

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني

"دراسة تحليلية مقارنة"

هاني عبد الرحمن غانم

جامعة فلسطين

تاريخ الاستلام 2016/11/20 تاريخ القبول 2017/2/9

ملخص:

يشهد العالم ثورة حقيقية في المعلومات واستخدام التقنيات العلمية الحديثة في شتى المجالات العلمية والاجتماعية والاقتصادية، الأمر الذي كان له الأثر المباشر في ظهور الإدارة العامة الإلكترونية، وانتشار مشاريع الحكومة الإلكترونية، وهو ما دفع المشرع الفلسطيني في قانون الشراء العام الجديد لتبني الوسائل الإلكترونية في مجال إبرام العقود الإدارية.

والعقد الإداري الإلكتروني يتميز بطبيعة خاصة على عكس العقد الإلكتروني، فيجب أن يشتمل على خصائص العقد الإلكتروني وخصائص العقد الإداري.

ولقد قمنا باستعراض ماهية العقد الإداري الإلكتروني مع بيان معايير تمييزه عن العقود الخاصة بالإلكترونية، وعن العقود الإدارية مع بيان أساليب إبرامه سواء الأساليب التقليدية، المتمثلة بالمناقصات واستدراج عروض الأسعار والممارسة والاتفاق المباشر أم الأسلوب الحديث والمتمثل في المزايدة الإلكترونية العكسية، وتناولت الدراسة المبادئ التي تحكم هذه الأساليب والتي تتمثل في مبدأ المنافسة الحرة، والمساواة والعلانية.

وتوصلت الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات، وأكثرها أهمية أن القانون الذي يحكم المشتريات الحكومية المطبق في قطاع غزة لم يتبن الوسائل الإلكترونية في عمليات التعاقد الإداري، بينما حرص المشرع عليها في قانون الشراء العام الجديد المطبق في الضفة الغربية، واقتضى الباحث المشرع الفلسطيني بالعديد من المقترحات أهمها ضرورة تطبيق قانون الشراء العام والنظام الخاص به على جناحي الوطن ولا سيما أنه نوع أساليب التعاقد الإداري ونص على الوسائل الإلكترونية، كما نوصي بضرورة تشكيل المجلس الأعلى لسياسات الشراء العام، ونوصي المشرع الفلسطيني بأن يتم تبني نظام العلانية الكاملة والقائمة على النشر في وسائل الإعلان المختلفة بما فيها الوسائل الإلكترونية لجميع أساليب التعاقد الاحتياطية بدلاً عن العلانية القائمة على نظام الدعوات الشخصية لمجافة هذا الأسلوب لمبدأ الشفافية ولمبدأ المنافسة.

Abstract

There is a real revolution in the world, especially in information and the use of modern scientific techniques in scientific, social and economic fields, which had a direct impact on the emergence of electronic public administration and the spread of e-government projects because of the use of Internet in the management of public utilities. This made the Palestinian Legislators to adopt electronic means in the field of administrative contracts.

The electronic contract is characterized by a special nature, unlike the electronic contract, which must include the characteristics of both the electronic contract and the characteristics of the administrative contract.

We have reviewed the properties of the administrative contract electronic to clarify the differences between it and the electronic and managerial contracts in the light of traditional methods such as tenders and luring quotes, and the modern method such as electronic reverse bidding.

The study addressed the principles of administrative contracting methods, which are safeguards to ensure of its integrity and characterized by the principles of free competition, equality, and publicity. The study found several findings and offered a number of recommendations.

المقدمة

يشهد العالم ثورة حقيقية في المعلومات واستخدام التقنيات العلمية الحديثة في شتى المجالات العلمية والاجتماعية والاقتصادية، فانتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات في الوقت الراهن جعل العالم يمرّ بمرحلة انتقالية بين التعامل الورقي والتعامل الإلكتروني، فنحن أمام نهضة علمية جديدة، وثورة في مجال الاتصالات والفضائيات والحاسبات وتبادل المعلومات.

لقد عرف الإنسان منذ القدم التعاقد بين غائبين، وكانت تنقل إرادتهما عبر رسول ومن ثم عبر الرسائل سواء عبر الحمام الزاجل أم عبر وسائل البريد العادية، وعندما تم اختراع التلغراف Telegraph والتلكس Telex بدأ الإنسان يخطو خطوات واسعة في التجارة عبر المخاطبة عن بعد، وعندما اخترع الفاكس أصبح الإيجاب والقبول يتم نقله بالصيغة التي كتب بها ومع ظهور الحاسب الآلي Computer أصبحت ثورة في مجال الاتصالات ونشأ ما يسمى بعلم الاتصال عن بعد Telecommunications ومن ثم أصبحت أجهزة الحاسب الآلي أداة رئيسة للمعاملات سواء للمنشأة الصغيرة أم الكبيرة.

وقد ظهر هذا التحول بوضوح في مجال التبادل التجاري والعلاقات الاقتصادية بين الدول الكبرى ففي عصر التكنولوجيا والكمبيوتر والإنترنت وثورة المعلومات أصبحت الحاجة لدى الناس والدول في شتى أنحاء المعمورة للتعامل مع هذه الأجهزة والتي أصبحت تتحكم في جميع المعاملات لقضاء حاجاتهم، فشبكة المعلومات والاتصالات الدولية أصبحت تسهم في نقل المعلومات وتبادلها

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني

فوراً بالصوت والصورة والبيانات عبر أنحاء العالم، الأمر الذي كان له الأثر المباشر في ظهور الإدارة العامة الإلكترونية، وانتشار مشاريع الحكومة الإلكترونية بسبب استعمال الإنترنت في تسهيل المرافق العامة وإدارتها وتنظيمها، ولا سيما في ظل اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالتجارة الإلكترونية، ودعوة منظمة التجارة العالمية الدول الأعضاء إلى توحيد تشريعاتها في مجال العقود الإدارية، الأمر الذي دفع غالبية المشرعين الأوروبيين إلى النص على إبرام العقود الإدارية الإلكترونية.

والعقد الإلكتروني " هو اتفاق يتم من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية ودون تواجد مادي متزامن لطرفي العقد سواء من خلال الانترنت أم الفاكس أم التلكس أم التلغراف".
إن العقد الإداري الإلكتروني يتميز بطبيعة خاصة، فيجب أن يشتمل على خصائص العقد الإلكتروني وخصائص العقد الإداري .

وعليه سوف نقوم باستعراض ماهية العقد الإداري الإلكتروني مع بيان معايير تمييزه عن العقود الخاصة بالإلكترونية وعن العقود الإدارية مع بيان أساليب إبرامه سواء الأساليب التقليدية، المتمثلة بالمناقصات واستدراج عروض الأسعار والممارسة والاتفاق المباشر أم الأسلوب الحديث والمتمثل في المزايدة الإلكترونية العكسية .

أولاً- أهمية الدراسة

تتمثل أهمية الدراسة في أن شبكة الإنترنت أصبحت مجالاً خصباً لإبرام العقود الخاصة بل والعقود الإدارية في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول العربية، الأمر الذي يستوجب دراسة العقود الإدارية الإلكترونية من أجل طرح الحلول التشريعية والقضائية والفقهية المقارنة، والتي قد تساعد المشرع الوطني على وضع تنظيم دقيق يتماشى والتطورات القانونية في كيفية إدارة الحكومة الإلكترونية من خلال نظرية العقد الإداري الإلكتروني، وتكون خير عون للقاضي في الوقوف على التطورات الحديثة التي لحقت بالنظرية، وكما تظهر للمتعاقدین - جهة الإدارة والمتعاقد معها - الحلول القانونية للمشكلات التي تصادفهما أثناء إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

ثانياً- موضوع الدراسة وحدودها:

موضوع البحث يقتصر على ماهية العقد الإداري الإلكتروني وأساليب إبرامه فقط دون الخوض في مرحلة تنفيذ العقد الإداري الإلكتروني والتي تستوجب إفراد دراسة خاصة بها، كما أن مجال الدراسة يقتصر على تلك العقود الإدارية التي تبرم من خلال شبكة الإنترنت وخدماتها كالبريد الإلكتروني وشبكة الويب، فالبحث لا يشتمل على جميع الوسائل الإلكترونية الأخرى مثل الفاكس والتلفون والتلكس أو المينائل.

ثالثاً - مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في بحث مدى انسجام التنظيم التشريعي لأساليب إبرام العقود الإدارية في فلسطين مع التطورات العالمية التي لحقت بهذه الأساليب، الأمر الذي يستوجب دراسة خصوصية العقد الإداري الإلكتروني من خلال بيان الذاتية المستقلة له والتميز عن عقود القانون الخاص و عن العقود الإدارية التقليدية، وبيان مدى تأثير التعاقد من خلال الإنترنت على المبادئ التي تظلل العقود الإدارية وأساليب إبرامها.

رابعاً - منهج الدراسة:

للبحث مناهج يسير وفقها، ويمرّ بها، واستخدم الباحث المناهج التالية

- 1- المنهج المقارن: حيث سيتم طرح جوانب البحث ضمن إطار النظام القانوني الحالي في كل من فرنسا وفلسطين مع الإشارة إلى القانون المصري وبعض القوانين الأوروبية
- 2- المنهج التحليلي: حيث قام الباحث بتحليل النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي والآراء الفقهية في الأنظمة القانونية محل المقارنة في سبيل الوصول للحقائق القانونية الجزئية لموضوع البحث.

خامساً - خطة الدراسة:

سيقوم الباحث بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري الإلكتروني.

المبحث الثاني: أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

المبحث الأول

ماهية العقد الإداري الإلكتروني

يعد العقد الأداة الرئيسة للتبادل التجاري، كما يعد إحدى الوسائل الأساسية للتنظيم الاجتماعي⁽¹⁾، وكثيراً ما تتجه الإدارة إلى الأسلوب التعاقدى لتحقيق أهدافها، وتبرم جهة الإدارة طائفتين من العقود الطائفة الأولى تتمثل في العقود التي تبرمها وفقاً لأسلوب القانون الخاص وفيها تنزل الإدارة منزلة الأفراد في تصرفاتهم، ومن ثم تخضع لأحكام القانون الخاص، ويختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة عنها، والطائفة الثانية والتي تتمثل في العقود التي تبرمها

(1) M. H. Sinkondo, La nation de contrat administrative: acte unilateral ou contrat civil de l'administration. R.T.D.C, 1993 , P.254.

الإدارة بوصفها سلطة عامة، وتهدف إلى تنظيم مرفق عام وتسييره وهي التي تخضع لأحكام القانون العام، ويختص القضاء الإداري في المنازعات التي قد تنشأ عنها⁽¹⁾

شبكة المعلومات والاتصالات الدولية أصبحت تسهم في نقل المعلومات وتبادلها فوراً بالصوت والصورة والبيانات عبر أنحاء العالم، الأمر الذي كان له الأثر المباشر في ظهور الإدارة العامة الإلكترونية، فشبكة الإنترنت أصبحت مجالاً خصباً لإبرام العقود الخاصة بل والعقود الإدارية وانتشار مشاريع الحكومة الإلكترونية بسبب استعمال الإنترنت في تسيير المرافق العامة وإدارتها وتنظيمها، ولا سيما في ظل اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالتجارة الإلكترونية، ودعوة منظمة التجارة العالمية الدول الأعضاء إلى توحيد تشريعاتها في مجال العقود الإدارية.

ولما كان من شأن التمييز بين نوعي العقود قصر اختصاص القانون الإداري والقضاء الإداري على العقود الإدارية، كان لابد من البحث عن ضابط دقيق أو معيار مميز للعقود الإدارية عن غيرها من عقود الإدارة.

والقاعدة هي خضوع أساليب التعاقد الإداري - باستثناء الاتفاق المباشر - لمجموعة مبادئ تعد ضمانات تكفل صحتها وسلامتها، وتتمثل في مبدأ المنافسة الحرة، والمساواة والعلانية.

وبناء على ما سبق تمّ تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الإلكتروني ومعيار تمييزه.

المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم أساليب التعاقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الأول

مفهوم العقد الإداري الإلكتروني ومعيار تمييزه.

تمّ تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم العقد الإداري الإلكتروني، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة المعيار المميز للعقد الإداري الإلكتروني.

الفرع الأول: مفهوم العقد الإداري الإلكتروني

يعرف العقد في القانون بصفة عامة على "أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"⁽²⁾.

(1) أ.د. محمد سعيد حسين أمين، مبادئ القانون الإداري، مصر، دار الثقافة الجامعية، 1997، ص5. د. ثورية لعيوني، معيار العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987، ص20. د. حمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص10. ود. جورج فودال وبيار دلفوليه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004، ص311.

(2) أ.د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، تنقيح المستشار، أحمد مدحت المراغي، طبعة لجنة الشريعة الإسلامية بالنقابة العامة للمحامين، 2007، ص118. وأ.د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني في الالتزامات، المطبعة

والعقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، ولا يعدو أن يكون توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، فالعقود أياً كان نوعها تتفق في جوهرها وأركانها⁽¹⁾.

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن "العقد الإداري شأنه شأن العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله، وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذواتهم"⁽²⁾.

لقد استقر الفقه والقضاء على تعريف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽³⁾. ويمكن تعريف العقد الإداري بأنه: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين

العالمية، 1964، ص23. وأ.د. أحمد حشمت أبو استيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، ط2، مطبعة مصر، 1954، ص38.

(1) A. de Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J., Paris, T.1, 1983, p.533.

G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administratif, P.U.F, Paris, 1993, 12e éd, p.399.

L. Richer, Les contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1991, p.35.

M.A. Flamme, Traité théorique et pratique des marchés publics, Bruxelles, 1969, p.4

J. Ch. Brnère, Le concensaulisme dans les contrats administratifs, R.D.P, 1996, p. 1717.

G. Bayle, L'enrichissement sans cause, en droit administrative, these, L.G.D.J. paris, 1973, p.54.

أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ط5، 1991، ص408. وأ.د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص8. وفي ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4151 لسنة 38ق، جلسة 2004/9/4، مجموعة السنة 49، القاعدة رقم 118، ص957.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 1020 لسنة 9 ق جلسة 8 أبريل 1967، الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوي الجمعية العمومية منذ العام 1946 وحتى العام 1985، الجزء الثامن عشر، ط1، 1986-1987، تجميع المستشارين د. نعيم عطية وحسن الفكاهاني، إصدار الدار العربية للموسوعات، قاعدة رقم 444، ص681.

(3) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص59 وما بعدها. أ.د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص13. أ.د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص5. أ.د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2005، ص28. وراجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 576 لسنة 11ق، جلسة 1967/12/30، ملف رقم 359/48/13، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في أربعين عاماً، من أول أكتوبر 1955 إلى آخر سبتمبر 1995، بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولة، المكتب الفني لمجلس الدولة، ص91. وحكمها في الطعن رقم 5544 لسنة 48ق، جلسة 2006/1/17، لم ينشر بعد. وحكمها في الطعن رقم 13837 لسنة 50 ق،

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني

على أن تكون إحداهما على الأقل صادرة عن شخص معنوي عام يتصرف بوصفه سلطة عامة، بهدف إدارة أو تسيير مرفق عام "

أولاً- تعريف العقد الإلكتروني:

عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عبر طريق الاتصالات الإلكترونية عن بعد بأنها " أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي المتزامن لهما، وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف"⁽¹⁾. وذهب جانب من الفقه⁽²⁾ بأن العقد الإلكتروني " هو اتفاق يتم من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية ودون تواجد مادي متزامن لطرفي العقد سواء من خلال الانترنت أم الفاكس أم التلكس أم التلغراف "

كما عرفه البعض بأنه " تنفيذ أو إبرام كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك و ذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"⁽³⁾.

ثانياً- تعريف العقد الإداري الإلكتروني:

إن العقد الإداري الإلكتروني يتميز بطبيعة خاصة على عكس العقد الإلكتروني، فيجب أن يشتمل على خصائص العقد الإلكتروني وخصائص العقد الإداري، ولم يتطرق القضاء الإداري في فرنسا أو مصر لتحديد ماهية العقد الإداري الإلكتروني، إلا أن الفقه تناولته بالشرح، فذهب بعض الفقه إلى أنه " ذلك العقد الذي تبرمه الدولة مع دول أخرى أو شخص معنوي عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص أصالة أو عن طريق تفويض صريح أو ضمني من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة وتسيير وتنظيم المرفق العام عن طريق شبكة الإنترنت، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص"⁽⁴⁾.

وبعد استعراض تعريف العقد الإلكتروني وتعريف العقد الإداري لنا أن نعرف العقد الإداري الإلكتروني بأنه اتفاق يتم إبرامه أو تنفيذه أو كليهما معاً عن بعد بوساطة الوسائل الإلكترونية بين أحد أشخاص القانون العام وشخص آخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بإدارة مرفق

جلسة 2008/4/15، لم ينشر بعد..

(1) التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر بتاريخ 1997/5/20 .

(2) رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص44. وفي ذات المعنى أ.د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص115.

(3) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص11.

(4) رحيمة الصغير ساعد نمديلي، مرجع سابق، ص 54 .

عام، أو تسييره أو المساهمة في تسييره، أو تنفيذ مهامه مقابل ثمن معين أو قابل للتعيين على أن تلجأ الإدارة العامة إلى استخدام وسائل القانون العام في إبرام العقد، وذلك بتضمينه شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص.

الفرع الثاني : المعيار المميز للعقد الإداري الالكتروني.

يعد القضاء الإداري الفرنسي المصدر الأصيل لنظرية العقود الإدارية والتي استلهمها القضاء المصري والفلسطيني وطبقها في أحكامه

وقد مرت نظرية العقد الإداري بتطور وعلى مراحل زمنية متعاقبة، بدأت بمحاولة تمييز نوع من عقود الإدارة بإرادة المشرع الفرنسي ذاته، وهي مرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون أو بنص القانون، وعقبها مرحلة ثانية وضع فيها القضاء الإداري معياراً عاماً مَيَز بها العقود الإدارية، ولقد تطور المعيار القضائي حتى وصل إلى درجة كبيرة من الوضوح في الوقت الراهن⁽¹⁾. وتجدر الإشارة إلى أن القواعد العامة في تمييز العقد الإداري هي ذاتها المميزة للعقد الإداري الالكتروني، ولكن بشرط أن يتم إبرامه أو تنفيذه أو كليهما بالوسائل الالكترونية.

وبناءً على ما سبق، فإن العقود الإدارية في الوقت الحاضر تنتمي إلى طائفتين وهما، الطائفة الأولى: العقود الإدارية بتحديد القانون، أما الطائفة الثانية: فهي العقود الإدارية وفقاً للمعيار القضائي.

أولاً: العقود الإدارية بتحديد القانون

تتحدد فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون إلى إسناد المشرع الاختصاص بمنازعات بعض العقود إلى القضاء الإداري دون النظر لطبيعتها الذاتية⁽²⁾. ولقد أطلق عليها بعض الفقه بالمعيار الشرعي⁽³⁾، وهكذا فإن العقود تصطبغ بالصفة الإدارية من خلال التحديد الذي يتم من خلال القانون⁽⁴⁾.

ومن أهم أمثلة العقود الإدارية بتحديد القانون ما نصّ عليه المشرع الفرنسي وتناوله الفقه⁽⁵⁾ بالشرح عقود الأشغال العامة⁽¹⁾، وألحق ولو بصفة ثانوية أو تبعية لاختصاص القضاء الإداري

(1) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص53. د. ثورية لعيوني، مرجع سابق، ص35.

(2) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص55. و د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005، ص22. و د. ثورية لعيوني، مرجع سابق، ص47.

(3) Ch. Debbasch, Droit administratif, 6^e éd., Economica, 2002, p.522.

د. ثورية لعيوني، مرجع سابق، ص35.

(4) Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd., op.cit, p.522.

(5) أ.د. سليمان الطماوي، مرجع سابق ص38. د. ثورية لعيوني، مرجع سابق، ص60. د. عزيزة الشريف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1991، ص271.

العقود المرتبطة بالأشغال العامة⁽²⁾، وخير مثال ذلك: عقود المساهمة في مشروع عام، وعقود توريد الكهرباء، والمياه والغاز، وعقود التزام تنظيف الطرق، وعقود تشغيل المساجين، وكذلك العقود التي تتضمن شغل جزء من الدومين العام وعقود بيع أملاك الدولة⁽³⁾.
وعقود القروض العامة التي تبرمها الدولة⁽⁴⁾، كما اعتبر المرسوم بقانون الصادر بتاريخ 17 يونيو 1938 عقود الدومين العام عقوداً إدارية بتحديد القانون⁽⁵⁾، وعلى ذلك استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي⁽⁶⁾. كما ونصّ المشرع الفرنسي في المادة 25 من القانون الصادر في 2 يوليو 1990 على أن العقود المبرمة بين البريد أو فرنس تيليكوم والمنتهيين بأنها من ضمن عقود القانون العام⁽¹⁾.

G. Vedel, Remarques sur la notion de clause exorbitante, Mélanges Mestre, p.527.- P. Weil, Le critère du contrat administratif en crise, Mélanges Waline, 1974, p.831. – Le renouveau de la théorie des contrats administratifs et ses difficultés, Mélanges Stassinopoulos, 1974, p.217.- J. Lamarque, Le déclin du critère de la clause exorbitante, Mélanges Waline, T.2 1974. - R. Rouquette, Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration, A.J.D.A., 1995, p.483.- Les contrats emplois- jeunes de la loi 97-940 du 16 octobre 1997 et les critères jurisprudentiels des contrats de l'administration, Seydou Traoré, R.D.P., 1998, p.225.- L. Richer, Le droit des contrats administratifs, L.G.D.J., 1999.

C.E., 11 mai 1990, Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson, A.J.D.A., 1990, p.614, note F. Colly.

⁽¹⁾ قانون 28 بلفوز السنة الثامنة للثورة

Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd., op.cit, p.523.

J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, 19^e éd., Dalloz, 2002, p.114.

A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia, Y. Gaudemet, Droit administrative, 17e éd.,

L.G.D.J., 2003, p.264

⁽²⁾ اعتبر المجلس قيام البلدية بترميم منازل آيلة للسقوط مملوكة للأفراد وعلى حسابهم من قبيل أعمال الأشغال العامة.

C.E: 12 Avr. 1957, Mimouni, Rec. P. 262, concl. Tricot.

⁽³⁾ Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd., op.cit, p.523.

⁽⁴⁾ Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd., op.cit, p.523.

⁽⁵⁾ A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia, Y. Gaudemet, Droit administratif, op.cit, p.264

Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd., op.cit, p.523.

⁽⁶⁾ CE. 13 juill. 1961, Ville de Toulouse, Rec. 513; AJ 1961.467, chr. Galabert et Gentot.

CE Ass. 11 mai 1959, Dauphin, Rec. 294; S.1959.117, concl. Mayras; D. 1959.314, concl. Mayras; JCP 1959 II.11269, note de Lanversin; AJ 1959.II.113, chr. Combarous et Galabert; AJ 1959.II.228, note Dufau.

CE Sect. 5 févr. 1965, Société lyonnaise des transports, Rec. 76; RD publ.1965.493, concl. Galmot; CJEG 196.31, not A.C.

CE 24 janv. 1973, Spiteri et époux Krehl, Rec. 64; AJ 1973.496, not Dufau.

TC 17 nov. 1975, Gamba, Rec. 800; AJ 1976.82, chr. Boyon et Nauwelaers.

ولم يأخذ المشرع المصري بفكرة العقود الإدارية بنص القانون⁽²⁾
أما في فلسطين فقد خصص المشرع للمنازعات الإدارية دائرة خاصة بين الدوائر
الموجودة في المحكمة العليا والتي تعتبر أعلى محكمة في سلم القضاء النظامي في فلسطين⁽³⁾. وهذه
الدائرة تسمى محكمة العدل العليا وتقتصر ولايتها على إلغاء القرار الإداري غير المشروع فقط⁽⁴⁾،
أما العقود سواء أكانت عقوداً خاصة أم إدارية فإنها تدخل ضمن اختصاص القضاء المدني في
الضفة الغربية، كما أنها كانت ضمن ولاية القضاء المدني في قطاع غزة حتى وقت قريب⁽⁵⁾، إلا

CE Sect. 17 mars 1967, Ranchon, Rec. 131; D. 1968.247, note Leclercq; RD
publ. 1968.180, note M. Waline; AJ 1967.415, note Dufau.

ومن أحكام المجلس الذي طبقها على أموال المؤسسات العامة حكمه:

CE 21 mars 1984, Mansuy, Rec. 616; RFDA 1984.54, note A.A.; D. 1984.510, note
Moderne; JCP 1985.II.20393, note Hervouet; RD publ. 1984.1059, note Y.
Gaudemet; CJEG 1984.J.258, note Sablière et p. 274, concl. Dondoux.

⁽¹⁾ Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd., op.cit, p.523.

⁽²⁾ د. محمد علي أبو عمار، القانون الإداري، الجزء الأول، 1995-1996، ص8، د. مطيع علي محمد
جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني، دار
النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص79. ود. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص37.

⁽³⁾ لقد ذهب بعض الفقه إلى أن إنشاء قضاء إداري داخل نطاق القضاء العادي وتخويل هذا القضاء بصريح
النص حق إلغاء القرارات الإدارية التي حددها القانون مع عدم تحديد القانون الذي يطبق على هذه
المنازعات الإدارية يدل دلالة قاطعة على حق دوائر القضاء الإداري في تطبيق مبادئ وأحكام القانون
الإداري. أ.د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري، دار المعارف، القاهرة، 1978، ص191.

⁽⁴⁾ قررت محكمة العدل العليا في فلسطين بسلطتها في النظر بالطعن بالقرارات الإدارية ومن ذلك قرارها
رقم 23/1995، جلسة 22/6/1995، وقرارها رقم 76/1995، جلسة 11/3/1996، وقرارها رقم
12/1997، جلسة 16/3/1998، وقرارها رقم 95/1998، جلسة 27/9/1998، وقرارها رقم
27/2000، جلسة 15/3/2001، وقرارها رقم 166/2003، جلسة 11/2/2004، وقرارها رقم
130/2004، جلسة 30/5/2006، جميع هذه القرارات وغيرها منشور عند: ناظم محمد عويضة،
مجموعة مختارة من مبادئ العدل العليا من 1995-2005، بدون دار نشر، ص29 وما بعدها. وفي
بعض قراراتها الحديثة قررت " الطعن بطريق الإلغاء في الأسباب التي يبنى عليها القرار الإداري،
إنما هو من صميم اختصاص محكمة العدل العليا عملاً بالمادتين 33-34 من قانون تشكيل المحاكم
النظامية رقم 5 لسنة 2001م " قرارها في الطلب رقم 68/2010، جلسة 9/11/2010 واردة في،
مبادئ محكمة العدل العليا من 2006-2013 للمستشار أشرف نصرالله والمحامي نضال جمال جرادة،
الطبعة الأولى 2015 غزة، ص13.

⁽⁵⁾ استقرت قرارات محكمة العدل العليا في فلسطين (بمثابة محكمة للقضاء الإداري) على عدم اختصاصها في
منازعات العقود عموماً بما فيها العقود الإدارية ومن ثم تدخل في اختصاص القضاء المدني حيث
قررت محكمة العدل العليا بأنه " متى كان الثابت أن النزاع قائم بين الطرفين على عقد، فإن الاختصاص
في نظره لا ينعقد لهذه المحكمة وإنما إلى المحكمة المختصة طبقاً للقانون " قرارها رقم 161/1999،
جلسة 8/3/2000، وقرارها رقم 106/1999، جلسة 6/7/1999، وقرارها رقم 117/1996، جلسة
4/5/1997، جميع هذه القرارات وغيرها منشور عند: ناظم محمد عويضة، مرجع سابق، ص94 وما
بعدها. كما وقررت في أحكامها الحديثة ذات المبدأ حيث تقول " المنازعات المتعلقة بالعقود عامة هي
مما يخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا كما ورد في المادتين 33 و34 من قانون تشكيل المحاكم
النظامية رقم 5 لسنة 2001..... وهو لذلك يخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا ويدخل في
اختصاص محاكم الحقوق " قرارها رقم 28/2013، جلسة 16/4/2013 " وحول نفس المعنى

أنه مع صدور قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم 3 لسنة 2016 والساري المفعول في قطاع غزة فقط⁽¹⁾ والذي نص على استحداث المحكمة الإدارية فإن منازعات العقود الإدارية تدخل ضمن ولايتها، حيث تنص المادة 3 من قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد على أن تختص المحكمة الإدارية بالنظر فيما يلي: 7- منازعات العقود الإدارية.. ويتضح من هذا النص أن اختصاص المحكمة الإدارية في منازعات العقود الإدارية غير مقصور على عدد محدد من العقود الإدارية، بل ينطوي على كافة العقود الإدارية ويشتمل على كافة المنازعات الناشئة عنها، وهذا يعني أن العقود الإدارية في فلسطين هي عقود إدارية بطبيعتها ويختص بها القضاء الإداري - في قطاع غزة فقط - استناداً إلى خصائصها الذاتية وطبيعتها الإدارية وليس استناداً إلى نص المشرع، وعليه لم يأخذ المشرع الفلسطيني بفكرة العقود الإدارية بنص القانون.

ثانياً- المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية الإلكترونية:

العقد الإداري كما هو مستقر فقهاً وقضاً هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽²⁾. ولقد أكدت محكمة العدل العليا في فلسطين المبدأ ذاته حيث أوجبت توافر ثلاثة شروط حتى يعتبر العقد إداري وهي أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتعلق العقد بتسيير مرفق عام، وأن يكون اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام لدى انعقاد هذا العقد بأن تضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون المدني⁽³⁾.

وعلى ضوء ما تقدم فإن المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية يستلزم توافر ثلاثة عناصر، فإن توافرت هذه العناصر وأبرم العقد أو تم تنفيذه بالوسائل الإلكترونية فنحن بصدد أحد العقود الإدارية الإلكترونية وهذه العناصر هي:

قرارها رقم 2013/33، جلسة 2013/3/24م، هذه القرارات واردة في، مبادئ محكمة العدل العليا من 2006- 2013 للمستشار أشرف نصرالله والمحامي نضال جمال جرادة، مرجع سابق، ص22 وما بعدها. وكما قررت في بأن "موضوعات العقود والبيع أساساً هي مما يخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا" قرارها في الطلب رقم 36/ 2010، جلسة 2011/ 3/ 21 واردة في المرجع السابق، ص

15

(1) نشر هذا القانون في الوقائع الفلسطينية، العدد الثالث والتسعون، نيسان (إبريل) 2016.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى رقم 105 لسنة 11 ق جلسة 1961/6/4، سابق الإشارة إليه. وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 576 جلسة 1967/12/30، سابق الإشارة إليه. وحكمها في الطعن رقم 5544 لسنة 48ق، جلسة 2006/1/17، سابق الإشارة إليه. وحكمها في الطعن رقم 13837 لسنة 50ق، جلسة 2008/4/15، سابق الإشارة إليه.

(3) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 67/ 1994 جلسة 1995/1/5، غير منشور.

1- أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام:

لا يمكن أن يكون العقد إدارياً إلا إذا كان أحد الفريقين المتعاقدين على الأقل شخصاً عاماً⁽¹⁾، وعليه فالعقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر عقداً إدارياً⁽²⁾، إنه المبدأ التقليدي المطبق دائماً، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة⁽³⁾.

ولقد استقرت أحكام القضاء الفرنسي على هذا المبدأ⁽⁴⁾، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا منذ بواكير أحكامها بضرورة توافر الإدارة طرفاً في العقد حتى يعتبر عقداً إدارياً⁽⁵⁾.

حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى ضرورة أن تتعاقد الإدارة بصفتها شخص من أشخاص القانون العام فإن تعاقدت باعتبارها ممثلاً لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد

(1) يستثنى القضاء في الفرنسي من ذلك العقد الذي يبرمه أشخاص القانون الخاص لحساب أحد الأشخاص المعنوية العامة، حيث يعتبر العقد إدارياً، وتتلخص الأسس التي يعتمد عليها للقول بأن الشخص الخاص كان يعمل لحساب الدولة أو أحد الأشخاص العامة من خلال أوضاع العمل وصفة الشخص الخاص إزاء الدولة إما للوكالة أو التكليف أو بالرجوع إلى موضوع العقد.

TC 8 juill. 1963, Société Entreprise Peyrot, Rec. 787, (D. 1963.534, concl. Lasry, note Josse; RD publ. 1963.776, concl. Lasry; S. 1963.273, concl. Lasry; AJ 1963.463, chr. Gentot et Fourré; AJ 1966.474, chr. Colin; Gaz. Pal. 1964.2.58, note Blaevoet JCP 1963.II.13375, note J.-M. Auby; RD Publ. 1964.767, note Fabre et Morin).

Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd., op.cit, p.524.

A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia, Y. Gaudemet, Droit administratif, op.cit, p.264 ets.

J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, 19e éd, op.cit, p.115.

Recours pour excès de pouvoir et contrat administratif (www.valhalla.fr).

(2) Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd., op.cit, p.524.

(3) د. عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص287. وحول نفس المعنى راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3128 لسنة 35ق، جلسة 1995/1/24، المجموعة السنة 40، القاعدة 103، ص1011

(4) TC 8 juill. 1963, Société Entreprise Peyrot, Rec. 787

EC, 13 déc. 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord, D. 1964, 55, concl. Braibant.

V. pour les sociétés d'économie mixte, 10 nov. 1972 Société des grand travaux alpins, AJDA, 1973, 47, note Moderne

(5) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1889 لسنة 6 ق - جلسة 1962/3/31، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18، ص672. وحكمها في الطعن رقم 559، لسنة 11 ق - جلسة 1986/2/24، مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص91. وحكمها في الطعن رقم 2184 لسنة 29 - جلسة 1987/2/21، المرجع السابق، ص94. وحكمها في الطعن رقم 5544 لسنة 48ق، جلسة 2006/1/17، سابق الإشارة إليه. وحكمها في الطعن رقم 13837 لسنة 50ق، جلسة 2008/4/15، سابق الإشارة إليه.

لا يكون عقداً إدارياً بل عقداً مدنياً، ومن اختصاص المحاكم المدنية ويطبق عليه القانون المدني⁽¹⁾. إن مفهوم الإدارة الذي يستلزم أن تكون طرفاً في العقد الإداري يشمل الأشخاص المعنوية العامة، وأبرز الأشخاص المعنوية العامة هي الدولة، وهي تمثل وحدها طائفة قانونية متميزة داخل إطار الأشخاص المعنوية العامة، من حيث تفردتها بامتداد نفوذها وسيطرتها على كل إقليم الدولة، وعلى جميع مظاهر النشاط فيها⁽²⁾، وإضافة إلى الدولة يميز الفقه عادة بين نوعين من الأشخاص المعنوية العامة، وهما الأشخاص العامة الإقليمية أو المحلية مثل البلديات والأقاليم والمدن والمحافظات، والأشخاص العامة المصلحية أو المرفقية مثل الهيئات والمؤسسات العامة⁽³⁾.

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام:

الفقه والقضاء يتطلب توافر المعيار المزدوج بالإضافة إلى المعيار العضوي، وهما تعلق العقد بنشاط مرفق عام والشروط غير المألوفة في القانون الخاص وإن كانت المحاكم الإدارية المصرية مستقرة منذ بواكير أحكامها حتى يومنا هذا على ضرورة توافر جميع الشروط السابقة أي المعيار العضوي والمعيار المزدوج بشقيه⁽⁴⁾ إلا أن مجلس الدولة الفرنسي والفقه الفرنسي أخذ بمفهوم مختلف فيما يتعلق بالمعيار المزدوج مفاده، أن العقد الذي يبرمه شخص عام لا يكون عقداً إدارياً إلا إذا ارتبط بتنفيذ مرفق عام، أو إذا ما احتوى على شروط استثنائية وغير مألوفة في نطاق القانون الخاص بمعنى يكفي توافر أحد عنصرَي المعيار المزدوج إلى جوار المعيار العضوي حتى يعتبر العقد إدارياً في فرنسا⁽⁵⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 2184، لسنة 29 ق بتاريخ 1987/2/21. مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً، ص 94 وما بعدها.

(2) أ.د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 98 وما بعدها. وذهب جانب من الفقه إلى أن الدولة تدرج ضمن الأشخاص العامة الإقليمية. لمزيد من الإيضاح راجع

B. Delcros, L'unité de la personnalité juridique de l'état: Etude sur les services non-personnalité de l'état, L.G.D.J, paris, 1976, p.1 et s.

ومصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، تنظيم الإدارة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 1995، ص 99.

(3) أ.د. أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، ط3، بدون دار نشر، 2004، ص 109، 130.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن 599 لسنة 11 ق، جلسة 1968/2/24، مجموعة العقود في أربعين عاماً، ص 92. وحكمها في الطعن رقم 1278 لسنة 28 ق، جلسة 1984/2/11، سابق الإشارة إليه. وحكمها في الطعن رقم 3128 لسنة 35 ق، جلسة 1955/1/24، سابق الإشارة إليه. وحكمها في الطعن رقم 13837 لسنة 50 ق – جلسة 2008/4/15، لم ينشر بعد.

(5) Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd., op.cit, p.526.

J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, 19e éd, op.cit, p.115.

فالعقد يصطبغ بالصفة الإدارية أي كانت الشروط التي يشتمل عليها، متى كان موضوعه يدور حول المشاركة المباشرة من جانب المتعاقد في تنفيذ مهام مرفق عام وهذه الفكرة قططبت في البداية على عقود امتياز المرافق العامة، والتي تقوم على المرافق العامة الصناعية والتجارية، ثم ما لبث أن تم مد نطاق هذه الفكرة إلى كافة أنواع المرافق العامة.

ذهب الفقه الفرنسي⁽¹⁾ في تحليله لأحكام القضاء إلى طرح نماذج ثلاثة لصور اتصال العقد بالمرفق العام من حيث المبدأ، حيث يكفي كل واحد منها لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون النظر لاشتغال العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وبذلك يكون العقد إدارياً إذا كان موضوعه متصلاً بالمرفق العام على أي صورة من الصور التالية:

أ- العقود التي تعهد فيها الإدارة للمتعاقد بمهمة تسيير المرفق العام، ومن أمثلة هذه العقود عقد التزام المرافق العامة والتي تعهد فيه الإدارة إلى فرد أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام تحت إشرافها ورقابتها وتوجيهها.

ب- العقد الذي يكون موضوعه أو هدفه إشراك المتعاقد مع الإدارة في تسيير مرفق عام، حيث يكون اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق في جزء منه وليس في كافة جوانبه مثل عقد التوريد الإداري، وعقد إيجار الخدمات، فهذه العقود تخدم المرفق بطريق غير مباشر⁽²⁾.

ت- العقد الذي يكون موضوعه تنفيذ مرفق عام يكتسب العقد الصفة الإدارية أياً كانت الشروط التي يشملها، متى كان موضوعه يدور حول المشاركة المباشرة من جانب المتعاقد في تنفيذ مهام مرفق عام⁽³⁾.

3- اتباع الإدارة أسلوب القانون العام:

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة طرفاً فيه، ولا يكفي - كقاعدة عامة - أن يتصل موضوعه بمرفق عام، لكي يضاف على العقد تلك الصفة ولا سيما في مصر وفلسطين، ولكن يلزم أن تأخذ الإدارة في تعاقداتها بوسائل القانون العام⁽⁴⁾.

فالإدارة قد تكون طرفاً في العقد والذي يهدف لتسيير مرفق عام لكنها قد تستعمل وسائل القانون الخاص⁽⁵⁾، لذلك يستلزم الفقه والقضاء بأن تأخذ الإدارة بأسلوب القانون العام، لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية، وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، سواء أكانت تلك

A. de Laubadère, Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs, op.cit, p.265.

⁽¹⁾ R.Chapus, Droit administratif général ,T.I, 9e éd, Montchrestien, Paris, 1995 , P.500

L. Richer, Droit contrats administratifs , L.G.D.J,Paris, 1995, P.88.

⁽²⁾ د. جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون تاريخ، ص69.

⁽³⁾ J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, 19e éd,op.cit, p.117.

⁽⁴⁾ أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص86،

⁽⁵⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1849 لسنة 39ق، جلسة 2006/3/7، سابق الإشارة إليه. وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم 054 لسنة 48ق، جلسة 2007/3/24، سابق الإشارة إليه.

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني

الشروط لمصلحة الإدارة أم المتعاقد معها، بمعنى أن قررت تلك الشروط امتيازات للإدارة لا يتمتع بها المتعاقد معها، أو قررت حقوقاً استثنائية للمتعاقد معها⁽¹⁾.

غير أنه لا يلزم في الشروط الاستثنائية أن ترد ضمن بنود العقد ذاته، ولكن من إحالة العقد إلى نظام غير مألوف مستفاد من نصوص أخرى، وخاصة كراسات الاشتراطات الخاصة أو الشروط العامة التي وضعتها الإدارة أو أن تكون مقررة بمقتضى القوانين واللوائح⁽²⁾.

ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في تمييزها ما بين العقد الإداري والعقد المدني بقولها "... بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يفترق عن العقد المدني كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء أكانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح. أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع العام." ⁽³⁾

وعلى الرغم من إجماع الفقه والقضاء سواء في فرنسا أم مصر على فكرة الشروط الاستثنائية كضابط - تمييزي في فرنسا⁽⁴⁾ وتكاملي في مصر و فلسطين لتمييز العقد الإداري، إلا أن الفقه والقضاء سواء في فرنسا أم مصر لم يتفقا على تعريف محدد للشروط الاستثنائية.

(1) أ.د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص45. وحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1059، لسنة 7ق، جلسة 1963/5/25، مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً، مرجع سابق، ص203.
(2) المرجع السابق، ص33، 34. والرأي الراجح في الفقه أن مجرد الإحالة إلى كراسة الشروط أو النموذج الذي تعده الإدارة مقدماً لأنواع مختلفة من العقود لا تعد بمثابة شرط استثناء يضيف الصفة الإدارية على العقد إذ لم تكن كراسة الشروط المحال إليها متضمنة شروطاً استثنائية. أ.د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص47. وتأكيداً لذلك قررت المحكمة الإدارية العليا بأن "العقد الإداري يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرام العقد أو في تنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله، إما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح..." حكمها في الطعن رقم 4151 لسنة 38ق، جلسة 2004/9/4، سابق الإشارة إليه.

(3) حكمها في الطعن رقم 1059 لسنة 7 ق - جلسة 1963/5/25، مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية، ص103. ولقد قررت محكمة النقض بأن "العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام وأظهرت الإدارة نيّتها في الأخذ في شأنها بأسلوب القانون العام بأن تضمن عقدها شروطاً استثنائية وغير مألوفة تنأى بها عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها" حكم محكمة النقض بتاريخ 1964/7/7، السنة 15، موسوعة العقود الإدارية والدولية، المستشار د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص47.

(4) Ch. Debbasch, Droit administratif, 6e éd, op.cit, p. 562

J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, 19e éd, op.cit, p.115

فمفهوم الشرط غير المألوف ليس كامل الوضوح، فبعض الأحكام ترى فيه شرطاً غير معتاد الاستعمال "usuelle" في العلاقات بين الأفراد⁽¹⁾، وتعرفه أحكام أخرى بأنه شرط أثره منح الطرفين حقوقاً أو تحميلهما التزامات أجنبية بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يقبلها برضاً حر، أي من كان في إطار القوانين المدنية والتجارية⁽²⁾.

ولقد عرفت محكمة التنازع الفرنسية مفهوم الشروط الاستثنائية بأنها "تلك البنود التي تختلف بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن ينصّ عليها في عقد مماثل في القانون الخاص"⁽³⁾. وقررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن العقد يكون إدارياً عندما تأخذ الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها⁽⁴⁾. وفي فلسطين، عرفت محكمة العدل العليا الشروط الاستثنائية بأنها تلك الشروط غير المألوفة في القانون المدني والتي تخرج عن مبدأ المساواة بين المتعاقدين⁽⁵⁾.

-
- L. Richer, Les contrats administratifs, 1991, op.cit, p. 25
A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia, Y. Gaudemet, Droit administratif, op.cit, p.265
CE. 31 juill. 1912, Société Des Granits Porphyroïdes Des Vosges, précité.
C.E., Ass., 5mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, A.J.D.A., 1999, Chron. Jur.p.409.
CE, 23 mai 1924, Sté les affréteurs réunis, S., 1926, III, p.10, concl. Rivet, et TC, 16 fév. 1967, Préfet de la Seine, AJ, 1967, p.288.
15 févr. 1935, Société française de constructions mécaniques, Rec., 201.
Cass. Civ., 18 nov. 1992, Commune de Patin, JCP, 1992, éd. G., IV, n. 235, Bull. civ., I, n.286.
28 mai 1962, Société immobilière et thermale pour le développement des stations françaises, Rec., 818.
(1) TC 14 nov. 1960, Société agricole de stockage de la région d'Ablis, Rec. 867; AJ 1961.89, note A. de L.
(2) CE. Sect. 20 octobre 1950, Stein, Rec. 505, et 26 févr. 1958, Compagnie des mines de Falimé-Gambie, Rec. 128.
وقد ردد القضاء الفرنسي نفس الصيغة في بعض الأحكام منها:
T.C. Mars 1955, E.D.F., R.P.D.A., 1955, n°. 254.
C.E. 29 Juin, Sté minière du Cap Corse, Rec. P. 383.
C.E. 4 Juin, Etable. Dutrut, Rec. P. 292.
(3) T.C. 19/6/1952, sté des combustibles et carburants nationaux, R.D.P., P.628 "des clauses différentes par leur nature de celles que peuvent être inscrites dans un contrat analogue de droit privé"
(4) حكمها في الطعن رقم 5544 لسنة 48، جلسة 2006/1/17، سابق الإشارة إليه. وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم 2054 لسنة 48، جلسة 2007/3/24، لم ينشر بعد.
(5) قرار محكمة العدل العليا رقم 1994/67، جلسة 1995/1/25، لم ينشر بعد.

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني

ونحن من جانبنا نعرف الشروط الاستثنائية بأنها تلك الشروط المستمدة من امتيازات السلطة العامة وقواعد القانون العام، والتي تمنح أحد المتعاقدين أو كليهما حقوقاً أو امتيازات استثنائية وغير مألوفة في نطاق عقود القانون الخاص، من أجل تحقيق هدف العقد الإداري والمتمثل في السير المنتظم للمرافق العامة ومن ثم تحقيق المنفعة العامة. ومن ثم فهي تلك الشروط غير المألوفة في نطاق عقود القانون الخاص.

ومن أكثر الشروط الاستثنائية ظهوراً في الحياة العملية حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾. كما وتظهر هذه الامتيازات في حق الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته، وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها، وذلك بإرادتها المنفردة⁽²⁾.

المطلب الثاني

المبادئ العامة التي تخضع لها أساليب التعاقد الإداري الإلكتروني

تخضع أساليب التعاقد الإداري بما في ذلك أساليب التعاقد الإداري الإلكتروني - باستثناء الاتفاق المباشر - لمجموعة مبادئ تعد كضمانات تكفل صحتها وسلامتها، وتتمثل هذه الأحكام في مبدأ المنافسة الحرة، والمساواة والعلانية⁽³⁾.

(1) ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن حق الإدارة توقيع العقوبات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته هو ضمن الشروط الاستثنائية وهو جائز قانوناً. حكمها في الطعن رقم 62 لسنة 2 ق جلسة 1961/5/13، مجموعة الأربعين عاماً في العقود الإدارية، ص101. كما ذهبت المحكمة بأن حق الإدارة في توقيع غرامة يومية عن الإخلال بالعقد يعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1889 لسنة 6 ق - جلسة 1963/3/31، الموسوعة الإدارية والدولية، ص45.

(2) أ.د. محمود عاطف البناء، مرجع سابق، ص46. وحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3128 لسنة 35ق، جلسة 1995/1/24، سابق الإشارة إليه

J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, 19e éd, op.cit, p.125 et s.

L. Richer ; Droit des contrats administratifs, 3e éd.,L.G.D.J.,2002, p.218

M. de Villiers, Droit public général, Litec, 2003, 676 et s.

Prérogatives de l'administration dans l'exécution du contrat administratif

<http://fr.jurispedia.org>

C.E. 6 Mai. 1985, Ricard, Rec. p. 144, R.F.D.A., 1985, p. 697.

C.E.,6 mai 1985 Association Eurolat.

(3) A. de Laubadère, Traité élémentaire de droit Administratif, op.cit, p. 426.

وقد أبرزت محكمة القضاء الإداري المصرية هذه المبادئ في حكمها الصادر بجلسته 1957/4/21 في القضية رقم 2946 لسنة 7ق والذي قُرت فيه: "من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين..."

الفرع الأول: المنافسة الحرة

"حرية المنافسة تعني حرية دخول المنافسة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يحددها القانون"⁽¹⁾، بمعنى فتح باب التزام الشريك أمام كل من يود الاشتراك فيها⁽²⁾ والمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه، أو على حسابهم، وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للاشتراك في المنافسة يجب أن تكون واحدة للجميع⁽³⁾، كما أن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المشروعات من التقدم إلى المنافسة التي أعلنت عنها مادام أن المتقدم قد استوفى الشروط التي يتطلبها القانون، كما أن اتجاه الإدارة لتفضيل أحد المتقدمين على حساب الآخرين يؤدي إلى بطلان هذا الإجراء إلا إذا كان هذا التفضيل مستنداً على أساس قانوني⁽⁴⁾. كما أنها ملزمة باستبعاد كل من لم يستوف تلك الشروط⁽⁵⁾.

ولقد أوجب قانون اللوازم العامة على جهة الإدارة اعتماد مبدأ المنافسة في جميع عمليات الشراء⁽⁶⁾. كما تنص مادة (5) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أن "يهدف هذا القرار بقانون إلى تحقيق الآتي: 4. تعزيز مبدأ المنافسة العادلة وتشجيع المشاركة في إجراءات الشراء العام من جانب الموردين والمقاولين والمستشارين المؤهلين. 5. إتاحة فرص متكافئة دون تمييز وتوفير معاملة عادلة ومتساوية لجميع المناقصين والمستشارين. 6. ضمان تحقيق الشفافية والنزاهة في إجراءات وسير عمليات الشراء العام."

ولقد استقر القضاء الإداري على ذلك منذ زمن طويل، حيث قررت محكمة القضاء الإداري أنه: "من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المنافسة العامة، الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين، والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمنافسة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه، بإجراء سواء أكان عاماً أم خاصاً..."⁽⁷⁾.

(1) أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة "اليونيسترال"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص13.

(2) د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، ص368.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 288 لسنة 4 ق بتاريخ 1959/5/9، السنة الرابعة، المبدأ 109، ص1252.

(4) L. Richer, Les contrats administratifs, 1991, op.cit, p.11

(5) أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص13.

(6) د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص181.

(7) المادة (7) من قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998، ولم يرد مثل هذا النص - اعتماد مبدأ المنافسة الحرة - في نظام توريد الموارد وتنفيذ الأعمال في الهيئات المحلية رقم 1 لسنة 1998، وهذا نقص حذا لو تم تقاذه.

(7) محكمة القضاء الإداري، حكمها في القضية رقم 2946 لسنة 7 ق بتاريخ 1957/4/21، سبق الإشارة إليه.

الأصل أن تكون المنافسة حرة، ولا سيما في أساليب التعاقد الأصلية المفتوحة، غير أن جهة الإدارة تمارس سلطة مهمة في هذا الخصوص، وهي سلطة حرمان بعض الأشخاص أو المشروعات من الدخول في المنافسة، وذلك إما كجزاء بسبب إخلال بالتزامات سابقة وهو ما يسمى بالحرمان الجزائي⁽¹⁾، وإما بهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة، وهو الحرمان الوقائي⁽²⁾.

وعلاوة على سلطة الإدارة في حرمان الأفراد والمشروعات من ولوج باب التنافس، فإن القانون قد ينص في حالات محددة على الحرمان كعقوبة تبعية⁽³⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة (50) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة على أنه "اللجنة العطاءات الحق في استبعاد عرض المناقص الذي يخل بالتزاماته قبل إتمام التعاقد، أو بالعقود المبرمة معه، أو لا يلتزم بشروط العقد أو يماطل في تنفيذه أو يغش وعلی أن تكون المخالفات قد وقعت في أكثر من عقد أو أكثر من مرتين في عقد واحد، ولها أن تحرمه من الاشتراك في العطاءات للمدة التي تحددها". كما تنص مادة (64) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أن "1. يجب على المناقص الالتزام بما يأتي: أ. الوفاء بالالتزامات المفروضة عليه بموجب هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه. ب. تجنب تضارب المصالح عند قيامه بواجباته. ج. عدم التواطؤ أو التآمر أو ممارسة أي شكل من أشكال الفساد والخداع والغش أو التحريض، بما في ذلك تقديم الإغراءات أو عرضها سواء بطريق مباشر أو غير مباشر للتأثير على عملية الشراء أو على تنفيذ العقد. د. عدم التواطؤ أو التآمر، قبل أو بعد تقديم العطاء، بهدف توزيع عقود الشراء بين المناقصين أو تحديد أسعار العطاءات بصورة غير تنافسية أو خلاف ذلك لحرمان الجهة المشتريّة من منافع المنافسة العامة المفتوحة. 2. يتعين على الجهة المشتريّة ودائرة اللوازم العامة ودائرة العطاءات المركزية أن ترفض أي عطاء إذا ثبت مخالفة المناقص لأي من الأحكام الواردة في هذه المادة، وعليهم إبلاغ المجلس وغيره من سلطات إنفاذ القانون ذات الصلة. 3. دون الإخلال بأية عقوبة واردة في القوانين الأخرى السارية، يخضع المناقص المخالف لأي من أحكام هذه المادة للمساءلة القانونية بموجب هذا القرار بقانون. 4. إضافة إلى أية عقوبة أخرى، يتم وضع المناقص المخالف لأحكام هذه المادة على القائمة السوداء للمدة التي يقرها المجلس، وتضم هذه القائمة كافة المناقصين الذين صدر قرار بحرمانهم من الاشتراك في عمليات الشراء وفق أحكام المادة (73) من هذا القرار بقانون."

⁽²⁾ المستشار د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص147. "ومن أمثلة الحرمان الوقائي في فلسطين تنص المادة (2/80) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل على أنه "لا يجوز لرئيس الوزراء أو لأي وزير من الوزراء أن يشتري أو يستأجر شيئاً من أملاك الدولة، أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، أو أن تكون له مصلحة مالية في أي عقد من العقود التي تبرمها الجهات الحكومية أو الإدارية...". كما أوجبت المادة (99) من النظام الداخلي للقانون الأساسي في ثانياً الفقرة الثالثة على عضو المجلس التشريعي "ألا يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة، أو يوجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو يقاضيها أو يبرم عقداً معها بوصفه ملتزماً أو مورداً أو مقاولاً إلا إذا تم التعاقد طبقاً لقواعد عامة تسري على الكافة، وفي جميع الأحوال عليه ألا يستغل صفته في الحصول على مزايا خاصة بغير وجه حق". ويهيب الباحث بالمرجع الفلسطيني إعادة النظر في نص المادة (99) السابقة بحيث يمنع أعضاء المجلس التشريعي من الدخول في جميع التعاقدات مع الدولة حتى التعاقدات التي تكون ذات قواعد عامة تسري على الكافة، وذلك للبعد بهم عن موطن الريبة وحظرها كلياً وعلى أي صورة كانت بثمن المثل أو القيمة الحقيقية إبعاداً لهم عن الشبهة وتنزيهاً عن الظن، ومنعهم من الدخول في تعاقدات مع الإدارة لضمان حسن القيام بالأعمال المعهودة إليهم ولتأكيد الدور الرقابي الذي يمارسونه وصيانة لسمعتهم وكرامتهم الشخصية ودرناً لاستغلال النفوذ وتأثيره في حرية التعاقد الضرورية لسلامة الأعمال التعاقدية، وإن في ذلك لتوطيداً للثقة العامة بهم.

⁽³⁾ أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص260. توجب المادة (4/25) قانون العقوبات

ومن ناحية أخرى، فإن للإدارة الحق في استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط المقررة في كراسة الشروط والمواصفات⁽¹⁾.

وتأكيداً لذلك تنصّ الفقرة (5/أ) من المادة (32) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أن " للجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية استبعاد أي متقدم للتأهيل المسبق أو أي مناقص في أي من الحالات الآتية: أ. إذا قام بتقديم معلومات مزورة أو بيانات كاذبة بشأن مؤهلاته. ب. إذا لم يتم باستكمال البيانات اللازمة المطلوبة في حال طلبت منه لاحقاً.."

وفي كل الأحوال يترتب على قرار الإدارة بالحرمان، عدم قبول العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم، حتى لو كانت هذه العطاءات مستوفية لكافة الشروط التي تطلبها الإدارة، ويبقى مبدأ المنافسة الحرة قائماً ومنتجاً لآثاره في خارج سلطة الإدارة في الحرمان والاستبعاد⁽²⁾.

الفرع الثاني : مبدأ العلانية

يعد مبدأ العلانية أحد المبادئ الحاكمة لأساليب التعاقد - مع التحفظ لأسلوب الاتفاق المباشر - والعلانية تضع المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي، لأنها هي التي تؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية⁽³⁾، فبدون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة⁽⁴⁾، ويقصد بمبدأ العلانية أن تتم جميع عمليات الشراء العام في نطاق علني ابتداء من الإعلان عنها، وبالطرائق المحددة قانوناً، مروراً بانعقاد جلسات اللجان المختصة في

المصري على أن: "كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية: أولاً - القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفته متعهداً أو ملتزماً أيّاً كانت أهمية الخدمة..."

(1) المستشار د. حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص 147. وتوجد فروق جوهرية بين الحرمان والاستبعاد، فالحرمان إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات - طبعي أو معنوي- على عكس الاستبعاد، فهو إجراء موضوعي يلحق عطاءً معيناً وليس شخصاً من الأشخاص، ومن جهة أخرى فالحرمان قرار عام وقد يكون مؤقتاً وقد يكون غير محدد المدة، كما قد يكون في حدود مالية معينة أو بغير حدود، وقد يكون مانعاً للشخص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التي تجريها الإدارة، وقد يقتصر على بعضها، أما الاستبعاد فهو إجراء فردي يصدر في كل حالة على حدة، وبمناسبة مناقصة أو ممارسة واحدة ومعينة بالذات، ويكون محله استبعاد أحد العطاءات المقدمة لمخالفته للشروط المقررة لإجراء وقائي راجع في ذلك د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، 1957، ص 151 وما بعدها، ود. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، هامش ص 183، وراجع : حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1956/3/30م، المجموعة، السنة 10 رقم 284، ص 271 والذي أجاز أن يكون الحرمان بالنسبة لنوع معين من المناقصات والممارسات، أو بالنسبة للمناقصات والممارسات التي لا تقل عن مبلغ معين.

(2) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص 151.

(3) R. Chapus, Driot administratif général, T.1, 9e éd, op.cit, p.1049.

- R. Bonnard, La passation des marchés publics, R.D.P, 1943, p.159.

(4) أ.د سليمان الطماوي، الأسس العامة، ط5، مرجع سابق، ص 246.

المكان والزمان المحددين لها، وبشكل علني، وكذلك إتاحة الفرصة أمام كافة المرشحين في حضور جلسات تلك اللجان ولاسيما لجان فتح المضاريف وقراءة العطاءات وترتيبها⁽¹⁾، والتزام الإدارة بنشر كافة القرارات المتعلقة بالعملية التعاقدية في المكان والزمان المحددين لذلك⁽²⁾، والتزامها كذلك ببيان أسباب كافة القرارات الصادرة عنها بشأن تلك العملية.

ونظراً لأهمية الإعلان عن الرغبة في التعاقد، فإن قوانين الشراء العام دائماً ما تحرص على النص عليه صراحةً وعلى النهج نفسه سار المشرع الفلسطيني حيث تنص المادة (7/أ) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 على ما يلي: "يعلن مدير عام دائرة اللوازم العامة أو وكيل وزارة المالية عن طرح العطاء بأرقام متسلسلة سنوياً بما لا يقل عن صحيفتين محليتين...".

كما تنص مادة (22) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أنه "1. تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية بالإعلان عن المناقصات العامة في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار على يومين متتاليين على الأقل، وعلى الموقع الإلكتروني أحادي البوابة لنظام الشراء...".

لقد أحسن المشرع الفلسطيني بالنص مادة (22) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على ضرورة النشر فيما لا يقل عن صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار، وبذلك تجنب القصور الوارد في قانون اللوازم العامة حيث يتجنب النشر في صحيفتين توزع على مستوى المدينة أو المحافظة، ومن جانب آخر تبني العلانية من خلال الوسائل الإلكترونية.

وتأكيداً على العلانية و تبني الأساليب الإلكترونية في عمليات الشراء العام في فلسطين، فإن قانون الشراء العام الصادر بالقرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م نص على إنشاء مجلس يسمى «المجلس الأعلى لسياسات الشراء العام»⁽³⁾، ولقد أوجبت المادة (8) من قانون الشراء العام على أن " يمارس المجلس في سبيل تحقيق أهدافه الصلاحيات الآتية: 7. جمع البيانات عن عمليات الشراء وتحليلها ودراساتها واستخلاص التوصيات اللازمة لتحسين الأداء، وتمكين الجمهور من

(1) د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص 204.

(2) تنص المادة (33) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م على أن "تتضمن الدعوة للمناقصة المعلومات الآتية: 1. اسم الجهة المشتريّة وعنوانها. 2. طبيعة اللوازم أو الأشغال أو الخدمات المراد توريدها ومكانها. 3. بيان بالضمانات اللازمة لدخول المناقصة أو إقرار ضمان العطاء. 4. مدة سريان المناقصة. 5. سعر وثائق المناقصة. 6. طريقة تقديم العطاءات والمكان والموعود النهائي للتقديم. 7. مكان وزمان فتح المناقصة. 8. أية أمور أخرى ينص عليها النظام".

(3) مادة (6) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام.

الوصول إلى قاعدة البيانات بشكل تفاعلي عبر الإنترنت. 8. إنشاء وإدارة موقع الكتروني أحادي البوابة خاص بعمليات الشراء في فلسطين. 9. تطوير الإجراءات التي تهدف إلى تحسين نظام الشراء العام بما فيها إقرار الاستخدام التدريجي لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات..."⁽¹⁾ وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى لسياسات الشراء العام لم يتم تشكيله حتى إعداد هذه الدراسة، الأمر الذي يشكل عقبة أمام العمل بقانون الشراء العام الجديد، لذلك نهيب بمجلس الوزراء تفعيل القانون وتشكيل المجلس.

وتأكيداً على أهمية العلانية تنص المادة (13) من قانون الشراء العام على أن "تمارس دائرة اللوازم العامة المهام والصلاحيات الآتية: 4. إعداد خطة الشراء السنوية لكافة عمليات الشراء التي ستقوم بتنفيذ إجراءاتها لصالح الجهات المشتريّة المختلفة وفقاً لقانون الموازنة العامة السنوي، وإدخال التعديلات الدورية على هذه الخطة..."

ولقد أوجب نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة (2014) على تقوم الجهة المشتريّة مع بداية السنة المالية وبعد صدور الموازنة العامة على نشر خطة الشراء السنوية الخاصة بعمليات الشراء التي ستنفذها على الموقع الإلكتروني أحادي البوابة لنظام الشراء⁽²⁾.

(1) تنص المادة (187) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 على أنه "1. يتم إدخال استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على نحو تدريجي ومطرد بحسب تقدم استعداد الجهة المشتريّة لتطبيق هذه الإجراءات. 2. استناداً إلى الفقرة (9) من المادة (8) من القرار بقانون، يقوم المجلس بفحص طرق استخدام تكنولوجيا الاتصال والمعلومات وغيرها من التجديدات الفنية على الشراء العام وتطبيقها على مراحل مناسبة. 3. على الجهات المشتريّة أن تبتكر وتطبق الإجراءات التي تهدف إلى توظيف تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في إجراءات عملية الشراء، وينبغي رفع المقترحات بهذا الخصوص إلى المجلس للمصادقة عليها قبل تنفيذها، ويتوقف اعتماد المجلس لها على الاستنتاج بأن الإجراءات المقترحة سيفضي إلى تعزيز مبادئ الاقتصاد والكفاءة والتنافس وافتتاح نظام الشراء على قدر أكبر من المشاركة والشفافية والمساءلة."

(2) تنص المادة (29) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 على أنه "1. تقوم الجهة المشتريّة قبل بدء السنة المالية وبالتزامن مع إعدادها لموازنتها السنوية، بإعداد خطة الشراء السنوية الخاصة بها. 2. تشمل الخطة على الآتي: أ. عمليات الشراء المتوقع تنفيذها خلال العام وأنواعها وكلفها التقديرية، مع الإشارة إلى البند المخصص لهذه العملية في الموازنة العامة. ب. الجدول الزمني لتنفيذ عمليات الشراء والعقود التي ستنفذ بموجبها. ج. أسلوب الشراء الخاص بكل عملية شراء. د. أية معلومات أو بيانات أخرى يطلبها المجلس أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية كل فيما يخصه. 3. تعمل الجهة المشتريّة على تحديث ومراجعة خطة الشراء السنوية بصيغة دورية وتعديلها حسب الحاجة الفعلية وإعلام دائرة اللوازم العامة ودائرة العطاءات المركزية، كل فيما يخصها بذلك. 4. تقوم الجهة المشتريّة مع بداية السنة المالية وبعد صدور الموازنة العامة على نشر خطة الشراء السنوية الخاصة بعمليات الشراء التي ستنفذها على الموقع الإلكتروني أحادي البوابة لنظام الشراء. 5. تقوم دائرة اللوازم وبالتشاور مع الجهات المشتريّة بتجميع اللوازم المتطابقة أو المتشابهة في عملية شراء واحدة. 6. عند حدوث حالة طارئة لشراء أية لوازم خاصة أو عامة أو أشغال أو خدمات لم ترد في خطة شراء الجهة المشتريّة، يتم البدء بإجراءات الشراء بعد الحصول على الاعتماد المالي المطلوب للشراء من دائرة الموازنة المختصة، أو مصدر تمويل ملائم آخر، ويتم تضمينها في خطة الشراء المعدلة."

ولقد أحسن المشرع عندما نص على نشر خطة الشراء السنوية بعد تقدير الاحتياجات الفعلية والضرورية ورصد المخصصات المالية لعمليات الشراء العام في الموازنة العامة للجهة المشتري بهدف إعلام القطاع الخاص بأنشطة الشراء المقبلة وهو ما يمكن أن يساعد الشركات التجارية وبخاصة الصغيرة والمحلية على تخطيط مشاركتهم في إجراءات عمليات الشراء العام، مما يؤدي إلى تنمية هذه الشركات وتعزيز المنافسة والتنمية الاقتصادية بشكل عام، وهو هدف تسعى الدولة لتحقيقه وذلك يزيد من العروض المقدمة للإدارة بعد الإعلان عن التعاقد مما يساعد على تحقيق الفائدة القصوى للمال العام، كما يساعد على تحقيق الشفافية في الإجراءات المتعلقة بالشراء وتعزيز نزاهة عملية الشراء وعدالتها وثقة الجمهور فيها وتوفير معاملة عادلة ومنصفة لجميع الموردين.

الفرع الثالث: مبدأ المساواة

تقوم أساليب التعاقد الإداري في خارج ما تفرضه طبيعتها من قيود على أساس عام هو المساواة بين المتنافسين⁽¹⁾.

ومفاد هذا الشرط أن تساوي الإدارة بين المتقدمين للتعاقد، ومن ثم لا يجوز لها أن تخلق نوعاً من التمييز بينهم، كأن تمنح بعض المتقدمين امتيازات معينة دون البعض الآخر أو أن تضع عقبات أمام بعض المتنافسين سواء أكانت عقبات قانونية أم مادية، مثل إعفاء أحد المتقدمين للمناقصة من دفع التأمين أو إعطائه الحق في عدم تقديم الأوراق والمستندات المطلوبة في كراسة الشروط أو أن تقتصر الإدارة في الإعلان عن المناقصة بطريقة عمدية يكون الهدف منها وضع أحد الأفراد أو إحدى الشركات في وضع أفضل من غيره⁽²⁾.

ذهب بعض الفقه الفرنسي - وبحق - إلى أن مبدأ المساواة قد وضع في خدمة المنافسة، حيث يؤدي عدم المساواة إلى الإخلال بمبدأ مهم ألا وهو حرية المنافسة⁽³⁾.

في فلسطين، فلقد خلا كل من قانون اللوازم العامة والتعليمات الخاصة به من نصوص توجب المساواة بين المرشحين للتعاقد، وهذا نقص حاداً أن يتم تقاذه من قبل المشرع، علماً بأنه أوجب ذلك في قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999 حيث تطلب المساواة بين كل الراغبين في التعاقد مع الإدارة ضمن شروط كراسة العطاء⁽⁴⁾، كما تنص مادة (5) من القرار بقانون

(1) أ.د سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص250.

(2) د. عبد الله حنفي، العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص201.

(3) Ch. Bréchon-Moulénès, Choix des procédures, choix dans les procédures, A.J.D.A., 1998, p.754.

(4) نصت المادة (1/4) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999 العطاءات العامة هي " التي

رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أن " يهدف هذا القرار بقانون إلى تحقيق الآتي: 5- . إتاحة فرص متكافئة دون تمييز وتوفير معاملة عادلة ومتساوية لجميع المناقصين والمستشارين. 6. ضمان تحقيق الشفافية والنزاهة في إجراءات وسير عمليات الشراء العام."

المبحث الثاني

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني

رسم المشرع لجهة الإدارة أساليب محددة على سبيل الحصر وهي بصدد إبرام العقود التي تكون طرفاً فيها ينبغي عليها أن تسلكها، وتعد قيلاً على حرية الإدارة في مجال إبرام عقودها واختيار المتعاقدين معها⁽¹⁾ سواء أكانت عقوداً إدارية أم مدنية، وسواء تم إبرامها بالوسائل التقليدية أم الإلكترونية، فإن الإدارة لا تتمتع بالحرية في اختيار الشخص الذي ترغب في التعاقد معه، وبذلك فإن الرضائية في نطاق العقد الإداري لا يمكن أن تمارس إلا ضمن نطاق معد مسبقاً من جانب المشرع⁽²⁾.

ويرجع الهدف من هذا التقيد التشريعي إلى إدراك هدفين: الأول تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة باختيار المتعاقدين الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية، والثاني مراعاة المصلحة الإدارية، وذلك يتطلب تبعاً تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفاً المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص على تحقيقها⁽³⁾.

وتتخصص أساليب إبرام العقد الإداري في ظل النظم القانونية القائمة في كل من فرنسا ومصر وفلسطين، في أساليب أصلية وأساليب احتياطية. ففي فرنسا يعتبر كل من المزايدة الإلكترونية العكسية وطلب العروض من الأساليب الأصلية، كما نصّ المشرع الفرنسي على أساليب احتياطية وهي الممارسة والاتفاق المباشر وأسلوب التفاوض التنافسي وأسلوب المسابقات.

تأخذ مبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة وهي أما محلية أو دولية ".
(1) د. منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 274 وحول نفسي المعنى راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقمي 256، 320، لسنة 17ق، بتاريخ 1975/4/5، مجموعة المحكمة في 15 سنة - ج2، ص1843. و حكمها في الطعن رقم 1849 لسنة 39ق، جلسة 2006/3/7، لم ينشر بعد.

(2) M. Guibal, De la liberté des personnes publiques de choisir la technique de choix de leurs cocontractants, J.C.P, ed E, 1987, No 27, p.9.

(3) د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص99. وبذات المعنى حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 7027 لسنة 8ق بتاريخ 14 إبريل 1952 - مشار إليه عند أ.د سليمان الطماوي الأسس العامة، مرجع سابق، ص235. وفي ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 288 لسنة 4 ق جلسة 1959/5/9 المجموعة، السنة الرابعة، ص1252.

أما المشرع المصري فلقد اعتبر كلاً من المناقصة العامة والممارسة العامة إجراءً أصيلاً في إبرام العقد الإداري واعتبر كل من المناقصة المحدودة والمحلية والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر من الأساليب الاحتياطية⁽¹⁾.

وفي فلسطين نصت المادة (12) من قانون اللوازم العامة على أن " تتم عملية شراء اللوازم بطرح عطاء على أنه يجوز شراء اللوازم بإحدى الطريقتين التاليتين (أ) استدراج عروض الأسعار... (ب) الشراء المباشر للوازم بالتفاوض... "

ولقد قيد المشرع الفلسطيني في قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 الحالات التي يتم فيها التعاقد بخلاف أسلوب المناقصة العامة - العطاءات - بضرورة وجود حالة استعجال أو ضرورة أو في حدود مالية معينة يفهم منها بأنها طرائق استثنائية لإبرام العقود الإدارية

كما تنص مادة (20) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام في فلسطين على أن " 1. تتم عمليات شراء اللوازم والأشغال والخدمات غير الاستشارية وفقاً للأسقف المالية أو الحالات المحددة في النظام بإحدى الأساليب الآتية: أ. المناقصة العامة، والتي تشمل أيّاً من الآتي: 1- المناقصة المحلية. 2- المناقصة على مرحلتين 3- المناقصة الدولية. ب. المناقصة المحدودة. ج. استدراج عروض الأسعار. د. اتفاقيات الإطار. هـ. الشراء المباشر. و. التنفيذ المباشر. 2. تعطى الأفضلية في الشراء للمناقصة العامة. 3. تلتزم الجهة المشتريّة بعدم تجزئة اللوازم العامة أو الأشغال أو الخدمات بغرض التحايل لتجنب الأسقف المالية لأساليب الشراء المحددة في النظام." ويتضح من هذا النص بأن المناقصة العامة إجراءً أصيلاً في إبرام العقد الإداري، وذلك بخلاف أساليب التعاقد الأخرى.

وفي حقيقة الأمر أن المشرع الفلسطيني لم يبنئ أسلوب الممارسة العامة مخالفاً بذلك نظيره الفرنسي والمصري⁽²⁾، كما أن التنفيذ المباشر⁽³⁾ و اتفاقيات الإطار⁽⁴⁾. ليسا من أساليب

(1) المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998

(2) يقصد بالممارسة " قيام الإدارة بالتفاوض مع المتنافسين من أصحاب عروض التعاقد، في جلسة علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار التي يقبلها أحدهم فتنبرم العقد معه" أ.د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 99.

(3) تنص المادة (29) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أن " 1. لمجلس الوزراء أن يعهد إلى وزارة الأشغال العامة والإسكان تنفيذ أية أشغال لمصلحة أية جهة مشتريّة، إذا كانت إمكانيات الوزارة الفنية والآلية تسمح بذلك، وفقاً لما يحدده النظام. 2. يستخدم أسلوب التنفيذ المباشر وفقاً للشروط الآتية: أ. إذا لم يكن بالإمكان تحديد حجم العمل المطلوب مسبقاً. ب. إذا كانت الأشغال صغيرة ومتفرقة أو في مناطق نائية، ومن غير المتوقع أن تقدم شركات المقاولات المؤهلة عطاءات بأسعار معقولة. ج. إذا كان من الأفضل أن تتحمل الجهة المشتريّة مخاطر انقطاع العمل الذي يتعذر تجنبه بدلاً من أن يتحمله المقاول. د. في الحالات الطارئة التي لا تحتمل التأخير. " ويضـح من ذلك أن التنفيذ المباشر يكون من خلال موظفي السلطة الإدارية وعلى مسؤوليتها، فهو ليس أسلوب تعاقد.

التعاقد لذلك اقتصر على دراسة المناقصة العامة بصورها المتعددة والمناقصة المحدودة و استدراج عروض الأسعار و الشراء المباشر، كما سوف نتناول بالدراسة أسلوب المزيدة الإلكترونية العكسية كأسلوب حديث من أساليب التعاقد الإداري الإلكتروني وتجدر الإشارة إلى أن قوانين الشراء العام السارية في غزة لم تنص على استخدام الوسائل الإلكترونية ضمن أساليب التعاقد، وهذا بخلاف موقف المشرع في قانون الشراء العام والنظام الخاص به حيث أفرد هذا الأخير الفصل الحادي عشر لتكنولوجيا المعلومات ضمن وسائل إبرام العقد الإداري⁽²⁾، بل إن المشرع نص استخدام السوق الإلكترونية لشراء السلع القياسية⁽³⁾. وعليه نقسم هذا المبحث على النحو التالي:

(1) عرفت المادة (1) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام في فلسطين اتفاقية الإطار بأنها: "اتفاقية سارية المفعول لمدة معينة من الزمن، بين جهة مشتريّة أو أكثر، وواحد أو أكثر من الموردين أو المقاولين أو المستشارين أو مزودي الخدمات، تتضمن الشروط التي تحكم شراء اللوازم أو الأشغال أو الخدمات، خاصة الشروط المتعلقة بالأسعار، والكميات حيثما كان ذلك مناسباً". ويتضح من ذلك بأن اتفاقية الإطار عقد من عقود الإدارة بينما نحن بصدد دراسة أساليب التعاقد بمعنى أننا بصدد الإجراءات التي تهدف للتعاقد. ولقد بينت المادة (34) من نظام الشراء هذا المفهوم عندما أجازت إبرام اتفاقيات الإطار من خلال الشراء المباشر أو المناقصات.

(2) تنص المادة (186) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م على أنه "يمكن السماح باستخدام الوسائل الإلكترونية، بما في ذلك قبول التوقيعات الإلكترونية استناداً إلى القوانين السارية ذات العلاقة أو القواعد التنظيمية الخاصة باستخدام مثل هذه الوسائل وبمراعاة أحكام المادة (30) من القرار بقانون وبعد موافقة المجلس طالما أن هذه القواعد تضمن ما يلي: 1. الأمان المناسب لضمان صحة وسلامة وسرية المعلومات المعنية، بما في ذلك آليات لمنع الوصول غير المسموح به إلى إجراءات المناقصة وإلى عمليات الموافقة على العطاء وإحالتة، وضمان سلامة طلبات المشاركة والعطاءات، وإنشاء وقت تلقي المراسلات. 2. الاستعادة الدقيقة أو التحويل الدقيق للشكل الإلكتروني لهذه المعلومات إلى وسيلة تسمح بفحصها ونسخها. 3. التأكد من أن عملية الشراء تتم باستخدام نظم تكنولوجيا معلومات وبرمجيات بما في ذلك تلك المتعلقة بمصادقة وتشفير المعلومات تضمن عدم التمييز، وأن تكون هذه النظم والتكنولوجيا متاحة لجميع المناقصين وقابلة للتشغيل المتبادل مع نظم تكنولوجيا المعلومات المتاحة عموماً، وأن لا تحد من مشاركة المناقصين في إجراءات عملية الشراء. 4. استخدام الوسائل التي تضمن المشاركة الكاملة والمتزامنة لكافة المناقصين في الاجتماعات التي تعقد أثناء إجراءات عملية الشراء."

(3) تنص المادة (189) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م على أنه "تستطيع الجهات المشتريّة استخدام السوق الإلكترونية لشراء السلع القياسية. 2. يجب تشغيل السوق الإلكترونية بوصفها عملية إلكترونية بحتة، ويجب أن تكون مفتوحة دائماً طوال فترة صلاحية السوق وفي أي وقت إلى أي من المناقصين الذين يلبون معايير الاختيار ويتقدمون بعرضهم لتلبية معايير الاختيار والمتطلبات الموجودة في إعلان طلب المشاركة في السوق الإلكترونية. 3. على الجهة المشتريّة المسؤولة عن السوق الإلكترونية إعلام المناقصين في أقصر وقت ممكن، وبفترة لا تتجاوز (10) أيام بعد استلام طلب القبول، إذا تم قبول طلبه أو لا. 4. يجب أن تكون جميع الاتصالات الخاصة بالسوق الإلكترونية من خلال الوسائل الإلكترونية وفقاً لأحكام المادة (30) من القرار بقانون. 5. يتولى المجلس وضع الأنظمة والتعليمات المتعلقة باستخدام السوق الإلكترونية من قبل الجهات المشتريّة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر إمكانية إنشاء سوق إلكترونية لنظام الشراء العام في فلسطين، والقواعد المتعلقة بالدعوة للعطاءات ومحتوياتها، والقواعد الخاصة بالمنافسة لمنح العقود، والكشف عن

المطلب الأول

إبرام العقد الإداري الإلكتروني بأسلوب المناقصات

لما كانت المناقصة العامة تقوم على مبدأ آلية الإرساء على السعر الأقل، مما يؤدي إلى تقييد حرية الإدارة في الاختيار إلى أقصى حد، فقد تكشف العمل عن عيوب المغالاة في التقييد، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى إلغاء أسلوب المناقصات من وسائل التعاقد الإداري في قانون الشراء العام الحالي و مما دفع المشرع في فلسطين و بعض القوانين المقارنة للنص على صور أخرى بخلاف المناقصة العامة أو المفتوحة في صورتها التقليدية بقصد منح الإدارة قدرًا أكبر من الحرية، وتتمثل هذه الصور في مصر بالمناقصة المحدودة والمحلية⁽¹⁾، وكما أخذ المشرع الفلسطيني بأسلوب المناقصة المحلية والمناقصة الدولية والمناقصة على مرحلتين واعتبرها المشرع من صور المناقصة العامة، كما تبنى أسلوب المناقصة المحدودة. وبناءً على ما سبق سوف نقوم بدراسة هذه الصور وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المناقصة العامة أو المناقصة المفتوحة

المناقصة العامة هي طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً، سواء من الناحية المالية أم من ناحية الخدمة المطلوب أدائها⁽²⁾، وقد ظهر أسلوب المناقصة العامة بشكل واضح للمرة الأولى في فرنسا في ظل ملكية تموز - يوليو تبعاً لعدة قضايا

المعايير التي ستطبق في أي منافسة من هذا القبيل، واستخدام اتفاقيات الإطار والكتالوجات الإلكترونية في السوق، ورفعها لمجلس الوزراء لإقرارها".

(1) أ.د جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص161 وما بعدها. وراجع المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998

(2) أ.د سليمان الطماوى، الأسس العامة، مرجع سابق، ص239. وقد عرفها بعض الفقه المصري على أنها "مجموعة من الإجراءات التي تهدف الإدارة من ورائها دعوة الجمهور للاشتراك في العملية التي تطرحها، بقصد الوصول إلى المناقص الذي يتقدم بأرخص الأسعار وبأفضل الشروط الفنية للتعاقد معه". أ.د جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص13 كما عرفها البعض بأنها مجموعة من الإجراءات التي تتخذها الإدارة وفقاً لأحكام القانون بهدف التعاقد مع صاحب العطاء الأقل من حيث القيمة في إطار من العلانية والمنافسة الحرة، والمساواة، د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص164، وبإيجاز يحمل نفس المفهوم عرفها البعض بأنها مجموعة الإجراءات التي تلتزم الإدارة بمقتضاها باختيار أفضل المتقدمين شروطاً وأقلهم سعراً لإنجاز الأعمال المطلوبة. المستشار د. رفيق محمد سلامة، الموسوعة العلمية لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، 2002، ص63 وعرفها آخرون بأنها "إطار إجرائي لتبادل الإيجاب والقبول في العقد الإداري، تقوم على مبادئ المنافسة المفتوحة، والعلانية، والإسناد التلقائي على أقل سعر، وتنهض بعبء عملياتها سلطة مختصة هي لجنة المناقصة، على أن تبقى نتائج الإرساء الذي توصلت إليه لجنة المناقصة موقوفة على اعتماد أو توقيع السلطة المختصة بإبرام العقد". د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص364.

فساد كانت تعلقت بعقود توريدات حربية، حيث صدر أمراً 4 ديسمبر و 14 نوفمبر 1836 حيث تم اعتماد المناقصة العامة كطريق أصيل لإسناد تعاقدات الأشخاص العامة⁽¹⁾. ولقد كانت المناقصة العامة هي الأسلوب الأساسي الوحيد لإبرام العقود الإدارية في فرنسا، وتخضع لمبدأ الإسناد التلقائي على السعر الأقل دون النظر إلى الطبيعة الفنية لموضوع التعاقد⁽²⁾، الأمر الذي دفع الفقه الفرنسي إلى اعتماد هذا المبدأ في تعريفهم للمناقصة⁽³⁾، بل إن مبدأ الإسناد التلقائي دفع المشرع الفرنسي لإلغاء المناقصة من أساليب التعاقد الإداري نهائياً . في فلسطين فالمناقصة العامة ما زالت هي الوسيلة الأصلية الوحيدة في ظل القانون القائم، مخالفاً بذلك القانون الفرنسي والمصري⁽⁴⁾ بهذا الخصوص، و أطلق عليها المشرع الفلسطيني في قانون اللوازم العامة مصطلح العطاءات.

-
- (1) G. Jèze , Les Principes généraux du droit administratif, T4, Paris, 1936, p.67.
- L. Aucoc, Conférence l'administration et le droit administrative, T2, Paris, 1886, p317 et s.
- (2) A. de Laubadère, Traité élémentaire de droit Administratif, op.cit, p. 425.
- (3) عرفها الأستاذ Bonnard " المناقصة هي تصرف مخصص لإبرام عقود الشراء العام، وتقوم أليته على أساس الإرساء على المرشح الذي يقترح السعر الأكثر تخفيضاً، وذلك في سبيل أن تبرم الإدارة العقد مع هذا المتنافس، دون اختيار حر منها لهذا الأخير".
R. Bonnard, La passation des marchés publics, R.D.P, 1943, p.154.
أما الأستاذ لوبادير فقد عرفها " إجراء يتميز بحماية المصالح المالية للإدارة، بحيث يحيز لها أن تبرم العقد مع الشخص الذي يتقدم بالشروط السعرية الأكثر ملاءمة، وذلك على أساس قيامه بشكل جوهري على نظام المنافسة والعلانية، مع موازنة الإسناد التلقائي للمناقصة بالسلطة التقديرية الممنوحة للسلطة الإدارية المختصة باعتماد العقد".
- A. de Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, Traité des contrats administratifs, T.1, op.cit, p.591 et s.
- A. de Laubadère, Traité élémentaire de droit Administratif, op.cit, p. 425.
- وعرفها الأستاذان جورج فيدل وبيار دلفوليه بأنها " هو إجراء يقود إلى عقد الصفقة مع الشريك في التعاقد الذي يقدم بعد إجراء عام للمنافسة أدنى الأسعار".
أ.د. جورج فيدل وبيار دلفوليه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، مرجع سابق، ص339
في حين عرفها الأستاذ Guibal " المناقصة هي إجراء قائم على أرضية المنافسة، والإرساء غير المفاوض لعقود الشراء العام، والذي يستند في نفس الوقت على معيار وحيد للاختيار هو السعر Le prix .
M. Guibal, Mémento des marchés publics, Moniteur, Paris, 1998, p. 22.
- وعرفها الأستاذ Bénéoit بأنها " إجراء يشكل أسلوباً لإبرام العقود، والغاية منه إلزام الإدارة بأن تتعاقد مع الشخص الذي قدم أقل سعر ممكن".
- (4) في مصر كانت طريقة المناقصة العامة هي الأصل العام في تعاقدات الإدارة، إلا أن المشرع المصري في القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات جعلها والممارسة العامة هي الأصل العام في إبرام العقد الإداري

ولقد تبنى المشرع الفلسطيني في المادة (24) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام ثلاث صور للمناقصة العامة وهي المناقصة المحلية والمناقصة الدولية والمناقصة على مرحلتين لقد اعتبرها المشرع الأصل العام في إبرام العقد الإداري.

أولاً- المناقصة المحلية:

لم يأخذ النظام القانوني القائم في غزة في قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 ولا في قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999 بأسلوب المناقصة المحلية⁽¹⁾، وهذا نقص يجب تداركه من قبل المشرع الفلسطيني ، بينما أخذ به المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات ولكن ضمن مفهوم مخالف لموقف المشرع الفلسطيني⁽²⁾.

حيث تبنى المشرع الفلسطيني في قانون الشراء العام الصادر بالقرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م هذا الأسلوب من المناقصات على اعتبار أنها إحدى صور المناقصات العامة والتي يعلن عنها ضمن حدود فلسطين بمعنى أن المناقصة المحلية وفق التشريع الفلسطيني مرادف لمصطلح المناقصة الداخلية

فالمناقصة العامة إما داخلية يعلن عنها في الداخل وإما خارجية يعلن عنها في الداخل والخارج⁽³⁾. وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم المناقصة العامة الداخلية لا يعنى حصر المشاركة فيها على المقيمين داخل الدولة، بل يمكن التقدم لها من أشخاص مقيمين في الخارج⁽⁴⁾.

ثانياً- المناقصة على مرحلتين:

أسلوب المناقصة على مرحلتين هو شكل جديد للمناقصات لم يرد أي نص بشأنه في النظام القانوني القائم في فرنسا - مع التحفظ لأسلوب الحوار التنافسي الداخلي⁽¹⁾ - أو مصر، كما

(1) لقد تبنى نظام توريد المواد وتنفيذ الأعمال في الهيئات المحلية الفلسطينية رقم 1 لسنة 1998، أسلوب المناقصة المحلية حيث تنص المادة (33) منه على أنه " إذا تبين للمجلس أن المواد التي يرغب في توريدها، أو الأعمال التي ينوي تنفيذها، يمكن الحصول عليها بذات المواصفات الفنية - محلياً - عندئذٍ يجري طرح عطاء الحصول عليها، أو تنفيذها بطريقة المناقصة المحلية بالظرف المختوم، وفي مثل هذه الحالة يسري على المناقصة المحلية كافة الأحكام التي وردت في هذا النظام، ولا يستثنى من ذلك إلا الإعلان عن المناقصة في الصحف، حيث يُكتفى بإجراء الإعلان في صحيفتين يوميتين وباللغة العربية "

(2) جوهر المناقصة المحلية وفق القانون المصري يتمثل في قصر الاشتراك فيها على الموردين أو المقاولين المشتغلين بنوع النشاط موضوع هذه المناقصة ممن يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم تنفيذ العقد داخل حدودها الجغرافية، ومن ثم فهي نوع من المناقصات المحدودة، حيث ينصب التحديد فيها على نطاق جغرافي معين دون النظر لموضوع التعاقد. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص214.

(3) تنص المادة (2) من القانون رقم 89 لسنة 1998 على أن " تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكلتاهما إما داخلية يعلن عنها في مصر أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج ... "

(4) د. عاطف سعدي محمد، مرجع سابق، ص167 .

لم يتبنّ المشرع الفلسطيني هذا الأسلوب في قانون اللوازم العامة وفي قانون العطاءات للأشغال الحكومية الساريان في غزة، بينما يأخذ به قانون الشراء العام الصادر بالقرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م، ويوجد مثل هذا الإجراء في القانون النموذجي "اليونسترال"، وفي إرشادات البنك الدولي، وقد أخذت النسخة الأخيرة من توجيهات الاتحاد الأوروبي الخاصة بالشراء بهذا الإجراء، ويمكن الاستفادة من هذا النوع من المناقصات حين ترغب الجهة المشترية في أن تتدارس وتناقش مع المناقصين خلال المرحلة الأولى العطاءات التمهيدية التي تحتوي على عدة حلول فنية وتعاقدية لعملية شراء معقدة فنياً وتقنياً، وعند نهاية المرحلة الأولى تصوغ الجهة المشترية المواصفات صياغة نهائية وتباشر إجراءات المناقصة الاعتيادية (العامة) في المرحلة الثانية بين المناقصين الذين اجتازوا إجراءات المرحلة الأولى .

ولقد حددت المادة (23) من قانون الشراء العام الفلسطيني حالات اللجوء للمناقصة على مرحلتين حيث تنصّ على أن: "1. للجهة المشترية اتباع أسلوب المناقصة على مرحلتين إذا تعذر عملياً تحديد المواصفات الفنية والشروط التعاقدية النهائية تحديداً كاملاً ودقيقاً بسبب الطبيعة المعقدة والتخصصية لبعض العقود (كعقود التصميم والتوريد والتركيب أو عقود الأشغال الكبيرة ذات الطبيعة الخاصة أو عقود تكنولوجيا المعلومات والاتصالات المعقدة أو غيرها من العقود المشابهة) وحتى يؤخذ بالاعتبار البدائل أو الخيارات التي يمكن أن يطرحها المناقصون ومناقشتها معهم، ولتجنب أية انحرافات عن المواصفات أثناء تنفيذ العقد. 2. يحدد النظام الإجراءات المتبعة في أسلوب المناقصة على مرحلتين."

ضوابط وإجراءات المناقصة على مرحلتين:

المشرع الفلسطيني حددت في المواد (88،99،100) من نظام قانون الشراء العام ضوابط وإجراءات المناقصة على مرحلتين وهي على النحو التالي:

(1) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في قانون المشتريات العامة رقم 2006/975 أخذ بأسلوب قريب جداً من أسلوب المناقصة على مرحلتين ألا وهو إجراء الحوار التنافسي الداخلي ولقد عرفت المادة (36) من قانون المشتريات العامة الفرنسي المقصود بالحوار التنافسي الداخلي على أنه إجراء بموجبه تستطيع السلطة المتعاقدة من أن تجري حواراً مع المرشحين المقبولين في المشاركة في تحديد أو تطوير واحد أو أكثر من الحلول التي تلبي احتياجاتها على أساس منها أو منه بحيث لا يُدعى إلى تقديم العرض إلا المرشحون المشاركون في الحوار

Art.36: "La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre..."

المرحلة الأولى: تحدد وثائق العطاء الغرض من التعاقد والتنفيذ المتوقع والمواصفات الرئيسية وغيرها من الملامح العريضة، وتدعو وثائق العطاء الموردين أو المقاولين إلى أن يتقدموا بعطاءات أولية تتضمن اقتراحاتهم حول الخصائص الفنية والنوعية لموضوع التعاقد دون بيان سعر العطاء، وبعد التقدم إلى هذه المناقصة وقبول الجهة المشتريّة الاقتراحات بالعطاءات يكون للجهة المشتريّة أن تدخل في مفاوضات مع أي مورد أو مقاول تقدم باقتراحه في المناقصة على مرحلتين ولم يرفض عطاؤه، ومحور هذه المفاوضات حول المواصفات الفنية والتقنية التي قدمها المورد أو المقاول في عطائه، والتي قد ينجم عنها إضافة اشتراطات جديدة أو تجزئة الاقتراحات بالعطاء وقبول بعضه ورفض البعض الآخر، وذلك تمهيداً للدخول في المرحلة الثانية⁽¹⁾، وتهدف هذه الممارسة (المفاوضات) إلى إتاحة الفرصة للجهة المشتريّة لدراسة مختلف الحلول الفنية والتعاقدية الممكنة لحاجاتها للشراء. قبل وضع المواصفات في صيغتها النهائية، لا يطلب تقديم كفالة دخول المناقصة من المناقصين في المرحلة الأولى⁽²⁾.

وبعد انتهاء المرحلة الأولى يمكن للجهة المشتريّة أن تعدل وثائق العطاء (من حيث المواصفات الفنية ومعايير التقييم وشروط العقد) ومن ثم تبدأ المرحلة الثانية.

المرحلة الثانية: في هذه المرحلة تدعو الجهة المشتريّة الموردين أو المقاولين الذين لم ترفض عطاءاتهم إلى تقديم عطاءات نهائية تشمل الأسعار، وهذه المرحلة تسير وفقاً للإجراءات المعمول بها في المناقصة العامة باستثناء توجيه الدعوى، حيث توجه إلى الموردين أو المقاولين الذين تقدموا بعطاءاتهم الأولية وحازت على القبول⁽³⁾

والدخول في هذه المرحلة يعتبر اختيارياً للموردين أو المقاولين الموجه إليهم الدعوة والمتقدمين مسبقاً بعطاءات أولية حازت على القبول، فالمورد أو المقاول لا يلتزم بأي حال أن يستمر في

(1) أ.د جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص176.

(2) المادة (98) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014

(3) تنص المادة (100) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 على أن " 1. بعد انتهاء المرحلة الأولى تقوم الجهة المشتريّة بإعداد وثائق المناقصة الفنية الجديدة المتفق عليها، وتحضير الوثائق النهائية التي تشمل المواصفات الفنية ومعايير التقييم، وشروط العقد بما يحقق أقصى قدر من المنافسة، وعليها تحديد منهجية التقييم المناسبة لتقييم ومقارنة الخيارات التي يطرحها المناقصون. 2. يتم دعوة المناقصين أصحاب العطاءات المستجيبة من المرحلة الأولى إلى تقديم عروضهم الفنية والمالية النهائية وفقاً لمتطلبات وثيقة المناقصة للمرحلة الثانية، ومحاضر التعديلات الفردية الصادرة لكل مناقص. 3. على الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية طلب تقديم كفالة دخول المناقصة أو إقرار ضمان العطاء في هذه المرحلة. 4. تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية في إجراءات المرحلة الثانية من هذه المناقصة باتّباع إجراءات المناقصة العامة الواردة في القرار بقانون وهذا النظام من حيث تقديم وفتح وتقييم العطاءات وإحالة العقد."

إجراءات المرحلة الثانية وذلك تأسيساً على أن المواصفات الواردة في كراسة الشروط النهائية نتجت عن المفاوضة وليست عن اقتراحه بالعطاء⁽¹⁾.

ثالثاً - المناقصة الدولية:

المناقصة العامة إما داخلية يعلن عنها في الداخل وإما خارجية يعلن عنها في الخارج. وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم المناقصة العامة الدولية لا يعنى حصر المشاركة فيها على المقيمين خارج الدولة، بل يمكن التقدم لها من أشخاص مقيمين في الداخل بل إن المشرع الفلسطيني جعل الأولوية للعطاءات المقدمة من الفلسطينيين⁽²⁾.

ولقد حددت مادة (24) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام ضوابط وشروط اللجوء للمناقصة الدولية حيث تنص على أن "1. تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية بإجراء المناقصة الدولية في أي من الحالات الآتية:
أ. في حالات الشراء ذات الطبيعة الخاصة أو المعقدة، ووفقاً لما تحدده الجهة المشتريّة.
ب. عندما لا تتوفر اللوازم والأشغال والخدمات محلياً بأسعار تنافسية وبالجودة المطلوبة.
ج. إذا لم يتمّ التقدم بعطاءات من قبل مناقصين محليين بعد استنفاد كافة أساليب الشراء التي يجيزها القانون.

2. تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية بالإعلان عن المناقصة الدولية باللغتين العربية والإنجليزية في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار لمدة يومين متتاليين وعلى الموقع الإلكتروني أحادي البوابة لنظام الشراء."

الفرع الثاني: المناقصة المحدودة

نظراً لأن طريقة المناقصة بصورتها الكلاسيكية قد لاقت نقداً، فقد صدرت عدة تشريعات أدخلت تطوراً على أسلوب المناقصة ذاته وكان من نتائجه أن أصبح للمناقصة صورتان هما المناقصة المفتوحة والمناقصة المقيدة⁽³⁾، ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن المناقصة المحدودة أو المقيدة هي صورة من صور المناقصات، تعتمد على الإرساء التلقائي على السعر الأقل، ولكن

(1) أ.د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، مرجع سابق، ص 176.

(2) حيث تنص مادة (8) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أن " يمارس المجلس في سبيل تحقيق أهدافه الصلاحيات الآتية: 1. رسم وإعداد السياسات الوطنية الخاصة بالشراء العام ورفعها لمجلس الوزراء لغايات إقرارها، وبما يحقق الأهداف الآتية: أ. إعطاء الأفضلية للمنتج والمقاول والمستشار الفلسطيني المحلي، شريطة مراعاة متطلبات الجودة الفنية. ب. اعتماد نسبة أفضلية لأسعار المنتجين والمقاولين الفلسطينيين في المناقصات الدولية أثناء تقييم العطاءات. ج. اعتماد مبدأ الأولوية لاستخدام العمالة الفلسطينية في مناقصات الأشغال لخلق فرص عمل. .."

(3) A. de Laubadère, Traité élémentaire de droit Administratif, op.cit, p. 425.

المنافسة فيها تكون مقيدة بحيث لا يدخلها إلا المرشحون الذين اختارتهم الإدارة نظراً لكفاءتهم الفنية والمالية في موضوع التعاقد، وذلك لأن محل العقد يكون ذا طبيعة تقنية خاصة⁽¹⁾. وهذا يعتمد على تصنيف الشركة ومقدراتها.

ولقد أخذ بهذا الأسلوب القانون المصري، و لم يأخذ به المشرع الفلسطيني في قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998، ولا في قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999، بينما تبنى قانون الشراء العام الفلسطيني هذا الأسلوب من المناقصات ولكن ضمن حالات تختلف عما كان سائداً في قوانين الشراء العام في فرنسا ومصر حيث كانت الطبيعة التقنية لموضوع العقد هي الدافع لاتباع المناقصة المحدودة، بينما استخدم المشرع الفلسطيني هذا الأسلوب في حالات الظرف الاستثنائية وقلة المرشحين المحتملين للتعاقد، حيث تنص مادة (25) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أن "1 للجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية إجراء المناقصة المحدودة في أي من الحالات الآتية:

أ. إذا كانت اللوازم أو الأشغال أو الخدمات المطلوبة متوفرة لدى عدد محدود لا يزيد عن عشرة مناقصين، وانتفت الجدوى من الإعلان في الصحف، على أن تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية بإعداد قائمة بأسماء المناقصين.

ب. إذا وجد ظرف استثنائي يبرر عدم استخدام إجراءات المناقصة العامة.

2. تطبق إجراءات المناقصة العامة على المناقصة المحدودة، باستثناء الإعلان في الصحف، بحيث توجه الدعوة مباشرة لكافة المناقصين في القائمة المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، بالإضافة للإعلان على الموقع الإلكتروني أحادي البوابة لنظام الشراء.

3. إذا تبين وجود مناقص مؤهل، وأبدى اهتمامه بالمشاركة في القائمة، تفتح له الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية باب المشاركة.

إن مسلك المشرع الفلسطيني في الأخذ بأسلوب الدعوة الشخصية لتقديم العطاءات في المناقصة المحدودة منتقد لمجافاة هذا الأسلوب لمبدأ الشفافية الذي حرص عليه المشرع في القانون الحالي، وللحد من السلطة التقديرية لجهة الإدارة في تحديد المشتغلين بنوع النشاط، مما قد يؤدي ذلك إلى محاباة البعض على حساب البعض الآخر تحت مظلة السلطة التقديرية. ومن جانب آخر كان على المشرع أن يحيط التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة بضمانة مهمة هي ضرورة أن يصدر بسلوك هذا الأسلوب من التعاقدات قرار مسبب من السلطة المختصة باعتبارها استثناء من أصل

⁽¹⁾ R. Bonnard, Précis de droit administratif, 4e éd, P.609.

عام، حيث يتعين على السلطة المختصة قبل إصدارها لهذا القرار التأكد من توافر مبررات اللجوء للمناقصة المحدودة .

ولقد أحسن المشرع الفلسطيني عندما أوجب تدوير فرصة المشاركة في إجراءات عملية الشراء بإنصاف بين جميع المناقصين المدرجة أسمائهم في قائمة الموردين والمقاولين المحتملين⁽¹⁾

المطلب الثاني

طلب العروض

تأخذ العديد من الدول بأسلوب طلب العروض - استدراج عروض الأسعار - كأحد أساليب التعاقد الإداري فيأخذ به القانون الفرنسي والفلسطيني والمغربي والأردني واللبناني والقانون النموذجي "اليونسترال" مع اختلاف جوهري بين هذه القوانين حول صوره وإجراءاته وأنه طريق أصلي أم استثنائي من طرق التعاقد، ولا نجد نظيراً لهذا الأسلوب في النظام القانوني القائم في مصر أو النظم السابقة عليه بشأن المناقصات والمزايدات.

أولاً- تعريف طلب العروض:

عرّف المشرع الفرنسي في المادة (33) من قانون المشتريات العامة رقم 975-2006 طلب العروض بأنه إجراء يتم بموجبه للسلطة المتعاقدة اختيار الفائز ودون تفاوض، وعلى أساس معايير موضوعية مسبقة وضعت لجلب انتباه المرشحين⁽²⁾.

عرف بعض الفقه طلب العروض بأنه "أسلوب من أساليب إبرام العقود الإدارية، يستند على المنافسة والعلانية، ويعطي للإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية، لأن الإرساء فيها يتم بناءً على عدد من المعايير لا يخضع لحصر، على خلاف أسلوب المناقصة الذي يخضع إلى معيار السعر فقط"⁽³⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة (97) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 على أنه "1. بناءً على المادة (25) من القرار بقانون فإن كل الإجراءات التي تنطبق على المناقصة العامة تنطبق أيضاً على المناقصة المحدودة باستثناء الإعلان الذي يتم فقط على الموقع الإلكتروني أحادي البوابة لنظام الشراء، ويتم استدراج العطاءات مباشرة من القائمة المحدودة بأسماء الموردين والمقاولين. 2. حين تلجأ الجهة المشتريّة إلى استخدام قائمة المناقصين لغرض تحديد المناقصين الذين سيتم توجيه الدعوة إليهم للمشاركة في المناقصة في الطرف الاستثنائي الذي يبرر عدم استخدام إجراءات المناقصة العامة، فإنه لا يجوز لها استخدام أية قوائم غير تلك الواردة في المادة (85) من هذا النظام. ويجب تدوير فرصة المشاركة في إجراءات عملية الشراء بإنصاف بين جميع المناقصين المدرجة أسمائهم في القائمة."

⁽²⁾ Art. 33: " L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats."

⁽³⁾ M. Guibal, Mémento des marchés publics , op.cit, p.32.

- R. Chapus, Droit administratif général, T1, 9e éd, op.cit, p.1051.

وهذا التعريف محل نظر - في تقديرنا - فإنه وإن كان يصلح لتعريف طلب العروض في القانون الفرنسي والمغربي على أساس أن تقنية طلب العروض تقنية أصلية تخضع لعدد من المعايير التي لا حصر لها⁽¹⁾ إلا أنه لا يمكن التسليم بهذا التعريف ضمن النظام القانوني القائم في فلسطين أو المملكة الأردنية الهاشمية أو في القانون النموذجي "اليونسترال"، ومرد ذلك أن تقنية طلب العروض في هذه القوانين هي تقنية استثنائية وتخضع لمعايير محدودة وفي حالات وردت على سبيل الحصر، وبالنسبة لمشتريات ذات قيمة مالية معينة⁽²⁾، مما يعني انحصار السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة ضمن نطاق هذه المعايير فقط وذلك على خلاف ما هو مستقر في القانون الفرنسي الحالي للمشتريات العامة⁽³⁾.

وبناءً على ما سبق يمكن تعريف طلب العروض بأنه : أسلوب من أساليب إبرام العقود الإدارية يعطي للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها دون الالتزام بمبدأ آلية إرساء العطاء المعروف في المناقصة العامة مع مراعاة اعتبارات الصالح العام واحترام القواعد التي أعلنت عنها الإدارة لتنظيم عملية التعاقد.

-
- A. de Laubadère, J. Cl. Venezia, Y. Gaudemet, Manuel de droit administratif, L. G. D. J, Paris, 15e éd, 1995, p.246.
 - X. Philippe, Droit administratif général, 2e éd, Paris, 1996 , p.168.
 - Forge, op.cit, p.79.
 - J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, 19e éd, op.cit, p.107.

وفي عبارات قريبة من التعريف السابق عرفها الأستاذان جورج فودال وبيار دلفوليه بأنها " إجراء أكثر مرونة من إجراءات المناقصة وهو يتضمن كالمناقصة دعوة عامة للمنافسة إلا أن استدراج العروض بخلاف المناقصة لا يتم إرساء الصفقة من خلاله على المتعهد أو المورد الذي قدم أدنى الأسعار، فالإدارة قد تأخذ في الحسبان عند اختيارها للمتعاقد معها عوامل أخرى مثل الضمانات المهنية والمالية للمرشحين والقيمة الفنية لمحل العقد، مهلة التنفيذ...الخ". د. جورج فودال وبيار دلفوليه، القانون الإداري، مرجع سابق، ص340.

(1) انظر المواد (52، 53، 57، 59، 60، 61، 62، 63، 64) من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم 2006/975، وانظر المرسوم رقم 2-98/482 الصادر في 30 ديسمبر سنة 1998 في شأن تحديد شروط وأشكال إبرام عقود الدولة وكيفية مراقبتها في المملكة المغربية.

(2) المادة (12/أ) من قانون اللوازم العامة الفلسطيني رقم 9 لسنة 1998 والمادة (4) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية في فلسطين رقم 6 لسنة 1999 والمادة (15/أ) من نظام رقم 32 لسنة 1993 بشأن كيفية اتباع اللوازم العامة في المملكة الأردنية الهاشمية والمواد (18، 50) من القانون النموذجي "اليونسترال".

(3) ينص البند الأول من المادة (53) من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم 2006/975 على العديد من المعايير التي يحدد بناءً عليها العرض الفائز فهي غير تمييزية وتتعلق بالجودة والسعر والجدارة الفنية والجمالية والوظيفية وأدائها المميز في مجال حماية البيئة، وتعزيز فرص العمل للسكان الذين يواجهون صعوبات، والتكلفة الاجمالية لموضوع العقد، ومقدار أرباح المتعاقد، ونوع الخدمة المقدمة وحدثة الابتكار، والمساعدات التقنية المقدمة مع العرض في فترة ما بعد إبرام العقد وتنفيذه، وتاريخ التسليم، ووقت التسليم والتنفيذ، كما نصت المادة المشار إليها على إمكانية توافر معايير أخرى إذا كان لها ما يبررها في التعاقد

أخذ القانون الفلسطيني بأسلوب الدعوة للتقدم بعروض الأسعار وهو يعتبر أسلوباً بسيطاً وأقل رسمية وشكلية من أسلوب المناقصة، وذلك في حالات محددة وبخاصة عند الحاجة لمشتريات ذات قيمة منخفضة. ويوفر هذا الأسلوب عملاً روتينياً قليل التكلفة بالمقارنة بالإجراءات والشكليات المتبعة في المناقصات بصورة عامة. وسوف نقوم بتحديد حالاته ومضمونه في القانون الفلسطيني وذلك على النحو التالي:

أولاً- استدراج العروض في قانون اللوازم العامة:

المشرع الفلسطيني الذي تبني أسلوب طلب العروض في المادة (12/أ) من قانون اللوازم العامة، لم يتبن هذه التقنية الإجرائية على أساس أنها تقنية رئيسة شأنها في ذلك شأن المناقصة العامة بل استبان من منطوق المادة (12) المشار إليها آنفاً أن المناقصة هي التقنية الأساسية لإبرام عقود الشراء العام ولقد حدد المشرع في المادة ذاتها حالات اللجوء إلى طلب العروض وهي على النحو التالي⁽¹⁾:

- 1- إذا كانت قيمة اللوازم المراد شراؤها لا تزيد على خمسة آلاف دولار أمريكي أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.
 - 2- إذا لم يتقدم للطاء المطروح عدد كاف أو مناسب من العروض واقتنعت الجهة التي طرحت العطاء أن الضرورة تقضي بشراء اللوازم عن طريق استدراج عروض.
- ويتضح من المادة (12/أ) المذكورة أن الإدارة لا يمكنها أن تلجأ إلى أسلوب طلب العروض خارج هذه الحالات وإلا اعتبر ذلك إجراءً ملطخاً لمشروعية إبرام العقد.
- لا يحق للجهة الإدارية الراغبة في الشراء تجاوز القيمة التقديرية للمشتريات مبلغ خمسة آلاف دولار وعدم تجزئة العطاءات بهدف التحايل على القانون للوصول إلى هذه القيمة وإلا وصم التعاقد بأنه غير مشروع، إلا أنه يجوز استخدام تقنية استدراج طلب العروض مهما بلغت القيمة المالية للوازم موضوع التعاقد، وذلك في حالة طرح عطاء لم تقدم فيه عروض أو لم يمكن التعاقد مع أي من العروض المقدمة بشأنه وذلك في حال إخفاق إجراءات المناقصة، ويلزم ضرورة أن تقتنع الجهة التي طرحت العطاء بأن الضرورة تقضي بشراء اللوازم عن طريق تقنية استدراج عروض، وهذه الجهة قد تكون الوزير المختص في حال أن العطاء الذي أخفق في حدود مالية لا تزيد على

(1) تنص المادة (12) من قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 على أنه " وفقاً لأحكام هذا القانون تتم عمليات شراء اللوازم بطرح عطاء على أنه يجوز شراء اللوازم بإحدى الطريقتين التاليتين: أ- استدراج عروض وذلك في أي من الحالات التالية،.....".

خمسة عشر ألف دولار أمريكي، أما في حال ما إذا زادت قيمة العطاء على خمسة عشر ألف دولار أمريكي فإن جهة طرح العطاء هي لجنة العطاءات المركزية⁽¹⁾.

ولم يحدد قانون اللوازم العامة ولا التعليمات الخاصة به كيفية الإعلان عن طلب العروض في هذه الحالة وكيفية تصدير العطاءات وهل من الضروري أن ترد داخل مظاريف مغلقة أم لا ؟ وهل يلزم إرفاق الضمانات المالية لهذه العروض ؟ وهذا نقص حيزاً لو تم تفاديه، ولقد قمنا بمتابعة العديد من التعاقدات التي قامت بها لجنة العطاءات المركزية وذلك باتباع أسلوب استدراج العروض، واتضح لنا ما يلي:

1- الأصل في هذه التقنية أن يتم الإعلان عنها من وقائع الكشف المعدة داخل الوحدة الإدارية وذلك بأن يتم توجيه الدعوة إلى عدد من الموردين لا يقل عن ثلاثة ممن يشتغلون باللوازم موضوع التعاقد.

2- لا يلزم تقديم تأمين ابتدائي إلا إذا نصت دعوة التقدم بالعروض على خلاف ذلك إلا أنه يلزم تقديم تأمين حسن التنفيذ وجميع الضمانات التي تكفل تنفيذ موضوع التعاقد.

ثانياً - استدراج العروض في قانون الشراء العام:

تنص مادة (26) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام الساري في الضفة الغربية على أن "1. للجهة المشتري اتباع أسلوب استدراج عروض الأسعار لشراء اللوازم أو الأشغال أو الخدمات وفقاً للأسقف والشروط والمعايير المحددة في النظام.

2. تقوم الجهة المشتري باستدراج ما لا يقل عن ثلاثة عروض أسعار من المناقصين المؤهلين من خلال توجيه دعوة خطية لهم، على أن تتضمن الدعوة الآتي:

أ. اسم الجهة المشتري وعنوانها. ب. وصف وكمية السلع أو الخدمات أو الأشغال المراد توريدها. ج. مكان التسليم أو موقع العمل في حالة الأشغال. د. المواصفات الفنية. هـ. مدة سريان العرض. و. طريقة تقديم العروض والمكان والموعّد النهائي للتقديم. ز. أية أمور أخرى ينص عليها النظام.

3. في حال تعذر الحصول على ثلاثة عروض أسعار، للجهة المشتري فتح العرض أو العرضين إذا لم يكن هناك جدوى من إعادة الدعوة إلى الاستدراج.

4. يقبل العرض الأقل سعراً المطابق للمواصفات ولشروط استدراج العروض، إذا كان السعر مناسباً.

5. يحدد النظام الإجراءات المتبعة في استدراج عروض الأسعار."

⁽¹⁾ راجع نص المادة (13) من قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998

ولقد حدد نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 الشروط و الإجراءات المتبعة في استدراج عروض الأسعار للوازم والخدمات والأشغال العامة حيث تنص المادة (101) منه على أنه :

1. تفرض الجهة المشتريّة رقابة صارمة على استخدام استدراج عروض الأسعار لضمان تكافؤ الفرص.
 2. يخضع استخدام أسلوب استدراج عروض الأسعار للأسقف المالية الواردة في الملحق (أ) من هذا النظام.
 3. يجب أن يوافق المسؤول المختص خطياً على قرار استخدام استدراج عروض الأسعار .
 4. عند القيام باستدراج عروض الأسعار في الشراء العام يجب مراعاة الأمور الآتية:
أ. لا يجوز للجهة المشتريّة استخدام استدراج عروض الأسعار فقط كوسيلة لتجاوز أسلوب المناقصة العامة عن طريق تجزئة عمليات الشراء المحتملة إلى عمليات أصغر، للسماح باستخدام هذا الأسلوب.
ب. مع مراعاة أحكام المادة (102) من هذا النظام، لا يتطلب استدراج عروض الأسعار استعمال وثائق المناقصة القياسية أو جميع إجراءات المناقصة.⁽¹⁾
- لقد حدد الملحق (أ) بنظام الشراء العام الصادر عن مجلس الوزراء الأسقف المالية لإجراء عملية استدراج عروض الأسعار إذا كانت القيمة التقديرية لموضوع الشراء بما لا تتجاوز (\$20000) بالنسبة للوازم العامة، وبما لا تتجاوز (\$50000) بالنسبة للأشغال العامة وبما لا تتجاوز (\$10000) بالنسبة للخدمات غير الاستشارية .
- ونحن من جانبنا ننقد موقف المشرع الفلسطيني سواء في قانون الشراء العام أم في النظام الخاص به وذلك للأسباب التالية :
- 1- استخدام أسلوب الدعوات الشخصية وليس الإعلان في الصحف، وعدم إلزامية الإعلان في الموقع الإلكتروني أحادي البوابة لنظام الشراء.⁽²⁾

⁽¹⁾ تنص المادة (102) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 على أنه "1. بالإضافة إلى ما ورد في المادة (26) من القرار بقانون، يجب أن تتضمن وثائق استدراج العروض الآتي: أ. شروط الدفع وشروط العقد الأساسية الأخرى. ب. المتطلبات الخاصة برخصة المهن والسجل التجاري. ج. معايير التقييم. د. المتطلبات الخاصة بشهادة تصنيف المقاولين. 2. على الجهة المشتريّة استخدام وثيقة استدراج عروض الأسعار النموذجية التي يصدرها المجلس. 3. لا يطلب تقديم كفالة دخول المناقصة عندما يستخدم أسلوب استدراج العروض."

⁽²⁾ تنص المادة (103) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 على أنه "1. تدعو الجهة المشتريّة الموردين أو المقاولين خطياً عن طريق البريد، الفاكس أو البريد الإلكتروني تقديم عروض الاسعار، وتوضح الدعوة التاريخ الذي يجب أن تقدم به العروض. 2. لا يحتاج استدراج

- 2- عدم استخدام الوسائل الإلكترونية في تسليم العروض من قبل المناقص للجهة المشتريّة⁽¹⁾
- 3- أعطت الفقرة (3) من المادة 26 من قانون الشراء الحق للجهة المشتريّة في حال تعذر الحصول على ثلاثة عروض أسعار، فتح العرض أو العرضين إذا لم يكن هناك جدوى من إعادة الدعوة إلى الاستدراج، ونحن نهيب بالمشروع العدول عن موقفه بأن يستبدل أسلوب استدراج العروض في مثل هذه الحالة بأسلوب الشراء المباشر على اعتبار أن الشراء المباشر يقوم على التفاوض وهو الأمر غير المسموح به في استدراج عروض الاسعار⁽²⁾

المطلب الثالث

الاتفاق المباشر

الاتفاق المباشر هو تعاقد جهة الإدارة بصورة مباشرة مع المتعاقد الذي وقع اختيارها عليه، ودونما مناقصة أو مزاييدة أو ممارسة، فالأمر المباشر أو الاتفاق المباشر تسلك فيه جهة الإدارة سبيل التعاقد مباشرة متحللة من الضوابط والأحكام والقواعد لطريق المناقصة بصورها الثلاث العامة والمحدودة والمحلية وطريق الممارسة لما تخضع له من قيود⁽³⁾.

ويتبين من التعريف السابق أن الاتفاق المباشر تتحلل فيه جهة الإدارة من اتخاذ الإجراءات التي رسمها المشرع لها لاختيار من تتعاقد معه، ومن ثم فلا يرخص به القانون إلا على سبيل الاستثناء وفي حالات معينة وبالتعاقد مباشرة مع من ترغب من الموردين أو المقاولين دون التقيد

عروض الأسعار إلى الإعلان عنه في الصحف، ولكن من الممكن الإعلان عنه في الموقع الإلكتروني أحادي البوابة لنظام الشراء. 3. لا تتقاضى الجهة المشتريّة أية رسوم على وثيقة استدراج عروض الأسعار. 4. يجب أن تكون الفترة بين الدعوة لاستدراج العروض واستلام العروض من (7-14 يوماً). 5. من أجل تقليل مخاطر عدم الحصول على عدد كافٍ من العروض المستجيبة، تطلب الجهة المشتريّة من جميع المدعوين التأكيد على ما إذا كانوا سيقدمون عروض الأسعار، وذلك من أجل دعوة آخرين ليحلوا محل أولئك الذين لن يقدموا عرضاً. 6. يسمح لكل من تدعوه الجهة المشتريّة إلى استدراج العروض بتقديم عرض واحد فقط، ولا يخضع هذا العرض للمفاوضات.

⁽¹⁾ تنص المادة (104) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 على أنه "1. يجب أن تكون عروض الأسعار المقدمة خطية وموقعة حسب الأصول وفي مطاريّف مختومة ومغلقة. 2. ترسل العروض إلى العنوان الذي تحدده الجهة المشتريّة قبل الموعد النهائي المحدد في دعوة الاستدراج وتوضع في الصندوق المعد لذلك..."

⁽²⁾ تنص المادة (103) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 على أنه "1. 6. يسمح لكل من تدعوه الجهة المشتريّة إلى استدراج العروض بتقديم عرض واحد فقط، ولا يخضع هذا العرض للمفاوضات."

⁽³⁾ تعريف للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع للاتفاق المباشر رقم 146 بتاريخ 1998/2/15 - ملف رقم 344/1/54، المجموعة من يناير 1998 حتى مارس 1998، الجزء الثاني، ص 21 وفي ذات المعنى إفتاء إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والري - ملف رقم 385/2/3، بتاريخ 2005/5/19 - لم ينشر بعد. ولقد عرف بعض الفقه الاتفاق المباشر بأنه " تقنية استثنائية لتبادل الإيجاب والقبول في العقد الإداري، تقوم على التفاوض، شأنها في ذلك شأن الممارسة بخلاف أن الاتفاق المباشر لا يتم من خلال العلانية والمنافسة ". د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 593.

بإجراءات المناقصات والممارسات بأنواعها، وتتمتع الإدارة في هذا الأسلوب من أساليب التعاقد بحرية كاملة في اختيار المتعاقد معها⁽¹⁾. حيث قررت إدارة الفتوى والتشريع لوزارة المواصلات أن "التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر يتميز بحرية الإدارة التامة في التعاقد، فالإدارة فيه تساهم وتختار من تتعاقد معه بنفس الحرية التي يتمتع بها الأفراد في نطاق القانون الخاص"⁽²⁾.

أولاً- حالات الشراء المباشر وفق قانون اللوازم العامة:

أخذ المشرع الفلسطيني بأسلوب الشراء المباشر وذلك في حدود وحالات معينة وفي ظل الظروف الاستثنائية وحالات الطوارئ، ولقد توسع القانون الفلسطيني في إمكانية اللجوء إلى طريقة الشراء المباشر بالمقارنة بالإطار القانوني القائم حالياً في مصر.

أجاز قانون اللوازم العامة إمكان اللجوء إلى الشراء المباشر وذلك في الحالات الواردة في المادة (12/ب) منه والتي تنص على أن يكون " الشراء المباشر للوازم بالتفاوض مع بائعين أو منتجين أو موردين في أي من الحالات التالية:

- 1- إذا كانت اللوازم مطلوبة لمواجهة حالة عامة طارئة لا تسمح بالقيام بإجراءات طرح عطاء أو استدراج عروض، وذلك بناءً على طلب من الوزير المختص وموافقة مجلس الوزراء.
- 2- إذا كانت اللوازم المراد شراؤها قطعاً تبديلية أو أجزاء مكملة لا تتوافر لدى أكثر من مصدر واحد بناءً على تقرير فني من ذوي الاختصاص والخبرة.
- 3- شراء مواد علمية كالأفلام والمخطوطات وما يماثلها.
- 4- إذا طرح عطاء أو تم استدراج عروض ولم يكن بالمستطاع الحصول من خلال أي منها على عروض مناسبة أو لم تكن الأسعار معقولة أو عند عدم الحصول على كامل الكمية من اللوازم المراد شراؤها"⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفلسطيني لم يكن موفقاً في تحديد حالات الشراء وإجراءاته المباشرة، وقد غاب عن ذهنه أن الاتفاق المباشر هو أسلوب استثنائي من أساليب التعاقد الإداري وهو بحسب الأصل أمر غير مرغوب فيه.

(1) د. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، بدون دار النشر، 2001، ص 227 وأد جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 214.

(2) فتوى اللجنة الثالثة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري، جلسة 13 نوفمبر 1961، إدارة الفتوى والتشريع لوزارة المواصلات، فتوى رقم 2066 بتاريخ 16 نوفمبر 1961، مجموعة مبادئ الجمعية منذ نشأتها عام 1946 وحتى عام 2005، المبدأ رقم 346، ص 1154.

(3) وتنص المادة (92) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة على أنه " إذا كانت اللوازم المراد شراؤها لا تتوافر إلا لدى مصدر واحد، يجب أن يعزز طلب الشراء بتقرير فني يؤكد ذلك، وأن ترفق الدائرة التقرير الفني بكتاب رسمي".

ثانياً - حالات الشراء المباشر وفق قانون الشراء العام:

- تنص المادة (28) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام الساري في الضفة الغربية على أن "1. مع مراعاة الضوابط المحددة في النظام للجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزيّة اتباع أسلوب الشراء المباشر في أي من الحالات الآتية:
- أ. إذا لم تتوافر اللوازم أو الأشغال أو الخدمات المطلوبة إلا لدى مناقص واحد، وبشرط أن لا تكون المواصفات التي تضعها الجهة المشتريّة موجهة لتطبيق على ذلك المناقص.
- ب. إذا كانت المشتريات المطلوبة قطعاً تبديلية أو أجزاءً أو خدمات مكملة أو توسعاً في الأشغال لا تتوافر إلا لدى المورد أو المقاول الأصلي.
- ج. إذا وجدت الجهة المشتريّة بعد أن قامت بشراء بعض السلع أو المعدات أو التكنولوجيا أو الخدمات من أحد الموردين أن هناك بعض اللوازم أو الخدمات يجب شراؤها من ذلك المورد لأسباب تتعلق بالتوحيد القياسي أو التوافق مع الموجود من السلع أو الخدمات، مع مراعاة محدوديّة عملية الشراء المقترحة مقارنة بعملية الشراء الأصليّة، ومعقوليّة السعر وعدم ملائمة البدائل.
- د. في حالات الضرورة القصوى أو الكوارث الطبيعيّة.
- هـ. إذا كانت الكلفة التقديرية للوازم أو الأشغال أو الخدمات صغيرة جداً وفقاً لما يحدده النظام.
- و. في حالة شراء المواد العلميّة أو الثقافيّة كالأفلام والمخطوطات وما يماثلها.
2. تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزيّة بإرسال كتاب خطي يتضمن وصفاً باحتياجاتها، وأية شروط خاصّة تتعلق بالنوعية والكميّة والتكلفة وموعد التسليم وشروطه، وتقوم بالتفاوض مع المناقص للحصول على السعر الأفضل.
3. يتم الشراء بموجب عقد مكتوب أو من خلال أمر شراء خطي.
4. يفحص المجلس مبرر الشراء المباشر مع مراعاة مصلحة الجهة المشتريّة، وضمان مسؤوليّتها في تحقيق الاقتصاد والكفاءة وإتاحة الفرص المتساوية لكل المناقصين المؤهلين."
- ويتضح من هذه

ضوابط وإجراءات الشراء المباشر

- حددت المادة (105) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م ضوابط الشراء المباشر⁽¹⁾، كما حددت المادة (106) من ذات النظام إجراءات الشراء المباشر⁽¹⁾

⁽¹⁾ تنص المادة (105) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م على أنه "1. لا يجوز للجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزيّة استخدام أسلوب الشراء المباشر إلا في الحالات التي وردت في المادة (28) من القرار بقانون. 2. لا يمكن تبرير الشراء

لقد حدد الملحق (أ) بنظام الشراء العام الصادر عن مجلس الوزراء الأسقف المالية لإجراء عملية الشراء المباشر بما لا تتجاوز خمسة آلاف دولار أمريكي. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفلسطيني كان موفقاً في تحديد حالات الشراء المباشر وإجراءاته وكان حاضراً في ذهنه أن الاتفاق المباشر هو أسلوب استثنائي من أساليب التعاقد الإداري وهو بحسب الأصل أمر غير مرغوب فيه، وبخاصة أنه أجاز هذا الأسلوب عند الحاجة لمشتريات ذات قيمة منخفضة إلا أنه أغفل الشراء المباشر في حالات الضرورة القصوى أو الكوارث الطبيعية، فتقييد عملية الشراء في حدود هذا المبلغ غالباً لا يلبي المصلحة العامة في حالات الضرورة القصوى أو الكوارث الطبيعية. لذلك نهيب بالمشرع استثناء القيد المالي في مثل هذه الحالات على أن يصدر قرار مسبب من مجلس الوزراء بذلك في كل عملية شراء على حدة.

المباشر دون منافسة بدعوى أنه لا يوجد سوى مناقص واحد يتمتع بالقدرة أو بالحق الحصري في تصنيع أو إنتاج اللوازم أو تنفيذ الأشغال أو الخدمات، إن كانت هناك لوازم أو أشغال أو خدمات تعادلها من الناحية الوظيفية وتفي باحتياجات الجهة المشتريّة. 3. في حالة الشراء المباشر بسبب الضرورة القصوى أو الكوارث الطبيعية المشار إليها في المادة (28/د) من القرار بقانون تعمل الجهة المشتريّة على قصر عملية الشراء على الكمية والمدة الزمنية اللازمة للتعامل مع الظروف الطارئة فحسب. 4. عند اللجوء إلى الشراء المباشر يتعين على الجهة المشتريّة أن تقوم بتحضير سعر تقديري دقيق لعملية الشراء طبقاً للمادة (61) من هذا النظام لتتأكد من أن السعر الذي سيدفع هو سعر معقول ومنصف. 5. عند القيام بالتفاوض تعد الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية خطة تفاوضية تحدد فيها القضايا التي تود التفاوض بشأنها كما تحدد أهدافها ومدى النتائج المقبولة لديها. 1) تنص المادة (106) من نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 على أنه " 1. تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية بدعوة المناقص الوحيد من خلال كتاب خطي لتقديم عطاءه، وتتضمن الدعوة وصفاً باحتياجاتها، وأية شروط خاصة بالمواصفات والكمية والتكلفة، وموعد التسليم وشروطه، وسائر شروط العقد الأخرى. 2. لا يطلب من المناقص تقديم كفالة دخول مناقصة في حالة الشراء المباشر. 3. يقدم المناقص عطاءه بناءً على الشروط الواردة في الدعوة، ويقوم بتسليم العطاء في المكان والوقت المحددين في الدعوة. 4. تقوم لجنة الشراء في الجهة المشتريّة أو لجنة العطاءات في دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية بإحالة العطاء المقدم بعد فتحه إلى لجنة تقييم يتم تشكيلها من قبل المسؤول المختص أو الوزير المختص. 5. تقوم لجنة التقييم بالدراسة والتحليل الفني والمالي للعطاء المقدم والتأكد من: أ. أن المناقص يتمتع بالمؤهلات المطلوبة لتنفيذ عقد الشراء. ب. أن نوعية العرض المقدم وجوانبه الفنية تفي بشروط الجهة المشتريّة. ج. أن السعر الذي سيدفع للمناقص هو سعر معقول ومنصف. 6. للجنة التقييم وبعد الموافقة الخطية من المسؤول المختص أو الوزير المختص مفاوضة المناقص بناءً على الخطة التفاوضية التي أعدتها الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية. 7. تقدم لجنة التقييم تقريراً يتضمن توصياتها للجنة الشراء أو للجنة العطاءات المختصة لاتخاذ قرار الإحالة، الذي يخضع لمصادقة المسؤول المختص أو الوزير المختص. 8. يطلب من المناقص تقديم كفالة حسن التنفيذ إن كانت مطلوبة. 9. يوقع العقد من قبل المسؤول المختص. 10. على الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية أن توثق عملية الشراء المباشر، وأن يشتمل ملف عملية الشراء على تقرير يوضح الأسباب الموجبة للجوء إلى أسلوب الشراء المباشر، وتوثيقاً خطياً للمفاوضات مع المناقص."

المطلب الرابع

إبرام العقد الإداري بأسلوب المزيدة الإلكترونية

أخذ المشرع الفرنسي بأسلوب المزيدة الإلكترونية العكسية كأسلوب جديد من أساليب إبرام العقد الإداري لم تأخذ به النظم القانونية القائمة في كل من فلسطين ومصر، ولقد ظهر هذا النوع من المزادات الإلكترونية لأول مرة في هولندا، حيث يتقدم الراغبون في التعاقد بعطاءاتهم في مظاريف مغلقة وبطريقة سرية إلى السلطة المتعاقدة، ويقوم محافظ البيع بالمزاد العلني بالإعلان عن بدء المزاد عن طريق الإنترنت، ثم يبدأ التنافس بينهم حتى التوصل إلى الثمن الأقل ورسو المزاد عليه وإبرام العقد⁽¹⁾.

ونصت المادة 12 من التوجيه الأوروبي رقم 2004/18 على استخدام هذا الأسلوب وحددت المواد 14، 15 منه إجراءات إبرام عقود التوريد والخدمات والأشغال⁽²⁾، ولقد تبنى التوجيه الأوروبي هذا الأسلوب في صور أخرى من العقود مثل عقود المياه والنقل والطاقة⁽³⁾.

وعلى خلاف الوضع في أوروبا فإن المزيدة الإلكترونية وفق قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم 975-2006 قصرت هذا الأسلوب على عقود التوريد فقط، واعتبرته أسلوباً أصيلاً وفق حدود مالية تتجاوز الحدود المالية المطبقة على أساليب التعاقد الأخرى، ويظهر ذلك جلياً من نص المادة (54) من قانون المشتريات العامة الحالي، حيث نصت في الفقرة الثانية منها⁽⁴⁾، على جواز اللجوء إلى أسلوب المزاد الإلكتروني بخصوص عقود التوريد التي تتجاوز قيمتها الحدود المنصوص عليها في البند (2) من المادة (26)⁽⁵⁾، كما لا يجوز لها اللجوء إلى المزاد الإلكتروني بطريقة

(1) رحيمة الصغير ساعد نمديلي، مرجع سابق، ص 115.

(2) Article 14 du directive 2004/18 “ A cet effet, il convient de prévoir que ces enchères électroniques, ne portent que sur des marchés des travaux, fournitures et services pour lesquels les spécifications peuvent être établies de manière précise”.

(3) التوجيه الأوروبي رقم 2004/17 الخاص بإجراءات عقود المياه والنقل والطاقة.

(4) Art. 54: “II. - Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à l'enchère électronique que pour les marchés de fournitures d'un montant supérieur aux seuils fixés au II de l'article 26.

Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à l'enchère électronique de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché.”.

(5) تنص الفقرة الثالثة من المادة (26) من قانون المشتريات العامة على حدود مالية تنطبق على أساليب التعاقد الأخرى – باستثناء الاتفاق المباشر – مثل طلب العروض المفتوح والمقيد والممارسة – التفاوض القائم على العلانية والحوارات التنافسية، والمسابقات، ونظم الشراء الديناميكية وعليه يستخدم أسلوب المزيدة الإلكترونية في حال زادت قيمة العقود المزمع إبرامها على تلك الحدود وهي على النحو التالي بالنسبة لمشتريات الدولة من اللوازم والخدمات 125 ألف يورو وللسلطات المحلية 193 ألف يورو وللوزم

تعسفية أو على النحو الذي يحول دون التنافس أو يقيد أو يزيّف أو بطريقة تغيير أو تعديل من موضوع العقد.

تعريف المزايدة الإلكترونية:

عرفت الفقرة الأولى من المادة 54 من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم 975-2006 المزايدة الإلكترونية بأنه إجراء لاختيار العروض يتم بالطريق الإلكتروني ويسمح للمرشحين - مقدمي العروض - بإعادة النظر في الأسعار المقدمة منهم نحو الانخفاض وتعديل قيمة بعض العناصر لعرضهم والقابلة للتقدير⁽¹⁾.

وعليه، ينصب المزايدة الإلكترونية على الثمن، وعلى المعايير الأخرى القابلة للتقدير، أو على الثمن والمعايير الأخرى القابلة للتقدير في وقت واحد - في آنٍ معاً - ويتم المزايدة الإلكترونية عقب التقييم الأولي الكامل للعطاءات بما يسمح بإمكانية تصنيفها على أساس المعالجة الإلكترونية⁽²⁾.

لقد حددت المادة (54) من قانون المشتريات العامة رقم 975-2006 الأحكام المتعلقة بالمزايدة الإلكترونية وهي على النحو التالي.

الخاصة بمجال الدفاع 193 ألف يورو وللحصول على الخدمات والبحث العلمي والتطوير والتي تستحوذ السلطة العامة على ملكيتها الحصرية للنتائج والأموال المتولدة عنها 193 ألف يورو ومشتريات حزب التحرير 4 مليون و 845 ألف يورو

Art. 26 : “ II.-Les marchés et accords-cadres peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions définies par l'article 28, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils suivants :

- 1° 125 000 € HT pour les fournitures et les services de l'Etat ;
- 2° 193 000 € HT pour les fournitures et les services des collectivités territoriales ;
- 3° 193 000 € HT pour les fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense autres que celles figurant dans la liste établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la défense ;
- 4° 193 000 € HT pour les marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement ;
- 5° 4 845 € HT (1) pour les travaux.”.

⁽¹⁾ Art. 54 : “I. - Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre.”.

⁽²⁾ Art. 54 : “III. - L'enchère électronique porte sur le prix, sur d'autres critères quantifiables ou à la fois sur le prix et d'autres critères quantifiables. Elle intervient après une première évaluation complète des offres permettant que leur classement puisse être effectué sur la base d'un traitement automatisé.”.

أولاً- مضمون الإعلان عن المزاد الإلكتروني، حددت الفقرة (4) من المادة (54) مضمون الإعلان⁽¹⁾ وهو على النحو التالي:

- متى لجأت السلطة المتعاقدة إلى استخدام أسلوب المزاد الإلكتروني فإنها تلتزم بالنص على ذلك في الإشعار العام للمنافسة ويجب أن تشمل وثائق التشاور على الأقل على المعلومات الآتية:

- العناصر الكمية للعرض، والتي يركز عليها المزاد الإلكتروني.
- تحديد الحد الأدنى للتنوع في مثل هذه العناصر إذا كان ذلك مناسباً.
- طبيعة المعلومات التي يمكن للمرشحين الاطلاع عليها خلال المزاد الإلكتروني والزمن الذي يتم خلاله ذلك.
- المعلومات الملائمة الخاصة بسير المزاد الإلكتروني وعلى وجه الخصوص شروط الزاد، والحدود الدونية للفروق المسموح بها ولا تؤثر على السلع المطلوبة.
- المعلومات الملائمة الخاصة بالمنظومة الإلكترونية المستخدمة والطرق الأخرى الفنية للاتصال.
- زمن المزاد، بمعنى تحديد المدة الزمنية لتقديم العروض.

ثانياً- إجراءات تقييم العروض في إجراءات المزاد الإلكترونية:

1- يبدأ المزاد الإلكتروني عقب تقييم العروض، بالنظر إلى المعايير التي لا تعتبر موضوع للمزايدة، حيث أوجب المشرع أن يتم دعوة جميع المرشحين الذين قدموا عروضاً - ولم يتم استبعاد عروضهم بسبب عدم الملاءمة أو عدم المشروعية أو عدم القابلية للقبول - في ذات الوقت وبالطرق الإلكترونية للمشاركة في المزاد ومن خلال عرض وتقديم أسعار جديدة أو قيم جديدة لأسعارهم، وحينما لا تستند الميزة أو الخاصية المتعلقة بالعقد على معيار الثمن كمعيار وحيد، فإن الدعوة الموجهة لكل المرشحين تكون مصحوبة بنتيجة تقييم عرضه وفقاً للفقرة

(1) Art. 4 : "IV. - Le pouvoir adjudicateur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Les documents de la consultation comportent, au moins, les informations suivantes :

1° Les éléments quantifiés des offres sur lesquels porte l'enchère électronique ;

2° Le cas échéant, la variation minimale de ces éléments ;

3° La nature des informations qui seront communiquées aux candidats au cours de l'enchère électronique et le moment où elles le seront ;

4° Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique, notamment les conditions dans lesquelles les candidats pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés ;

5° Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion ;

6° La durée de l'enchère."

الأولى، أي وفقاً للمعايير التي لا تعتبر موضوع للمزايدة مثل معيار الجودة وغيرها من المعايير، كما يجب أن تنوّه هذه الدعوة عن الصيغة الحسابية التي تحدد خلال المزاد الإلكتروني التصنيفات الإلكترونية بالنظر إلى الأثمان الجديدة أو القيم الجديدة المقدمة، وهذا الأسلوب يجب أن يتضمن موازنة كافة المعايير المحددة في الدعوة العامة للمنافسة أو في وثائق التشاور لتحديد العرض الأفضل من الناحية الاقتصادية، وفي حالة وجود تنوع مسموح به، ففي هذه الحالة يتم وضع صيغ لكل حالة متنوعة بصورة منفصلة عن الحالات الأخرى⁽¹⁾.

2- يجوز للمزاد الإلكتروني أن يتم على مراحل وفقاً للشروط المحددة في وثائق التشاور، ولا يجوز أن يبدأ خلال فترة أقل من يومين عمل بعد تاريخ إرسال الدعوات⁽²⁾.

3- يتم إخطار المرشحين مقدّمي العروض عن تصنيفهم وبصورة فورية وكذلك نتيجة العرض الأفضل ومن الممكن كذلك إخطارهم بعدد المرشحين في المزايدة، والقيم من قبل مرشحين آخرين إن كان هناك نص صريح في وثائق التشاور يسمح بذلك. وفي جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن هوية المرشحين في أي مرحلة من مراحل المزايدة⁽³⁾.

(1) Art. 54 : “V. - L'enchère électronique commence après que les offres ont été évaluées au regard des critères ne faisant pas l'objet de l'enchère.

Tous les candidats ayant présenté des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont invités simultanément par voie électronique à participer à l'enchère en présentant de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs.

Lorsque le choix de l'attributaire du marché n'est pas fondé sur le seul critère du prix, l'invitation adressée à chaque candidat est accompagnée du résultat de l'évaluation de son offre réalisée en application du premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules sont fournies séparément pour chaque variante.”.

(2) Art. 54 : “VI. - L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases dans des conditions précisées dans les documents de la consultation. Elle ne peut débiter moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.”.

(3) Art. 54 : “VII. - Les candidats sont informés instantanément de leur classement ou du résultat de la meilleure offre. Ils peuvent également être informés du nombre de candidats à l'enchère et, si les documents de la consultation le prévoient, des prix et valeurs proposés par les autres candidats. Cependant, en aucun cas, l'identité des candidats ne peut être divulguée pendant le

- 4- تغلق السلطة المتعاقدة المزاد الإلكتروني وفقاً لإحدى الطرق التالية:
- أ- في التاريخ والساعة المحددين في الدعوة العامة للمشاركة على المزاد.
- ب- حينما لم يعد هناك مجال لاستلام عروض جديدة وفقاً للشروط المحددة في الدعوة العامة للمشاركة في المزاد.
- ت- عندما يتم إنجاز جميع مراحل المزايدة، وفقاً لما هو منصوص عليه في الدعوة العامة للمشاركة في المزاد.
- 5- بعد إغلاق باب المزايدة الإلكترونية ومنح العقد وفقاً للبند الأول من المادة (53) وفقاً لنتائج المزاد الإلكتروني، مع الأخذ في الاعتبار وجوب أن يقدم المرشح الذي حظي عرضه بالقبول الشهادات والوثائق المنصوص عليها في البند (1، 2) من المادة (46) والشروط المحددة في البند (3) من ذات المادة⁽¹⁾.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من استعراض جوانب البحث المختلفة - بحمد الله - توصلنا إلى العديد من النتائج والمقترحات والتي نجملها فيما يلي:

أولاً- النتائج:

- 1- العقد الإداري الإلكتروني يتميز بطبيعة خاصة، فيجب أن يشتمل على خصائص العقد الإلكتروني وخصائص العقد الإداري
- 2- أخضع المشرع الفلسطيني جميع أساليب إبرام العقد الإداري الأصلية والاحتياطية سواء تم إبرامها بالوسائل التقليدية أم الالكترونية إلى مبادئ المنافسة الحرة والعلانية والمساواة في المعاملة بين المرشحين للتعاقد، ولقد استنتى من ذلك تقنية الاتفاق المباشر على أساس أن هذه التقنية تستخدم في الظروف التي لا تسمح بوجود مناخ تنافسي أصلاً، إلا أنه اعتمداً مبدأ الدعوة الشخصية في أساليب التعاقد الاحتياطية.

déroulement des phases de l'enchère électronique.”.

(1) Art. 54 : “VIII. - Le pouvoir adjudicateur clôt l'enchère électronique selon l'une des modalités suivantes :

1° Aux date et heure fixées dans l'invitation à participer à l'enchère ;
2° Lorsqu'il ne reçoit plus de nouvelles enchères dans les conditions prévues par l'invitation à participer à l'enchère ;
3° Lorsque toutes les phases de l'enchère, prévues dans l'invitation à participer à l'enchère, ont eu lieu.”.

3- تتنوع أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في ظل النظم القانونية الخاصة بالمشتريات العامة في كل من فرنسا ومصر وفلسطين، وهي تنحصر في أساليب أصلية وأخرى احتياطية، وهي في مجملها تتمثل في المناقصات بصورها المختلفة وطلب العروض والممارسات والمزايدة الإلكترونية والتحاور التنافسي والاتفاق المباشر.

4- إن مبدأ المنافسة الحرة في مجال العقود الإدارية الإلكترونية لا يكون مطلقاً بل يخضع إلى جملة من الضوابط الذاتية والموضوعية المتعلقة بشخصية المرشح، حيث تمارس الإدارة سلطتها في حرمان بعض الأشخاص أو المشروعات من ولوج باب المنافسة، وذلك إما كجزاء بسبب اخلال العارض بالتزامات سابقة وهو ما يسمى بالحرام الجزائي، وإما بهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة وهو الحرمان الوقائي.

5- القوانين التي تحكم المشتريات الحكومية المطبقة في قطاع غزة متعددة فهي تضم قانون اللوازم العامة وقانون العطاءات للأشغال الحكومية، كما أن الهيئات المحلية والهيئات والمؤسسات العامة التي لا تدخل موازنتها ضمن الموازنة العامة لدولة فلسطين لا تنطبق عليها تلك القوانين بل لكل منها نظام خاص بمشترياتها وهذا بخلاف الضفة الغربية حيث صدر قانون المشتريات العام وهو ينطبق على كل أشخاص القانون العام

6- لم يتبنّ المشرع الفلسطيني في قانون اللوازم العامة وقانون العطاءات للأشغال الحكومية الوسائل الإلكترونية في عمليات التعاقد الإداري، بينما حرص المشرع عليها في قانون الشراء العام الجديد.

ثانياً: التوصيات

- 1- نوصي بضرورة تطبيق قانون الشراء العام والنظام الخاص به على جناحي الوطن ولا سيما أنه نوع أساليب التعاقد الإداري ونص على الوسائل الإلكترونية، كما يؤدي ذلك لتجنب العيوب الناجمة عن تعدد قوانين وأنظمة الشراء العام المطبقة في غزة.
- 2- نوصي مجلس الوزراء بضرورة تشكيل المجلس الأعلى لسياسات الشراء العام والتي أوجب المشرع الفلسطيني في قانون الشراء العام على ضرورة تشكيله من قبل مجلس الوزراء حتى يتمكن من القيام بواجباته والتي أهمها إنشاء وإدارة موقع إلكتروني أحادي البوابة خاص بعمليات الشراء في فلسطين وتطوير الإجراءات التي تهدف إلى تحسين نظام الشراء العام بما فيها إقرار الاستخدام التدريجي لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات.
- 3- نقترح على المشرع الفلسطيني أن يعدل المادة (99) من النظام الداخلي للقانون الأساسي والتي تتيح لأعضاء المجلس التشريعي التعاقد مع الدولة

4- خلا كل من قانون اللوازم العامة والتعليمات الخاصة به من نصوص توجب المساواة بين المرشحين للتعاقد، وهذا نقص جذا أن يتم تفاديه من قبل المشرع ولا سيما حين تفعيل وسريان قانون الشراء العام

5- نقترح على المشرع الفلسطيني بأن يتم تبني نظام العلانية الكاملة والقائمة على النشر في وسائل الإعلان المختلفة بما فيها الوسائل الإلكترونية لجميع أساليب التعاقد الاحتياطية بدلاً عن العلانية القائمة على نظام الدعوات الشخصية لمجافة هذا الأسلوب لمبدأ الشفافية ولمبدأ المنافسة الحرة والتي حرص عليهما المشرع في قانون الشراء العام الجديد وذلك أسوة بالأساليب الأصلية، على أن يتم استثناء الاتفاق المباشر على أساس أن هذا الأخير يستخدم في الظروف التي لا تسمح بوجود مناخ تنافسي أصلاً.

6- نقترح على المشرع الفلسطيني تعديل المادة (12/ب) من قانون اللوازم العامة و الخاصة بحالات الاتفاق المباشر، حيث غاب عن ذهن المشرع أن الاتفاق المباشر هو أسلوب استثنائي من أساليب التعاقد الإداري، وهو بحسب الأصل أمر غير مرغوب فيه، فهو أبغض المباح في أساليب التعاقد الإداري، و يكفي أن اللجوء إليه غالباً ما يثير الشبهة وعلى وجه الخصوص أن المشرع الفلسطيني لم يتطلب تسبب القرار الصادر من جهة الاختصاص بإتباع هذا الأسلوب ولم يربطه بحدود مالية معينة

7- نصي المشرع الفلسطيني بتبني أسلوب الممارسة العامة ضمن أساليب التعاقد الإداري حيث خلت قوانين الشراء العام السارية في غزة و الضفة العربية من النص عليها ولا سيما أن الممارسة العامة تقوم التفاوض مع العلانية والمنافسة، علماً أن جميع أساليب التعاقد الأخرى باستثناء الشراء المباشر يمنع من خلالها التفاوض مع المناقصين

8- نصي المشرع الفلسطيني بتعديل المادة (20) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام في فلسطين والتي نصت على أساليب التعاقد وذلك بحذف كل من اتفاقيات الإطار والتنفيذ المباشر من هذه المادة على اعتبار أنهما ليسا من ضمن أساليب التعاقد، فاتفاقيات الإطار هي عقد وليست أسلوب تعاقد، والتنفيذ المباشر يكون من خلال موظفي السلطة الإدارية وعلى مسؤوليتها، فهو ليس أسلوب تعاقد .

9- أعطت الفقرة (3) من المادة 26 من قانون الشراء العام الجديد الحق للجهة المشتريّة في حال تعذر الحصول على ثلاثة عروض أسعار، فتح العرض أو العرضين إذا لم يكن هناك جدوى من إعادة الدعوة إلى الاستدراج، ونحن نهيب بالمشرع العدول عن موقفه بأن يستبدل أسلوب استدراج العروض في مثل هذه الحالة بأسلوب الشراء المباشر على اعتبار أن الشراء المباشر يقوم على التفاوض الأمر غير المسموح به في استدراج عروض الاسعار .

10- نقترح على المشرع الفلسطيني استثناء القيد المالي في أسلوب الشراء المباشر في حالات الضرورة القصوى أو الكوارث الطبيعية فتقييد عملية الشراء بما لا يتجاوز خمسة آلاف دولار أمريكي. غالباً لا يلبي المصلحة العامة في حالات الضرورة القصوى أو الكوارث الطبيعية . على أن يصدر قرار مسبب من مجلس الوزراء بذلك في كل عملية شراء على حدة.

المراجع باللغة العربية:

1. أحمد حشمت أبو استيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، ط2، مطبعة مصر، 1954.
2. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، 1957
3. أشرف نصرالله و المحامي نضال جمال جرادة، مبادئ محكمة العدل العليا من 2006 - 2013، الطبعة الأولى 2015 غزة.
4. أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، ط3، بدون دار نشر، 2004.
5. ثورية لعيوني، معيار العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987.
6. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2005.
7. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة "اليونسترال"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
8. جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون تاريخ.
9. جورج فودال وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004.
10. حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 2007.
11. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001.
12. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية.
13. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2007.
14. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
15. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ط5، 1991.
16. سليمان مرقس، شرح القانون المدني في الالتزامات، المطبعة العالمية، 1964.

17. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
18. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، بدون دار النشر، 2001.
19. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005.
20. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، تنقيح المستشار، أحمد مدحت المراغي، طبعة لجنة الشريعة الإسلامية بالنقابة العامة للمحاميين، 2007.
21. عبد الله حنفي، العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
22. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
23. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
24. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2010.
25. محمد سعيد حسين أمين، مبادئ القانون الإداري، مصر، دار الثقافة الجامعية، 1997.
26. محمد على أبو عمارة، القانون الإداري، الجزء الأول، 1995-1996.
27. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري، دار المعارف، القاهرة، 1978.
28. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، تنظيم الإدارة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 1995.
29. مطيع علي محمد جببر، العقد الإداري بين التشريع والقضاء دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليميني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
30. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001.
31. ناظم محمد عويضة، مجموعة مختارة من مبادئ العدل العليا من 1995-2005، بدون دار نشر.
32. نعيم عطية وحسن الفكاهاني، الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوي الجمعية العمومية منذ العام 1946 وحتى العام 1985، الجزء الثامن عشر، ط1، 1986-1987، إصدار الدار العربية للموسوعات.

- 1- A.de Laubadère, J. Cl. Venezia, Y. Gaudemet, Manuél de dirot administratif, L. G. D. J, Paris, 15e éd, 1995
- 2- A.de Laubadère, J.-Cl. Venezia, Y. Gaudemet, Droit administrative, 17e éd., L.G.D.J., 2003
- 3- A.de Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J., Paris, T.1, 1983
- 4- Ch. Bréchon-Moulènes, Choix des procédures, choix dans les procedures, A.J.D.A, 1998
- 5- Ch. Debbasch, Droit adminisrtatif, 6e éd., Economica, 2002
- 6- G. Bayle, L'enrichissement sans cause, en driot administrative, these, L.G.D.J. paris, 1973
- 7- G. Jèze , Les Principes généraux du droit administratif, T4, Paris, 1936
- 8- G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administratif, P.U.F, Paris, 1993, 12e éd
- 9- J. Ch. Brnére, Le concensaulisme dans les contrats administratifs , R.D.P, 1996
- 10- J. Rivero, J. Waline, Droit administratif, 19° éd., Dalloz, 2002.
- 11- L. Aucoc, Conférence l'administration et le droit administrative, T2, Paris, 1886
- 12- L. Richer ; Droit des contrats administratifs, 3e éd.,L.G.D.J.,2002, p.218
- 13- L. Richer, Droit contrats administratifs , L.G.D.J,Paris, 1995
- 14- L. Richer, Les contrats administratifs , Dalloz , Paris, 1991
- 15- M. de Villiers, Droit public général, Litec, 2003
- 16- M. Guibal, De la liberté des personnes publiques de choisir la technique de choix de leurs cocontractants, J.C.P, ed E, 1987
- 17- M. Guibal, Mémento des marchés publics, Moniteur, Paris, 1998
- 18- M. H. Sinkondo, La nation de contrat administrative: acte unilateral ou contrat civil de l'administration. R.T.D.C, 1993
- 19- M.A. Flamme , Traité théorique et pratique des marchés publics , Bruxelles , 1969
- 20- Prérrogatives de l,administration dans l,exécution du contrat administratif <http://fr.jurispedia.org>
- 21- R. Bonnard, La passation des marchés publics, R.D.P, 1943
- 22- R.Chapus, Droit administratif général ,T.I, 9e éd, Montchrestien, Paris, 1995
- 23- Recours pour excès de pouvoir et contrat administratif (www.valhalla.fr).
- 24- V. pour les sociétés d'économie mixte, 10 nov. 1972 Société des grand travaux alpins, AJDA, 1973, 47, note Moderne
- 25- X. Philippe, Droit administratif général, 2e éd, Paris, 1996.