاً للشروط بشكل واضح .<sup>(١)</sup>

فعطاء الممارسة هو عطاء المفاوضات ، فبالرغم من أن عطاء المفاوضات هو أقل اكتمالاً من عطاء الممارسة ، لكن هذا لا يعني إن عطاء الممارسة يصل إلى درجة عطاء العقد ، فعطاء الممارسة هو عطاء غير مكتمل بسبب فقدان عنصر هام فيه ألا وهو الثمن ، حيث محرر العطاء يرغب في الحصول على ثمن جيد له من خلال الشروط الممكنة لتنفيذ العقد ، فالممارسة تسمح للإدارة بقدر من السلطة التقديرية وحرية الحركة والمناورة وتقليب الأمور مع المرشحين للتعاقد مع اصحاب العروض المقبولة فنياً حتى تصل على أفضل الشروط وأقل الأسعار دون التقييد بالأسعار التي سبق لهم التقدم بها في المظاريف المالية .<sup>(٢)</sup> ومن جانبه أستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على ترديد هذا المعنى في جانب من أحكامه .<sup>(٣)</sup>

وفي فرنسا عني المشرع بتنظيم التعاقد بأسلوب الممارسة في المواد (٩٣-١٠٢) من تقنين العقود العامة لعقود الدولة ، والمواد (٢٩٥-٣٠٧) للعقود التي تبرمها للوحدات المحلية ، وعمل النظام القانوني الفرنسي على تأكيد مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها على وفق أسلوب الممارسة صراحة في المادة (٩٧) من تقنين العقود العامة ، ولا يعني ذلك إطلاق يد الإدارة من كل قيد في مجال اختيار المتعاقد بل أنها تخضع في ذلك لضوابط محددة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من جهة وأن لاتهدر حقوق المتعاقد الآخر من جهة أخرى .<sup>(٤)</sup>

وفي مصر فإن الممارسة طريقاً أصلياً للتعاقد ، وأستقر قضاء مجلس الدولة المصري على أن مبدأ التعاقد في مجال العقد الإداري عن طريق الممارسة يخضع

(١) د. محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لابرام عقود الاشغال العامة ، مصدر سابق ، ص ١٩ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

(٣) من بين هذه الأحكام :

- C. Eler Avril, SA. Establiss Ducros, p. 177, DA. No. 327, R.F.D. , 1994, p. 620.

- نقلاً عن : د. محمد أحمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، هامش ، ص ١٤٢ .

(٤) علي حسن عبد الأمير ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .





قاعدة حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها ، لما تقوم عليه من سرعة ومرونة في الإجراءات .<sup>(١)</sup>

وما يدل على تلك المرونة فإن المشروع المصري أباح للجنة الممارسة عند حالات الضرورة والاستعجال وبعد موافقة الجهة الإدارية المختصة الانتقال إلى مكاتب أو شركات المقاولين أو الموردين لممارساتهم على أن تكفل علانية العروض لجميع المشتركين في الممارسة .<sup>(٢)</sup>

وإن العطاءات المقدمة في طريقة الممارسة لا تتميز بالسرعة التي تسم بها العطاءات المقدمة في طريقة المناقصة ، فأصحاب العطاءات يعلم كل منهم بالسعر الذي يتقدم به الآخرون مما يعطي الفرصة لأي مشارك من تخفيض عطائه للفوز بالممارسة .<sup>(٣)</sup>

وفي العراق نجد أن المشرع لم يشر إلى الممارسة عندما نص على وسائل تعاقد الإدارة مع الأشخاص في انجازها للمشاريع أو في حصولها على الخدمات في المادة الثالثة من تعليمات تنفيذ ومتابعة أعمال وخطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ ، وكذلك لم يتم ذكر أسلوب الممارسة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) سنة ٢٠٠٨ لكنه ذكر أسلوب العطاء الواحد في المادة (٤) الفقرة (٥) منها : بأنه " يتم توجيه الدعوة مجاناً من جهات التعاقد لمناقص واحد فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية لتجهيز أو تنفيذ الاعمال أو الخدمات الاستشارية أو التصنيع وذلك عند الضرورة ولوجود أسباب مبررة تستدعي ذلك .. "

ويتبين من طبيعة الأعمال التي تستدعي اللجوء إلى أسلوب العطاء الواحد هي نفسها التي تستدعي الاستعانة بطريقة الممارسة في التشريعات المقارنة ، لذا نجد

(١) ومن أحكامه الصادرة في هذا المجال :

حكم المحكمة الإدارية العليا الصادرة في ٢٢ مارس سنة ١٩٦٢ ، مجموعة العقود ، ص ٢٩٦ . " إن مبدأ التعاقد في مجال العقد الإداري عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر يخضع لقاعدة حرية الإدارة في اختيار المتعاقد .... "

نقلا عن د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

(٢) المادة ٤٧ / ٣ من اللائحة التنفيذية المصرية لقانون المناقصات والمزايدات السابق رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(٣) أنظر : د. محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري المصري والمقارن ، ج ١ ، السلطة الإدارية ، مطبعة نصر ، ١٩٥٨ ، ص ٧٥٥ .



الحاجة تقتضي النص على طريقة الممارسة في العراق حتى نخلق نوع من المنافسة بين أصحاب العطاءات وحتى تعدد لدينا الاقتراحات والطلوب بشأن تنفيذ العقود الإدارية .

وعطاء الممارسة أصبح من الأمور المقبولة علمياً وفنياً في العراق لأنه يضفي على عملية ابرام العقود الإدارية مرونة كبيرة كما هو الحال في التشريع المقارن ، ويمكن الإدارة من تحقيق متطلباتها ، بإرادة حرة ، إلا أن الأمر يحتاج إلى تشريع .

## المطلب الثاني

### الأثار القانونية المترتبة عن عطاء الممارسة

يرتب عطاء الممارسة جملة من الالتزامات تقع على عاتق صاحبه عند قبول هذا العطاء من قبل الإدارة ، فعلى صاحب العطاء عندئذ الشروع في المفاوضات مع الإدارة وفقاً لمبدأ حسن النية في التفاوض في سبيل ابرام العقد بينهما ، ولا يفرق عطاء الممارسة عن عطاء المفاوضة في ذلك .

والممارسة هي عرض غير مكتمل لأنه لا يحوي جميع التفاصيل الدقيقة للأعمال المطلوبة ، ولكنه يخاطب الغير بهدف تقديم عروضهم ، فيأتي دور التعهد الذي يتقدم به صاحب العطاء ليكمل ما ينقص الممارسة من عناصر ، ولاهمية هذا



التعهد يجب العناية بصياغته وحماية صاحبه لأنه يحمله التزاماً بالتعاقد ، فعليه أن يضع تحفظات تجاه أمور لا يكون بمقدوره تحملها .

وسوف نبين في هذا المطلب التفاوض بحسن نية في الفرع الأول وشروط الممارسة في الفرع الثاني وآثار التعهد في الفرع الثالث وصياغة التعهد في الفرع الرابع .

### الفرع الأول : التفاوض بحسن نية

يفهم مبدأ حسن النية بشكل أفضل باعتباره جزءاً من تدرج هرمي لالتزامات الاطراف المتعاقدة والتي تكون على درجات متزايدة من الارهاق ، حيث يكون المستوى الأول من الالتزامات وأقلها ارهاقاً هو الالتزام القاضي بالتصرف بمعقولية تجاه المتعاقد الآخر ، أي حظر الإفراط في المصلحة الشخصية (الذاتية) أو السلوك الاستغلالي ، والمستوى التالي من الالتزامات هو واجب حسن النية الذي يسمح للمتعاقد بالتصرف وفقاً لما تمليه عليه مصلحته الشخصية لكنها تفرض عليه بالمقابل أن يراعي المصالح المشروعة للغير ، أما المستوى الأخير والأكثر ارهاقاً من الالتزامات والذي يطلق عليه الائتمانية والذي يتطلب من المتعاقد إن لايتصرف بأنانية وان يتصرف بولاء مطلق تجاه الطرف الآخر .<sup>(1)</sup>

ويشكل مبدأ حسن النية أهمية بالغة لماله من دور أساسي في نجاح المفاوضات بين الإدارة والراغب في التعاقد معها عن طريق عطاء الممارسة وكذلك في تحديد الحقوق والالتزامات للطرفين المتعاقدين ، ونوع المسؤولية الواقعة على كل طرف في حالة انقطاع المفاوضات وخصوصاً في العقود ذات القيمة المالية الكبيرة والتي لايمكن الانتهاء من إبرامها خلال جلسة واحدة ، بل يتطلب الأمر الدخول في مفاوضات طويلة ، وهذا بدوره قد يستغرق شهوراً أو سنوات .<sup>(2)</sup>

(1) Brenda Johnson, oP cit.

(2) د.شيرزاد عزيز سليمان ، مصدر سابق ، ص ٣٣٦



ويتم الإخلال بواجب الالتزام في التصرف بحسن نية عندما يتصرف أحد الطرفين بسوء نية ، أي حينما يتصرف ذلك الطرف بطريقة تؤدي إلى ابطال الغاية من التعاقد أو يسبب ضرراً جسيماً بالطرف الآخر على خلاف الغاية الأصلية من العقد أو ما كان الطرفان يتوقعانه .<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني : شروط الممارسة

تلعب شروط الممارسة دوراً كبيراً في تحديد ما يجب إن يحتويه العطاء المقدم إلى الإدارة بهدف نيل قبولها من أجل إبرام العقد .

وتحظى هذه الشروط بهذه الأهمية باعتبارها بياناً حقيقياً لاحتياجات الإدارة الفعلية كما إن هذه الشروط ملزمة لجهة الإدارة لا يجوز تعديلها إلا بضوابط معينة وكلما كانت الشروط متسمة بطابع العمومية و التجريد كان ذلك تطبيق عملياً لمبدأ المنافسة و المساواة و كذلك تساعد هذه الشروط على تشكيل موقف صاحب العطاء الذي يتقدم للتعاقد مع الإدارة بناء على مدى استيعابه لهذه الشروط .<sup>(2)</sup>

وشروط الممارسة تتكون من عدد من الوثائق تبين وصفاً دقيقاً للعقد المراد تنفيذه سواء فيما يتعلق بالجانب الفني أو التعريف المفصل للشروط التي يراد التنفيذ بموجبها ، و يتم ترتيب الوثائق ضمن ثلاثة درجات فأولها الوثائق الفنية التي توضح المواصفات ذات الطبيعة الفنية الخاصة بتنفيذ العقد و ثانيهما الشروط العامة التي تتعلق بالنصوص الإدارية و القانونية التي سيرم العقد بموجبها و ثالثها الشروط الخاصة المفصلة ، وبخصوص العقود المهمة فإن ملف الممارسة يحتوي كذلك على ملاحق فنية كثيرة .<sup>(3)</sup>

و في مصر يشترط على الجهة الإدارية إن تقوم قبل الإعلان أو دعوة المقاولين للاشتراك في الممارسة بأنواعها ، كراسة للشروط و إن تتضمن هذه الكراسة

(1) Brenda Johnson, oP cit.

(2) د. عاطف سعدي محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤ .

(3) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مفاوضات ، إبرامها ، تنفيذها ، مصدر سابق ، ص ٧٧ - ٧٨ .



الشروط العامة ، و الشروط الخاصة ، و الشروط و المواصفات الفنية ، و يشترط في هذه الكراسة إن تكون مطبوعة و مختومة يختم الجهة الإدارية .<sup>(١)</sup>

و في العقود المهمة و من اجل صياغة شروط الممارسة فان الإدارة تلجا إلى الشروط العامة لعقود الفيديك النموذجية لعام ١٩٩٩ حيث قام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين باصدار اربعة عقود نموذجية لاستخدامها في مجال التعاقدات الدولية ، و لذلك يقتضي الأمر إن تصاغ هذه العقود بتعديل بعض المواد عند استعمالها في العقود الإدارية المحلية ، و حسب طبيعة و ظروف كل بلد .<sup>(٢)</sup>

وينبغي إن يلاحظ عند ابرام العقد في اطار الصيغ النموذجية اختلاف احكامها باختلاف محلها و باختلاف النظام القانوني الذي تخضع له الجهة التي قامت بصياغتها ، كما يراعى إن هناك عقود نموذجية لا تتعلق إلا بسلعة معينة (كالمح) أو مجموعة من السلع المحددة (كالحبوب و الخضروات) ، في حين إن بعضها يتعلق بكافة مبادلات السلع الدولية و مثالها مجموعة المصطلحات التجارية الدولية التي وضعتها غرفة التجارة الدولية و التي تتضمن بعض أحكام البيوع البحرية الشائعة.<sup>(٣)</sup>

- (١) حيث بينت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ (في الباب الاول) في شراء المنقولات و التعاقد على المقاولات و تلقي الخدمات في المادة (٧) بقولها ( يجب ان تعد كل جهة قبل الاعلان و الدعوة للاشتراك في المناقصة او الممارسة بجميع انواعها كراسة خاصة بمستندات الطرح تشمل الشروط العامة و الخاصة و الشروط و المواصفات الفنية و قوائم الاصناف او الاعمال و ملحقاتها ، و يتم طبع الكراسة المشار اليها و توزيعها بعد ختمها و اعتماد مدير المشتريات لها ... )
- (٢) اخر طبعة لعقود الفيديك ، صدرت عام ١٩٩٩ و هي تحتوي على اربعة عقود نموذجية هي :-
- ١- شروط عقد الانشاءات ( الكتاب الاحمر ) يتم استخدامه في المشاريع الانشائية المهمة من قبل صاحب العمل .
  - ٢- عقد التجهيزات الالية تصميم و تنفيذ ( الكتاب الاصفر ) يوصى باستخدامه في مشاريع الاعمال الكهربائية و المشاريع الصناعية او في المشاريع التي يوكل فيها الى المقابو اعداد تصاميم اضافة للتنفيذ و قد تم فيه الابقاء على دور المهندس .
  - ٣- عقد هندسة و شراء و انشاء مشاريع تسليم مفتاح ( الكتاب الفضي ) يوصى باستخدامه في المشاريع المتكاملة و هو ملائم لنظام المشاريع (Built operation Transse) و فيه يتولى المقاول اعداد تصاميم كما تم تحميل المقاول عدة مخاطر و مسؤوليات اضافية للحد من ادخال التعديلات على الاسعار او مدة التنفيذ و لم يرد فيه دور واضح للمهندس . = =
- = = العقد الموجز ( الكتاب الاخضر ) يوصى باستخدامه في مشاريع الابنية و المشاريع الهندسية ذات القيمة الصغرى نسبيا ، او ذات الفترات القصيرة ، و لم يرد فيه دور واضح للمهندس كما يلاحظ تقليل مدة الاشعارات و الدفعات .
- ينظر : د. حمد لطيف الدليمي ، الثقافة القانونية للمهندسين و المقاولين ، ط١ ، دار ميزوبوتامبيا ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص١٦٦ .
- (٣) تسمى (incoterms) و تتضمن بصورة خاصة التزامات البائع و المشتري ، و هي لذلك توصف بانها عقود جزئية او ناقصة وذلك في مقابل العقود النموذجية الكلية التي تضمن كافة اثار العقد او معظمها .



و في العراق اخذت شروط المقاوله لاعمال الهندسة المدنية ، و كذلك شروط المقاوله لاعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية العراقية بما جاء في الشروط عقود الفيديك (Fidic) التي تنظم عملية التعاقد بين الدولة و ادارتها من جهة و الشركة الوطنية أو الاجنبية من جهة أخرى .<sup>(١)</sup>

و من خلال ما تقدم يتضح انه على صاحب عطاء الممارسة إن يدرس شروط الممارسة جيدا من خلال ما يتم الاحالة إليها فالإدارة هي التي تستقل بوضع هذه الشروط وليس لصاحب العطاء إلا إن يقبل هذه الشروط و يقدم عطائه أو يتحفظ على البعض منها و يترك ذلك لتقدير الإدارة .

أما إذا تركت الإدارة الحرية للممارسين إن يضعوا الشروط التي بموجبها سيجري تنفيذ العقد فان على صاحب عطاء الممارسة إن يتحرى المهارة في وضع هذه الشروط من اجل نيل قبول الإدارة لعطائه المقدم و من ثم اقدمها على ابرام العقد.

### الفرع الثالث: آثار التعهد

اسلفنا إن الممارسة تقوم على مبدأ تلقي الإدارة عروض غير مكتملة من الراغبين في التعاقد مع الإدارة ، و من ثم الدخول معها في مفاوضات قد تطول او

لذا ان الاحالة على الاحكام الواردة في العقود الناقصة لا تعفي الادارة عند صياغة الوثيقة الرئيسية من تكملة الاحكام الناقصة ، انما يجب عليها ان تراعي التناقص بين الاحكام التي تتضمنها الوثيقة الرئيسية و بين الاحكام المحال عليها .

ينظر : د. احمد شرف الدين ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .  
(١) فقد جاء في الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ المعدة من وزارة التخطيط في المادة (٢٠) فقرة (٢) و الخاصة بالمخاطر (( تنحصر المخاطر المستثناة بما يلي و ضمن حدود الجمهورية العراقية

- أ- الاعمال الحربية .سواء اعلنت الحرب او لم تعلن
  - ب- حوادث الشغب او الهياج او الاخلال بالنظام العام ، عدا ما يحدث بين مستخدمى المقاول او المقاول الثانوي.
  - ت- مخاطر الطاقة الذرية و الاشعاعات النووية .
  - ث- استعمال او اشغال صاحب العمل لاي قسم من الاعمال الذي صدرت بشأنه شهادة استلام
  - ج- تصميم المهندس للاعمال وفق احكام هذه الشروط )) .
- وكذلك بينت المادة (٦٩) من نفس هذه الشروط (( اذا نشأ نزاع او خلاف من أي نوع كان بين صاحب العمل و المقاول له علاقة بالمقاوله او ناجم عنها او تنفيذ الاعمال سواء كان ذلك اثناء سير الاعمال او بعد اكتمالها و سواء كان قبل ام بعد انتهاء المقاوله او تركها او الاخلال بها فيحال مثل هذا النزاع الى المهندس و تجري تسويته من قبله و عليه ان يبلغ قراره الى صاحب العمل و المقاول .
- ان مثل هذا القرار بخصوص كل قضية احيلت بهذه الصورة يكون ملزما بصاحب العمل و المقاول .... ))



تقتصر حسب أهمية العقد ، للوصول إلى رؤيا أو اتفاق مشترك بشأن جميع عناصر العقد المراد إبرامه .

و لكن بعد إن تمارس الإدارة مع مقدمي العروض أو الموردين أو المقاولين و اتمام تعديلات الأسعار و الاتفاق على عناصر العقد بينها يتحول مقدم العرض الي تم معه ذلك إلى مركز المتعهد و هنا سوف تتطور التزاماته من المفاوضات و التزام مبدأ حسن النية في التفاوض إلى التزاما بالتعاقد .<sup>(1)</sup>

فالتعهد يأتي و يكمل ما ينقص الممارسة من عناصر أو يستبدل بنصوص أخرى ليكون عطاء العقد ، وبذلك يتحول عطاء الممارسة إلى عطاء العقد ، و بذلك يتحول التزام المتعهد إلى التزام بالتعاقد ، فالتعهد يعتبر التزاما بالتعاقد و غالبا ما يبدأ بالمفاوضات على الرغم من التعهدات التي تقدم من اجل تنفيذ مشاريع المهمة و غالبا، تحمل تحفظات تجاه بعض الشروط المعلنة من قبل الإدارة ، و هذا يستلزم البدء بالمفاوضات بين الإدارة و المتعهد تحقيقا لإبرام العقد.<sup>(2)</sup>

### الفرع الرابع : صياغة التعهد

تكون الصياغة صحيحة اذا كانت معبرة عن رغبة المتعهد ، وهذا يقتضي ان يكون القائم بالصياغة على دراسة بمعنى الكلمة يستخدمها لتؤدي الغرض المطلوب على درجة عالية من الصحة ، و لهذه الغاية يجب ان يراعي المتعهد و من يقوم بصياغة التعهد بدلا عنه ، انسجام المعاني التي يقوم عليها تعهده بحيث لا يترتب على التعبير عن معنى الغاء معنى اخر و التشكيك في معنى التعبير عنها .<sup>(3)</sup>

لذا على صاحب العطاء قبل تحريره لعطاءه ان يقوم بالتحريات حول مشروع العقد المراد تنفيذه ، حيث لهذه التحريات اهمية بالغة في تحديد المنافع و المكاسب التي يمكن ان يحققها من قبول الادارة لعطائه و حصوله على فرصة تنفيذ العقد .

(1) د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤

(2) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص ٨١ .

(3) انظر د. احمد شرف الدين ، اصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد) ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .



و ينبغي على المتعهد قبل تحريره لتعهدة دراسة وثائق و مستندات الممارسة بدقة كبيرة قبل صياغة تعهده من اجل معرفة هذه الشروط و ما يمكن قبوله منها حتى يستطيع التعرف مسبقا على الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد .<sup>(١)</sup>

و يمكن للمتعهد التحفظ اتجاه بعض الشروط التي تعلنها الادارة و لكن عليه عدم المبالغة في ذلك .<sup>(٢)</sup>

و المنتبغ للواقع العملي يجد ان شروط الممارسة تكون ثلاثة انواع من ناحية التحفظ .<sup>(٣)</sup>

أ- نوع من الشروط لا يمكن قبوله مطلقا ، حيث على صاحب العطاء اعلان رفضه الصريح لها و مثالها رفضه إبرام عقد لا يقرر التسديد للدفعات المتتابعة التي تعطى من قبل الادارة الى المقاول تدرجا مع نسب انجاز المشروع .

ب- نوع من الشروط تظهر كثيرا في دفاتر شروط الممارسة لكنها لا تقع تحت إطار الرفض المطلق من قبل المتعهد ، بل يمكن للمتعهد ان يتقدم خلال المفاوضات والعمل على تعديلها .

ت- النوع الثالث هي الشروط التي لا تشير رفض المتعهد و انتقاده لها ، حيث يقدم عرضه دون تحفظ عليها و لكن من الممكن بعد البدء في المفاوضات ان يحاول الحصول على صياغة اخرى لها .

## المطلب الثالث

### المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات

تترتب المسؤولية بصورة عامة عند عدم تنفيذ صاحب الالتزام التزاماته كليا او جزئيا ، و اذا كانت المسؤولية التي يثيرها عطاء العقد على مقدم العطاء عند اخلاله

(١) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

(٢) حيث يكون امام صاحب العطاء احتمالين .

الاول : هو حالة عدم تقديم التحفظات يعني المجازفة في فقدان القدرة على مناقشة الشروط لاحقا عند المباشرة في المفاوضات طالما انه قد قبلها ، حيث يصطدم برفض رب العمل بمناقشتها .

الثاني : ان تقديم تحفظات مبالغ بها يحمل احتمال استبعاد عطائه من المفاوضات ، لذا عليه اخذ الحيطة من خلال التمييز بين التحفظات التي يمكن تقديمها اضافة الى عرض اسعار تنافسية لضمان الشروع في المفاوضات

(٣) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص ٨٢ - ٨٣ .





في تنفيذ التزاماته هي مسؤولية عقدية ، و اذا كانت المسؤولية التي يثيرها عطاء المفاوضة على صاحبه عند اخلاله بالتزاماته هي مسؤولية تقصيرية كاصل عام و تكون مسؤولية عقدية استثناءا ، فان عطاء الممارسة بين هذا وذاك حيث تكون المسؤولية التي يرتبها عطاء الممارسة في حالة الاخلال هي مسؤولية تقصيرية اذا كان العطاء غير مكتمل و عام و غير تام في مضمونه بينما تكون المسؤولية عقدية اذا كان على شكل عرض محدد وواضح و يقترن ذلك بقبول الادارة خلال فترة نفاذ العطاء .<sup>(1)</sup>

و هذه الحالة الاخيرة التي تكون فيها المسؤولية عقدية هي نتيجة لتحول عطاء الممارسة الى عطاء العقد .

و عليه اذا كانت المسؤولية المترتبة عقدية فسوف يطبق عليها كل ما ذكرناه بخصوص المسؤولية المترتبة على عطاء العقد .

و اذا كانت المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالتزامات عطاء الممارسة هي مسؤولية تقصيرية فسوف ينطبق عليها كل ما ذكرناه بخصوص المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالتزامات عطاء المفاوضة ، وسوف نتطرق لكلا المسؤوليتين بشكل مختصر اكتفاءا بما ذكرناه سابقا .

#### الفرع الاول : المسؤولية العقدية

و تنشأ هذه المسؤولية عندما يخل صاحب عطاء الممارسة بالتزاماته عندما يكون عطائه على شكل عرض محدد و يصحب ذلك قبول الجهة الإدارية لهذا العطاء حيث إن التعهد ياتي لاكمال ما ينقص الممارسة من عناصر ليكون بذلك عطاء العقد حيث بإمكان الإدارة مصادرة التامينات الاولية المقدمة من قبل صاحب العطاء.<sup>(2)</sup>

وكذلك بإمكان الإدارة تنفيذ العقد على حساب المقاول الناكل ، و لكن لا يجوز الجمع بين جزاء مصادرة التامين و جزاء تنفيذ العقد على حسابه ، على اعتبار إن

(1) د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

(2) د. محمد سعيد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .



تنفيذ العقد على حسابه هو استمرار للعقد بينه وبين الإدارة ، في حين إن مصادرة التامين الاولي هو فسخ للعقد بينهما فلا يجوز الجمع بين هذين الجزئين .<sup>(١)</sup>  
و من الجزاءات الاخرى التي تملكها الإدارة هي الوضع في القائمة السوداء حيث تصدره الإدارة بارادتها المنفردة على المقاول أو المرشح للتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته ، و هذا الامر يؤدي إلى استبعاد ترشيحه من قبل الإدارة مرة أخرى في أي من مشاريعها المستقبلية .<sup>(٢)</sup>

هذه الجزاءات التي تفرض من الإدارة على الناكل ، لا يشترط وقوع الضرر على الإدارة و انما الضرر فيها مفترض بمجرد عدم ايفاء صاحب العطاء بالتزاماته، لانه يعرض سير انتظام المرفق العام إلى الارباك و التأخير ، و ذلك عندما يتخلف المرشح للتعاقد عن تنفيذ العقد التي انعقد بمجرد قبول الإدارة لعطائه .

و ما يدل على إن التعهد المقدم من صاحبه يحمله التزاما بالتعاقد التالي ويرتب عليه مسؤولية عقدية في حالة النكول ما جاءت به ادارة الفتوى لوزارة الصحة بمجلس الدولة في فتواها رقم (٤٧٧) بتاريخ ١٩٩٢/٩/٨ ( ملف رقم ٥٤/١/٦٧) بعد إن استعرضت المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٩) إن تثبت كافة ما اتخذته من اجراءات و مناقشات مع الموردين و المقاولين و انه وفقا للمادة (٥٤) بند (أ) (... و يجب إن تكون قائمة الاسعار مؤرخة و موقعة من مقدم العطاء و ذلك حتى يحتج على مقدم العطاء بان العطاء صادر عنه و تعبر عن ارادته و اثبات ما انعقدت عليه ارادته فإذا تخلف عن التوقيع على التعديلات اسعار العطاء بعد الممارسة فان محضر لجنة الممارسة محرر و موقع من موظفين عموميين مكلفين بتحديد مقتضى وظائفهم و يعتبر بهذه المثابة من المحررات الرسمية المنصوص عليها في المادة (١٠) من قانون الاثبات ، و من حيث انه صادق الايجاب المقدم من صاحبه بعد تعديل اسعاره على النحو المبين بمحضر الممارسة

(١) هاتف كاظم جاسم الموسوي ، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزادات العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٦ ، ص ١٦٣ .

(٢) د. خالد عبد الله الرشيد ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .



ويكشف تدرج الاسعار المرفق به - قبول جهة الادارة و انعقد به العقد و صدر امر التوريد لتنفيذ هذا العقد ، فانه لا يحق للمتعهد رفض التنفيذ و الا و جب اعمال حكم المادة ٩٢ من لائحة المناقصات و المزايدات في شأنها و التي " تنص اذا تاخر المتعهد في توريد كل الكميات المطلوبة او جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد و يدخل في ذلك الاصناف المرفوضة فيجوز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة اعطائه مهلة اضافية للتوريد على ان توقع عليه غرامة ..... و في حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد او خلال المهلة الاضافية فيكون لجهة الادارة شراء الاصناف التي لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه سواء بالممارسة او بمناقصات محلية او عامة او محدودة بنفس الشروط و المواصفات المعلن عنها او المتعاقد ....<sup>(١)</sup>.

و هذا يعني ما جاء بمحضر الممارسة من اثبات تعديلات الاسعار في عطاء المتعهد يعتبر حجة عليه و قبول هذا العطاء ينعقد به العقد صحيحا .

### الفرع الثاني : المسؤولية التقصيرية

تكون المسؤولية التي يربتها عطاء الممارسة في حالة اخلال صاحب العطاء بالتزاماته عند قبول الادارة لعطائه ، مسؤولية تقصيرية عندما يكون عطائه غير مكتمل بسبب غياب عنصرا جوهريا فيه الا و هو الثمن ، حيث ان محرر العطاء يامل الحصول على ثمن مناسب له ضمن الشروط الممكنة لتنفيذ العقد .

و هنا تقوم المسؤولية التقصيرية بحكم القانون و ليس على اساس التصرف الباطل ، حيث ان القانون يجعل المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض و تبنى على اساس تحمل التبعة او بصفة عامة عن التقصير في تنفيذ الالتزام .<sup>(٢)</sup>

(١) الفتوى رقم (٤٧٧) بتاريخ ١٩٩٢/٩/٨ (ملف رقم ٥٤/١/٦٧)

اوردها : د. محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ - ٣٠٥ .

(٢) فؤاد العلواني ، عبد جمعة موسى الربيعي ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .



و لتحقيق هذه المسؤولية لا بد من توافر ثلاثة عناصر الا وهي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما ، حيث يتمثل الخطأ في جانب صاحب عطاء الممارسة بعدم تنفيذ للالتزامه على الوجه المعتاد المنتظر من الرجل العادي ، حيث انه ينصرف عن هذا المسلك بشكل يتعارض مع واجب حسن النية .<sup>(1)</sup>

اما الاثار التي تترتب على تحقيق هذه المسؤولية ، فهي تعويض الادارة عما لحقها من ضرر بسبب ما لحقها من خسارة في الوقت و الجهد و المال من اجل انجاح المفاوضات .

و يكون التعويض عن تحقيق المسؤولية التقصيرية ماليا على الاغلب اما التعويض العيني فهو استثناء على الاصل .<sup>(2)</sup>

و من المؤكد صحة هذه النتيجة كلما تعلق الامر بالتفاوض ، الذي يهدف اقامة علاقة تعاقدية غير قائمة ، حيث سيكون التنفيذ العيني اقامة هذه العلاقة رغما عن ارادة طرفيها و هذا الامر غير منطقي حيث ان انتهاء التفاوض خير من انتهاء العقد .

(1) جاك غستان ، مصدر سابق ، ص ٣٣٤ .

(2) عبد المنعم موسى ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .



الخاتمة



## الخاتمة

بعد إن فرغنا في دراستنا عن موضوع عطاء العقد و عطاء التفاوض في العقود الإدارية نستطيع إن نوجز أهم النتائج و المقترحات التي توصلنا إليها :-

### اولا : النتائج

١- إن عطاء العقد هو عطاء مكتمل في جميع عناصره ، يتميز بالوضوح و يلزم من يحرره ابرام العقد اذا لاقى ذلك قبول الإدارة الراغبة في التعاقد ، و هذا العطاء يبرز عند الأخذ بطريقة المناقصة في التعاقد الإداري ، حيث يكون اعداد الشروط العامة للتنفيذ من قبل الإدارة ، و يكون أمام الراغب في التعاقد مع الإدارة أما قبول هذه الشروط كليا أو رفضها من دون إن يكون له الحق في اجراء أي تعديل عليها و مع تحديده للسعر الذي يكون مستعد للتنفيذ بموجبه .

٢- الاهمية الكبيرة لصياغة عطاء العقد لما يترتب عليها من التزامات تقع على عاتق مقدمة عن قبول الإدارة له ، و إذا كانت القاعدة العامة في المناقصات هي إن الشروط العامة للتنفيذ توضع من قبل الإدارة و لا يملك الراغب في التعاقد معها التحفظ تجاه بعض الامور ، إلا انه يمكن إن يحتوي عطاء العقد على تحفظات معينة تجاه بعض الشروط المعلنة من قبل الإدارة إذا كان التحفظ غير مستبعد في الشروط ، إذ غالبا ما ترد الشروط العامة التي تعلن عنها الإدارة عبارة (لا يجوز ابداء التحفظات) .

٣- إن قبول الإدارة لعطاء العقد يجعل العقد منعقدا بينهما ، دون حاجة إلى أي اجراءات أخرى ، و بالتالي فان على صاحب عطاء العقد القيام بتنفيذ التزاماته و بعكسه يعد ناكلا و تتخذ ضده الإجراءات القانونية ، المتمثلة بمصادرة التامينات الاولية و احالة المناقصة على المرشح الثاني و ادراج المتعاقد المخل في القائمة السوداء ، وهذا ما نبينه المادة (١٧) في الفقرة



الاولى ، منها من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة في العراق رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .

٤- املت الحاجة في بعض العقود ، التي لا يمكن للادارة التنبؤ مقدما بكل حيثيات العقد المراد إبرامه ، إلى إن تطلب عطاء التفاوض من اجل التعرف و المفاوضة حول الرؤى و الافكار المعروضة من قبل اصحاب العطاءات فعطاء التفاوض هو عطاء غير مكتمل ، بسب غياب عنصر جوهرى فيه هو الثمن الذي سيستكمل لاحقا من خلال المفاوضات ، و عطاء التفاوض سيكون مختلفا عن العقد بعد إبرامه ، لانه عرضة للتعديلات و التغييرات المقترحة من قبل الطرفين .

٥- إن عطاء التفاوض أما إن يكون عطاء المفاوضة أو عطاء الممارسة ، و مع إن كل من الطريقتين المفاوضة و الممارسة تقوم على تقنية المفاوضة من اجل التوصل إلى ابرام العقد إلا إن المبادئ التي تحكم صياغة العطاء و التفاوض تختلف من عقد إلى اخر ، حيث إن عطاء المفاوضة يختلف من حيث طبيعته عن عطاء الممارسة .

اذ إن حدود المفاوضات في عطاء المفاوضة اكثر شمولية منها في عطاء الممارسة كون عطاء المفاوضة اقل اكتمالا من عطاء الممارسة ، ولكن ذلك لا يمنع من اشتراك كلا العطاءين بعدد من العناصر الاساسية التي تميزهم عن عطاء العقد .

٦- إن المفاوضة علم قائم بذاته ، فهو علم اجتماعي متشابك مع غيره من العلوم الانسانية ، و المفاوضة هي إحدى فنون الحياة اليومية ، نحتاجها في العديد من المواقف التي يكون فيها التفاوض ضروريا ، و تلعب المفاوضات في ابرام التصرفات القانونية بصورة عامة و العقود بصورة خاصة دورا كبيرا كونها احد المراحل التي يمر بها العقد حتى يتم إبرامه فلهذه المفاوضات أهمية كبيرة في تحديد حقوق و التزامات كلا الطرفين .



٧- تحكم مرحلة المفاوضات و خصوصا في العقود المهمة بعض المبادئ العامة و تكاد هذه المبادئ تكون واحدة بالرغم من تنوع العقود أي سواء أكانت مدنية أو إدارية أم تجارية أم دولية ، و هذه المبادئ تتمثل في الشروع في التفاوض و إظهار حسن النية في التفاوض و هذه المبادئ هي جوهر التزام عطاء التفاوض ، فما إن تعلن الإدارة عن قبول عطاء التفاوض فالالتزام الذي يقع على عاتق صاحب العطاء يتمثل في الدخول في المفاوضات مع الإدارة طبقا لمبدأ حسن النية .

٨- تتفرع عن مبدأ حسن النية في التفاوض بعض الالتزامات و المتمثلة بالالتزام بالاستمرار في المفاوضات و في المحافظة على سرية المعلومات ، و الالتزام بالتعاون و تقديم المعلومات ، ولكن يبقى الأساس الذي يحكم العلاقات بين المتفاوضين ، هو حرية العدول عن المفاوضات فيجوز لأي منهم وقتما شاء إن يعدل عن اتمام الصفقة و لا يترتب على ذلك أي مسؤولية .

٩- إن عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة عن عطاء المفاوضة يثير مسؤولية صاحب العطاء ، و إذا كانت المسؤولية التي يثيرها عطاء العقد على صاحبه ، عند النكول ، هي مسؤولية عقدية ، فان المسؤولية المترتبة عن الاخلال في حالة عطاء المفاوضة ، هي تقصيرية كأصل عام و عقدية على سبيل الاستثناء .

١٠- تلعب شروط الممارسة دورا كبيرا في تحديد ما يجب إن يحتويه العطاء المقدم إلى الإدارة بهدف نيل قبولها من اجل ابرام العقد ، و تتكون هذه الشروط من عدد من الوثائق تتضمن وصفا دقيقا للعقد المراد تنفيذه سواء تعلق ذلك بالجانب الفني أو التعريف المفصل للشروط التي يراد التنفيذ بموجبها .

١١- مع إن الممارسة تقوم على مبدأ تلقي الإدارة عروض غير مكتملة من الراغبين في التعاقد معها ، لكن بعد إن تمارس الإدارة مع مقدمي العروض أو الموردين أو المقاولين و اتمام تعديلات الاسعار و الاتفاق على عناصر





العقد بينهما يتحول مقدم العرض الذي يتم معه ذلك إلى مركز المتعهد و هنا سوف تتطور التزاماته من المفاوضات و التزام مبدأ حسن النية في التفاوض إلى التزاما بالتعاقد .

١٢- إن المسؤولية التي يثيرها الاخلال في حالة عطاء الممارسة ، تكون على حالتين الاولى مسؤولية عقدية عندما يكون عطائه على شكل عرض محدد وهذا ما يعرف بالتعهد الذي يحمل التزاما بالتعاقد و الثانية تكون المسؤولية تقصيرية عندما يكون عطائه غير مكتمل .

١٣- الآثار التي تترتب على تحقيق مسؤولية صاحب عطاء المفاوضة و عطاء الممارسة هي تعويض الإدارة عما لحقها من ضرر بسبب ضياع الوقت والنفقات والجهود التي بذلتها في سبيل نجاح المفاوضات ، ويكون التعويض ماليا على الاغلب ، أما التعويض العيني فهو على سبيل الاستثناء .



## ثانيا : المقترحات

وقد توصلنا إلى جملة من المقترحات التي نعتقد إن لها أهمية في مجال عطاء العقد و عطاء التفاوض في العقود الإدارية في العراق و هي :-

١- تكمن أهمية التفرقة بين عطاء العقد و عطاء التفاوض عندما يثار نزاع بين الإدارة و بين صاحب العطاء لتحديد نوع العطاء ، إذ اصبح من المعروف لدينا إن الالتزامات التي يرتبها عطاء العقد هي اكثر صرامة من الالتزامات التي يرتبها عطاء التفاوض ، و من ثم استوجب وجود محكمة مختصة للفصل في هذا النزاع ، و المحكمة المختصة و القريبة من جوهر الموضوع هي محكمة القضاء الإداري ، ولكن المشرع ابقى منازعات العقود الإدارية من اختصاص المحاكم المدنية و لعل من الصواب القول بان منازعات العقود الإدارية لا يمكن إن تخرج من اختصاص محكمة القضاء الإداري ، خصوصا و إن المحكمة المشكلة في وزارة التخطيط و التعاون الانمائي لا تسعفنا في الفصل في مثل ها النزاع للتمييز بين العطاءين و الالتزامات المترتبة عليهما ، كون قد حدد اختصاصها بشكل حصري بموجب المادة (١٠) الفقرة (٢) أ- من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بقولها : (إن تختص بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات) لذا بات لزوما على المشرع اخراج منازعات العقود الإدارية من ولاية القضاء العادي و الحاقها في كنف القضاء الإداري خصوصا بعد اتساع العقود الحكومية من حيث عددها و قيمتها المالية .

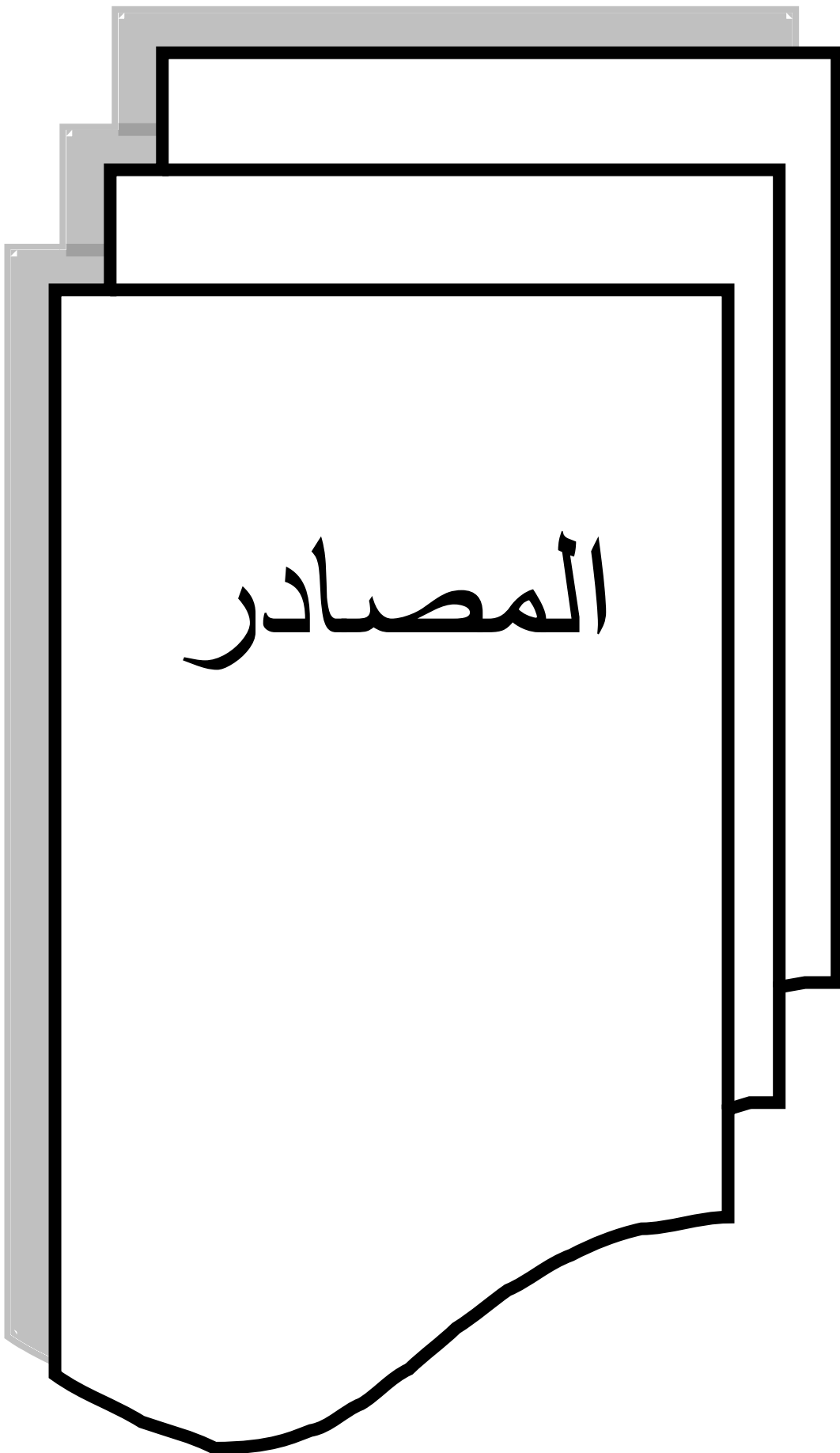
٢- بعد إن أصبحت المفاوضات مرحلة ضرورية لابرام العقد ، فالعقد يعد وليدا للارادة المشتركة لطرفيه مما يتيح مجالا للتنافس و التفاوض بقصد الوصول إلى أفضل الاوضاع التي تحقق المصلحة العامة المتمثلة في الحصول على أفضل العطاءات لتسيير المرفق العام و صيانة اموال الدولة .



لذا كان حريا بالمشرع العراقي ان يضع تنظيم قانوني متكامل لمرحلة  
المفاوضة في العقود الادارية ، وان يتسم هذا التشريع بالمرونة نظرا لاهميته  
البالغة والقيمة المالية الكبيرة للعقود التي تبرم بناء على التفاوض ، و التي  
غالبا ما تحتوي على تقنيات حديثة و خبرات فنية متطورة ، بشكل يمكن الإدارة  
الراغبة في التعاقد من اختيار العطاء الافضل .

٣- لم يتطرق المشرع العراقي لأسلوب الممارسة ، مع ان أسلوب الممارسة هو  
من الاساليب التقليدية في تعاقدات الإدارة ، و ان حاجة الإدارة إلى هذه  
الطريقة تبرز خصوصا في حالات استثنائية تتطلب الأخذ بها ، الا ان  
المشرع لم يشير إليها صراحة او ضمنا ، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى  
النص على هذه الطريقة في التعاقد أسوة بالتشريع المقارن .

٤- تأهيل القائمين على ابرام العقود الإدارية ، و ذلك بإحاطتهم بجميع النصوص  
التشريعية التي لها علاقة بالعطاءات و المفاوضات و اقامة الدورات  
المتخصصة بالمفاوضات و متطلباتها ، كون ان التفاوض هو نوع من  
التفاعل الاجتماعي للتوصل إلى اتفاق الطرفين ، فيشترط في المفاوض ان  
يكون مؤهلا اكاديميا و قادرا على تمثيل الإدارة بطريقة اكثر مهارة و فعالية  
في مواجهة العملاء إذ ان مهارة المفاوض ستكون ميزة لصالح الإدارة .



المصادر

## المصادر العربية

### أ - الكتب الفقهية .

- ١- الإمام بن حماد الجوهري ، معجم الصحاح ، مراجعة خليل مأمون شيحا ، ط٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ ،
- ٢- ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، ج٧ .
- ٣- ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين على الدار المختار ، شرح تنوير الابصار لابن عابدين ، ج١ ، القاهرة ، دار احياء التراث العربي ، ١٩٨٧ ،
- ٤- الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ .

### ب- الكتب القانونية :

- ١- د. ابراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، النظرية العامة و تطبيقها في القانون الكويتي المقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ ، ط١ ، ١٩٨١ .
- ٢- د. احمد شرف الدين ، أصول الصياغة القانونية للعقود ( تصميم العقد) ، ط٣ ، ٢٠٠٨ .
- ٣- د. احمد شرف الدين ، قواعد تكوين العقود الالكترونية ، دار النصر ، ٢٠٠٨ .
- ٤- د. احمد عبد اللطيف ابراهيم ، التنظيم القانوني للمناقصات و المزادات ، كتاب الاهرام الاقتصادي ، القاهرة ، ١٨٦٤ ، ٢٠٠٣ .
- ٥- د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية ، القانون واجب التطبيق و ازمته ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- ٦- د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣ .

- ٧- د. احمد محمود جمعة ، أحكام عقود شركات قطاع الاعمال العام ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .
- ٨- د. الياس ناصيف ، عقد الـBOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، ٢٠٠٦ .
- ٩- د. تاج السر محمد حامد ، الوجيز في أحكام العقود و الإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ .
- ١٠- جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقود، ترجمة : منصور القاضي ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع ، لبنان ، بيروت ، ص٢٠٠٨ .
- ١١- ج . س شيشير ، س . هـ . فيفوت ، م . ب فيرمستون ، أحكام العقد في القانون الانكليزي ، ترجمة : هنري رياض ، الطبعة التاسعة ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٧٦ .
- ١٢- د. جليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت ، مكتبة السنهوري.
- ١٣- د. حيدر ادهم عبد الهادي ، دروس في الصياغة القانونية ، الطبعة الاولى ، مركز العراق للابحاث ، ٢٠٠٨ .
- ١٤- د. حميد لطيف الدليمي ، الثقافة القانونية للمهندسين و المقاولين ، الطبعة الاولى ، دار ميزو بوتاميا ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
- ١٥- خالد عبد الله الرشيد ، جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٤ .
- ١٦- خالد ممدوح ابراهيم ، لوجستيات التجارة الالكترونية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .
- ١٧- د. رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، دراسة تاصيلية تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
- ١٨- د. سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، ط٤ ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٤ .



- ١٩- د. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، الطبعة الاولى، دار  
دجلة ، ٢٠٠٩ .
- ٢٠- د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، الاصدار  
السادس ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٨ .
- ٢١- د. صلاح الدين فوزي ، قانون المناقصات و المزايدات رقم ٨٩ لسنة  
١٩٩٨ المشاكل العملية و الحلول القانونية ، دار النهضة العربية ،  
القاهرة، ٢٠٠٣ .
- ٢٢- د. عاطف سعدي محمد علي ، عقد التوريد الإداري بين النظرية و التطبيق ،  
دراسة مقارنة ، ٢٠٠٥ .
- ٢٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في القانون المدني – مصادر  
الالتزام، بيروت ، ١٩٥٢ .
- ٢٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات في القانون  
المدني المصري ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، دار احياء التراث  
العربي ، بيروت .
- ٢٥- د. عبد الرؤوف جابر ، النظرية العامة في إجراءات المناقصات و العقود ،  
الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
- ٢٦- د. عبد الرؤوف جابر ، ضمانات المشاريع الانشائية العامة ، ط ١ ،  
منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٣ .
- ٢٧- د. عبد العزيز المرسي حمود ، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في  
عقود البيع التي تتم عن بعد ، ٢٠٠٥ .
- ٢٨- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر  
الجامعي ، ٢٠٠٧ .
- ٢٩- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب  
القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ .



- ٣٠- د. عبد المجيد الحكيم ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٩٥ ،
- ٣١- د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول في الالتزام ، ١٩٨٠ .
- ٣٢- د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
- ٣٣- عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في العقود ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠٦ .
- ٣٤- د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، الموجز في عقود مقاولات الهندسة المدنية ، ط ١ ، ٢٠٠٨ .
- ٣٥- د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، المرشد العملي في أحكام الشراء و البيع و الايجار و ابرام العقود الحكومية ، ط ٢ ، ٢٠٠٩ .
- ٣٦- د. عصمت عبد المجيد بكر ، اثر التقدم العلمي في العقد ، تكوين العقد ، اثبات العقد ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٧ .
- ٣٧- د. عدنان العابد ، د. يوسف الياس ، قانون العمل ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٨٩ .
- ٣٨- د. علي جمال الدين عوض ، القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ .
- ٣٩- د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د، مهدي ياسين السلامي ، مبادئ و أحكام القانون الإداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ،
- ٤٠- فؤاد العلواني ، د. عبد جمعه موسى الربيعي ، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٠ .
- ٤١- د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية و التحكيم ، الدار الجامعية ، ٢٠٠٠ .





- ٤٢- د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، الطبعة الاولى ، الدار الجامعية ،  
٢٠٠٧ .
- ٤٣- د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، منظمة نشر الثقافة القانونية ،  
روزه لات ، ٢٠٠٩ .
- ٤٤- د. مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي و المقارن ، دار  
المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦ .
- ٤٥- د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة ،  
دار الكتب ، ١٩٩٦ .
- ٤٦- د. محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، دراسة  
مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .
- ٤٧- د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دراسة  
تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .
- ٤٨- د. محمد سعيد الرحو ، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في  
تشريعات الدول العربية ، دراسة تحليلية مقارنة ، منشأة المعارف  
٢٠٠٧ .
- ٤٩- د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة  
الاقواف و الشؤون الدينية ، بغداد ، ١٩٨٢ .
- ٥٠- د. محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد  
٢٠٠١ - ٢٠٠٢ .
- ٥١- د. محمد عبد العال السناري ، مبادئ و أحكام العقود الإدارية في مجال  
النظرية و التطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- ٥٢- د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ؛ مفاوضاتها ؛ ؛ إبرامها ، مكتبة دار  
الثقافة ، عمان ، ١٩٩٧ .

- ٥٣- د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، القرار الإداري ، العقد الإداري ، مكتبة الهدية ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ .
- ٥٤- د. محمد فؤاد محمد مهنا ، القانون الإداري المصري و المقارن ، ج ١ ، السلطة الإدارية ، مطبعة نصر ، مصر ، ١٩٥٨ .
- ٥٥- د. محمد ماهر ابو العينين ، العقود الإدارية و قوانين المزايدات و المناقصات - الكتاب الأول - إبرام العقد الإداري ، دار النهضة العربية .
- ٥٦- د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ١٩٩٩ .
- ٥٧- د. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، دار الحكمة ، ١٩٨٩ .
- ٥٨- د. محمود كيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، حلوان ، ١٩٨٨ .
- ٥٩- د. مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٢ .
- ٦٠- د. مهند مختار نوح ، الإيجاب و القبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٥ .
- ٦١- د. ناجي معلا ، التفاوض - الاستراتيجيات و الاساليب ( مدخل في الحوار الاقناعي ) ، ط ٢ ، مطابع الفنار ، عمان ، ٢٠٠٠ .
- ٦٢- د. نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقد للدلاء بالبيانات ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ .
- ٦٣- نضال سليم برهم ، أحكام عقود التجارة الالكترونية ، ط ١ ، دار الثقافة ، ٢٠٠٩ .

٦٤- د. وفاء مصطفى محمد عثمان ، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لتفافية فينا لعام ١٩٨٠ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

### ج- الرسائل الجامعية

١- جابر مهنا شبل ، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ .

٢- حيدر طالب محمد علي شذر ، النظام القانوني لابرار العقد الإداري في العراق ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٤ .

٣- رياض الزهيري ، العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون و السياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ .

٤- رياض الزهيري ، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون و السياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٥ .

٥- سليمان براك الجميلي ، المفاوضات العقدية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ١٩٩٨ .

٦- عباس زبون عبيد العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الاثبات المدني ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٤ .

٧- عباس غالي مجيد أو التمن ، مهارات التفاوض في الاعمال ، دراسة تطبيقية في مفاوضات التجارة الخارجية ، رسالة ماجستير إلى كلية الإدارة و الاقتصاد ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩ .

٨- عبد المطلب عبد الرزاق الطيف الهاشمي ، النظام القانوني للحالة في العقود الإدارية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٨ .



- ٩- عبد اللطيف نايف عبد اللطيف الجبوري ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .
- ١٠- علي حسن عبد الامير ، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام ، و تطبيقاته في العراق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٨ .
- ١١- مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٩ .
- ١٢- محمد حسن جاسم الظالمي ، النظام القانوني لابرار عقد الأشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٦ .
- ١٣- نجيب خلف احمد الجبوري ، سلطة الإدارة في اختيار المتعاقدين معها ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ .
- ١٤- نجدت صبري عقراوي ، تنفيذ الشركات الاجنبية لمشاريع التنمية في العراق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣ .
- ١٥- هاتف كاظم جاسم الموسوي ، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .

## د - البحوث و المنشرات

- ١- حامد شاكر محمود ، المفاوضات في عقد البيع الدولي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، بغداد ، ٥٤٤ ، ٢٠٠٨ .
- ٢- حسام الدين الاهواني ، المفاوضات في الفترة التعاقدية و مراحل إبرام العقد الدولي ، بحث مقدم إلى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية ، معهد قانون الأعمال الدولي ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
- ٣- صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد الأول ، ٢٤ ، ١٩٩٧ .
- ٤- علي نجيب حمزة ، الاساليب الحديثة للتعاقد الإداري ، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الأول المقام في جامعة القادسية ، كلية القانون ، ٢٠٠٨ .
- ٥- محمد علي جواد ، عطاء العقد و عطاء التفاوض لابرام عقود الاشغال العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدر عن كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٤ ، ٢٠٠٦ .
- ٦- محمد علي جواد ، محاضرات في العقود الدولية ، أقيت على طلبة الدراسات العليا ، القسم العام ، كلية القانون – الجامعة المستنصرية ، العام الدراسي (٢٠٠٨ – ٢٠٠٩)

## هـ - التشريعات

### أولا : التشريعات العراقية

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
- ٢- قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل .
- ٣- تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٧٢ .
- ٤- قانون شركات المقاولات رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٧ .



- ٥- تعليمات تنفيذ و متابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ .
- ٦- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ .
- ٧- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية و الميكانيكية و الكيماوية لعام ١٩٨٨ .
- ٨- اعمام وزارة التخطيط و التعاون الانمائي ذي العدد (٤٨٧٨/٧/٤) في ٢٠٠٥/١٠/٣ .
- ٩- تعليمات تسجيل و تصنيف المقاولين العرقيين الصادرة عن وزارة التخطيط و التعاون الإنمائي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ .
- ١٠- مشروع قانون حماية حقوق المستهلك (المعد في مركز بحوث السوق و حماية المستهلك في جامعة بغداد) ٢٠٠٥ .
- ١١- مشروع قانون حماية حقوق المستهلك المعد من وزارة الصناعة و المعادن ٢٠٠٥ .
- ١٢- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .

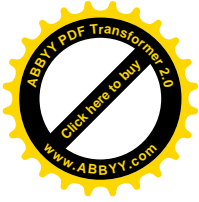
### ثانيا : التشريعات المصرية

- ١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٨٣ .
- ٢- قانون المناقصات و المزايدات المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ .
- ٣- قانون المناقصات و المزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

### ثالثا : التشريعات الفرنسية

- ١- القانون المدني الفرنسي
- ٢- قانون العقود العامة لسنة ١٩٦٤ .
- ٣- قانون عقود الدولة لسنة ١٩٧٦ .

### و- قرارات الحاكم



١- في العراق

- قرارات محكمة التمييز .

٢- في مصر

- قرارات المحكمة الادارية العليا .

- قرارات محكمة القضاء الاداري .

٣- في فرنسا

- احكام مجلس الدولة الفرنسي .

- حكم محكمة استئناف (رين) Rennes .

- محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس .

- محكمة استئناف باريس .

- محكمة باريس .

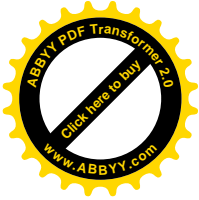
٤- في الدول الاخرى

- قرارات صادرة عن المحاكم الأمريكية .

- قرارات صادرة عن المحكمة الفدرالية الألمانية .

**المصادر الأجنبية**

- 1- A.M.Mus , Disclosure of information in the pre contractual bargaining , A comparative analysis.



[www.Jus.unitn.it/carozo/Review/contratc](http://www.Jus.unitn.it/carozo/Review/contratc)

- 2- Brenda Johnson , The Duty of Good Faith in contractual  
[www.Freedownloadbooks.net](http://www.Freedownloadbooks.net)
- 3- Engineer Far Supplement (EFARS) part 15 , contracting by  
negotiation , [www.usace.army](http://www.usace.army)
- 4- Gerard I. Nieven , The art of negotiation , the negotiating  
institute , New york , 1968
- 5- Marcus Ahadzi and Graeme Bowles , public private  
partherships and contract negotiation : an empirical  
study construction management and economics ,  
vol22 , November 2004
- 6- Marice Hanyior , précis de droit administrative de droit  
puplic , Qvzieme edition , societe anonyme de  
recueil sirey , paris , 1927
- 7- Tung – Tsung Tu , Yao – Sheng Hsu , Clen – Hsien lin , the  
effect of negotiation of international trade  
agreements – scholar .googel.com.e.g