

The Islamic University of Gaza
Deanship of Research and Graduate Studies
Faculty of Sharia and Law
Master of Public Law



الجامعة الإسلامية بغزة
عمادة البحث العلمي والدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
ماجستير القانون العام

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني

دراسة مقارنة في ضوء الشريعة الإسلامية

**Methods of Concluding Electronic Administrative Contract
in the Palestinian Legislation**

A Comparative Study with Islamic Sharia Law

إعداد الباحث

محمود ماجد محمود جججوح

إشراف

الدكتور

عاطف محمد أبو هرييد

الدكتور

هاني عبد الرحمن غانم

قُدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام

بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين

أغسطس/ 2018م - ذو القعدة/ 1439هـ

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني دراسة مقارنة في ضوء الشريعة الإسلامية

Methods of Concluding Electronic Administrative Contracts in the Palestinian Legislation

A Comparative Study with Islamic Sharia Law

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

I understand the nature of plagiarism, and I am aware of the University's policy on this.

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted by others elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:	محمود ماجد جججج	اسم الطالب:
Signature:		التوقيع:
Date:	2018/08/	التاريخ:

نتيجة الحكم على أطروحة الماجستير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الجامعة الإسلامية - غزة
The Islamic University of Gaza

هاتف داخلي: 1150

عمادة البحث العلمي والدراسات العليا

ج س غ/35/
الرقم: Ref: 2018/08/14
التاريخ: Date:

نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحث/ محمود ماجد محمود ججوح لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ برنامج القانون العام وموضوعها:
أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني - دراسة مقارنة في ضوء الشريعة الإسلامية

Methods of Concluding an Electronic Administrative contract in Palestinian legislation - Comparative Study in the light of Islamic law

وبعد المناقشة التي تمت اليوم الثلاثاء 2 ذو الحجة 1439 هـ الموافق 2018/08/14م الساعة الحادية عشرة صباحاً، في قاعة مبنى القدس اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

د. هاني عبد الرحمن غانم	مشرفاً ورئيساً	د. مازن إسماعيل هنية
د. عاطف محمد أبو هريبيد	مشرفاً	د. مازن إسماعيل هنية
د. حسام الدين محمود الدن	مناقشاً داخلياً	د. مازن إسماعيل هنية
د. محمد حسن علوش	مناقشاً خارجياً	د. مازن إسماعيل هنية

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/برنامج القانون العام. واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله تعالى ولزوم طاعته وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق،،،

عميد البحث العلمي والدراسات العليا

د. مازن إسماعيل هنية



التاريخ: ١٩/١٠/٢٠١٨

الرقم العام للنسخة

اللغة

3106818

ع

الموضوع/ استلام النسخة الإلكترونية لرسالة علمية



قامت إدارة المكتبات بالجامعة الإسلامية باستلام النسخة الإلكترونية من رسالة

الطالب/ محمد ماجد الحويج

رقم جامعي: 619281 في قسم: القانون العام كلية: السرعة والتقانة
وتم الاطلاع عليها، ومطابقتها بالنسخة الورقية للرسالة نفسها، ضمن المحددات المبينة أدناه:

- تم إجراء جميع التعديلات التي طلبتها لجنة المناقشة.
 - تم توقيع المشرف/المشرفين على النسخة الورقية لاعتمادها كنسخة معدلة ونهائية.
 - تم وضع ختم "عمادة الدراسات العليا" على النسخة الورقية لاعتماد توقيع المشرف/المشرفين.
 - وجود جميع فصول الرسالة مجمعة في ملف (WORD) وآخر (PDF).
 - وجود فهرس الرسالة، والملخصين باللغتين العربية والإنجليزية بملفات منفصلة (PDF + WORD)
 - تطابق النص في كل صفحة ورقية مع النص في كل صفحة تقابلها في الصفحات الإلكترونية.
 - تطابق التنسيق في جميع الصفحات (نوع وحجم الخط) بين النسخة الورقية والإلكترونية.
- ملاحظة: ستقوم إدارة المكتبات بنشر هذه الرسالة كاملة بصيغة (PDF) على موقع المكتبة الإلكتروني.

والله والتوفيق،

إدارة المكتبة المركزية

توقيع الطالب

محمد ماجد الحويج

محمد ماجد الحويج

276

الملخص

ترتب على ظهور الثورة المعلوماتية في شتى المجالات العلمية والاقتصادية والاجتماعية ظهور الإدارة العامة الإلكترونية، وانتشار مشاريع الحكومة الإلكترونية، ومن ثم ظهور نوع جديد من العقود حيث يتم إبرامها أو تنفيذها أو القيام بالعمليات معاً، من خلال الوسائط الإلكترونية، وتندرج هذه العمليات تحت بند العقود الإلكترونية والتي بموجبها يستطيع أطراف العقد القيام بحوار متبادل عبر الشبكة العنكبوتية.

ولقد أدى انتشار هذا النوع من العقود إلى تطوير النشاط الإداري داخل الدولة؛ الأمر الذي دفع المشرع الفلسطيني في قانون الشراء العام الجديد لتبني الوسائل الإلكترونية في مجال إبرام العقود الإدارية.

ولقد تناولت الدراسة موضوع العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني وأساليب إبرامه (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية) وذلك من خلال بيان ماهية العقد الإداري الإلكتروني، وأنواعه، ومن ثم بيان معايير تميزه عن العقود الأخرى كالعقد الإلكتروني الخاص والعقد الإداري التقليدي، وبعد ذلك تناولت الدراسة أسلوب المناقصة الإلكترونية كأسلوب أصلي لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، مبينة أنواعها والمبادئ التي تحكمها والتي تتمثل في مبدأ المنافسة الحرة، والمساواة والعلانية، وأخيراً تناولت الدراسة الأساليب الاحتياطية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني كأسلوب استدرج عروض الأسعار، والشراء المباشر.

ولقد اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي والمنهج المقارن وذلك من خلال بيان ماهية العقد الإداري وكذلك العقد الإلكتروني والربط بينهما لبيان ماهية العقد الإداري الإلكتروني، وتبيان أساليب إبرامه سواء كانت أساليب أصلية أم أساليب احتياطية، وذلك من خلال البحث في القوانين سارية المفعول والمطبقة في فلسطين، وكذلك التطرق إلى الآراء الفقهية في هذا الموضوع، وثم مقارنة أحكام الشريعة الإسلامية.

وأخيراً توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج ثم أتبعها بمجموعة من التوصيات، ومن أهم هذه النتائج:

- أن العقد الإداري الإلكتروني يشتمل على خصائص كل من العقد الإداري والعقد الإلكتروني، فهو يتميز بطبيعة خاصة.

أما عن التوصيات، فقد أوصى الباحث المشرع الفلسطيني بمجموعة من التوصيات من أهمها:

- ضرورة تطبيق قانون الشراء العام والنظام الخاص به على المحافظات الجنوبية للوطن، كونه يتضمن الوسائل الإلكترونية في تعاقدات الإدارة.

ABSTRACT

The revolution in information technology in various scientific, economic and social fields led to the emergence of a so-called electronic general management. Encouraged by the emergence of governmental electronic projects, a new type of contracts has emerged which can be agreed upon and/or carried out via electronic means such as – but not limited to – the internet. Such contracts are known as electronic contracts in which both parties perform their pre-contract conversations via internet and PC.

The emergence of such special contract type further fueled the development of management activities within the state, which – in turn – required the Palestinian laws, especially in procurement related subjects, to adopt such electronic media in the field of contract agreements.

This study sheds light on the topic of electronic management contracts in Palestinian laws. Furthermore, it performs an analytical comparative study in the light of the Islamic Sharia Laws. This is done by describing what such contracts are, their types and thus the aspects that make such contracts unique and different from other electronic contracts such as the private electronic contract and the classic (paper-form) management contract. The study then considered the methods of electronic procurement as a method of electronic management contracts whilst shedding light on its types and governing principles that bases on free competition, equality and publicity. Finally, the secondary methods in electronic management contracts as a method of obtaining offers as well as directly buying the services.

The methodology utilized in this study is the analytical comparative method in which the importance of management contracts and electronic contracts has been shown as well as the connection between the aforementioned. Furthermore, the means of accomplishing the contract either main or secondary. This is done by researching current valid laws used in Palestine and checking Sharia opinions on the subject.

Finally, the researcher pointed out some findings that are followed with recommendations. Most important findings are: that the electronic management contracts must include properties of both the management contract and the electronic contract. Furthermore, the electronic management contract eases the communication between the management authorities and citizens.

The most important recommendations of the study: there is a necessity for applying procurement laws and the private systems on the northern governorates of Palestine (West Bank) since those are the first to include electronic contracts in the management.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ

بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي

الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾

صدق الله العظيم

[المائدة: 1]

الإهداء

أُهدي بَحْثِي هَذَا ...

إِلَى وَطَنِي الْعَالِي "فِلِسْطِين" .. وَطَنِ الشُّهَدَاءِ

إِلَى أَسْرَانَا أَسْرَى الْكِرَامَةِ وَالتَّحْدِي وَالْإِبَاءِ

إِلَى جَدِّي وَجَدَّتِي فَيْضِ الدُّعَاءِ

إِلَى مَنْ رَبَّيَانِي صَغِيرًا، وَتَحَمَّلَا فِي ذَلِكَ كُلِّ الْعَنَاءِ .. وَبِالْإِحْسَانِ وَصَّى بِهِمَا رَبُّ السَّمَاءِ

وَالِدِي وَوَالِدَتِي مَنْبُعِ الْعَطَاءِ

وَزَوْجَتِي الْعَالِيَةِ "دَلِيلَةَ" عُنْوَانِ الْوَفَاءِ

إِلَى أَخَوَيَّ الْحَبِيبِينَ: فَهْدُ وَمَحْمُدُ، وَأَخَوَاتِي الْعَزِيزَاتِ

إِلَى أَعْمَامِي جَمِيعًا أَعَزَّ الْأَقْرَبَاءِ

إِلَى عَائِلَتِي وَأَهْلِي وَجَمِيعِ الْأَصْدِقَاءِ

حَقًّا عَلَيَّ أَنْ أُهْدِيكُمْ هَذَا الْإِهْدَاءِ

شكرٌ وتقديرٌ

الحمدُ لله ربِّ العالمين، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ خَاتَمِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ، يَا رَبِّ لَكَ الْحَمْدُ
كَمَا يَنْبَغِي لِجَلَالِ وَجْهِكَ وَعَظِيمِ سُلْطَانِكَ، يَا رَبِّ لَكَ الْحَمْدُ أَنْ مَنَنْتَ عَلَيَّ وَيَسَّرْتَ لِي هَذَا الْعَمَلَ وَقَدَّرْتَهُ وَأَعَنْتَنِي
عَلَيْهِ، فَالْحَمْدُ لله عَلَى تَمَامِ نِعَمِهِ وَكَمَالِ فَضْلِهِ.

انطلاقاً مِنَ الْعِرْفَانِ بِالْجَمِيلِ، وَبَعْدَ شُكْرِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَإِنَّهُ يَسِّرَنِي أَنْ أَتَقَدَّمَ بِالشُّكْرِ وَالِامْتِنَانِ إِلَى
مُشْرِفِي الْحَبِيبِينَ د. عاطف محمد ابو هرييد و د. هاني عبد الرحمن غانم اللذان رَوَدَانِي مِنْ مَنَابِعِ عِلْمَيْهِمَا
بِالكثيرِ، وَاللَّذَانِ مَدَّانِي بِتَوْجِيهَاتِهِمَا السَّيِّدَةِ الَّتِي كَانَتْ لَهَا أَكْبَرُ الْأَثْرِ فِي إِنْجَازِ هَذِهِ الدِّرَاسَةِ وَإِخْرَاجِهَا عَلَى أَكْمَلِ
وَجْهٍ.

كَمَا أَتَقَدَّمُ بِجَزِيلِ الشُّكْرِ إِلَى أَسَاتِذَتِي د. حسام الدين الدين و د. محمد علوش أَعْضَاءِ لَجْنَةِ النَّقَاشِ
الْمُوقِرِينَ عَلَى مَا تَكَبَّدُوهُ مِنْ عَنَاءٍ فِي قِرَاءَةِ رِسَالَتِي الْمُتَوَاضِعَةِ وَإِغْنَائِهَا بِمُقْتَرَحَاتِهِمْ الْقَيِّمَةِ، فَجَزَاهُمْ اللهُ عَنِّي
خَيْرًا.

وَلَا يَفُوتُنِي أَنْ أَتَقَدَّمَ بِالشُّكْرِ الْمَوْصُولِ إِلَى أُسْتَاذِي الدُّكْتُورِ / عبد الكريم شبير، وَصَدِيقِي الْأُسْتَاذِ / عمر
الفرما لِمَا كَانَتْ لَهُمْ مِنْ يَدِ عَوْنٍ وَإِسْنَادٍ وَنُصْحٍ وَإِرْشَادٍ، لِإِخْرَاجِ هَذَا الْعَمَلِ إِلَى حَيِّزِ الْوُجُودِ، سَائِلًا الْمَوْلَى عَزَّ
وَجَلَّ أَنْ يَجْعَلَهُ فِي مِيزَانِ حَسَنَاتِهِمْ.

وَأَسْأَلُ اللهَ الْعَلِيِّ الْقَدِيرَ أَنْ يَجْعَلَ هَذَا الْعَمَلَ فِي مِيزَانِ حَسَنَاتِنَا جَمِيعًا،

وَإِنْ أَصَبْنَا فَمِنَ اللهِ وَإِنْ أخطأنا فَمِنَ أَنْفُسِنَا،

وَاللهُ وَلِيُّ التَّوْفِيقِ.

الباحث

محمود ماجد جججج

فهرس المحتويات

أ	إقرار	1
ب	نتيجة الحكم على أطروحة الماجستير	1
ج	الملخص	1
و	الإهداء	1
ز	شكر وتقدير	1
1	مقدمة:	1
3	أهمية الدراسة:	3
3	مشكلة الدراسة:	3
3	أسئلة الدراسة:	3
4	فرضيات الدراسة:	4
4	أهداف الدراسة:	4
4	منهج الدراسة:	4
5	هيكلية الدراسة:	5
5	الدراسات السابقة:	5
6	الفصل الأول	6
6	ماهية العقد الإداري الإلكتروني ومعايير تمييزه	6
8	المبحث الأول	8
8	ماهية العقد الإداري الإلكتروني	8
8	المطلب الأول	8
8	مفهوم العقد الإداري الإلكتروني	8
9	الفرع الأول: تعريف العقد الإداري	9
12	الفرع الثاني: تعريف العقد الإلكتروني	12
14	الفرع الثالث: تعريف العقد الإداري الإلكتروني	14
18	المطلب الثاني	18
18	أنواع العقود الإدارية	18
19	الفرع الأول: عقد امتياز المرافق العامة	19
22	الفرع الثاني: عقد الأشغال العامة	22
25	الفرع الثالث: عقد التوريد	25
28	الفرع الرابع: عقد النقل	28
28	الفرع الخامس: عقد القرض العام	28
31	المبحث الثاني	31
31	معايير تمييز العقد الإداري الإلكتروني	31

المطلب الأول.....	32
العقود الإدارية الالكترونية بنص القانون.....	32
الفرع الأول: العقود الإدارية بنص القانون ومدى توافرها في القانون الفلسطيني.....	32
الفرع الثاني: الفرع الثاني العقود الإدارية بنص القانون في فرنسا.....	34
المطلب الثاني.....	36
المعيار القضائي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.....	36
الفرع الأول: المعيار العضوي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.....	36
الفرع الثاني: المعيار الموضوعي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.....	38
الفصل الثاني.....	45
إبرام العقد الإداري بأسلوب المناقصة الإلكترونية.....	45
المبحث الأول.....	46
مفهوم المناقصة الإلكترونية وأنواعها.....	46
المطلب الأول.....	46
مفهوم المناقصة الإلكترونية.....	46
الفرع الأول: مفهوم المناقصة العامة وتطورها.....	46
الفرع الثاني: المناقصة العامة باستخدام الوسائل الإلكترونية.....	49
المطلب الثاني.....	53
أنواع المناقصة الإلكترونية.....	53
الفرع الأول: المناقصة المحلية.....	53
الفرع الثاني: المناقصة الدولية.....	56
الفرع الثالث: المناقصة على مرحلتين.....	58
الفرع الرابع: المناقصة المحدودة.....	60
المبحث الثاني.....	63
المبادئ العامة التي تحكم أساليب التعاقد الإداري الإلكتروني.....	63
المطلب الأول.....	64
مبدأ حرية المنافسة.....	64
الفرع الأول: الأسس النظرية والعملية لمبدأ المنافسة الحرة.....	65
الفرع الثاني: القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة (الحرمان).....	66
المطلب الثاني.....	75
مبدأ العلانية.....	75
الفرع الأول: الإعلان عن المناقصة.....	75
الفرع الثاني: تحديد شروط المناقصة في الاعلان.....	76
المطلب الثالث.....	80

80 مبدأ المساواة
83 المبحث الثالث
83 الإيجاب والقبول في المناقصة الإلكترونية
83 المطلب الأول
83 الإيجاب ضمن إجراءات المناقصة الإلكترونية
84 الفرع الأول: ماهية الإيجاب الإلكتروني
84 الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني
85 الفرع الثالث: صور الإيجاب الإلكتروني
87 الفرع الرابع: الإيجاب الإلكتروني في المناقصة
92 المطلب الثاني
92 القبول ضمن إجراءات المناقصة الإلكترونية
93 الفرع الأول: البت في العطاء
94 الفرع الثاني: الإرساء
98 الفصل الثالث
98 الأساليب الاحتياطية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني
99 المبحث الأول
99 إبرام العقد الإداري بأسلوب استدراج عروض الأسعار
100 المطلب الأول
100 طلب عروض الأسعار في القانون الفلسطيني
100 الفرع الأول: استدراج العروض في قانون اللوازم العامة
102 الفرع الثاني: طلب العروض في قانون العطاءات للأشغال العامة
105 الفرع الثالث: استدراج العروض في قانون الشراء العام
109 المطلب الثاني
109 طلب العروض في القوانين الأخرى
109 الفرع الأول: تعريف طلب العروض في القانون الفرنسي
110 الفرع الثاني: صور طلب العروض في القانون الفرنسي
113 المبحث الثاني
113 أسلوب الاتفاق المباشر لإبرام العقد الإداري الإلكتروني
113 المطلب الأول
113 الاتفاق المباشر في القانون الفلسطيني
114 الفرع الأول: الاتفاق المباشر في قانون اللوازم العامة
115 الفرع الثاني: الشراء المباشر في قانون العطاءات للأشغال الحكومية
117 الفرع الثالث: الاتفاق المباشر في قانون الشراء العام

122	المطلب الثاني.....
122	الاتفاق المباشر في بعض القوانين الأخرى.....
122	الفرع الأول: أسلوب الاتفاق المباشر لإبرام العقد الإداري الإلكتروني في فرنسا.....
122	الفرع الثاني: أسلوب الاتفاق المباشر لإبرام العقد الإداري الإلكتروني في مصر.....
125	الخاتمة.....
129	المصادر والمراجع:.....

مقدمة الدراسة

مقدمة:

لقد حول التطور التكنولوجي العالم إلى قرية صغيرة، حيث ربط كل أقطابه من خلال شبكة واحدة، هي الإنترنت أو ما يُسمى بالشبكة العنكبوتية، هذه الشبكة التي شكلت بوصلة إلكترونية لمعظم البشر بل سخروها لإدارة معلوماتهم ونقلها، إذ إنها تنقل المعلومات بطريقة رقمية بين الحاسبات الآلية في فترة لا تتجاوز بضعة ثواني، مما جعل الاتصال والتواصل أمرًا خيالي السرعة.

ونظرًا لهذا التطور التكنولوجي الهائل والذي سهّل حفظ المعلومات وتسجيلها، بدأ الإنسان بالانحياز إلى التعامل الإلكتروني بدلاً من التعامل الورقي في المجالات كافة، كما أن التطور التكنولوجي يوفر السرية والدقة والسرعة في حفظ المستندات؛ لذلك فقد استطاع الإنسان أن يستفيد من هذه الميزات في أغلب المجالات، ولاسيما في مجال أعمال السلطة الإدارية؛ ونتيجة لذلك ظهر مصطلح الإدارة الإلكترونية والذي وظفته الدول المتقدمة في إدارة شئونها، وخاصة في مجال العقود الإدارية حيث كان تأثيره إيجابيًا ملموسًا على الصعيد الداخلي والدولي، ومن الملاحظ أن العقود الإلكترونية شهدت نموًا متزايدًا في السنوات الأخيرة، وإقبالًا كبيرًا خاصة بعد اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالتجارة الإلكترونية، والدعوة التي وجهتها منظمة التجارة العالمية إلى الدول الأعضاء بضرورة توحيد تشريعاتها في مجال العقود الإدارية.

يمتاز العقد الإلكتروني بإمكانية إبرامه بين طرفين دون تواجد مادي لهما، واستبدالها بوسائل اتصال إلكترونية، كالإنترنت وغيرها... وبالتالي فإن العقد الإلكتروني لا بد أن يحتوي على خصائص كل من العقد الإداري والعقد الإلكتروني.

وقد قسم الباحث هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول، حيث تناول الفصل الأول منها: ماهية العقد الإداري الإلكتروني والمبادئ التي تحكم أساليب إبرامه، وفي الفصل الثاني: الأساليب الأصلية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، كما تناول الفصل الثالث: الأساليب الاحتياطية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني.

أهمية الدراسة:

تتلخص أهمية الدراسة في الآتي:

1. أن النهضة الإلكترونية الهائلة قد غزت هذا العالم، وأصبح الإنترنت أساسياً في أعمال السلطة الإدارية بشكل عام وتنظيم العقود الإدارية بشكل خاص.
2. وجوب العمل على إيجاد حلول يتم وضعها في يد المشرع لتنظيم المسائل التشريعية والقضائية والفقهية ذات العلاقة، وبالتالي التسهيل على المشرع مواكبة التطورات الإلكترونية اللازمة لتيسير أعمال الإدارة.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في بحث مدى انسجام التنظيم التشريعي في فلسطين مع أساليب إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية في ظل التطورات العالمية التي لحقت أعمال الإدارة بشكل عام والتي ساهمت بشكل أساسي بظهور الحكومة الإلكترونية.

أسئلة الدراسة:

- 1- ما هو العقد الإداري الإلكتروني؟
- 2- ما هي معايير تميز العقد الإداري الإلكتروني عن العقود الأخرى؟
- 3- ما هي أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني؟
- 4- كيف يتم الإيجاب والقبول في العقد الإداري الإلكتروني؟
- 5- ما هو موقف المشرع الفلسطيني من العقد الإداري الإلكتروني؟
- 6- ما هو موقف الشريعة الإسلامية من العقود الإدارية الإلكترونية؟
- 7- هل أجازت الشريعة الإسلامية إبرام بعض العقود بالوسائل المستحدثة؟

فرضيات الدراسة:

اتساقاً مع مشكلة البحث فإننا ننتقل من فرضيتين مترابطتين، وذلك على النحو الآتي:

- 1- استخدم المشرع الفلسطيني الوسائل الإلكترونية في مجال إبرام العقود الإدارية.
- 2- العقد الإداري الإلكتروني يوفر الوقت والجهد والمال إلى حد كبير على الإدارة، وبالتالي هو أفضل من العقد الإداري التقليدي.

أهداف الدراسة:

يهدف الباحث من خلال هذه الدراسة الى ما يلي:

- 1- تسليط الضوء على المبادئ التي تخضع لها أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني.
- 2- بيان معايير تميز العقد الإداري الإلكتروني وكذلك أنواعه.
- 3- بيان التحول في طريقة التعاقد المادية القائمة على استخدام الأوراق إلى طريقة غير مادية إلكترونية.
- 4- بيان أساليب إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية.
- 5- بيان موقف الشريعة الإسلامية من استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية.

منهج الدراسة:

سيتم في هذه الدراسة استخدام المنهجين التحليلي والمقارن، وذلك من خلال بيان ماهية العقد الإداري وكذلك العقد الإلكتروني والربط بينهما؛ لبيان ماهية العقد الإداري الإلكتروني، وتبيان أساليب إبرامه سواء كانت أساليب أصلية أم أساليب احتياطية، وذلك من خلال البحث في القوانين سارية المفعول والمطبقة في فلسطين، وكذلك التطرق إلى الآراء الفقهية القانونية في هذا الموضوع، وثم مقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية.

هيكلية الدراسة:

تتكون هذه الدراسة من الآتي/

- الفصل الأول: ماهية العقد الإداري الإلكتروني
 - المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري الإلكتروني.
 - المبحث الثاني: معايير تمييز العقد الإداري الإلكتروني.
- الفصل الثاني: إبرام العقد الإداري الإلكتروني بأسلوب المناقصة الإلكترونية
 - المبحث الأول: مفهوم المناقصة الإلكترونية وأنواعها.
 - المبحث الثاني: المبادئ التي تحكم المناقصة العامة الإلكترونية.
 - المبحث الثالث: الإيجاب والقبول في المناقصة الإلكترونية.
- الفصل الثالث: الأساليب الاحتياطية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني
 - المبحث الأول: إبرام العقد الإداري الإلكتروني بأسلوب استدراج عروض الأسعار.
 - المبحث الثاني: إبرام العقد الإداري الإلكتروني بأسلوب الشراء المباشر.
- الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج، والتوصيات التي توصل إليها الباحث.

الدراسات السابقة:

1- دراسة الدكتور قي دار صالح، بحث محكم بعنوان: إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، حيث تناول البحث ماهية العقد الإداري الإلكتروني، وآلية إبرامه باستخدام الأساليب الإلكترونية وكذلك إثباته، وذلك في ضوء التشريع العراقي مقارناً ببعض التشريعات الأخرى مثل التشريع المصري والفرنسي، إلا أنه لم

يتناول أساليب إبرام الخاصة بالعقد الإداري الإلكتروني بشيء من التفصيل، وهذا ما يميز دراستنا عن هذه الدراسة.

2- دراسة الدكتور هاني عبد الرحمن غانم، بحث محكم بعنوان: أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني، حيث تناول البحث ماهية العقد الإداري الإلكتروني وأساليب إبرامه بشكل مختصر دون أن يسلط الضوء على أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك الموضوع، وهذا ما يميز دراستنا عن هذه الدراسة.

الفصل الأول

ماهية العقد الإداري الإلكتروني ومعايير تمييزه

الفصل الأول

ماهية العقد الإداري الإلكتروني ومعايير تمييزه

تمهيد وتقسيم:

أدى تغيير دور الدولة في نهاية القرن التاسع عشر الميلادي وبداية القرن العشرين من دولة حارسة تنحصر مهامها في الحفاظ على الأمن الخارجي والداخلي، والفصل في المنازعات إلى دولة متدخلة مسؤولة عن تقديم مختلف الخدمات للمواطنين إلى توسيع مجال نشاط الإدارة وانتشار المرافق العامة المهنية والاقتصادية.⁽¹⁾

ولقد ظهرت فكرة العقود الإدارية بفضل الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة⁽²⁾، فكان له الفضل في ابتداء القانون الإداري وإرساء مبادئه وأحكامه في شتى المجالات والتي من أهمها العقود الإدارية، بما يتناسب وطبيعة المنازعات الإدارية⁽³⁾. ولهذا فإن الاهتمام الدولي بالعقود الإدارية من جهة، وانتشار العقود الإلكترونية من جهة أخرى، أدى بفقهاء القانون إلى البحث عن مدى إمكانية وجود العقد الإداري بالوسائل الإلكترونية، ومعايير تمييزه عن العقد المدني، وبيان أساليب إبرامه.

وقد لاقت الإدارة الإلكترونية ترحيباً كبيراً وتجاوزاً عظيماً في إطار العقود الإدارية.⁽⁴⁾ لدورها في تيسير المرافق العامة.

ولكل ذلك سوف يقسم الباحث هذا الفصل إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: سيتناول فيه ماهية العقد الإداري الإلكتروني.

المبحث الثاني: سيتناول فيه معايير تمييز العقد الإداري الإلكتروني.

(1) - الخلايلة، القانون الإداري (ص260).

(2) - الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص251).

(3) - البناء، العقود الإدارية (ص7).

(4) - الحلوى، العقود الإدارية، طبعة 2012 (ص122).

المبحث الأول

ماهية العقد الإداري الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

من المقرر أن العقد بصفة عامة يتمثل في تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فهو ملزم لأطرافه بتقسيماته كافة، سواء من حيث التسمية أو العوض أو شروط الانعقاد أو الآثار المترتبة على العقد وكذلك مدى نفاذ العقد.⁽¹⁾

ولا يخرج العقد الإلكتروني في الواقع في بنائه وطبيعته وأركانه عن هذا السياق، ومن ثم يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، لكن ما يميز هذا العقد هو مدى تأثير الطابع الإلكتروني عليه والوسائط الإلكترونية وخاصة شبكة الإنترنت التي يتم من خلالها⁽²⁾.

فالعقد الإلكتروني وليد التطور التكنولوجي الهائل، ومن هذا المنطلق تناول الباحث العقد الإداري الإلكتروني من خلال تحديد مفهومه من الناحية اللغوية والاصطلاحية، تمهيداً لبيان أنواعه.

لذلك سيتناول الباحث ماهية العقد الإداري الإلكتروني في مطلبين، حيث يتطرق المطلب الأول إلى مفهوم العقد الإداري الإلكتروني، ومن ثم تسليط الضوء على أنواع العقد الإداري الإلكتروني في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

مفهوم العقد الإداري الإلكتروني

لبيان مفهوم العقد الإداري الإلكتروني، فقد قسم الباحث هذا المطلب إلى ثلاث فروع، الفرع الأول يتناول مفهوم العقد الإداري، والفرع الثاني يتحدث عن العقد الإلكتروني، ومن خلال الفرعين السابقين نخرج بفرع ثالث ألا وهو تعريف العقد الإداري الإلكتروني.

(1) - الدن، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني (ص9).

(2) - النمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص42).

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري

أولاً: تعريف العقد في اللغة

العقد مأخوذ من عَقَدَ يَعْقِدُ عَقْدًا، والعقد نقيض الحل، والعقدة ما يمسكه ويشده ويوثقه، ومنه قيل عقدتُ البيع والحبل، وعاقدته على كذا وعاقدته عليه بمعنى: عاهدته.

والعقد عند أهل اللغة يدور مفهومه على معاني الربط والتوثيق والالتزام فهو بذلك الربط بين أطراف الشيء سواء أكان حسيًا كعقد الحبل أو معنويًا كعقد النية وعقد النكاح، وكعقد البيع إذ هو ربط بين كلاميين.⁽¹⁾

ثانياً: تعريف العقد في الاصطلاح

أما في الاصطلاح فيُعَرَّفُ العقد على أنه توافق ارتباط بين كلاميين أو إرادتين من طرفين، هذا الارتباط ينشئ آثاراً، وتترتب عليه حقوق متقابلة.⁽²⁾ وعرفته مجلة الأحكام العدلية على أنه "تعلق كل من الإيجاب والقبول على وجه مشروع يظهر أثرهما في متعلقهما"⁽³⁾، وكما وتنص المادة (74) من القانون المدني الفلسطيني على أنه "ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاده"⁽⁴⁾، وبذلك يكون العقد حسب التعريف الاصطلاحي هو ملزم لطرفي العقد، أي كل طرف له حقوق وعليه التزامات.

إن مصدر هذا الإلزام هو الدين الإسلامي، قبل القوانين الوضعية، فقد أمر الله تعالى المؤمنين بالوفاء

بالتزاماتهم العقدية، ويظهر هذا الأمر جلياً في قوله سبحانه في بداية سورة المائدة "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

(1) - ابن منظور، لسان العرب، (3/296).

(2) - أبو هريبد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، ص3، وهذا المفهوم للعقد عبر عنه ابن عابدين بقوله "مجموع ايجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو الكلام الواحد القائم مقامهما" ابن عابدين، حاشية، (3/3).

(3) - المادة (104) من مجلة الأحكام العدلية، كتاب البيوع، مجلة الأحكام العدلية هي بمثابة القانون المدني وكانت مطبقة في العديد من الدول العربية والإسلامية إبان الحكم العثماني وما زالت مطبقة في فلسطين الي يومنا هذا، وصدرت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني عام 1286هـ الموافق 1869م وتوطد نفوذها في عام 1293هـ الموافق 1886م في عهد السلطان عبد الحميد الثاني.

(4) - المادة (74) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م.

أوفُوا بِالْعُقُودِ"⁽¹⁾.

ولا يخلو كتاب فقهي من كتب الفقه الإسلامي في مذهبه جميعاً، من صفحات مطولة تبحث أنواع العقود وأحكامها وآثارها، وهذا دليل آخر على مشروعية العقد في الفقه الإسلامي.⁽²⁾

ثالثاً: تعريف العقد الإداري

لقد استقر القضاء على تعريف العقد الإداري أنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص."⁽³⁾

أما الفقه فقد عرف العقد الإداري على أنه "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين على أن تكون إحداها على الأقل صادرة عن شخص معنوي عام يتصرف بوصفه سلطة عامة بهدف إدارة أو تسيير مرفق عام"⁽⁴⁾ وعُرف أيضاً على أنه "عقد يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره، ومستخدمًا وسائل القانون العام."⁽⁵⁾

يتضح للباحث من هذه التعريفات أنها استقرت على وجوب توفر ثلاثة عناصر أو شروط⁽⁶⁾ وهي:

- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً⁽⁷⁾.
- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام.

(1) - [المادة: 1].

(2) - بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي (ص 7-8).

(3) - السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها (ص 12).

(4) - غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص 498).

(5) - البناء، العقود الإدارية (ص 28).

(6) - القيسي، الوجيز في القانون الإداري (ص 321). على خلاف ذلك فإن المشرع الفرنسي يكتفي بتوافر شرطين فقط على أن يكون الشرط الأول من بين هذين الشرطين، فهو يكتفي لتمييز العقد الإداري أن يتصل بمرفق عام أو يحتوي على شروط استثنائية بجوار المعيار العضوي (أحد طرفي العقد شخص معنوي عام)، وقد استقر ذلك في فرنسا بعد قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 20 نيسان 1956م في قضية الزوجين (بيرتين).

(7) - أشخاص القانون العام تتمثل في الدولة، وكل من الأشخاص المرفقية ومثالها هيئة الإذاعة والتلفزيون، والأشخاص الإقليمية ومثالها البلديات، بالإضافة إلى الأشخاص المهنية كالتنقابات.

- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وتأخذ الإدارة فيه بوسائل القانون العام.

وقد فصل الباحث ذلك عند الحديث عن معايير تميز العقد الإداري الإلكتروني.

ويلاحظ من التعريفات السابقة أن العقد الإداري لا يختلف عن العقد المدني من حيث إنشائه فالعقدان يتسمان بتوافق إرادتين؛ ولكن في العقد الإداري تكون الإدارة إحدى هاتين الإرادتين، وذلك لأنه يتصل بإدارة مرفق عام ويكون الهدف من وراء هذا العقد هو المصلحة العامة، وإن كانت هذه المصلحة هي هدف الإدارة بشكل عام، سواء في العقود الإدارية أو القرارات أو غير ذلك من الأعمال، في حين أن مثل هذه المصلحة ليست هي غاية في العقود المدنية.

العقود الإدارية في الشريعة الإسلامية

لم أعر على تعريف للعقد الإداري في الفقه الإسلامي، وذلك لحدثة هذا المصطلح. لقد عرفت الشريعة الإسلامية العقود الإدارية، ومرجع ذلك إلى أن الشريعة الإسلامية هي شريعة متكاملة ومتوازنة وقد شملت معظم المعاملات التي تربط العلاقة ما بين الدولة والفرد، فعرفت العقود الإدارية منذ القدم، أي قبل القوانين الوضعية واجتهادات القضاء ولاسيما مجلس الدولة الفرنسي، ونستدل على ذلك من الحادثة التي أقرها رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عندما أراد إخراج اليهود من أرض الحجاز حين أظهره الله عليهم، فسألت اليهود الرسول -صلى الله عليه وسلم- ليقرهم بها وأن يكفوا عملها ولهم نصف الثمر فقال لهم عليه الصلاة والسلام: "نقرم فيها على ذلك ما شئنا" فقرأوا بها حتى جلاهم عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- إلى تيماء وأريحا. وقال عبد الله بن عمر: "إن الرسول -صلى الله عليه وسلم- أعطى خيبر لليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر مما يخرج منها".⁽¹⁾

وبذلك يعتبر هذا العقد بين الرسول (صلى الله عليه وسلم) واليهود عقدًا إداريًا لتوافر عناصر العقد الإداري والتي تتمثل في الآتي:

- تم إبرام العقد بين جهة إدارية تتمثل في الدولة الإسلامية التي يمثلها في ذاك الوقت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وجهة خاصة تتجسد في بعض المزارعين من اليهود.

(1)- البخاري: صحيح البخاري، كتاب الإجارة/ باب إذا استأجرت أرضاً فمات أحدها 94/3، رقم الحديث {2258}.

- يتعلق العقد بتسيير أحد مرافق الدولة العامة وهو مرفق الأرض الزراعية.
- ويتضمن شرطاً استثنائياً غير مألوفاً في عقود القانون الخاص، وهو إمكانية فسخ العقد في أي وقت بإرادته المنفردة إذا استلزمت المصلحة العامة ذلك، أخذاً بقواعد السياسة الشرعية بدلاً من القواعد الفقهية المعروفة في المعاملات العادية.

ومن خلال هذه العناصر السابقة، ذهب جانب من الفقه-وبحق-الى تعريف العقد الإداري في الفقه الإسلامي الى أنه " عقد تبرمه الجهة الإدارية أو من يقوم مقامها، من جهة خاصة، لتسيير مرفق عام، مستخدمة سلطتها الإدارية".⁽¹⁾

أما عن حقوق والتزامات طرفي العقد أو العقد العام كما يُطلق عليه في الفقه الإسلامي فيقول الله عز وجل "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁽²⁾. ولقد دلت الآية على وجوب الإيفاء بالعقود، كما إن لفظ العقود جاءت بصيغة العموم دون تخصيص، وبالتالي فيكون ما أمرنا بالوفاء به من الأمور المباحة، وإذا كانت مباحة فهي صحيحة، ولو كان الأصل فيها الحظر لم يجز أن نؤمر بها مطلقاً، وعلى هذا فإن جميع أنواع العقود، والتي منها العقود الإدارية من الأمور المباحة إلا ما خص بدليل.⁽³⁾

الفرع الثاني: تعريف العقد الإلكتروني

لقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية عن بعد بأنها "أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي المترامن لهما، وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف".⁽⁴⁾

أما بالنسبة لتعريف فقهاء القانون فقد عُرف على أنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين المُوجب والقابل"⁽⁵⁾. وعُرف أيضاً

(1) - أوهاب، نظرية العقد الإداري (ص80 وما بعدها).

(2) - {المائدة:1}.

(3) - ابن تيمية، القواعد النورانية (ص192).³

(4) - المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر بتاريخ 1997/5/20م.

(5) - المنزلوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (ص12).

على أنه " اتفاق يُبرم وينفذ جزئياً و كلياً عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، بقصد إنشاء التزامات تعاقدية، وذلك بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسيط".⁽¹⁾

يتضح من التعريفات السابقة أن هناك تعريفين للعقد الإلكتروني من حيث الوسيلة التي ينعقد بها، أحد هذين التعريفين واسع يشمل العقد الإلكتروني الذي يتم بالوسائل الإلكترونية سواء كانت شبكة الإنترنت أو الفاكس أو التلكس أو الفاكسميلي... إلخ، والآخر ضيق وهو العقد الذي يتم عبر شبكة الاتصالات الدولية الإنترنت فقط.⁽²⁾

وجميع الوسائل التي تستخدم لإبرام العقد الإلكتروني لا تحول دون إمكانية إبرامه بين أشخاص متواجدين في نفس الرقعة الجغرافية ولكن بأماكن مختلفة، لأن في هذه الحالة يعتبر العقد قد تم بين غائبين، ومثال على ذلك العقد الذي يبرم بطريق الانترنت بين شخصين متواجدين في منطقة جغرافية واحدة ولكن بأماكن مختلفة، فهو يعتبر عقد إداري إلكتروني قد تم من خلال شبكة إلكترونية، وكذلك العقد الذي يتم بين شخصين بطريقة التليفون. وإن كان بعض الأنظمة لا تُضفي الصفة الإلكترونية للعقد الذي يتم بطريق التليفون، على أساس أنه قد تم من خلال اتصال مباشر يتم من خلاله تبادل وجهات النظر فيما يتعلق بالعملية العقدية.⁽³⁾

ويرى الباحث أن هذه الأنظمة التي لا تضفي الصفة الإلكترونية للعقد الذي يتم بطريقة التلفون ضمناً لا تعترف بالصفة الإلكترونية للعقد التي تتم أيضاً بطريقة الانترنت وذلك لأن المنطق ذاته هو الذي يحكم التعاقد بطريق الإنترنت والمتمثل في الاتصال الدائم والمباشر. والمقصود هنا بالاتصال الدولي بالإنترنت أي الاتصال الذي يكون من خلال شبكة دولية وهي الإنترنت وليس المقصود هنا انعقاده بين دول، وإن كان ذلك جائزاً.

أخيراً يلاحظ الباحث أن أطراف العقد الإلكتروني قد يكونون تجاراً، أو هيئات إدارية وأفراد، أي أن الإدارة طرفاً فيه، والصورة الأخيرة هي ما يُطلق عليها العقد الإداري الإلكتروني، إذا توافرت معايير تمييز العقد الإداري، وهي محور دراسة في هذا البحث.

(1) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص45).

(2) - المرجع السابق (ص44).

(3) - الحلامة، التجارة الإلكترونية (ص213).

العقود الإلكترونية في الشريعة الإسلامية:

إنّ العقد الإلكتروني ليس لديه تعريف في كتب الفقهاء القدامى لأنّ هذا العقد وبهذه الوقائع وبصورته هذه لم يقع في عصرهم، ولو وقع لأجابوا عليه وعرفوه تعريفاً شاملاً جامعاً. (1)

ولقد حاول بعض المعاصرين تعريفه وعرفوه "بأنه العقد الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية سواءً كانت تلك الوسائل كهربائية أو مغنطيسية أو أي وسيلة أخرى مناسبة". (2)

وعرفه البعض بأنّه: "اتفاق يتلاقى فيه الايجاب بالقبول على شبكة دوليه مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيله مسموعة أو مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل". (3)

وقيل هو: "ذلك العقد الذي ينطوي على رسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمه على صيغ معده سلفاً ومعالجه الكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية". (4)

الفرع الثالث: تعريف العقد الإداري الإلكتروني

بعد تعريف العقد الإداري والعقد الإلكتروني كلاً على حدا، سيتناول الباحث تعريف الفقهاء للعقد الإداري الإلكتروني والذي يجمع بين كلا العقدين السابقين، فعرفه الدكتور هاني غانم على أنه "اتفاق يتم إبرامه أو تنفيذه أو كليهما معاً عن بُعد بواسطة الوسائل الإلكترونية بين أحد أشخاص القانون العام وشخص آخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بإدارة مرفق 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". (5)

يتضح من خلال هذا التعريف أن الدكتور هاني غانم قد ساوى بين الاتفاق والعقد، إلا أن بعض الفقهاء يفرق بين الاتفاق والعقد، إذ يعتبر العقد أخص من الاتفاق، حيث يرمي العقد إلى إنشاء الالتزام أو نقله. بينما

(1) - عيسى، مفهوم العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي، موقع الكتروني. 1

(2) - شوقي، عقد البيع الإلكتروني (ص35). 2

(3) - أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنت (ص29). 3

(4) - ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (ص15). 4

(5) - غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص449).

يرمي الاتفاق إلى إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، بمعنى أنهم يعتبرون أن الاتفاق (جنس) والعقد (نوع)، فكل عقد يكون اتفاق أما الاتفاق فلا يكون عقد إلا إذا كان منشأً للالتزام أو ناقلاً له.⁽¹⁾

وفي تعريف آخر عُرف على أنه: "ذلك العقد الذي تبرمه الدولة مع دولة 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 بالقانون الخاص"⁽²⁾.

ويتبين من التعريفات السابقة أن الشرط الأساسي لاعتبار العقد عقدًا إداريًا إلكترونيًا هو أن يتم إبرامه بواسطة الوسائل الإلكترونية، بشرط أن تتوفر فيه شروط العقد الإداري.

ويثير الباحث هنا تساؤل مهم وهو: ما مصير العقود التي يتم إبرامها بالوسائل العادية ولكن يتم تنفيذها بالوسائل الإلكترونية، فهل تعتبر من قبيل العقود الإدارية الإلكترونية؟

لقد أجاب على ذلك التساؤل الدكتور هاني غانم من خلال تعريفه السابق، فهو أورد كلمة (تنفيذه) في تعريفه (اتفاق يتم إبرامه أو تنفيذه أو كليهما معًا عن بُعد بوسائل إلكترونية)، ويستنتج من ذلك أن العقد يعتبر من قبيل العقود الإدارية الإلكترونية في حال تم إبرامه أو تنفيذه بالوسائل الإلكترونية أو كليهما معًا إن توافرت شروط العقد الإداري الأخرى.

بعد تعريف العقد الإداري الإلكتروني، يتبين أن من أهم خصائص هذا العقد التي تميزه عن غيره الآتي:⁽³⁾

1- العقد الإداري الإلكتروني يتم إبرامه من خلال الوسائل الإلكترونية، وهذه الخاصية أكثر ما يميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود التقليدية، إذ أن الاختلاف بينهما يكون في طريقة الإبرام ووسائل الإثبات وليس في الأطراف أو الموضوع. حيث إن محل العقد يمكن أن يرد على كل الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها، أما بالنسبة للأطراف فلا يختلفون عن أطراف أي عقد آخر من مستأجرين أو بائعين أو مقدمي خدمات، كما أنه يمكن إبرامه بين الأفراد والأشخاص المعنوية العامة كالمؤسسات.

(1)- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (ص9).

(2)- نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص54).

(3) - الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري القانوني (ص339-341).

2- يمكن اعتبار العقود الإدارية الإلكترونية نوع خاص من العقود التي يتم إبرامها عن بعد، فهي بين غائبين، أو بغياب الحضور المادي للطرفين، وبالتالي لا يمكن التأكد من أهلية الطرف الآخر وسلامة المنتج من العيوب، إضافة إلى الغموض الذي يمكن أن يصيب الإثبات والتنفيذ، لكن العقد الإلكتروني الذي يتم عن طريق الإنترنت يسمح بالوجود الافتراضي للأطراف وبإمكانية التفاوض الشامل حول العقد وتنفيذه.

3- يتسم العقد الإلكتروني بالطابع الدولي؛ لأنه يُبرم عبر شبكة الإنترنت والتي ترتبط بها غالبية دول العالم، مما يثير مسائل قانونية كثيرة في هذا الصدد، كمعرفة القانون واجب التطبيق، والمحكمة المختصة في منازعات العقد الإلكتروني.

4- يمكن إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية عبر الإنترنت، وهذا ما يميزها عن العقود العادية، إذ أصبح في الأولى إمكانية تسليم المنتجات معنويًا أو إلكترونيًا مثل: الاستشارات الطبية أو برنامج الحاسب أو التسجيلات الموسيقية.

5- يمكن إثبات العقود الإلكترونية عبر التوقيع الإلكتروني، ويمكن الوفاء بالثمن عبر وسائل الدفع الإلكترونية كالبطاقات البنكية والنقود الإلكترونية على خلاف العقود التقليدية العادية.

6- كما تتميز العقود الإلكترونية بحق العدول، وهذا ما لا يتوفر في العقود التقليدية، حيث إنه لا يمكن الرجوع في العقود التقليدية إذا تلاقى الإيجاب بالقبول، ولكن لخصوصية العقد الإلكتروني والعقود عن بعد أعطى القانون للقابل حق العدول؛ وذلك لعدم وجود الإمكانية الفعلية لمعاينة محل العقد والإمام بخصائصه قبل إبرام العقد.

الرؤية الشرعية للعقود الإدارية الإلكترونية:

لقد أجازت الشريعة الإسلامية إبرام العقود بالوسائل المستحدثة كالإنترنت وغيرها من الوسائل، ويرجع ذلك إلى أن العقد الإلكتروني قد وجد نتيجة حرية الفكر، والتي لم يكن الإسلام في يوم من الأيام يحارب هذه الحرية، فالإسلام يحترم ما ينتجه العقل وما يتوصل إليه من ابتكارات واختراعات لا تخالف الشرع، فالشريعة الإسلامية لا تقيد حرية الفكر إلا فيما يتعلق بالعقيدة والعبادات، لأن ذلك يعتبر حدود لا يمكن بأي حال من

الأحوال المساس بها، فالعقيدة الدينية تتعلق بالإيمان الذي يشمل ما ورد بالكتاب والسنة وما أجمع عليه المسلمون.⁽¹⁾

يقول تبارك وتعالى: "إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"⁽²⁾، ويقول: "أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ الْقُرْآنَ أَمْ عَلَى قُلُوبٍ أَقْفَالُهَا"⁽³⁾، فيقول تعالى ذكره أفلا يتدبر هؤلاء المنافقون مواضع الله التي يعظم بها في آي القرآن الذي أنزله على نبيه عليه صلاة الله وتسليمه، ويتفكرون في حججه التي بينها لهم في تنزيله فيعلموا بها خطأ ما هم عليه مقيمون. (أم على قلوب أقفالها) بقول: أم أفل الله على قلوبهم فلا يعقلون ما أنزل الله في كتابه من المواضع والعبر.

وبنحو ذلك قال أهل التأويل، ذكر من قال ذلك:

• حدثنا بشر، قال: ثنا يزيد، قال: ثنا سعيد عن قتادة قوله (أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها) إذا والله يجدون في القرآن زاجراً عن معصية الله، لو تدبره القوم فعقلوه ولكنهم أخذوا بالمتشابهة فهلكوا عند ذلك.⁴

ويستنبط من هذه الآيات الكريمة أن حرية الفكر للجميع في كثير من المجالات، ودليل ذلك أن الاجتهاد يعتبر مصدرًا من المصادر الشرعية في استنباط الأحكام بعد القرآن الكريم والسنة النبوية.

فالإسلام يفتح باب الفكر أمام الناس على مصراعيه، إلا في ذات الله وما يؤدي إلى الكفر بإنكار أصل من الأصول الدينية المعلومة بالضرورة كالإيمان بالله تعالى.⁽⁵⁾

(1) - مانع، أثر تكنولوجيا المعلومات على ممارسة الحقوق والحريات العامة (ص33).

(2) - {الجاثية: 13}.

(3) - {محمد: 24}.

(4) - الطبري، تفسير الطبري (جامع البيان في تأويل القرآن) (ص509).

(5) - عودة، التشريع الجنائي الإسلامي (ص29).

والأصل في المعاملات -سواء كانت بالوسائل الالكترونية أم العادية-الإباحة ما لم يرد دليل على تحريمها، وهذا متفق عليه⁽¹⁾، ودليل ذلك قوله تعالى: "قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حُرِّمَ عَلَيْكُمْ"⁽²⁾ فيستدل من هذه الآية أن كل ما لم يفصل لنا تحريمه فهو حلال بنص القرآن.

ومن هذا المنطلق يجد الباحث أن الشريعة تبنت الحرية في التعاملات كقاعدة أصلية في النظام الإسلامي كحرية العمل وحرية التعاقد، إلا أن هذه الحرية لا تعني الانفلات بل هي مقيدة بعدم تعارضها مع حرية الآخرين، وذلك لأن الشارع الحكيم ضمن تحقيقها في ظل قواعد العدالة.⁽³⁾

(1)- الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه (ص88).

(2)- {الأنعام:119}.

(3)- خطاب، فقه المعاملات المالية (ص5).

المطلب الثاني

أنواع العقود الإدارية الإلكترونية

توجد أنواع متعددة ومتنوعة من العقود الإدارية المسماة وغير المسماة، ويقصد بهذه الأخيرة التي تحدّد وفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد المشرع، وذلك لانطباق شروط العقد الإداري وأركانه. ومن أمثلة العقود غير المسماة تلك التي تلتزم الإدارة بمقتضاها بالاتفاق مع الطالب أثناء دراسته وتأهيله على أن يلتزم بالمقابل بالعمل في خدمة الإدارة لمدة معينة بعد تخرجه.⁽¹⁾

أما العقود الإدارية المسماة فهي تشكل غالبية العقود الإدارية، وغالباً ما تخضع هذه العقود لنظام قانوني خاص بها ولها خصائص وسمات تميزها عن غيرها، ومن أهمها عقد الامتياز، عقد الأشغال العامة، عقد التوريد، عقد النقل، وعقود الخدمات، وكذلك عقد القرض العام.

وتجدر الإشارة إلى أن العقود لا تكون عقود إدارية في فلسطين إلا إذا توافرت معايير العقد الإداري المتمثلة في المعيار العضوي والمعيار المزدوج، أي توافر الشروط الثلاثة المميزة للعقد الإداري، وذلك على خلاف ما هو متبع في فرنسا نتيجة التطورات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي والتي أصبحت تكتفي لإسباغ الصفة الإدارية على عقود الإدارة بتوافر عنصر واحد من عناصر المعيار المزدوج إلى جوار المعيار العضوي. وسوف يتناول الباحث هذه المعايير بالشرح الوافي لاحقاً.

وسيتناول الباحث في هذا المطلب بعض أنواع العقود الإدارية وذلك من خلال خمسة فروع على الترتيب الآتي: عقد امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وعقد النقل، وأخيراً عقد القرض.

الفرع الأول: عقد امتياز المرافق العامة

تتنوع طرق إنشاء وتشغيل وإدارة المرافق العامة في الدول، فكل دولة تختار الطريقة التي تناسبها لإدارة وتشغيل مرافقها العامة، وذلك وفقاً لاعتبارات إدارية ومالية وفنية، واللجوء إلى أسلوب الامتياز في إدارة المرافق العامة يأتي انعكاساً لتوجهات الدول المختلفة في طبيعة وحجم مشاركة القطاع الخاص في عمليات التنمية والاستثمار وإدارة القطاعات الخدمائية.⁽²⁾

(1) - القيسي، الوجيز في القانون الإداري (ص323).

(2) - الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، عقود الامتياز (حالة شركة الاتصالات الفلسطينية)، 2004، (ص1).

فيعرف الفقه عقد الامتياز بأنه: "عقد إداري يتولى الملتزم سواء أكان فردًا أم شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلًا عن الشروط التي يتضمنها عقد الامتياز".⁽¹⁾

وعُرف أيضًا بأنه "بمقتضى هذا العقد تعهد الإدارة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص (طبيعي أو معنوي) بإدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي لمدة معينة متحملاً أخطاره المالية مقابل التي يحصلها من المنتفعين".⁽²⁾

ومن خلال التعريفات السابقة يتضح لنا الآتي:⁽³⁾

1- من ناحية الموضوع: يجب أن يكون موضوع عقد الالتزام إدارة مرفق عام ذو طبيعة اقتصادية، إذ إن مثل هذه المرافق يكون الغرض منها هو تحقيق عائد مادي أو فائض من الربح تجعل الملتزم يقدم عليها.

2- أما من ناحية أطرافه: فإن الملتزم يجب أن يكون شخصًا من أشخاص القانون الخاص فردًا كان أو شركة، وبالتالي فلا يتصور أن يكون الملتزم هو أحد أشخاص القانون العام أو شركة من شركات القطاع العام وشركة اقتصاد مختلط.

3- ومن ناحية تحمل النفقات: فقد كان الملتزم دائمًا هو المتحمل لنفقات المرفق ولا تلتزم الإدارة مانحة الالتزام بأي نفقات.⁽⁴⁾

4- ومن ناحية المقابل الذي يحصل عليه الملتزم: فيكون عبارة عن رسوم يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالمرفق طيلة مدة الالتزام.⁽⁵⁾

(1)- الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص108).

(2)- فكري، محاضرات في العقود الإدارية (ص27).

(3)- حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، ص(98-99).

(4)- ولكن هذه السمة قد لحق بها التطور وأصبح من الممكن أن تشارك الإدارة مانحة الالتزام في نفقات المرفق بمساهمة مالية مع الملتزم لصيانة المرفق وحسن إدارته.

(5)- ولكن هذه السمة قد لحق بها التطور وأصبح من الممكن أن يكون المقابل الذي يحصل عليه الملتزم عبارة عن مكافئة من قبل مانح الالتزام أو مقابل بعض الإعلانات.

ولقد كان أسلوب الامتياز قائمًا في فلسطين في العديد من الحقول (الكهرباء، استخراج الأملاح، المعادن)، ولكنه ظهر على نحو واضح في حقل الاتصالات منذ قيام السلطة الوطنية الفلسطينية، والتي فتحت المجال لشركات الامتياز لإنشاء وإدارة وتشغيل اتصالات الهاتف الثابت والمحمول، وعلى الرغم من وضع أسس تشريعية لمنح امتيازات في قطاع الاتصالات (قانون الاتصالات الفلسطيني) وإبرام اتفاقية امتياز بهذا الخصوص، تعمل من خلالها شركتا الاتصالات الفلسطينية (بالتل) والاتصالات الخلوية (جوال)، إلا أن منح هذا الامتياز شابه كثير من العيوب على المستويات التشريعية والتنظيمية والعملية.⁽¹⁾ فلم يصدر المشرع الفلسطيني إلى يومنا هذا القانون الذي ينظم القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات المتعلقة بالمرافق العامة.

ولقد خرجت العديد من الدراسات بتوصيات للمجلس التشريعي الفلسطيني بإصدار قانون يحدد الأحكام المتعلقة بتنظيم عقود الامتياز بشكل دقيق يشمل السلطة المختصة بمنح عقود امتياز المرافق العامة، وطريقة منحها، والشروط التفصيلية اللازمة لتنظيمها، وأن يشرع كذلك بسن القوانين اللازمة لتنظيم التزامات أطراف عقد امتياز مرفق الكهرباء.⁽²⁾

ويُعد عقد امتياز المرافق العامة من أهم وأخطر العقود الإدارية التي يتم تنظيمها ولذلك يتعين أن تُصدّق بقانون، والعلة في ذلك أن عقد الامتياز غالبًا ما يتعلق باستغلال مرافق حيوية وضرورية للمجتمع، علاوة عن أن عقد الامتياز يتعلق باستغلال مرفق عام يتطلب إنشاؤه وتنظيمه تكاليف باهظة الثمن.⁽³⁾

وبشكل عام يتسم عقد الامتياز بالخصائص التالية:

- أنه عقد طويل الأمد، يحتاج تنفيذه لفترة طويلة قد تزيد عن خمسين عام.
- تتمتع الإدارة مانحة الامتياز بسلطة تقديرية واسعة في إبرام العقد الإداري مع الشركة أو الشخص المعنوي طالب الامتياز.

(1) - الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، عقود الامتياز (حالة شركة الاتصالات الفلسطينية) (ص2).

(2) - أحمد عبد العال، النظام القانوني لتنفيذ عقد امتياز شركة كهرباء فلسطين (ص155).

(3) - الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري (ص258).

- يسود الطابع الشخصي على هذا العقد، بمعنى أن الإدارة لا تتقيد بقانون المناقصات والمزايدات عند التعاقد⁽¹⁾

عقد التزام المرافق العامة في الشريعة الإسلامية:

أما عن عقد التزام المرافق العامة في الشريعة الإسلامية فقد وردت كلمة المرفق في قوله تعالى: " وَإِذَا عَتَرْتُمْهُمْ وَمَا يَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ فَأُؤْوَا إِلَى الْكَهْفِ يَنْشُرْ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ رَحْمَتِهِ وَيُهَيِّئْ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ مَرْفَقًا"⁽²⁾.

وفي تفسير هذه الآية يقول صاحب الجلالين: وما ترفقون به من غذاء وعشاء، أي إشباعًا لجوعهم وسدًا لحاجاتهم من الطعام أو ما يتفق به، أي ينتفع به وفقًا لمعناه اللغوي.⁽³⁾

ولم تغب فكرة المرفق العام عن فقهاء المسلمين، فهذا ابن حزم يتحدث عنها في كتابه المحلى بقوله: "القاعدة أنه لا يجوز الانفراد بشيء حين يكون في هذا الانفراد ضرر ظاهر بالناس، ومن ذلك المرافق العامة كالمراح ورحبة السوق والطريق والمصلى..."⁽⁴⁾

وواضح أن حديث ابن حزم يتعلق بمبدأ المساواة في الانتفاع بخدمات المرافق العامة، وأن الدولة لا تستطيع أن تتصرف في هذا المال من بيع أو غيره مادام مخصصًا لمنفعة مرفق عام، ومن باب أولى لا يجوز الحجز ولا التنفيذ عليه (الحماية المدنية للمرافق العامة) لأن التنفيذ مقدمة للبيع وهذا غير جائز.⁽⁵⁾

ومن الممكن أن نقول إن المبادئ التي تحكم سائر المرافق العامة تندرج في نظرية المقاصد الشرعية والمصلحة المرسله مادامت تحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وأموالهم وعقولهم ونسلهم.⁽⁶⁾

الفرع الثاني: عقد الأشغال العامة

عرف القانون الفلسطيني عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة العامة وبين أحد المقاولين محله إنشاء الأبنية والطرق والمنشآت والمشاريع الهندسية بمختلف أنواعها ولوازمها وصيانتها ومتابعة تنفيذها والإشراف

(1) - حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام (ص101).

(2) - [الكهف: 16].

(3) - المحلى والسيوطي، تفسير الجلالين (1/382).

(4) - ابن حزم، المحلى (ص233).

(5) - الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية (ص177).

(6) - الباز، الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه (ص293).

عليها، مقابل أجر متفق عليه ووفقاً لأحكام القانون وشروط العقد ومرفقاته، كما يشمل عقد الأشغال العامة في محله الخدمات الفنية والمعرفة بأنها الدراسات والتصاميم الهندسية والفنية للأشغال والمشاريع والإشراف على تنفيذها وتشغيلها وأعمال المساحة وأية استشارات فنية أو هندسية تتعلق بالأشغال.⁽¹⁾

إن المشرع الفلسطيني بنصه وتعريفه للعقد وضح طبيعة المقاولات التي يتضمنها عقد الأشغال العامة سواء القيام بأعمال أو صيانتها أو الإشراف عليها أو الاستشارات الفنية والهندسية التي تتعلق بالأشغال العامة.⁽²⁾

أما فقهاء القانون فقد عرفوا عقد الأشغال العامة بأنه: " اتفاق بين الإدارة وشخص طبيعي أو معنوي بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب الإدارة، ويقصد تحقيق المصلحة العامة في نظير مقابل يحدد العقد"⁽³⁾.

وعُرف أيضاً بأنه "عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص آخر (كفرد أو شركة)، يتعهد بمقتضاه المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الهدم أو الحفر أو الترميم أو الإصلاح أو الصيانة في عقار لحساب الشخص العام، وتحقيقاً لنفع عام مقابل ثمن يحدده العقد."⁽⁴⁾

ويتبين من التعريفات السابقة أنه يلزم في عقد الأشغال العامة توافر ثلاثة عناصر:

1- عقد الأشغال العامة لا يرد إلا على عقار، فإذا كانت الأعمال خاصة بمنقول مهما كانت قيمتها أو أهميتها فإن الأمر يخرج عن نطاق عقد الأشغال العامة، ولو كانت هذه الأعمال واردة على أموال عامة.⁽⁵⁾

(1) - المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 1999م بشأن العطاءات للأشغال الحكومية، وكذلك عرف المشرع الفلسطيني عقد المقاوله في المادة (737) من القانون المدني رقم (4) لسنة 2012م على أنه " المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر".

(2) - مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة (ص7).

(3) - نصار، العقود الإدارية (ص117).

(4) - البناء، العقود الإدارية (ص73).

(5) - الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص258).

- ولا يشترط أن ترد الأعمال على عقار ببناؤه أو تعديله، وإن كان هذا هو الغالب فقد يكون الغرض من العقد إجراء أعمال صيانة كالتنظيف والكنس والرش وغيرها من أعمال الصيانة.⁽¹⁾
- 2- وجوب إتمام أعمال الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام، وعلى ذلك يجب أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال المقررة لصالح ولحساب شخص معنوي عام، وفي هذه الحالة يستوي أن يكون هذا الشخص هو المالك للعقار أم لا، فيكفي في هذه الحالة أن يكون للشخص المعنوي العام إشراف مباشر على الأعمال موضوع العقد.⁽²⁾
- وتطبيقاً لذلك لا يُشترط أن يكون العقار مملوكاً لشخص عام فقد يكون مملوكاً لأحد الأفراد، إنما المهم أن يكون إنجاز هذه الأعمال لحساب شخص معنوي عام.
- 3- يتعين أن يكون الهدف من إبرام هذا العقد تحقيق نفع عام ولا يشترط أن تتم هذه الأشغال على مال عام أو عقار مخصص لمرفق عام، ولهذا فإن من المتصور أن تكون الأشغال لحساب شخص عام وتتعلق بعقار الملتزم في حالة عقد التزام المرافق العامة، لأن الغاية منها هي تحقيق مصلحة المرفق التي تحقق النفع العام في نهاية المطاف.⁽³⁾

الشريعة الإسلامية أجازت ذلك النوع من العقود لمساهمة في سير عمل المرافق العامة بانتظام، وحيث إن المبادئ التي تحكم سائر المرافق العامة تندرج في نظرية المقاصد الشرعية والمصلحة المرسلّة مادامت تحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وأموالهم وعقولهم ونسلهم⁽⁴⁾. فالأصل في العقود في الفقه الإسلامي الجواز والصحة والإباحة، وعلى ذلك فالأفراد والأشخاص المعنوية لهم الحرية الكاملة في انشاء ما يشاؤون من العقود ما دامت لا تخالف أحكام الفقه الإسلامي.⁽⁵⁾

(1) - عبد الله، القانون الإداري (ص212).

(2) - نصار، العقود الإدارية (ص118).

(3) - عبد الله، القانون الإداري (ص212).

(4) - الباز، الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه (ص293).

(5) - الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري في الفقه الإسلامي (ص174).

الفرع الثالث: عقد التوريد

لم يعرف المشرع الفلسطيني في قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998م وقانون الشراء العام رقم (8) لسنة 2014م والمشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998م عقد التوريد الإداري، تاركين ذلك للفقهاء والقضاء وذلك بخلاف المشرع المصري.⁽¹⁾

لقد عرف المشرع الفرنسي في قانون المشتريات العامة الصادر بموجب المرسوم رقم 975 / 2006 بتاريخ 2006/8/1 عقود التوريد العامة بأنها: "تلك العقود التي تبرم مع الموردين بحيث يكون محل تلك العقود الشراء، أو التأجير التمويلي أو الإيجار، أو الإيجار البيعي للمنتجات أو - المعدات-الأدوات."

أما فقهاء القانون فقد عرفوا عقد التوريد بأنه "عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بأن يورد للإدارة منقولات كمواد وأدوات وغيرها من المنقولات التي تلزم الإدارة وتحتاجها مقابل ثمن معين، ويتميز عقد التوريد بأن موضوعه هو أموال منقولة فقط".⁽²⁾

ويعرف أيضًا بأنه " هو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام، يحتاج إليها مرفق عام، مقابل ثمن محدد في العقد".⁽³⁾

وفي تعريف ثالث عُرّف على أنه: "هو اتفاق بين جهة الإدارة أو لحسابها مع شخص آخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتوريد منقولات للإدارة لازمة لتسيير مرفق عام مقابل ثمن معين أو قابل للتعيين على أن ترجع الإدارة العامة إلى استخدام وسائل القانون العام في إبرام العقد، وذلك بتضمينه شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص".⁽⁴⁾

(1) - غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص12).

(2) - القيسي، الوجيز في القانون الإداري (ص325).

(3) - اسماعيل، الأصول العامة والتطبيقية العملية للعقود العملية والتعويضات (ص33).

(4) - غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص17). وإن كان التعريف السابق لعقد التوريد الإداري يصدق لما هو مستقر في الفقه والقضاء المصري، حيث يشترط توافر المعيار العضوي والمعيار المزدوج، أي توافر الشروط الثلاثة المميز للعقد الإداري، وذلك على خلاف ما هو متبع في فرنسا نتيجة التطورات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي والتي أصبحت تكتفي لا صباغ الصفة الإدارية على عقود الإدارة أن يتوافر عنصر واحد من عناصر المعيار المزدوج إلى جوار المعيار العضوي.

ويتضح من التعريفات السابقة ما يلي:

- 1- أن عقد التوريد يتعلق دائماً بمنقول كالبضائع والمواد الغذائية والأجهزة الطبية وغير ذلك، وبالتالي يكون عقد التوريد على خلاف عقد الأشغال العامة الذي لا يرد إلا على عقار.
- 2- عقد التوريد ليس عقداً إدارياً بطبيعته كما الأمر بالنسبة لعقد الامتياز وعقد الأشغال العامة⁽¹⁾، وإنما يكتسب هذه الصفة لخصائصه الذاتية أي إذا توافرت فيه عناصر وجود العقد الإداري، ومن ثم فإن عقد التوريد قد يكون مدنياً كما أنه قد يكون إدارياً.⁽²⁾
- 3- عقد التوريد يُبرم عادةً بين شخص معنوي عام وشخص خاص سواء كان فرداً أم شركة، إلا أنه لا مانع من إبرامه بين أشخاص القانون العام.⁽³⁾
- 4- يرد عقد التوريد على منقول بالاتفاق مع المورد، ومن ثم يختلف عن الاستيلاء على المنقول بقرار جبراً عن صاحبه.

عقد التوريد في الفقه الإسلامي

- لما كان عقد التوريد عقداً جديداً لم نجد له تعريفاً في كتب الفقهاء السابقين، وقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين تعريفه، ومن هذه التعريفات:
- عُرف بأنه "التعهد بتقديم اللوازم والأوراق والمواد الأولية للدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس".⁽⁴⁾
- وعُرف أيضاً بأنه "عقد بين جهتين، تلتزم فيها إحداهما بتوريد أصناف (سلع، مواد) محددة الأصناف والمقادير في تواريخ معينة مقابل ثمن محدد يدفع منجماً (على أقساطها)".⁽⁵⁾

(1) - لقد عرفت فرنسا العقود الإدارية بنص القانون والتي منها عقد الأشغال العامة.

(2) - نصار، العقود الإدارية (ص 120).

(3) - البناء، العقود الإدارية (ص 89).

(4) - الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج 2/710).

(5) - شبير، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته (ص 135).

وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول أن يسلم سلع بصفة دورية خلال فترة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه"⁽¹⁾

وبالمقارنة بين تعريف القانون الوضعي والفقه الإسلامي نلاحظ أن هناك تقارباً في كثير من النقاط ومنها:⁽²⁾

- 1- أنهما يتفقان على أن عقد التوريد عبارة عن التزام من قبل فرد أو شركة بدفع شيء من الأشياء المنقولة أو قابلة للنقل إلى جهة ما، وهذه الجهة لها الصفة المعنوية (أي شخصية اعتبارية) أو عادية.
- 2- يتفقان على أنهما دائماً ما تكون العين الواردة عليهما العقد لا يتم تسليمها وقت التعاقد، وإنما يتفق على تسليمها في أوقات معينة، نظير أجر معين ومحدد.
- 3- الزمن يمثل عنصراً أساسياً ومهماً في عقد التوريد سواء بالنسبة للموردين أو للمورد له أو للشيء المتفق على توريده.

ويرى الباحث إمكانية إبرام عقد التوريد بين أشخاص القانون العام، ومن غير الممكن إبرامه بين جهات تتبع الشخص العام نفسه (الدولة-الأشخاص المرفقية-الأشخاص الإقليمية)، وذلك لأن الاتفاق على توريد بعض الأصناف بين جهتين تابعتين لنفس الشخص العام يخضع لقواعد خاصة، وهذه القواعد تُطبَّق على العلاقات التي تنشأ بين المصالح المختلفة داخل الشخص العام، فالطرف الآخر في عقد التوريد هو جهة تابعة لنفس الشخص العام، ولا تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة، وذلك بقصد تأدية خدمات أو توريد أصناف فيما بين بعضها والبعض الآخر، ولكن هذا لا يمنع أن يكون هناك عقد توريد بين شخصيات عامة يتمتع كل منها بالشخصية المعنوية المستقلة، ومثال على ذلك العقد المبرم بين وزارة الصحة وبلدية غزة.

وأخيراً، يُلاحظ هنا أن عدم اتفاق المتعاقدين على سعر محدد للسلعة المراد توريدها للإدارة بشكل مسبق لا يؤدي إلى بطلان العقد، وإنما تقوم المحكمة الإدارية بتحديد السعر المناسب إذا اختلف الطرفان في تحديده.⁽³⁾

(1) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 107 (12/1)، الدورة 12، عام 1421 هـ.

(2) - عثمان، عقد التوريد وتكييفه في الميزان الفقهي المقارن (ص101).

(3) - الحلو، العقود الادارية، طبعة 2009 (ص215). تجدر الإشارة إلى أن محكمة العدل العليا بمثابة قضاء إداري لا يختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية وإنما المحاكم العادية (المدنية).

الفرع الرابع: عقد النقل

عقد النقل هو "عقد إداري يلتزم بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات بالقيام بعملية نقل لحساب الإدارة في مقابل عوض معين".⁽¹⁾

ويعرف أيضا بأنه "أن يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة ووضع وسائل نقل لصالحها، أو تحت تصرفها"⁽²⁾.

وعقد النقل لا يختلف عن عقد التوريد إلا من حيث موضوعه، فعقد التوريد يقوم على توريد منقولات، أما عقد النقل يقوم على نقل أشياء منقولة أو أشخاص إلى أماكن معينة. كما أن كلاً منهما قد يكون مدنياً أو إدارياً طبقاً لطبيعته الذاتية⁽³⁾.

كما أن عقد النقل يختلط بعقد الامتياز، إلا أن النقل في الأول يكون لمرة واحدة أو لمرات معدودة، كما أن الإدارة هي التي تدفع المقابل، بينما في حالة الامتياز يكون النقل منتظماً كما أن المقابل يدفعه المنتفعون في صورة رسوم الانتفاع.⁽⁴⁾

الفرع الخامس: عقد القرض العام

لقد نظم المشرع الفلسطيني عقد القرض العام وأحكامه في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م، وكذلك قانون رقم (7) لسنة 1998 م، والخاص بتنظيم الموازنة العامة والشؤون المالية في الفصل الخامس منه والمتعلق بإدارة الدين والأصول، وأيضاً قانون الدين العام رقم 24 لسنة 2005م.

حيث نصت المادة (92) من القانون الأساسي على أن: "تُعقد القروض العامة بقانون ولا يجوز الارتباط بأي مشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزينة العامة لفترة مقبلة إلا بموافقة المجلس التشريعي". ويتضح من هذه المادة أن المشرع الفلسطيني اشترط أن يتم عقد القرض العام بقانون، أي صدور قانون في كل حالة يراد

(1)- الحلو، العقود الإدارية (ص219).

(2)- الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري (ص259).

(3)- إسماعيل، الاصول العامة والتطبيقية العملية للعقود العملية والتعويضات (ص28).

(4)- الحلو، العقود الإدارية (ص219).

فيها إبرام عقد قرض⁽¹⁾، وذلك لما له من مخاطر وآثار سيئة على الاقتصاد القومي ومنها الانتقاص من الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة نتيجة دفع الفوائد التي تترتب على القرض العام.

أما فقهاء القانون فقد عرفوا القرض العام على أنه: "عقد بمقتضاه يقرض أحد الأفراد أو البنوك مبلغاً من المال للدولة (أو لشخص معنوي آخر من أشخاص القانون العام) مقابل تعهداها بدفع فائدة سنوية محددة، ويُرد القرض وفقاً للشروط المتفق عليها في نهاية الأجل المحدد."⁽²⁾

وعُرف أيضاً بأنه: "عقد بمقتضاه يقرض أحد الأشخاص الخاصة أو العامة مبلغاً من المال للدولة أو أحد أشخاص القانون العام مقابل تعهداها بتسديد مبلغ القرض مع فائدة بالشروط والآجال المحددة."⁽³⁾

والقرض يكون على نوعين داخلي أو خارجي، فالداخلي يتم الاكتتاب في سندات من أشخاص طبيعيين اعتباريين مقيمين داخل الدولة المقترضة وهو ما يعني أن يكون السوق المال الذي يُعقد فيه القرض داخل حدود الدولة ومعتمداً على المدخرات القومية، أما القرض الخارجي فيكون بين الدولة وأحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين يقيمون خارج الدولة، ومن ثم فإن الاكتتاب فيه يُطرح في السوق المالي الخارجي، فالدولة تتوجه في هذه الحالة إلى المدخرات الأجنبية من دولة أخرى أو تلجأ إلى مؤسسة من مؤسسات التمويل الدولي لإقراضها، وتتجه الدول إلى القروض الخارجية بصفة عامة حيث لا تكون هناك مدخرات أو رؤوس أموال وطنية كافية للقيام بالمشروعات الإنتاجية الضرورية.⁽⁴⁾

الأصل أن يكون القرض العام اختيارياً، ولكن استثناء من ذلك قد يكون إجبارياً، وهو الذي يتم بإرادة السلطة العامة المقررة، ففي هذه الحالة يكون كالضريبة لأنه مفروض على الأفراد فرضاً لا اختيار فيه، ولكنه يحتفظ بصفته كقرض من حيث ما يدرّه من فوائد.⁽⁵⁾

(1) - غانم، المالية العامة والتشريع الضريبي في ضوء النظام المالي والتشريع الضريبي لدولة فلسطين (ص124). ولقد اختلف الفقه حول كلمة "بقانون" وذهب الرأي الراجح الى ان المقصود هو صدور قانون في كل حالة يراد فيها إبرام عقد قرض، لان عبارة الدستور جاءت واضحة لذا قالت "بقانون" ولم تقل "بناء على قانون" او "بمقتضى القانون".

(2) - إسماعيل، مرجع سابق (ص28).

(3) - الظاهر، القانون الإداري (ص254).

(4) - غانم، المالية العامة والتشريع الضريبي (ص128-129).

(5) - الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص149).

القرض العام في الشريعة الإسلامية:

يختلف تعريف القرض العام في الشريعة الإسلامية عنه في القانون الوضعي، حيث إن لفظ "القرض العام" في الشريعة الإسلامية ليس بالضرورة أن يكون مرتبطاً بوجود فوائد تُدفع عنه طيلة فترة الاقتراض، أو بتجاوز المدة المحددة، ويستدل على ذلك من حادثة النبي -صلى الله عليه وسلم- وهو بمنزلة الإدارة العامة للدولة مع صفوان بن أمية حين توجه إلى حنين وكان صفوان آنذاك مشركاً، واحتاج الرسول -صلى الله عليه وسلم- إلى بعض الدروع للقتال في حنين، وكان صفوان من تجار السلاح في مكة، وكان عنده عدد كبير من السلاح فستعار واقترض منه مجموعة من الدروع تقدر عددها من 30-40 درعاً، ثم ردها له بعد ذلك.⁽¹⁾ وطالما لم يدفع النبي -صلى الله عليه وسلم- أي فائدة إلى صفوان، فيكون هذا القرض قرضاً غير ربوي.

أما عقد القرض العام الذي يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية هو القرض الذي يقوم على الفوائد، والفوائد التي تضاف إلى رأس مال الدائن هي من الربا، والربا كما عرفه الفقهاء " هو زيادة الدين في نظير الأجل" أو " كل قرض جر نفعاً" فهو محرم بنص قرآني، قال تعالى " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا"⁽²⁾، وقال تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ، فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسَ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ"⁽³⁾ وإن الراجح من حكمة تحريم الربا لا تقتصر فقط على مجرد حماية الضعيف ومنع استغلال حاجة المحتاج وإنما هي إيجاد نظام اقتصادي لا يعمل فيه رأس المال من غير تعرض للخسارة. من أجل نهضة وقوة النظام الاقتصادي في الدولة⁽⁴⁾.

بعد الحديث عن بعض أنواع العقود الإدارية، يمكن القول بأن إبرام هذه العقود من خلال الوسائل أو الوسائط الإلكترونية كشبكة الإنترنت أو التلغراف أو الفاكس وغيرها من الوسائل، تجعلنا أمام صور جديدة لبعض العقود الإدارية، ألا وهي العقود الإدارية الإلكترونية فهذه العقود يتم إبرامها أو تنفيذها أو كليهما معاً بطرق جديدة غير الطرق التقليدية الورقية التي كانت معروفة في السابق، ودون أن يكون هناك أي تواجد مادي متزامن لطرفي العقد.

(1) - إبراهيم، خطبة (خلق العدل) 3، موقع إلكتروني.¹

(2) - {البقرة: 275}.

(3) - {البقرة: 278+279}.

(4) - بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين (ص 30).

المبحث الثاني

معايير تمييز العقد الإداري الإلكتروني

تمهيد وتقسيم

إن العقد الإداري يحظى باهتمام تشريعي مميز وخاص وذلك لأنه أحد الأساليب المتبعة في ممارسة النشاط الإداري، فهو يتميز بالأهمية العملية، وهذا ما دفع فقهاء القانون العام إلى البحث عن مدى إمكانية وجود العقد الإداري بالوسائل الإلكترونية، لاسيما بعد الانتشار الكبير والواسع للعقود الإلكترونية وما معايير تميزه عن العقد المدني، نظراً للطابع الدولي للعقود الإلكترونية بصفة عامة.⁽¹⁾

إذا كانت العقود الإدارية تخضع للقضاء الإداري، في الدول ذات النظام المزدوج⁽²⁾، فلا يعني ذلك أن كل ما تبرمه الإدارة من عقود هي عقود إدارية ومن ثم يكون بمقدور الإدارة إبرامها بالوسائل والوسائل الإلكترونية، فهناك من العقود -التي تبرمها الإدارة- تخضع للقضاء العادي، حيث إن دواعي التعامل تقتضي في بعض الأحيان أن تكون الإدارة طرفاً في العقد كأى فرد من الأفراد العاديين، وبالتالي فإن المنازعات الناشئة عنه تفصل بها المحاكم العادية.⁽³⁾

وترتيباً على ذلك، فإن البحث في معايير العقد الإداري الإلكتروني، يستوجب دراسة مدى توافر معايير العقد الإداري في العقد الإلكتروني كالمعيار الشرعي (نص القانون)، أو المعيار القضائي الذي ينقسم الي معيارين، المعيار العضوي، والمعيار الموضوعي.

وعليه فقد قسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: العقود الإدارية الإلكترونية بتحديد القانون (المعيار الشرعي)، والمطلب الثاني المعيار القضائي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.

(1)- نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص50).

(2)- لا يمكن الحديث عن العقود الإدارية بنص القانون في ظل النظام القضائي الانجلوسكسوني على أساس وحدة القانون والقضاء فيه. هاني غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص29).

(3)- وتجدر الإشارة إلى أن العقود جميعها سواء الإدارية الخاصة التي تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد هي من اختصاص المحاكم العادية في الضفة الغربية فلا تختص محكمة العدل العليا بنظر العقود عموماً، أما في قطاع غزة وبعد إقرار قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م أصبح العقد الإداري من اختصاص المحكمة الإدارية.

المطلب الأول

العقود الإدارية الإلكترونية بنص القانون

حتى نكون بصدد عقد إداري إلكتروني لابد من توافر شروط العقد الإداري وأن يتم إبرامه أو تنفيذه بوسائل إلكترونية، وبما أن الإدارة مستقر لها منذ زمن بعيد إمكانية إبرام عقود خاصة فإنه يلزم البحث في معيار تمييز العقد الإداري.

وإن كان نادرًا ما ينص القانون بشكل صريح على تحديد طبيعة العقد أو على القواعد واجبة التطبيق عليه، إلا أن إصباغ الصفة الإدارية على العقد الإداري الذي تيرمه الإدارة أو نفيها عنه يُمكن أن يُستنتج من نصوص القانون أو أحكامه، كالنص مثلاً على انعقاد الاختصاص بالمنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة للقضاء الإداري، فيُفهم من ذلك أنها عقود إدارية.⁽¹⁾

فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون ترجع إلى نصوص تشريعية تضيي الصفة الإدارية مباشرة على عقود معينة، أو إلى طبيعتها الذاتية، ومن خلال إسناد المشرع الاختصاص بمنازعات بعض العقود إلى القضاء الإداري⁽²⁾، ولما كان القضاء الإداري يطبق قواعد القانون العام، فقد اعتبرت تلك العقود عقود إدارية بتحديد القانون. وسوف يقسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول العقود الإدارية بنص القانون في فرنسا وفي الفرع الثاني العقود الإدارية بتحديد القانون ومدى توفرها بالقانون الفلسطيني وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: العقود الإدارية بنص القانون في فرنسا

لقد أدى التضييق من دائرة اختصاص مجلس الدولة في المرحلة التي كان المعيار السائد فيها لتحديد القضاء الإداري هو معيار السلطة أو فكرة السيادة لتميزها عن التصرفات العادية، إلى خروج عمليات التعاقد التي تبرمها الإدارة من اختصاص القانون الإداري، واعتبارها جميعها من أعمال الإدارة العادية، فالعقود لا تتضمن من مظاهر السلطة شيئاً وتنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد العاديين، وبقيت من اختصاص القضاء العادي

(1) - الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري (ص 247).

(2) - الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 55)، ونلاحظ هنا أن نص القانون على اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة ببعض العقود لا يعني أن ذلك سيؤدي حتماً إلى اعتبار هذه العقود عقوداً إدارية، فالذي يحمل المشرع على جعل الفصل في بعض المنازعات الإدارية في القضاء الإداري هو افتراضه الصفة الإدارية في تلك العقود، ووجوب خضوعها لأحكام خاصة بها، ولكن الواقع قد يعكس ذلك الافتراض في بعض الحالات.

الذي يطبق عليها قواعد القانون الخاص.⁽¹⁾ وهو ما أدى بالمشرع الفرنسي للتدخل وإضفاء الصبغة الإدارية على بعض العقود التي تبرمها الإدارة، فأُسند الاختصاص بنظرها للقضاء الإداري.⁽²⁾

وبالتالي فإنّ المشرع الفرنسي نجده يأخذ بمعيار نصوص القانون لتمييز وتحديد العقد الإداري فهو يقدّم إرادة المشرع على طبيعة العقد وخصائصه.

ومن العقود التي يختص بها القضاء الإداري حسب ما ينص عليه القانون الفرنسي هي عقود الأشغال العامة، وأيضاً عقود القرض العام التي تبرمها الدولة وكذلك العقود التي يكون موضوعها شغل الدومين العام.⁽³⁾ ولعل نص القانون على اعتبار بعض العقود عقود إدارية، يرتبط بمدى توافر الصفة الإدارية لهذه العقود، والأمر لا يخرج عن فروض ثلاثة:⁽⁴⁾

الفرض الأول: أن تكون العقود التي حددها المشرع عقود إدارية بطبيعتها مثل عقد الالتزام وكذلك عقد الأشغال العامة، فهذه العقود وفقاً لخصائصها الذاتية وطبيعتها وفي كل الأحوال عقود إدارية مما يختص بالمنازعات التي تدور بشأنها القضاء الإداري، ويكون تحديد المشرع هو تحصيل حاصل وذكر لمفهوم.

الفرض الثاني: وهو أن تكون العقود غير إدارية بطبيعتها وإنما تكون كذلك في بعض الأحيان، حين تُنبئ خصائصها الذاتية ذلك، وتكون عقود مدنية في أحوال أخرى، ومثال ذلك عقد التوريد فلا يجوز اعتبار هذا العقد عقد إداري في كل الأحوال.

الفرض الثالث: أن يكون هذا العقد في كل أحواله عقداً مدنياً، حتى ولو كانت الإدارة طرفاً فيه مثل عقود بيع أملاك الدولة الخاصة (الدومين الخاص)⁽⁵⁾.

(1) - الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص54).

(2) - غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص31).

(3) - البناء، العقود الإدارية (ص25).

(4) - نصار، العقود الإدارية (ص27).

(5) - لقد عرف الدكتور هاني غانم الدومين الخاص على أنه " هي أموال تمتلكها الدولة ملكية خاصة وهي تخضع لأحكام القانون الخاص شأنها في ذلك شأن الأموال التي يمتلكها الافراد والمشروعات الخاصة لذلك يجوز التصرف بها من بيع وهبة وغيرها من صور التصرف ومن ثم تخضع للتقادم طويل الاجل ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك صراحة"، غانم، المالية العامة والتشريع الضريبي (ص99).

وعلى كل الأحوال، بما أن العقود الإدارية في فرنسا محددة بنص القانون كعقد الأشغال العامة وعقود شغل المال العام، فلا يوجد صعوبة في تحديدها وإبرامها بالوسائل الإلكترونية.⁽¹⁾

الفرع الثاني: العقود الإدارية بنص القانون ومدى توافرها في القانون الفلسطيني

رغم أن فلسطين تأخذ بنظام القضاء الموحد إلا أنها عرفت القانون الإداري، فقد طبق القضاء الفلسطيني العديد من نظريات القانون الإداري وتبناها، فأقر العديد من القواعد الإدارية التي تحكم النشاط الإداري، والذي يستهدف تأمين سير وانتظام المرافق العامة ومنها نظرية المرفق العام ونزع المال للمنفعة العامة، وإن كان الغالب من الناحية النظرية أن المحاكم في ظل القضاء الموحد مقيدة قانوناً بقواعد القانون المدني عندما تفصل في المنازعات الإدارية، إلا أن المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل عليا في فلسطين -محكمة القضاء الإداري- تحللت من القواعد المدنية عند التعرض للمنازعات الإدارية في العديد من المنازعات التي عرضت عليها ضمن مفهوم معين مفاده أن نصوص القانون المدني قد وُضعت لتطبق على العلاقات والروابط المدنية وحدها، وأن المسائل المتعلقة بنشاط السلطة العامة في تنظيم وتسيير المرافق العامة ليست من الأمور التي ينظمها القانون المدني.⁽²⁾

فقد خصص المشرع الفلسطيني للمنازعات الإدارية دائرة خاصة من بين الدوائر الموجودة في المحكمة العليا، وهذه المحكمة تعتبر أعلى محكمة في سلم القضاء النظامي في فلسطين، وهذه الدائرة تسمى محكمة العدل العليا حيث تمتد ولايتها إلى إلغاء القرار الإداري غير المشروع فقط⁽³⁾، أما العقود سواء كانت عقود

(1) - صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثبات (ص156).

(2) - غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، ص(40-39).

(3) - يوجد رأي فقهي مخالف لذلك، وأصحابه هم الدكتور شريف بعلوشة والدكتور عبد الناصر أبو سمهدانة، حيث يروا ان العقود الإدارية هي ضمن اختصاص محكمة العدل العليا، مستدلين على ذلك بنص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م والتي تنص على " تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: 6 سائر المنازعات الإدارية"، بمعزل عن باقي مواد هذا القانون ولاسيما المادة التالية لها مباشرة وهي المادة (34)، حيث تنص على أن "يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد أو أكثر مما يلي: الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون". ويتضح من هذه المادة بما لا يدع مجالاً للشك بأن المشرع قصر اختصاص محكمة العدل العليا على دعوى الإلغاء فهذه العيوب المشار إليها هي عيوب القرار الإداري في حال خالف مبدأ المشروعية وتسمى بأوجه الإلغاء، غانم، القضاء الإدارة (ص224).

خاصة أم إدارية فهي تدخل ضمن اختصاص القضاء المدني في الضفة الغربية، أما في غزة فحتى وقت قريب كانت تخضع ضمن ولاية القضاء المدني، إلا أنه فيما بعد صدر قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) سنة 2016، وهذا القانون ساري في قطاع غزة فقط، نتيجة الانقسام الفلسطيني، وينص هذا القانون على استحداث المحكمة الإدارية التي تختص بجملة من الاختصاصات منها الفقرة السابعة: 7- منازعات العقود الإدارية⁽¹⁾، ويتضح من هذا النص أن اختصاص المحكمة الإدارية غير مقصور على عدد محدد من العقود الإدارية، وهذا يعني أن العقود الإدارية في فلسطين هي عقود إدارية بطبيعتها ويختص بها القضاء الإداري - في قطاع غزة فقط- استنادًا إلى خصائصها الذاتية وطبيعتها الإدارية وليس استنادًا إلى نص المشرع، وعليه لم يأخذ المشرع الفلسطيني بفكرة العقود الإدارية بتحديد القانون.⁽²⁾

ولم يأخذ المشرع المصري باعتبار بعض العقود هي عقود إدارية بنص القانون بل اعتبر العقود الإدارية هي عقودًا إدارية بطبيعتها ووفقًا لخصائصها وسماتها الذاتية، فالمشرع المصري لا يريد جعل العقود تخضع لإرادة المشرع وسلطانه لاعتبارها إدارية من عدمه، وبالتالي فإن المشرع المصري لم يأخذ أيضًا بفكرة العقود الإدارية بنص القانون.⁽³⁾

ويرى الباحث في هذا المقام أن هذا المعيار لا يصلح الأخذ به في كل من مصر وفلسطين لتمييز العقد الإداري عن العقود الأخرى، فكلًا البلدين لا يعترفان بهذا المعيار كأساس لتمييز العقد الإداري، حيث إنهما يستبدلان معيار نصوص القانون بمعيار طبيعة العقد وخصائصه الذاتية في تمييز العقد الإداري. والسؤال الذي يثار في هذا الشأن: هل من الممكن وجود عقد إداري إلكتروني عن طريق المعيار الشرعي (نص القانون) في فلسطين؟

الإجابة، بما أن العقد الإداري بنص القانون غير متوافر في فلسطين، فإن العقد الإداري الإلكتروني عن طريق المعيار الشرعي غير متوافر في فلسطين، وعليه يجب البحث عن المعيار القضائي.

(1)- المادة (3) من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م.

(2)- غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص503).

(3)- نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص52).

المطلب الثاني

المعيار القضائي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني

إذا لم تفر النصوص القانونية في تحديد صفة العقد الذي تبرمه الإدارة وبيان ما إذا كان من العقود الإدارية أم من عقود القانون الخاص لبيان النظام القانوني الذي يحكمه وتحديد القاضي المختص بنظر المنازعات التي تثار حوله، فإن القاضي يلجأ إلى طرق أخرى لتحديد ماهية هذا العقد.

وقد قسم الفقه المعيار القضائي إلى معيارين، وهما المعيار العضوي أو معيار أطراف العقد، والمعيار الموضوعي الذي يشتمل على معيار المرفق العام، ومعيار الشروط غير المألوفة أو الاستثنائية في عقود القانون الخاص.⁽¹⁾

ولذلك قسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين، يتحدث في الأول منهما عن المعيار العضوي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني، وفي الفرع الثاني عن المعيار الموضوعي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.

الفرع الأول: المعيار العضوي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني

بين الباحث في المطلب السابق تعريف العقد الإداري وهو "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص".⁽²⁾

يُشترط لكي يكون العقد إدارياً أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً، فكل من الدولة وهي تمثل وحدها طائفة قانونية متميزة⁽³⁾، والأشخاص المعنوية الإقليمية وكذلك الأشخاص المرفقية تعتبر من أشخاص القانون العام، وعلى هذا الأساس فإن وجود شخص معنوي عام كطرف في العقد يعتبر العقد إداري بجانب الشروط الأخرى.

(1) - الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري (ص 249).

(2) - الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 3).

(3) - لقد خالف بعض الفقه ومنهم الدكتور محمد عبد الوهاب وأنور الشاعر ذلك، حيث اعتبروا الدولة أحد اشخاص القانون العامة الإقليمية، والبعض الآخر ومنهم الدكتور هاني غانم يعتبرها قائمة بذاتها وليست ضمن الأشخاص الإقليمية. هاني غانم، قابله: محمود ججوح (10 يوليو 2018م).

وينتج عن هذا الشرط أن العقود التي يكون أطرافها جميعاً من أشخاص القانون الخاص (أفراد- شركات- جمعيات- نوادي- مؤسسات خاصة)، فإن هذه العقود لا تكتسب أبداً صفة العقود الإدارية حتى لو تصورنا أن موضوع العقد تعلق بمرفق عام وحتى لو كان أحد طرفيه هيئة خاصة تخضع لرقابة قوية من الدولة.⁽¹⁾

ولكن في الآونة الأخيرة لم يعد وجود الشخص المعنوي العام في العقد شرطاً يتطلبه القضاء الإداري، فأصبح هنالك إمكانية لإبرام العقد الإداري لصالح الإدارة من خلال شخص آخر بالوكالة، سواء كانت الوكالة صريحة تنص عليها نصوص العقد، أو ضمنية تُستخلص من صياغة العقد أو ظروف تنفيذه، فإذا كان كلا طرفي العقد من أشخاص القانون الخاص وكان أحد الطرفين قد أبرم العقد لحساب الإدارة ومصحتها، فإن هذا العقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توفرت فيه الشروط الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري.⁽²⁾

ويستخدم القضاء الفرنسي صياغات مقتضبة للتعبير عن فكرة الوكالة كعبارة " أن الهيئة الخاصة تعمل لحساب الدولة"⁽³⁾، أما إذا قامت الهيئات الخاصة أو الأشخاص الخاصة بإبرام العقود لمصلحتها ولحسابها الخاص بشكل لا لبس فيه فهنا تعتبر هذه العقود عقود مدنية.

وعلى الوجه الآخر إذا ما تعاقدت الإدارة باعتبارها ممثلاً لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يكون مدنياً، وذلك لأن تحول الإدارة من شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يؤدي إلى فقدان العقد لأحد العناصر التي تسبغ عليه الصفة الإدارية، فيتحول إلى عقد مدني يخضع لقواعد القانون المدني، ويختص بالفصل في المنازعات المتعلقة به القضاء العادي.⁽⁴⁾

وقد ذهبت المحكمة الإدارية في مصر إلى ذلك بقولها " من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد أو الهيئات الخاصة، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد

(1)- عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري (ص556).

(2)- السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها (ص14)، لمزيد من الايضاح راجع غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص71) وما بعدها.

(3)- البناء، العقود الإدارية (ص33).

(4)- نصار، العقود الإدارية (ص35).

الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ولمصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري...⁽¹⁾.

وقد يحدث وأن تتعاقد الإدارة مع سلطة إدارية أخرى وهذا استثناء عن الأصل، إذ الأصل أن يتم التعاقد بين شخصين متميزين، سواء من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص لكن يحدث أحياناً أن يتعاقد الشخص مع نفسه، كما هو الشأن في تعاقد مرفق مع آخر أو إدارة مع أخرى ليس لها الشخصية المعنوية التي تميزها عن الشخصية المعنوية للدولة، وهو أمر جائز ووارد ومتكرر، وفي هذه الحالة لا يترتب على تنفيذ العقد انتقال الأموال من ذمة مالية إلى أخرى، وإنما مجرد تغيير في تخصيص الأموال محل العقد.⁽²⁾

ومن حيث تكييف طبيعة هذه العقود فقد استقر القضاء الفرنسي لمدة طويلة في إخضاعه لذات المعايير العامة لتمييز العقد الإداري (الاتصال بتنفيذ مرفق عام ووسائل القانون العام أو الشروط الاستثنائية)، ثم اتجه القضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة التنازع، إلى اعتبار العقود بين أشخاص القانون العام عقوداً إدارية من حيث المبدأ وبالتالي يكون هنا القضاء قد أقام قرينة على الصفة الإدارية للعقد، مما يستوجب تطبيق أحكام العقود الإدارية عليها واختصاص القضاء الإداري للنظر في منازعاتها.⁽³⁾

وأخيراً يمكن القول: إن الشخص المعنوي العام سواء كان الدولة أو أحد مؤسساتها، أو الوكيل بموجب وكالة صريحة أو ضمنية يمكنه استعمال شبكة الانترنت لإبرام العقد الإداري الإلكتروني أو تنفيذه. وكذلك يمكنه استعمال التوقيع الإلكتروني والمحركات الإلكترونية لإثبات هذا العقد، دون تأثير ذلك على الوكالة الموجودة بينه وبين الشخص المعنوي العام.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني

لا يكفي وجود الشخص المعنوي العام أو الشخص الخاص بوكالة صريحة أو ضمنية (المعيار العضوي) لإمكان الحديث عن وجود عقد إداري، فلا بد من وجود عناصر أخرى وعلامات تدل على الصفة

(1) - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1558 لسنة 7 ق - جلسة 1964/3/7م، مشار إليه في غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص77).

(2) - الحلو، العقود الإدارية (ص22).

(3) - الينا، العقود الإدارية (ص36).

(4) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص51).

الإدارية للعقد، وهو ما يطلق عليه القضاء المعيار المزدوج، وهذه العناصر تتمثل في اتصال العقد بالمرفق العام واحتوائه على بنود غير عادية أو غير مألوفة فيما يخص عقود القانون الخاص.⁽¹⁾

أولاً: معيار المرفق العام

هو العنصر الأول في المعيار الموضوعي أو المعيار المزدوج كما يطلق عليه بعض الفقه، هو اتصال العقد بنشاط بمرفق عام، فيعرف المرفق العام من الناحية الشكلية على أنه الهيئة التي تمارس النشاط، ومن الناحية الموضوعية النشاط الذي يشجع حاجة جماعية.⁽²⁾

وحكمة هذا الشرط أن ضرورات أو مقتضيات المرافق العامة وسيرها بانتظام هي التي تبرر النظام القانوني الاستثنائي أو المتميز للعقود الإدارية، ذلك النظام الذي يختلف عن القانون الخاص في كثير من نواحيه سواء في حقوق الإدارة المتعاقدة أو في حقوق والتزامات المتعاقدين معها.⁽³⁾

فكرة المرفق العام هي التي بررت وجود قواعد قانونية متميزة تُطبَّق في المجال الإداري، فلا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد لكي يُضفى عليه الصفة الإدارية، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام، كأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام كعقد الأشغال العامة، أو يتصل بتنظيمه وإدارته كعقود الالتزام، وقد يتصل العقد بتسيير المرفق وضمان انتظامه كعقود التوريد⁽⁴⁾، وبالتالي فإن فكرة المرفق العام يجب أن تكون مرتبطة بالعقد الإداري بجانب احتوائه على بنود غير عادية أو غير مألوفة.

إن ما استقر عليه القضاء الفلسطيني والمصري على ضرورة توافر جميع الشروط في العقد الإداري، أي المعيار العضوي وعناصر المعيار الموضوعي (المزدوج)، وإن صلة العقد بنشاط المرفق العام وإن كانت ضرورية لتوافر الصفة الإدارية إلا أنها غير كافية، وهذا على خلاف لما هو متبع في فرنسا حيث أصبحت صلة العقد بالمرفق العام على النحو السابق كافية في ذاتها لإسباغ الطابع الإداري عليه دون تطلب شروطاً

(1) - الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري (ص 250).

(2) - نصار، العقود الإدارية (ص 38).

(3) - زيدان وأحمد، الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإداري (ص 854).

(4) - نصار، العقود الإدارية (ص 39).

غير مألوفة أو غير معهودة في القانون الخاص بمعنى أنه يكفي توافر أحد عنصرَي المعيار الموضوعي (المزدوج) بجانب المعيار العضوي لكي يعتبر العقد عقد إداري في فرنسا.⁽¹⁾

ثانياً: معيار الشروط غير المألوفة

تطبيقاً لهذا المعيار فإن العقد يعتبر إداري إذا تضمن شروط غير معتادة أو غير مألوفة بالنسبة لعقود القانون الخاص التي يكون مبدأ المساواة بين المتعاقدين شيء أساسي فيها. ولكن نتساءل، ما هو معيار تحديد الشروط غير المألوفة؟

حاول مجلس الدولة الفرنسي تعريف الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، فقرر في أحكامه⁽²⁾ بأنها الشروط التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقاً أو تحمله بالتزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري. ومع ذلك فإن التكييف القانوني للشروط غير المألوفة وتحديد طبيعتها كان وما زال من الأمور التي احتدم بشأنها الجدل الفقهي وعلى وجه الخصوص في فرنسا وانقسم إلى عدة اتجاهات: الاتجاه الذي يمثله الفقيه "قالين" حيث يرى أن الشرط غير المألوف لا نجده عادةً في عقود القانون الخاص، والاتجاه الذي يمثله الفقيه "دي لوبادير" فهو يرى أن الشروط غير المألوفة لا تنطبق فقط بامتيازات السلطة العامة الممنوحة لأحد المتعاقدين، كما أنها ليست بالضرورة شروطاً غير متصورة في العقود المُبرمة بين الأفراد، وإنما تتمثل أساساً في الشروط وثيقة الصلة بمبادئ القانون العام.⁽³⁾

أما القضاء المصري فوضع تعريفاً للشروط الاستثنائية، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا في تعريفها للشروط الاستثنائية بأنها تلك الشروط التي تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد.⁽⁴⁾

(1) - أمين، العقود الإدارية (ص53). وغانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص505).
(2) - حكم مجلس الدولة الفرنسي في 20 أكتوبر 1950م في قضية ستسن المجموعة 5 (ص5) مشار إليه في كتاب أمين، مبادئ القانون الإداري (ص734).
(3) - غانم النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص98-99).
(4) - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2124 لسنة 34 ق - جلسة 1990/11/24، الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء 35 (ص284).

وفي فلسطين عرفت محكمة العدل العليا الشروط الاستثنائية بأنها: "تلك الشروط غير المألوفة في القانون المدني والتي تخرج عن مبدأ المساواة بين المتعاقدين"⁽¹⁾

ويؤيد الباحث ما ذهبت إليه محكمة العدل العليا في قرارها السابق وذلك لأنه أوجز الشروط الاستثنائية بأنها الشروط التي تخرج عن مبدأ المساواة بين طرفي العقد، فكل ما هو من شأنه الاخلال بمبدأ المساواة هو شرط غير مألوف، وبذلك تكون محكمة العدل العليا قد حددت معياراً سهلاً وبسيطاً تحكم على أساسه ما إن كان الشرط استثنائياً أم لا، وهو المساواة.

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية غير المألوفة الأكثر ظهوراً ما يلي:⁽²⁾

1. أن ينص العقد على أحقية الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة في حال أخل المتعاقد بأي شرط من شروطه، فمثل هذا العقد يعتبر عقداً إدارياً إن توافرت فيه شروط العقد الإداري.
2. الشروط التي تقرر للإدارة امتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، ومثال ذلك: حق الإدارة بتعديل الشروط المتعلقة بتسيير المرفق وتنظيم الخدمة التي يؤديها، وأيضاً عندما ينص على حق الإدارة بتوقيع جزاءات على المتعاقد دون الالتجاء للقضاء.
3. النص في العقد على تطبيق نصوص تشريعية أو لائحية متضمنة لشروط استثنائية أو الإحالة إلى دفاتر شروط معينة.

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط الاستثنائية قد تكون لصالح الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومثالها: حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة اخلاله بالتزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء، وقد تكون لصالح المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير، ومثالها حق المتعاقد مع الإدارة في ممارسة بعض صلاحيات السلطة العامة مثل الحق في الاستيلاء والحق في تحصيل الرسوم بطريقة الأوامر التنفيذية⁽³⁾ التي لا تحتاج إلى حكم محكمة مثل الكمبيالة والشيكات.

في فلسطين يعتبر تضمين العقد شروطاً استثنائية شيء أساسي لتمييز العقد الإداري بجانب الشروط السابقة، وعلى ذلك لا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد بجوار تعلقه بنشاط مرفق عام لكي يكون إدارياً، بل يجب

(1)- قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 1994/67، جلسة 1995/1/25، لم يُنشر بعد.

(2)- السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص27).

(3)- غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص102-106).

أن يحتوي العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهذا ما صار عليه مجلس الدولة المصري. خلافاً لمجلس الدولة الفرنسي الذي يكفي بوجود اتصال قوي بين العقد المُبرّم مع أحد أشخاص القانون العام والمرفق العام لكي يُعتبر العقد عقداً إدارياً دون أن يشترط توافر شروطاً استثنائية في العقد، فهو ينظر إلى توافر الشروط الاستثنائية في حال لم يكن هناك اتصال قوي بين العقد والمرفق العام، فهو يتطلب توافر أحد عناصر المعيار الموضوعي (المزدوج) بجانب المعيار العضوي.⁽¹⁾

ويرى الباحث أن معيار الشروط غير المألوفة ضروري وهو ما يميز العقد الإداري، ويجب توافره بجانب اتصال العقد بالمرفق العام، فلا نكتفي بوجود اتصال قوي بين العقد المبرم مع أحد أشخاص القانون العام والمرفق العام لكي يعتبر العقد إدارياً، وذلك لأن الإدارة لها الحق في إعطاء الأوامر والتعليمات وتوقيع الجزاءات على المتعاقد، كفسخ العقد دون الالتجاء للقضاء، أو غير ذلك من الشروط غير المألوفة، وإن غياب الشروط الاستثنائية عن العقد الإداري تجعله أقرب إلى العقد الخاص.

وأخيراً يخلص الباحث إلى أن اجتماع الوسائل الإلكترونية مع عناصر وعلامات المعيار القضائي تُشكل عقداً إدارياً إلكترونياً، وأن تخلف أي علامة من العلامات السابقة تنزع من العقد الصفة الإدارية، وهنا نكون أمام عقد عادي يخضع للقانون الخاص، ومن ثم يخضع للقضاء العادي في فض نزاعاته. ومن باب أولى في هذه الحالة ألا نكون أمام إمكانية إبرام عقد إداري إلكتروني، والسبب في ذلك هو تشابه معايير العقد الإداري مع معايير العقد الإداري الإلكتروني، والفارق الوحيد هو إبرام الأخير بالوسائل الإلكترونية.

المعيار الذي أخذت به الشريعة الإسلامية

إن المعيار الذي أخذت به الشريعة الإسلامية هو أقرب للمعيار الذي يطلق عليه في يومنا هذا مسمى المعيار القضائي والذي يشتمل على كل من المعيار العضوي والموضوعي، والذي يستلزم توافر ثلاثة عناصر وهي:

1- أن يكون أحد طرفي العقد من اشخاص القانون العام.

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام.

3- اتباع الإدارة وسائل القانون العام.

(1) - عبد الله، القانون الإداري (ص164).

وما يدل على ذلك حادثة إخراج اليهود من الحجاز حين أظهره الله تعالى عليهم، فسألت اليهود الرسول - صلى الله عليه وسلم - ليقرهم بها أن يكفوا عملها ولهم نصف الثمر فقال لهم عليه الصلاة والسلام: " نقركم فيها على ذلك ما شئنا"، فقرأوا بها حتى أجلاهم عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- إلى تيماء وأريحا.⁽¹⁾

ويظهر الاخذ بالمعيار العضوي لتميز العقد الإداري، من خلال قيام رسول الله -صلى الله عليه وسلم- والذي كان يمثل الدولة الإسلامية في ذلك الوقت، بإبرام العقد مع جهة خاصة تتمثل في اليهود، وهنا الرسول - صلى الله عليه وسلم - يمثل جهة إدارية.

أما تسيير العقد لأحد المرافق العامة وهو مرفق الأرض الزراعية، هو بمثابة اتصال العقد بنشاط مرفق عام، وقد اتبعت الإدارة وسائل القانون العام، ويتضح ذلك عندما قام عمر بن الخطاب بإجلاء اليهود إلى تيماء وأريحا، فهذا يعتبر بمثابة شرط استثنائي.

(1) - {البخاري: صحيح البخاري، كتاب الاجارة/ باب إذا استأجرت ارضا فمات أحدها 94/3 ، رقم الحديث 2258}.

الفصل الثاني

إبرام العقد الإداري بأسلوب المناقصة الإلكترونية

الفصل الثاني

إبرام العقد الإداري بأسلوب المناقصة الإلكترونية

تمهيد وتقسيم

إن من أهم خصائص العقد الإداري الإلكتروني أنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه بالوسائط الإلكترونية وخاصة الإنترنت، لذا فإن دراسة إبرام العقد الإداري عن طريق الإنترنت يُعد من الأهمية بمكان، لأن الهدف من البحث هو مدى تأثير الوسائل الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري من جهة وعلى المبادئ والقيود الواردة على حرية التعاقد من جهة أخرى.⁽¹⁾

وبما أن أسلوب المناقصة العامة هو والوسيلة الأصلية لتعاقدات الإدارة في فلسطين بجانب الأساليب الاحتياطية، فإن الباحث سوف يقوم بالتركيز على عقد المناقصة الإلكترونية.

في القانون الخاص يتمتع كل من يرغب في إبرام عقد بحرية تامة في اختيار من يتعاقد معه دون التقيد بإجراء شكلي معين إلا ما استثنى بنص صريح والعكس تمامًا في مجال إبرام عقود الإدارة، فهي تخضع لبعض الأساليب والإجراءات التي تنظمها القوانين واللوائح التي تُعد قيد على حرية الإدارة في مجال إبرام عقودها واختيار 2 المتعاقد معها.⁽²⁾

ويرجع الهدف من هذا التقييد التشريعي إلى حماية المال العام وذلك لأن اختيار مقاول غير كفء فيه تهديد للمال العام وصونه، كما يستهدف تحقيق المنفعة العامة وذلك بالتأكيد من أن الإدارة باتباعها هذه الطرق سوف يقع اختيارها على أفضل المتعاقدين ماليًا وفنيًا، دون محاباة من جانبها لمتعاقد وتفضيله عن الآخر.⁽³⁾

وبناءً على ما سبق سوف يقوم الباحث بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، يتناول في المبحث الأول مفهوم المناقصة الإلكترونية وأنواعها، وفي المبحث الثاني المبادئ التي تحكم المناقصة الإلكترونية، والإيجاب والقبول في المناقصة الإلكترونية في مبحث ثالث.

(1) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص56).

(2) - أمين، العقود الإدارية (ص205).

(3) - غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص159).

المبحث الأول

مفهوم المناقصة الإلكترونية وأنواعها

سوف يقوم الباحث بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، في الأول منهما مفهوم المناقصة الإلكترونية، وفي المطلب الثاني أنواع المناقصة الإلكترونية.

المطلب الأول

مفهوم المناقصة الإلكترونية

إن البحث في مفهوم المناقصة الإلكترونية يتطلب من الباحث تبيان مفهوم المناقصة العامة أولاً ومن ثم المناقصة الإلكترونية، ولذلك قسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم المناقصة العامة وتطورها

لقد عرّف فقهاء القانون المناقصة العامة على أنها: "مجموعة من الإجراءات تهدف إلى دعوة الجمهور للاشتراك في العملية التي تطرحها الإدارة بقصد الوصول إلى المناقص الذي يتقدم بأرخص الأسعار للتعاقد معه".⁽¹⁾

ويرى الباحث أن هذا التعريف قد شابه بعض القصور، ومرجع ذلك، إن كان الهدف من المناقصة هو الوصول إلى أفضل العروض من الناحية المالية إلا أنه يجب ألا نغفل عن الجوانب الفنية، فالوصول إلى العرض الأرخص سعرًا دون أي اعتبار للجوانب الفنية للعرض هو عرض ناقص ولا يصب في مصلحة الإدارة.

وقد عرّفت أيضًا بأنها "اختيار الإدارة لأفضل العروض فنيًا وماليًا"⁽²⁾، أي أن تختار الإدارة المتعاقد الذي يقدم أفضل عطاء مع توافر الشروط الفنية اللازمة، ويبدو أن هذا التعريف قد تدارك القصور في التعريف السابق فهو أضاف شرط احتواء العرض الذي يقع الاختيار عليه للشروط الفنية اللازمة حسب طبيعة المناقصة.

(1) - أمين، مبادئ القانون الإداري (ص 591).

(2) - القيسي، الوجيز في القانون الإداري (ص 329).

ويتفق أسلوب المناقصة والرسالة التقليدية للمذهب الفردي الذي كان سائدًا في وقت سابق. كما كان من شأنه تغليب الاعتبارات المالية على مصلحة المرفق الفنية مما أدى إلى تفضيله لأمد بعيد خاصة بعد أن حال أسلوب المناقصة دون احتمال التواطؤ ما بين الموظفين ومقدمي العطاءات، ويبدو هذا الأسلوب أكثر اتفاقًا مع المبدأ التقليدي المرتكز على قاعدة المساواة أمام القانون.

إلا أن مبدأ المناقصة العامة لم يلبث أن واجه جملة من الأفكار أدت إلى الحد من استمرار تطوره ومنها:⁽¹⁾

1. ثبت عمليًا أن هذا الأسلوب لا يقدم للإدارة الضمانات الكافية. فكثيرًا ما يلجأ مقدمو العطاءات إلى طرق التحايل أو يربطون فيما بينهم على جعل المناقصة صورية.
2. ثبت عمليًا أن هذا الأسلوب لا يعطي الإدارة كل الفوائد المالية المتوقعة. فمن المعروف أن الشيء الأرخص ليس هو الأكثر اقتصادًا دائمًا، إذ إن جودة الصنف تتعارض غالبًا مع رخص الثمن.
3. هناك حالات يتعذر فيها على الإدارة التقيد بمبدأ المناقصة العامة، وهذه الحالات تتوافر عندما تعلن الإدارة عن إقامة تمثال أو ميدان فهنا تقدم الإدارة الاعتبارات الفنية على الاعتبارات المالية.
4. إلى جانب الاعتبارات الفنية ظهرت اعتبارات أخرى سياسية واقتصادية واجتماعية استوجب قصر الدخول في المناقصة على المواطنين دون الأجانب.

ولكن هذا الجمود في أسلوب المناقصة العامة لم يستمر طويلًا، إذ بدأ مجلس الدولة الفرنسي بإقرار شرعية النصوص الواردة بكراسات الشروط العامة الذي يقتضي باستبعاد غير المرغوب فيهم من عداد المقاولين أو المتعهدين ما دامت قد استخدمت هذا الحق بناءً على وقائع ثابتة في سبيل مصلحة المرفق، كأن يثبت عدم قدرة المستبعد على تنفيذ العمل على الوجه الصحيح أو عدم كفاءته. وانتهى الأمر بالمشروع الفرنسي إلى استبعاد أسلوب المناقصة من وسائل التعاقد الإداري في قانون الشراء العام الحالي.⁽²⁾

أما المشروع الفلسطيني فما زال يعتمد المناقصة العامة الوسيلة الوحيدة الأصلية لإبرام العقود الإدارية مخالفًا بذلك القانون الفرنسي والقانون المصري، وأطلق عليها في قانون اللوازم العامة مصطلح العطاء، فقد نصت المادة (12) من قانون اللوازم العامة على أن " تتم عملية شراء اللوازم بطرح عطاء على أنه يجوز شراء اللوازم

(1) - أمين، العقود الإدارية (ص 207).

(2) - غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص 519).

يأخذى الطريقتين التاليتين: أ. استدراج عروض الأسعار... ب. الشراء المباشر للوازم بالتفاوض.⁽¹⁾ وهنا المشرع لا يلجأ إلى استدراج العروض والشراء المباشر بالتفاوض، إلا في حالة الاستعجال أو الضرورة أو في حدود مالية معينة، وبالتالي فهي طرق استثنائية لإبرام العقود الإدارية إذ أن الأصل إبرام العقود الإدارية بأسلوب المناقصة العامة التي أطلق عليها المشرع مصطلح العطاءات.

وكذلك نصت مادة (4) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية على أنه "تنفذ الأشغال والخدمات الفنية العامة بإحدى الطرق التالية: العطاءات العامة: وهي التي تأخذ مبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة وهي إما محلية أو دولية. العطاءات بطريقة استدراج العروض وهي بتوجيه دعوات خاصة لعدد من المقاولين أو المستشارين لا يقل عددهم عن ثلاث. التعاقد المباشر في الأحوال الخاصة أو الاستثنائية العاجلة. التنفيذ المباشر: هو التنفيذ الذي تقوم به الوزارة بمعدات وأجهزتها."⁽²⁾

ويتضح من المادة السابقة أن المشرع الفلسطيني أجاز التعاقد بخلاف أسلوب المناقصة العامة في أحوال خاصة أو استثنائية عاجلة.

أما القرار بقانون بشأن الشراء العام فقد نص في المادة (20) منه على " 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 أي من الآتي: 1) المناقصة (المحلية). 2) المناقصة على مرحلتين 3) المناقصة الدولية. ب. المناقصة المحدودة...."⁽³⁾.

ويرى الباحث أن المشرع الفلسطيني قد فرّق ما بين أسلوب المناقصة العامة وأسلوب المناقصة المحدودة، وذلك لأن أسلوب المناقصة المحدودة يستخدم في حالات الظروف الاستثنائية وقلة المرشحين المحتملين للتعاقد، وبالتالي فهي تختلف عن المناقصة العامة، وبالتالي لا نستطيع إدراجها تحت صور المناقصة العامة.

(1) - المادة (12) من قانون اللوازم العامة الفلسطيني رقم 9 لسنة 1998م.

(2) - المادة (4) قانون رقم (6) لسنة 1999م بشأن العطاءات للأشغال الحكومية.

(3) - المادة (20) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام.

الفرع الثاني: إبرام المناقصة العامة باستخدام الوسائل الإلكترونية

بالنظر إلى كل من قانون رقم (6) لسنة 1999م بشأن العطاءات للأشغال الحكومية، وقانون رقم (9) لسنة 1998م بشأن اللوازم العامة، نجد انهما لم يوليا أي اهتمام بالوسائل الإلكترونية في الشراء العام، إلا أن القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام وكذلك قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م بنظام الشراء العام قد عالجا هذا القصور.

وبذلك يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني قد ساير التطور الكبير الذي طرأ على العالم باستخدام الإنترنت والاتصالات وغيرها من الوسائل الحديثة في التواصل، فتبنى مفهوم الإدارة الإلكترونية، وأخذ يضع النصوص القانونية النازمة لهذا المفهوم، فهو أورد فصلاً كاملاً وهو الفصل الحادي عشر من القرار رقم 5 لسنة 2014م الخاص بنظام الشراء العام في فلسطين، وهذا الفصل يتحدث عن استخدام تكنولوجيا المعلومات في الشراء العام أي يسمح باستخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية. فقد نصت المادة (186) من هذا النظام 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...." ولكن المشرع لم يترك المجال مفتوحاً للإدارة لأن تستخدم ما يحلو لها من وسائل⁽¹⁾، بل اشترط على الإدارة أن تستخدم الوسائل الإلكترونية التي تتوافر فيها الضمانات الآتية: (2)

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 وإحالاته، وضمان سلامة طلبات المشاركة والعطاءات، وإنشاء وقت تلقي المراسلات.

(1) - المادة (187) من القرار رقم 5 لسنة 2014م والتي تنص على "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 الإجراء المقترح سيفضي إلى تعزيز مبادئ الاقتصاد والكفاية والتنافس وافتتاح نظام الشراء على قدر أكبر من المشاركة والشفافية والمساءلة".

(2) - راجع المادة (186) من القرار رقم 5 لسنة 2014م الخاص بنظام الشراء العام في فلسطين.

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 والتي تضمن عدم التمييز، وأن تكون هذه النظم والتكنولوجيا متاحة للمناقصين جميعاً وقابلة للتشغيل المتبادل مع نظم تكنولوجيا المعلومات المتاحة عموماً، وألا تحد من مشاركة المناقصين في إجراءات عملية الشراء.

4- استخدام الوسائل التي تضمن المشاركة الكاملة والمتزامنة للمناقصين كافة في الاجتماعات التي تعقد أثناء إجراءات عملية الشراء.

كما ونصت المادة (8) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام في فلسطين على "يمارس المجلس⁽¹⁾ في سبيل تحقيق أهدافه الصلاحيات الآتية: 7. جمع البيانات عن عمليات الشراء وتحليلها ودراساتها واستخلاص التوصيات اللازمة لتحسين الأداء، وتمكين الجمهور من الوصول إلى قاعدة البيانات بشكل تفاعلي عبر الإنترنت. 8. إنشاء وإدارة موقع إلكتروني 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.

يتضح أن المشرع الفلسطيني يسير باتجاه تحويل معاملات الإدارة من معاملات ورقية إلى معاملات إلكترونية يتم إبرامها من خلال الوسائل والوسائط الإلكترونية، ولاسيما في مجال إبرام العقود الإدارية، ولكن ذلك يحتاج من المشرع الفلسطيني النص على المزيد من القوانين الناظمة لذلك.

(1)- لقد عرفت المادة الأولى من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام المجلس على أنه " المجلس الأعلى لسياسات الشراء العام، المشكل بمقتضى أحكام هذا القرار بقانون" وقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من نفس القرار بقانون على أنه " 1- بموجب قرار من مجلس الوزراء يتشكل المجلس من رئيس وثمانية أعضاء من ممثلي الجهات الآتية: أ. وزارة المالية نائباً للرئيس ب. وزارة الأشغال العامة والإسكان عضواً ج. وزارة الاقتصاد الوطني عضواً د. وزارة الدولة لشؤون التخطيط والتنمية الإدارية عضواً هـ. أربعة أعضاء من ذوي الخبرة والاختصاص في مجال الشراء العام من غير موظفي القطاع العام يحددهم مجلس الوزراء من العاملين في قطاع المقاولات وتوريد الأدوية والاتصالات وتكنولوجيا المعلومات والقطاع الأكاديمي....".

إلا أن الوضع في قطاع غزة على غير ذلك، إذ أن قوانين الشراء العام السارية لم تنص على استخدام الوسائل الإلكترونية ضمن وسائل التعاقد الإدارية، ويرجع ذلك إلى الانقسام السياسي المرير والذي نعاني منه في وقتنا الحاضر.

المناقصة في الإسلام:

يُعرف عقد المناقصة على أنه "إجراء بمقتضاه تلتزم الجهة المعلنه عنه بالتعاقد مع صاحب عرض العوض الأقل من عروض المتنافسين للفوز فيه، نظير الوفاء بما التزم به مطابقاً للشروط والمواصفات المقررة"⁽¹⁾ وفي تعريف ثانٍ فقد عُرف على أنه " طلب الوصول إلى أرخص عطاء، لشراء سلعة أو خدمة، تقدم فيها الجهة الطالبة لها الدعوة للراغبين إلى تقديم عطاءاتهم، وفق شروط ومواصفات محددة."⁽²⁾

وفي تعريفٍ ثالثٍ "بأن يعرض المشتري شراء سلعة موصوفة بأوصاف معينة، فيتنافس الباعة في عرض البيع يثمن أقل، ويرسو البيع على من رضي بأقل سعر."⁽³⁾

ومن التعريفات السابقة يتبين أن أسلوب التعاقد من خلال تقنية المناقصة هو من الأساليب المستحدثة والتي تعتمد على المنافسة بشكل أساسي،⁽⁴⁾ إذ أن التعاقد يكون مع صاحب عرض العوض الأقل نظير الوفاء بما التزم به مطابقاً للشروط والمواصفات المقررة من الجهة المعلنه، وهو عبارة عن منظومة من العقود وليست عقداً واحداً، فهو يتضمن عقد بيع دفتر الشروط (وثائق ومستندات المناقصة)، وعقد الضمان، والعقد المتعلق بموضوع المناقصة (بيع سلع كالتوريد، أو بيع منفعة كالإجارة، أو الاستصناع)، فهذه العقود مجتمعة في عقد واحد، والعاقدان هما الجهة المعلنه عن العطاء ومن ترسو عليه المناقصة⁽⁵⁾

(1) - أبو هريريد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (ص41).

(2) - القرار 107 لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن موضوع عقود التوريد والمناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي (ص 391).

(3) - الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت (ص9).

(4) - هناك خلاف فقهي حول اعتبار المناقصة عقد أم وسيلة للتعاقد، إذ الراجح أنها وسيلة للتعاقد وليست عقد، لكن الدكتور عاطف أبو هريريد يعتبرها عقد وليس وسيلة للتعاقد. المرجع السابق (ص74).

(5) - أبو هريريد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (ص74).

ولا مانع شرعاً من اجتماع عقود في عقدٍ واحدٍ، عملاً بالأصل في العقود والشروط كما هو القول الراجح عند كثيرٍ من علماء العصر، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وهذا دليل واضح على قدرة الشريعة الإسلامية على مراعاة المستجدات والقضايا المعاصرة.⁽¹⁾

ولذلك اعتبر الفقهاء عقد المناقصة عقد جائز شرعاً،⁽²⁾ وله شروطه ومواصفاته، والمطلوب شرعاً أن يكون التقدم للمناقصات شريعياً، وأن تكون المنافسة نزيهة بعيدة عن الرشوة والواسطة والمحسوبية، وبالتالي يحرم شرعاً تقديم هدية أو رشوة من أجل الدخول في المناقصة.⁽³⁾

(1) - عفانة، ضوابط المنافسة في المناقصات والعطاءات، موقع الكتروني.

(2) - أبو هرييد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (ص93).

(3) - عفانة، ضوابط المنافسة في المناقصات والعطاءات، موقع الكتروني.

المطلب الثاني

أنواع المناقصة الإلكترونية

لقد تبني المشرع الفلسطيني في المادة (20) من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2014م، بشأن الشراء العام ثلاث أنواع للمناقصة العامة وهي: المناقصة المحلية والمناقصة الدولية والمناقصة على مرحلتين⁽¹⁾، وبجانب المناقصة العامة تبني المناقصة المحدودة، وبذلك يكون المشرع قد منح الإدارة بعض الحرية في اختيار المناقصة التي تتفق مع طبيعة موضوع العقد بعد أن كان هناك مغالاة في تقييد الإدارة بذلك الشأن، ولذلك سوف يتناول الباحث هذه الصور من خلال أربعة فروع متتالية وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المناقصة المحلية

يختلف مفهوم المناقصة المحلية في مصر عنه في فلسطين، ففي مصر يقتصر الاشتراك فيها على المقاولين والموردين المحليين المقيدين في جدول أو قائمة معدة مسبقاً من قبل الإدارة، وبالتالي فهي نوع من المناقصات يتم اختيار المشتركين فيها على أساس نطاق جغرافي محدد، وما عدا ذلك تطبق في شأنها الأحكام الخاصة بالمناقصة العامة فيما عدا بعض الاستثناءات كالنشر وما يرد باللائحة بخصوصها من نص خاص.⁽²⁾ وقد اشترط المشرع المصري عند اللجوء إلى المناقصة المحلية أن يكون ذلك مُسبباً بقرار من السلطة المختصة فيما لا تزيد قيمته على مئتي ألف جنيه، ويقتصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ العقد.⁽³⁾

(1) - لقد نصت المادة (20) من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2014م بشأن الشراء العام على " تتم عمليات شراء اللوازم والأشغال والخدمات غير الاستشارية وفقاً للأسقف المالية أو الحالات المحددة في النظام بإحدى الأساليب الآتية: أ. المناقصة العامة، والتي تشمل أي من الآتي: 1) المناقصة (المحلية). 2) المناقصة على مرحلتين 3) المناقصة الدولية. ب. المناقصة المحدودة. ج. استدرج 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".

(2) - عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري (ص578).

(3) - المادة الرابعة من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998م.

ولا يتم العلانية بشكل واسع، بل تتم من خلال توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص موضوع المناقصة داخل نطاق المحافظة التي يتم بدئتها تنفيذ التعاقد والذين تقرر الجهة الإدارية التعامل معهم من المقيدون بالسجل الخاص بذلك.

ويتم توجيه الدعوة بموجب خطابات موصى عليها بعلم الوصول قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بعشرة أيام على الأقل، ويجوز في حالة الاستعجال أن تسلم باليد قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل وتسلم بموجب إيصال مؤرخ.⁽¹⁾

ويجب أن تتضمن الدعوة البيانات كافة الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيادات الحالي في مصر⁽²⁾

ويرى الباحث أن المشرع المصري لم يوفق بتنظيمه لأحكام المناقصة المحلية، فقد خالف مبدأين مستقرين من المبادئ التي تحكم أساليب التعاقد الإداري وهما مبدأ العلانية ومبدأ المنافسة الحرة، فالعلانية يجب أن تتم بشكل واسع من خلال الصحف المنتشرة والمجلات، وليس على المشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة فقط.

ولقد نص المشرع الفلسطيني على هذا النوع كنوع من أنواع المناقصة العامة، حيث تنص المادة (33) من نظام توريد المواد وتنفيذ الأعمال في الهيئات المحلية الفلسطينية رقم 1 لسنة 1998 على أنه " إذا تبين للمجلس أن المواد التي يرغب في توريدها، أو الأعمال التي ينوي 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 يكتفي بإجراء الإعلان في صحيفتين يوميتين وباللغة العربية".

ويتضح من نص المادة (33) سالفه الذكر ما يأتي:⁽³⁾

(1) - جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء (ص239).

(2) - المادة (37) من قانون المناقصات والمزيادات المصري رقم (89) لسنة 1998م.

(3) - غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص173).

1- جاء نص المادة عامًا، وذلك يعني أن تكون المناقصة محلية على نطاق أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية ومن ثم يستطيع كل من تنطبق عليه الشروط من الموردين أو المقاولين المحليين التقدم بعطاءاتهم فيها، ولم يقيدتها لنطاق جغرافي معين.

2- جاءت عبارات النص فضفاضة وواسعة بحيث تفتح الباب أمام الاستخدام المفرط لطريقة المناقصة المحلية.

3- لم يقيدها المشرع بحدود مالية معينة ولم يتطلب تسبب القرار باستخدام هذا الأسلوب، ويرجع ذلك إلى أن هذا الأسلوب لا يقتصر على عدد محدد من المناقصين.

وبذلك يكون هناك اختلاف كبير بين المناقصة المحلية في القانون الفلسطيني عنها في القانون المصري ويتمثل هذا الاختلاف في الآتي:

1- في مصر: المناقصة المحلية هي التي يتم الإعلان عنها في حدود محلية، أي تعلن في حدود جغرافية معينة، وليس لمن يباشر النشاط موضوع المناقصة، حتى ولو كان يحمل جنسية الدولة طالما أنه لا يباشر نشاطه داخل المحافظة.

أما في فلسطين: فإن كلمة المحلية هي عكس الدولية، أي جميع الذين يباشرون نشاطهم داخل الدولة لهم حرية الاشتراك.

2- في مصر: تقتصر العلانية على نظام الدعوات الشخصية للمشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة. في فلسطين: العلانية في الصحف، حيث يكتفى بإجراء الإعلان في صحيفتين يوميتين باللغة العربية.

3- في مصر: يتم قصر المشتركين في المناقصة المحلية على عدد محدد من أفراد الدولة. في فلسطين: يكون المشتركون في المناقصة المحلية على مستوى أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية، أي غير مقيدين في منطقة جغرافية محددة.

4- في مصر: يجب تسبب القرار الصادر من السلطة المختصة باللجوء إلى طريق المناقصة المحلية، والسبب في ذلك أن المناقصة المحلية قاصرة على عدد محدد من المقاولين.

في فلسطين: لم يتطلب المشرع الفلسطيني تسبب القرار باستخدام هذا الأسلوب، وذلك لأنها لا تقتصر على عدد محدد من المقاولين بل مفتوحة للجميع.

يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني وُفق عندما نص على وجوب الإعلان عن المناقصة المحلية في الصحف، وليس بأسلوب الدعوات الشخصية كما فعل المشرع المصري، كما أنه وُفق في القرار بقانون حيث أوجب النشر بالوسائل الإلكترونية.

الفرع الثاني: المناقصة الدولية

هي مناقصة تفتح مجال الاشتراك فيها لعدد غير محدد من المناقصين، أي أنها المناقصة التي يسمح أن يشترك فيها كل شخص تتوفر فيه شروط المناقصة ويعتقد أنه قادر على تنفيذ العقد، فيقدم كل مشترك عطاءه الذي يضمن السعر الذي يقبله، وهذه المناقصة قد يتم الإعلان عنها في داخل الدولة وخارجها.⁽¹⁾

ولقد نص المشرع الفلسطيني على هذا النوع، فقد نصت المادة (24) من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2014م بشأن الشراء العام على الحالات التي تلجأ لها الإدارة - الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية- لأسلوب المناقصة الدولية وهي:

- 1- في حالات الشراء ذات الطبيعة الخاصة أو المعقدة، ووفقاً لما تحدده الجهة المشتريّة.
 - 2- عندما لا تتوفر اللوازم والأشغال والخدمات محلياً بأسعار تنافسية وبالجودة المطلوبة.
 - 3- إذا لم يتم التقدم بعطاءات من قبل مناقصين محليين بعد استنفاد أساليب الشراء التي يجيزها القانون.
- وتقوم 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.

وتجدر الإشارة إلى أن المناقصة الدولية لا تعني حصر المشاركة فيها على المقيمين خارج الدولة بل يمكن التقدم من أشخاص مقيمين داخل الدولة، بل إن المشرع الفلسطيني جعل الأولوية للعطاءات المقدمة من الفلسطينيين⁽²⁾، ويستدل على ذلك من نص المادة (8) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أنه "يمارس المجلس في سبيل تحقيق أهدافه الصلاحيات الاتية: أ. إعطاء الأفضلية للمنتج والمقاول والمستشار الفلسطيني المحلي، شريطة مراعاة متطلبات الجودة الفنية. ب. اعتماد نسبة أفضلية لأسعار المنتجين

(1) - عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري (ص577).

(2) - غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص524).

والمقاولين الفلسطينيين في المناقصات الدولية أثناء تقييم العطاءات. ج. اعتماد مبدأ الأولوية لاستخدام العمالة الفلسطينية في مناقصات الأشغال لخلق فرص عمل.

وكذلك المادة (9) من قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998 فقد نصت على أنه "إذا تحققت المواصفات ودرجة الجودة والمعايير والشروط الأخرى في اللوازم المعروضة والمطلوبة للشراء وفقاً لكراسة الشروط فعلى الجهة المختصة بشرائها إعطاء الأفضلية للوازم المنتجة في فلسطين ومن المناقص المقيم فيها بصورة دائمة، وبالتالي فإن الأولوية دائماً تكون للعطاءات المقدمة من المناقصين الفلسطينيين.

ولم يحدد المشرع الفلسطيني نسبة أفضلية معينة للمنتج الفلسطيني تلتزم فيها الإدارة عند قيامها بعملية التعاقد مع أحد المناقصين، بل ترك ذلك لتقدير الإدارة.

أما المشرع المصري فقد حدد في قانون تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية رقم (5) لسنة 2015م نسبة 15% كأفضلية للمنتج المستوفي لنسبة المكون الصناعي المصري، فإذا كان سعر المنتج المستوفي لنسبة المكون الصناعي المصري يزيد على مثيله المنافس بنسبة لا تتجاوز (15%) فهو الأفضل، ويعتبر الأقل سعراً حتى لو كان أكثر سعراً من المنتجات الأخرى طالما كانت تلك الزيادة في حدود (15%).⁽¹⁾

ويرى الباحث أن المشرع الفلسطيني لم يوفق حين أعطى المجلس الحرية في تحديد نسبة أفضلية معينة تلتزم فيها الجهات المعنية بالتعاقد، بل كان على المشرع النص صراحة على تحديد نسبة أفضلية معينة كما فعل المشرع المصري، فاعتماد نسبة معينة فيه تسهيل على الإدارة عند قيامها باختيار العطاء الأنسب (الترسية)، فهي تستبعد أي عطاء يكون فيه الفرق بين سعر المنتج الوطني عن غير الوطني يفوق نسبة الأفضلية التي يتم تحديدها، وهذا يؤدي في بعض الأحيان إلى اضطراب الإدارة لاختيار المنتج غير الوطني، حيث إنه من غير المنطق إعطاء أفضلية لمنتج وطني يزيد على مثيله غير الوطني بنسبة تفوق الـ 50% على سبيل المثال.

(1) - المنتجات التي يطبق عليها أحكام التفضيل المقررة في القانون رقم 5 لسنة 2015م - القانون - ولائحته هي كل المنتجات الصناعية التي تزيد نسبة المكون المصري بها على (40%) من سعر المنتج، وتحتسب نسبة المكون الصناعي المصري بخصم قيمة المكونات المستوردة من سعر المنتج، وأطلق القانون على هذه المنتجات مسمى "المنتجات المستوفية لنسبة المكون الصناعي المصري" (المادة 1 من القانون السابق).

الفرع الثالث: المناقصة على مرحلتين

أسلوب المناقصة على مرحلتين هو شكل جديد للمناقصات لم يرد أي نص بشأنه في النظام القانوني القائم في فرنسا أو مصر، كما لم يتبنّ المشرع الفلسطيني هذا الأسلوب في قانون اللوازم العامة وفي قانون العطاءات للأشغال الحكومية الساريان في غزة⁽¹⁾، بينما يأخذ به قانون الشراء العام الفلسطيني الجديد، وكذلك القانون النموذجي "اليونسترال" فقد نصت المادة (1/19) منه على أنه "يجوز للجهة المشترية أن تزاوّل الاشتراء عن طريق المناقصة على مرحلتين وفقاً للمادة (46)....."⁽²⁾، أما قانون الشراء العام الفلسطيني فقد نصت المادة (23) منه على أنه "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 والتركييب أو عقود الأشغال الكبيرة ذات الطبيعة الخاصة أو عقود تكنولوجيا المعلومات والاتصالات المعقدة أو غيرها من العقود المشابهة) وحتى يُؤخذ 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"⁽³⁾.

يتضح من المادة السابقة أن حالات لجوء المشرع إلى المناقصة على مرحلتين هي:

1. أن يكون تحديد المواصفات الفنية والتعاقدية لعملية الشراء تحديداً كاملاً بهدف الحصول على عطاءات تنافسية غير مجدي.
2. حين ترغب الجهة المشترية، بسبب الطبيعة المعقدة للسلع أو الإنشاءات أو الخدمات المطلوب شراؤها، في النظر إلى الحلول الفنية والتعاقدية المختلفة وفي أن تناقش المناقصين حول المزايا النسبية لهذه الأنواع المختلفة قبل اتخاذها القرار حول المواصفات الفنية النهائية والشروط التعاقدية النهائية.
3. إذا كانت الجهة المشترية تسعى إلى الدخول في عقد لغرض التصميم والتوريد أو عقود الأشغال الكبيرة ذات الطبيعة الخاصة أو عقود تكنولوجيا المعلومات والاتصالات المعقدة أو غيرها من العقود المشابهة.

(1) - غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص 523).

(2) - لقد تضمنت المادة (46) من القانون النموذجي "اليونسترال" الإجراءات الخاصة بأسلوب الشراء على مرحلتين، لمزيد من الايضاح راجع، غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (254).

(3) - راجع المادة (23) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م

لقد حدد المشرع الفلسطيني الضوابط والإجراءات اللازمة لأجراء المناقصة على مرحلتين، وذلك من خلال نص المادة 88 من قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 الخاص بنظام الشراء العام على النحو التالي:

في المرحلة الأولى: تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزيّة بدعوة المناقصين إلى تقديم عروض فنية غير مسعرة، على أساس تصميم مبدئي أو مواصفات الأداء أو مواصفات النتائج (المخرجات) المتوقعة، والخطوط العريضة للمواصفات الفنية التي توفر للمناقصين المعلومات الفنية الأساسية لعملية الشراء المطلوبة. بالإضافة إلى تبيان الشروط التعاقدية وشروط التوريد، يجب أن تتضمن الدعوة المعايير التي سيتم استخدامها لتحديد إذا ما كان العرض الفني مستجيباً، والذي يجب أن يشمل: أ. الاكتمال النسبي للعرض الفني وتلبيته للمتطلبات. ب. قدرة العرض المقدم من المناقص على تلبية احتياجات الجهة المشتريّة. ثم يأتي دور المناقصين لتقديم العروض الفنية التي تصف الأداء الفني، والجودة وغيرها من خصائص اللوازم والأشغال والخدمات ذات الصلة التي يعتبرونها الأكثر ملاءمة لتلبية احتياجات الجهة المشتريّة، وفي هذه المرحلة لا يشترط المشرع تقديم كفالة دخول المناقصة من المناقصين في المرحلة الأولى، واشترط المشرع في هذه المرحلة أن يكون الوقت الذي يعطى للمناقصين لتقديم عروضهم الفنية كافياً أي من 6-8 أسابيع.⁽¹⁾

وبعد ذلك تقوم لجنة التقييم الفني بتقييم جميع العروض الفنية التي تم استلامها، ولجنة التقييم وبموافقة المسؤول المختص أو الوزير المختص الاستعانة بلجنة فنية مختصة أو الخبراء المختصين ممن لديهم معرفة جيدة بموضوع الشراء نظراً للطبيعة المعقدة لهذا النوع من المناقصات.⁽²⁾

(1) - راجع المادة (98) من قرار مجلس الوزراء رقم (5) ل سنة 2014م بنظام الشراء العام.

(2) - تنص المادة (99) من قرار مجلس الوزراء رقم (5) ل سنة 2014م بنظام الشراء العام على " 1. تقوم لجنة التقييم الفني بتقييم جميع العروض الفنية التي تم استلامها، ولجنة التقييم وبموافقة المسؤول المختص أو الوزير المختص الاستعانة بلجنة فنية مختصة أو الخبراء المختصين ممن لديهم معرفة جيدة بموضوع الشراء نظراً للطبيعة المعقدة لهذا النوع من المناقصات. 2. تقوم لجنة التقييم الفني أو اللجنة الفرعية بمراجعة العروض الفنية، وتحديد العروض التي تستجيب لشروط وظروف الدعوة، ويجب رفض العروض غير المستجيبة. 3. يجوز للجنة التقييم إجراء مناقشات سرية ومنفردة، إذا اقتضى الأمر، مع كل من المناقصين الذين تقدموا بالعروض الفنية المستجيبة بشأن أي جانب من جوانب عروضهم باستثناء الأسعار، ويجب الحفاظ على سرية العروض الفنية لكل مناقص، ولا تكشف أية معلومات سرية أو أفكار للمناقصين الآخرين. 4. في نهاية المناقشات بموجب الفقرة (3) من هذه المادة، تقوم لجنة التقييم بإعداد محضر تعديلات لكل مناقص يحدد التغييرات المطلوبة في عرضه الفني، على النحو المتفق عليه مع الجهة المشتريّة لإدراجها في المرحلة الثانية للمناقصة. 5. يجب أن يقدم تقرير التقييم للمسؤول المختص في الجهة المشتريّة أو الوزير المختص بما في ذلك - كل محاضر التعديلات التي وقعها المناقصون وجميع أعضاء لجنة التقييم-

المرحلة الثانية : وفي هذه المرحلة تقوم الجهة المشتريّة بإعداد وثائق المناقصة الفنيّة الجديدة المتفق عليها، وتحضير الوثائق النهائيّة التي تشمل المواصفات الفنيّة ومعايير التقييم، وشروط العقد بما يحقق أقصى قدر من المنافسة، ومن ثمّ تدعو المناقصين أصحاب العطاءات المستجيبة من المرحلة الأولى إلى تقديم عروضهم الفنيّة والماليّة النهائيّة وفقاً لمتطلبات وثيقة المناقصة للمرحلة الثانيّة، ومحاضر التعديلات الفريديّة الصادرة لكل مناقص، وتشترط الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامّة أو دائرة العطاءات المركزيّة تقديم كفالة دخول المناقصة أو إقرار ضمان العطاء في هذه المرحلة.⁽¹⁾

ويحقّق هذا الأسلوب للجهة المشتريّة الحصول على منافع تتعلّق بالنواحي الفنيّة ومرونة المناقشات الموضوعية مع المناقصين فضلاً عن تلافي خطر الإساءة لمبدأ الشفافية الذي يميّز أساليب الشراء التفاوضية غير المنظمة⁽²⁾.

الفرع الرابع: المناقصة المحدودة

هي صورة من صور المناقصات، يقتصر الاشتراك فيها على عدد محدد من المتناقصين الذين تتوافر لديهم شروط الكفاية الماديّة والفنيّة. وهي تهدف -كالمناقصة العامّة- إلى الوصول إلى أفضل عطاء، لذا فإنّ توجيه الدعوة يكون إلى أكبر عدد ممكن من المناقصين الذين يعملون بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة،

= لاعتماده وتحويله للجهة المختصة لتحضير وثائق المناقصة النهائيّة. 6. يجب توثيق كافة الاستيضاحات والمناقشات مع المناقصين خطياً وتحفظ كجزء من ملف الشراء.

(1) - تنص المادة (100) من قرار مجلس الوزراء رقم (5) ل سنة 2014م بنظام الشراء العام على " 1. بعد انتهاء المرحلة الأولى تقوم الجهة المشتريّة بإعداد وثائق المناقصة الفنيّة الجديدة المتفق عليها، وتحضير الوثائق النهائيّة التي تشمل المواصفات الفنيّة 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 الفنيّة والماليّة النهائيّة وفقاً لمتطلبات وثيقة المناقصة للمرحلة الثانيّة، ومحاضر التعديلات الفريديّة الصادرة لكل مناقص. 3. على الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامّة أو دائرة العطاءات المركزيّة طلب تقديم كفالة دخول المناقصة أو إقرار ضمان العطاء في هذه المرحلة. 4. تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامّة أو دائرة العطاءات المركزيّة في إجراءات المرحلة الثانيّة من هذه المناقصة باتباع إجراءات المناقصة العامّة الواردة في القرار بقانون وهذا النظام من حيث تقديم وفتح وتقييم العطاءات وإحالة العقد".

(2) - غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 256).

والذين تعتمد السلطة المختصة أسماءهم من بين المقيدین بالسجلات الجھة الإدارية⁽¹⁾، وبالتالي تلتزم الإدارة بالتعاقد من أفضل العطاءات المقدمة إليها، أي صاحب أقل العطاءات سعراً مع مطابقتها للشروط والمواصفات.

إن القانون المصري قد أخذ بأسلوب المناقصة المحدودة، واشترط على السلطة المختصة أن توافق على سلوك طريق المناقصة المحدودة بقرار مسبب، فالمناقصة المحدودة في القانون المصري تختلف عن المناقصة العامة في أن الأخيرة تقوم على مبدأ الإعلان في الصحف والمجلات ووسائل الإعلان الأخرى، وأن كل من تتوفر لديه الشروط يستطيع أن يتقدم بعطاءه، بينما المناقصة المحدودة يقتصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين داخل مصر أو خارجها، كما أن الدعوة إليها توجه بموجب خطابات موصى عليها بعلم الوصول قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بسبعة أيام على الأقل، ويجوز تسليمها بأي وسيلة أخرى مع إثبات موعد تسليمها لأصحاب الشأن، بيد أن كلاً من المناقصة العامة والمحدودة يتشابهان في أن الموردين والمقاولين يتقدمون بعطاءاتهم في مظاريف مغلقة يتم فتحها والبت فيها وفقاً للأحكام المعمول بها في المناقصة العامة.⁽²⁾

أما المُشرع الفلسطيني فهو لم يأخذ بأسلوب المناقصة المحدودة في قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998م، ولا في قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999م⁽³⁾، بينما تبنى قانون الشراء العام الفلسطيني هذا الأسلوب في 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 المُشرع الفلسطيني هذا الأسلوب في حالات الظرف الاستثنائية وقلّة المرشحين المحتملين للتعاقد⁽⁴⁾، إذ تنص المادة (25) من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2014م، بشأن الشراء العام على أن "1. للجهة المشترية أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية إجراء المناقصة المحدودة في أي من الحالات الآتية:

(1) - جعفر، العقود الادارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات (ص149).

(2) - غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص248).

(3) - لقد أخذ المُشرع الفلسطيني بأسلوب قريب من ذلك وهو أسلوب استدرج عروض الأسعار، فهو يقوم على ذات الفلسفة التي يقوم عليها أسلوب المناقصة المحدودة.

(4) - غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص525).

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 العامّة أو دائرة العطاءات المركزيّة بإعداد قائمة بأسماء المناقصين.

ب- إذا وجد ظرف استثنائي يبرر عدم استخدام إجراءات المناقصة العامّة.

2. تطبق إجراءات المناقصة العامّة على المناقصة المحدودة، باستثناء الإعلان في الصحف، بحيث توجه الدعوة مباشرة للمناقصين كافة 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 العامّة أو دائرة العطاءات المركزيّة باب المشاركة".

أما عن باقي الإجراءات، فإن كل الإجراءات التي تنطبق على المناقصة العامّة تنطبق 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.⁽¹⁾

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه المشرع المصري بإلزام السلطة المختصة التي وافقت على سلوك طريق المناقصة المحدودة بتسبيب قرارها، هو أفضل بكثير مما صار عليه المشرع الفلسطيني الذي لم يشترط على الجهات المختصة تسبيب قرارها عند اللجوء الى مثل هذا الأسلوب، وذلك لأن المناقصة المحدودة يتم اللجوء إليها كاستثناء عن الأصل، ويتعين على السلطة المختصة قبل إصدارها لهذا القرار التأكيد من توافر مبررات اللجوء لهذا الأسلوب.

(1) - تنص المادة (97) من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2014م بشأن الشراء العام على "1. بناءً على المادة (25) من القرار بقانون فإن كل الإجراءات التي تنطبق على المناقصة العامّة 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 العامّة، 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.

المبحث الثاني

المبادئ العامة التي تحكم أساليب التعاقد الإداري الإلكتروني

لقد ساهم التطور التكنولوجي وإدخال الوسائط الإلكترونية في التعاقد الإداري كإلترنت وأدواتها، مثل شبكة الويب والبريد الإلكتروني وغرف المحادثة والوسائط الإلكترونية الأخرى بشكل فعال في تطوير المبادئ العامة لإجراءات إبرام العقود الإدارية ولاسيما المناقصة العامة والتي وضعها المشرع لحماية التعاقد مع الإدارة لتحقيق الصالح العام.⁽¹⁾

إن هذه المبادئ قد نصت عليها غالبية قوانين الشراء العام، ففي فلسطين نجد أن قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م قد نص في المادة السابعة منه على وجوب قيام جهة الإدارة باعتماد مبدأ المنافسة في جميع عمليات الشراء⁽²⁾. أما المادة (5) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية في الفقرة الثانية منه نصت على ضرورة تطبيق مبدأ المنافسة، وأن يكون هناك فرص متكافئة ومتساوية للجهات المؤهلة حتى تقوم بتنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات العينية بالطرق المناسبة⁽³⁾، وكذلك المادة (5) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام حيث نصت على "هدف 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.

أما في فرنسا فنجد أن المادة رقم (1) من قانون المشتريات الفرنسي تنص على وجوب احترام مبادئ حرية التعاقد على المشتريات العامة والمساواة بين المتنافسين في الإجراءات⁽⁴⁾، وكذلك الأمر في مصر، فقد

(1) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص60).

(2) - المادة (7) من قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م

(3) - المادة (5) من قانون العطاءات للأشغال العامة الحكومي رقم (6) لسنة 1999م.

(4) - المادة (1) من قانون المشتريات الفرنسي رقم 2006/975م، والتي تنص على أنه "تلتزم العقود العامة الاتفاقات

النموذجية الخاضعة لأحكام هذا التقنين بمبادئ حرية التعاقد على المشتريات العامة، والمساواة في المعاملة بين المرشحين وشفافية الإجراءات. كما وأن هذه المبادئ تحقق الفعالية للمشتريات العامة والاستخدام الصحيح للموارد العامة. ويتم إعمال هذه الالتزامات وفقاً للقواعد المحددة بطريق هذا التقنين".

نص المشرع بصورة جازمة وواضحة على مبدأ المنافسة الحرة.⁽¹⁾

ويلاحظ من هذه المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية أنها متشابهة في القانون الفلسطيني والفرنسي والمصري، وتعتبر الفوائد المرجوة من إبرام العقود الإدارية عن طريق الوسائل الإلكترونية، أي أن الهدف من إبرام العقد الإداري بالوسائل الإلكترونية هو تحقيق هذه المبادئ.⁽²⁾

لذا فإنه يجب على الباحث لمعرفة المبادئ العامة في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية دراسة هذه المبادئ بصفة عامة، ثم دراستها في العقود الإدارية الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك من خلال ثلاث مطالب، نتناول في المطلب الأول مبدأ حرية المنافسة، وفي المطلب الثاني مبدأ العلانية، ومبدأ المساواة في المطلب الثالث.

المطلب الأول

مبدأ المنافسة الحرة

يقصد بهذا المبدأ: "حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة في الحدود التي يحددها القانون"⁽³⁾. وعُرف أيضًا بأنه "إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه شروط المناقصة لكي يتقدم بعبثائه".⁽⁴⁾

فهذا المبدأ يتيح لكل من تتوفر فيه الشروط المطلوبة أن يتقدم للمناقصة وفي المقابل يستبعد كل من لا تتوفر فيه الشروط اللازمة.⁽⁵⁾ وترتيبًا على ذلك فإن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصة حال توافر الشروط القانونية فيه، ويعتبر مبدأ حرية الدخول إلى المناقصة من أهم المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية، بل تخضع له العقود التي تنزل بها الإدارة منزلة الأفراد (العقود الخاصة) لأنه يتلاءم مع الغرض الذي أراده المشرع من المناقصات كأسلوب لإبرام العقود الإدارية، لأن هدف أسلوب المناقصة هو دعوة الجمهور للاشتراك في العملية التي يطرحها، والهدف من ذلك هو الوصول إلى المناقص

(1) - المادة (2) من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998م تنص على "تخضع كل من المناقصات العامة والممارسات العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحيية المنافسة"

(2) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص61).

(3) - نصار، العقود الإدارية (ص139).

(4) - صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته (ص159).

(5) - عبد الله، القانون الإداري (ص72).

الذي تقدم بأرخص الأسعار وأفضل الشروط الفنية، ومما لا شك فيه أن حرية التقدم تزيد عدد المتنافسين فيكون هنالك فرصة لاختيار أفضل العروض من الناحية المالية والفنية.⁽¹⁾

إن هذا المبدأ يجد حجمه الحقيقي بالنسبة للمناقصات العامة بصفة خاصة، مقارنة بالمناقصة المحلية والمحدودة التي وإن كانت المنافسة غير غائبة فيها، إلا أنها قاصرة على أشخاص معينين ومعروفين سلفاً للإدارة لاسيما في مصر حيث ان المنافسة محدودة.⁽²⁾

وسوف يتناول الباحث هذا المطلب من خلال فرعين، يتحدث في الفرع الأول عن الأسس النظرية والعملية لمبدأ المنافسة، والفرع الثاني عن القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الأسس النظرية والعملية لمبدأ المنافسة الحرة

تنقسم هذه الأسس إلى أسباب نظرية⁽³⁾، وأسباب عملية وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الأسباب النظرية

وتشمل هذه الأسباب الحرية الاقتصادية والتي تعني مبدأ التنافس الحر بين المواطنين داخل الدولة، الذي هو دعامة الاقتصاد الحر، فالدولة ينبغي أن تحرص على هذه الحرية وعلى عدم تقييدها قدر المستطاع، وكذلك تشمل المساواة أمام القانون.

ثانياً: الأسباب العملية

وتتمثل هذه الأسباب في المصلحة المالية للإدارة التي تستلزم توسيع قاعدة التنافس بالسماح لكل الراغبين بالتقدم للمناقصة العامة، لاستقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين مما يؤدي إلى الحصول على أقل سعر ممكن وبالتالي تحقيق المصلحة المالية للإدارة، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن مصلحة المتنافسين ذاتهم التي تستلزم إعطائهم كل الضمانات التي تتمثل في حرية دخولهم إلى المناقصة، إذ أن المنافسة تحرك

(1) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص62).

(2) - عبد الباسط، اعمال السلطة الإدارية (ص315).

(3) - السعدي، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2005، مُشار إليه في رسالة ماجستير غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص89).

كل القوى الاقتصادية الموجودة، فهي تجيز الدخول إلى الطلب العام للكافة، ولاسيما المشاريع المتوسطة والصغيرة بحسب شروط العطاء .

وقد تبنى المشرع الفلسطيني هذا المبدأ في نصوص عديدة ومنها نص المادة الخامسة 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 فرصة متكافئة دون تمييز وتوفير معاملة عادلة ومتساوية لجميع المناقصين والمستشارين 6-ضمان تحقيق الشفافية والنزاهة في إجراء سير عمليات الشراء العام.

وكذلك أوجب قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م على جهة الإدارة اعتماد مبدأ المنافسة في جميع عمليات الشراء. (1)

ومبدأ حرية المنافسة - وإن كان يعني حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة- إلا أن الأمر لا يعني أن هذه الحرية مطلقة، فهناك قيود ينص عليها القانون أو تضعها الإدارة بحكم سلطتها التقديرية، تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو المشروعات من دخول المناقصات العامة وهذا الأمر لا يعد إخلالاً بمبدأ حرية المنافسة. (2)

الفرع الثاني: القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة.

يرد على هذا المبدأ قيدان وهما الحرمان والاستبعاد وذلك على النحو الآتي:

أولاً: سلطة الإدارة في الحرمان

الحرمان هو إجراء يتيح للإدارة -بقرار عام- منع الشخص من الدخول في تعاقدات معها، وقد يكون الحرمان جزائياً كما قد يكون وقائياً، وسنفصل ذلك كما يلي:

(1) - المادة (7) من قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م والتي تنص على " تتم عمليات الشراء وفقاً للأسس التالية: أ) اعتماد مبدأ المنافسة في جميع عمليات الشراء. ب) يراعى الحصول على أجود اللوازم وبأفضل الأسعار والشروط. ج) عدم تجزئة اللوازم إلى صفقات متعددة في جميع عمليات شراء اللوازم المتشابهة".

(2) - نصار، العقود الإدارية (ص141).

أ: الحرمان الجزائي

يُوقع الحرمان كجزاء على الشخص إما بنص القانون، أو لإخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة فالحرمان الجزائي بنص القانون يمكن أن يكون في صورة عقوبة أصلية، أو عقوبة تبعية عن أفعال ارتكبها الشخص المحروم، ومن ثم لا تعدو سلطة الإدارة في توقيع جزاء الحرمان في هذه الحالة سوى مجرد تطبيق للنصوص القانونية.⁽¹⁾

أما الحرمان الجزائي الموقع من جهة الإدارة، فهو جزاء يوقع على المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة مع الإدارة، فيتعين عدم توقيع هذا الجزاء إلا إذا توافرت مبرراته، فالأصل أن الحرمان الجزائي لا يجوز توقيعه إذا لم تتحقق أسبابه.⁽²⁾

- الحرمان الجزائي بنص القانون

لقد نصت المادة (18) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م على أن " يقدم المناقص الذي يرغب بشراء دعوى العطاء الرقم المرخص ونسخة مصدقة عن رخصة مهن سارية المفعول تخوله صناعة أو بيع أو توريد اللوازم المطلوبة أو الإتجار بها والسجل التجاري أو الصناعي الذي يبين كافة الشروط التي تتطلبها كلاً من وزارة التجارة والاقتصاد ووزارة الصناعة للتسجيل في السجل التجاري أو الصناعي...وعلى المناقص الذي يشارك في المرة الأولى في عطاءات الدائرة إرفاق صورة مصدقة عن رخصة المهن والسجل التجاري مع عرضه..."

ويتضح من هذه المادة أن المشرع الفلسطيني استبعد أي مناقص غير حاصل على رقم مشغل مرخص من الدخول في العطاءات بصفة عامة وأن هذا الحرمان هو حرمان بنص القانون.

- الحرمان الجزائي الموقع من قبل الإدارة

في هذه الحالة يكون الحرمان كجزاء على المتعاقد نتيجة إخلاله ببعض الالتزامات التعاقدية السابقة مع

(1) - جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء (ص266).

(2) - نصار، العقود الإدارية ص(142-143).

الإدارة إخلالاً جسيماً كالتجائه للغش والتحايل والتلاعب والمماطلة والتسويق والتنازل عن العقد للغير دون موافقة الإدارة.⁽¹⁾

لقد نصت المادة (50) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة على أنه "للجنة 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 وعلى 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 نصت المادة (26) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1996م على أنه " إذا سبق للمناقص أن أخل أو أهمل أو قصر في التزاماته الفائتة، أو كان يخضع بقرار بالحرمان ساري المفعول، للجنة العطاءات الحق في استبعاده..."

أما القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام فقد نص في المادة (32) الفقرة الخامسة على أنه "للجهة المشترية 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."

ومن هذه النصوص نستطيع القول بأن المشرع الفلسطيني بين الحالات التي تستطيع الإدارة بموجبها حرمان بعض الأشخاص والمشروعات من الدخول في المناقصات وهي:

- 1- المناقص الذي يخل بالتزاماته قبل إتمام التعاقد.
- 2- المناقص الذي لا يلتزم بشروط العقد أو يماطل في تنفيذه على أن تكون المخالفات قد وقعت في أكثر من عقد أو أكثر من مرتين في العقد الواحد.
- 3- إذا انتحل المناقص صفة تمثيل مؤسسة أو شركة.⁽²⁾
- 4- إذا ادعى أنه وكيل شركة أو مؤسسة محلية أو اجنبية.

(1) - عمرو، مبادئ القانون الإداري (ص 179).

(2) - نصت المادة (56) من التعليمات ذاتها على أنه "يجوز للجنة العطاءات أن تستبعد أي عرض من المناقصة سبق وأن أهمل أو قصر أو انتحل صفة تمثيل مؤسسة أو شركة أو الادعاء بأنه وكيلها بالبيع أو أخفى أنه وكيلها سواء كان تمثيله لمؤسسة أو شركة محلية أو أجنبية..."

5- إذا أخفى المناقص أنه وكيل شركة أو مؤسسة محلية أو أجنبية.

ب: الحرمان الوقائي

وقد يكون هذا الحرمان بنص القانون وقد يكون بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة:

- الحرمان الوقائي بنص القانون:

إن هذا الحرمان يكون لأسباب متعلقة بالمصلحة العامة، حيث ينص القانون على وجوب استبعاد بعض الأشخاص من الدخول في المناقصات والممارسات العامة، بصفاتهم لا بأشخاصهم وذلك لأن الأصل هو حرية المنافسة وإتاحة الفرصة لجميع الأفراد التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم والاستثناء هو الحرمان بكافة صوره.

ومن أمثلة الحرمان الوقائي بنص القانون هو حرمان عضو المجلس التشريعي من الدخول في أي مناقصات، أو قيامه بأي عمل خاص بشكل عام، وذلك خوفاً من أن يستخدم عضو المجلس التشريعي نفوذه في تسهيل أعماله الخاصة، ولاسيما في إجراءات ترسية المناقصة⁽¹⁾

إلا إن المشرع الفلسطيني قد عاد ونص في الفقرة الثالثة من المادة (99) من النظام الداخلي للقانون الأساسي على عضو المجلس التشريعي "ألا يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة، أو يؤجرها 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".

وبذلك يكون المشرع الفلسطيني قد أعطي الحق لأعضاء المجلس التشريعي الدخول في غالبية التعاقدات مع الدولة، وذلك لأن الغالبية العظمى من التعاقدات تتم وفقاً لقواعد عامة تسري على الكافة.

ويهيئ الباحث بالمشرع الفلسطيني إعادة النظر في نص المادة (99) من النظام الداخلي للقانون الأساسي، بحيث يمنع أعضاء المجلس التشريعي من الدخول في جميع التعاقدات مع الدولة حتى التعاقدات

(1) - قد نصت الفقرة الأولى من المادة (54) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه "لا يجوز لعضو المجلس التشريعي أن يستغل عضويته في أي عمل من الأعمال الخاصة وعلى أي نحو...".

التي تكون ذات قواعد عامة تسري على الكافة، وذلك للبعد بهم عن موطن الريبة.

كما نصت المادة (17) من قانون ديوان الرقابة المالية والإدارية رقم 15 لسنة 2014 على أنه " لا يجوز لرئيس الديوان ونائبه والمدير العام أثناء تولي المنصب أن: "3 يشارك في التزامات تعقدها السلطة الوطنية أو المؤسسات أو الهيئات العامة."

ويعتبر هذا الإجراء الوقائي مؤقت بطبيعته ومرتبط بشغل وظيفة معينة، وبالتالي يزول بزوال الصفة التي من أجلها تقرر الحرمان.⁽¹⁾

ويرى الباحث أن ما قرره المادة (17) سالفة الذكر لا تسري على فئة الموظفين العاملين في الديوان، والذي يعينهم رئيس الديوان لتمكين الديوان من القيام بمهامه، حيث تكمن الغاية من الحظر هنا في الحيلولة بين الدور الرقابي لهؤلاء الموظفين وبين التعاقد مع الدولة، وأن عدم ذكر فئة الموظفين في الديوان من بين الفئات التي ذكرتها المادة (17) يشير الشك حول إمكانية إبرام هؤلاء الموظفين لبعض العقود مع الدولة، في حين أن ذلك يتنافى مع الغاية التي وُجد الحظر من أجلها.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض حالات الحرمان الوقائي للإدارة والتي تتمثل في الأهلية القانونية للمناقص وجنسيته.⁽²⁾ فيُشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن تتوفر فيه الأهلية القانونية اللازمة للتعاقد، فلا يجوز للقاصر ولا لعديم الأهلية الاشتراك في المناقصة العامة، أما بالنسبة للشخص المعنوي فيجب أن يكون مسجلاً لدى مراقب الشركات أو في السجل التجاري وذلك حسب تعليمات تصنيف المقاولين الفلسطيني لسنة 1994م. أما قانون اللوازم العامة فقد أعطى الأفضلية للمناقص الذي يحمل الجنسية الفلسطينية.⁽³⁾

- الحرمان الوقائي بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة:

للإدارة الحق في إصدار قرار إداري بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي من التقدم للمناقصة العامة وهو بذلك يختلف عن الحرمان الجزائي في أن الأخير عقوبة تنقرر بنص القانون حيناً،

(1) - جعفر، العقود الادارية (ص36).

(2) - غانم، اساليب التعاقد الاداري (ص106).

(3) - فقد نصت المادة (9) من قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998م على أنه "إذا تحققت المواصفات ودرجة الجودة والمعايير والشروط الأخرى في اللوازم المعروضة والمطلوبة للشراء وفقاً لكراسة الشروط فعلى الجهة المختصة بشرائها إعطاء الأفضلية للوازم المنتجة في فلسطين ومن المناقص المقيم فيها بصورة دائمة".

ونتيجة لإخلال الشخص المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية، بينما الحرمان الوقائي يكون بمجرد قرار إداري من الإدارة حيث تقدر بمطلق سلطتها التقديرية - حرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي - من الدخول في المناقصة العامة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة.(1)

ولكن سلطة الإدارة في هذا الصدد ليست مطلقة، بل تخضع لرقابة القضاء الذي يضمن عدم إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة وانحرافها عن جادة الصواب وهي المصلحة العامة.(2)

ثانياً: سلطة الإدارة في الاستبعاد

ينصرف الاستبعاد إلى عطاء بعينه مقدم في مناقصة بعينها(3)، فالاستبعاد يختلف عن الحرمان، حيث يعتبر قرار الحرمان إجراءً شخصياً ينصب على شخص معين بذاته ويمنعه من الدخول في عدد غير محدد من المناقصات بشكل نهائي أو لفترة محدودة(4). في حين أن الاستبعاد إجراء موضوعي يلحق عطاء معين وفي مناقصة محددة بالذات لم يستوف شروط القبول فيها ولا يحول دون تقدم المشمول به إلى مناقصة أخرى تعلن عنها ذات الجهة الإدارية إن أستوفى متطلبات القبول فيها(5). ولقد نص المشرع الفلسطيني على حالات محددة للاستبعاد وذلك على النحو التالي:

- 1- إذا لم يكن الطلب مكتملاً أو غير موقع حسب الأصول والقانون أو غير مصحوب بكفالة دخول المناقصة أو إقرار ضمان العطاء بالصيغة أو القيمة المنصوص عليها.
- 2- إذا لم يستجب بشكل جوهري للمواصفات الفنية وشروط العقد أو غير ذلك من المتطلبات الهامة الواردة في وثائق المناقصة.
- 3- إذا كانت مدة صلاحيته أقصر من المدة المنصوص عليها في شروط وثائق المناقصة.
- 4- إذا عدل المناقص سعره أو مضمون عطائه.(6)

(1) - نصار، العقود الإدارية (ص144).

(2) - غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص110).

(3) - غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص216).

(4) - جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء (ص 272).

(5) - نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (ص381).

(6) - تنص الفقرة السادسة من المادة (38) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أنه " يستبعد العطاء في أي من الحالات الآتية: أ. إذا لم يكن الطلب مكتملاً أو غير موقع حسب الأصول والقانون أو غير مصحوب بكفالة دخول

ويرى الباحث أن قرار الاستبعاد يجب أن يكون مسبباً من قبل الإدارة، وذلك لأنه بتنافي مع مبدأ المساواة الذي يوجب على الإدارة أن تتعامل مع جميع العطاءات على قدم المساواة.

مبدأ حرية المنافسة في العقد الإداري الإلكتروني:

لقد أدى التطور الإلكتروني وإدخال الوسائط الإلكترونية في إبرام العقود بصفة عامة، وإبرام العقود الإدارية بصفة خاصة إلى التأثير على مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة، حيث إن خصائص العقد الإلكتروني الذي يتم إبرامه عن طريق الوسائط الإلكترونية، وخاصة شبكة المعلومات الدولية، تلك الشبكة التي تتصف بالبعد الدولي، لذا فإن حرية المنافسة في هذا العالم تكون أكبر وتتيح للإدارة فرصة اختيار أفضل العروض فنياً ومالياً، وهذا المعنى أكد التوجيه الأوروبي بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات بقولها "هذه التقنيات تسمح بتوسيع المنافسة وتطوير فعالية المشتريات العمومية"⁽¹⁾، وذلك أن المنافسة في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية ليست على المستوى الداخلي فقط، بل كذلك على المستوى الدولي، وهذا ما يؤدي إلى فعالية المنافسة، حيث تشارك فيها المؤسسات الصغيرة والكبيرة سواء الدولية منها أو الداخلية، مما يعطي فرصة أكبر للإدارة للاختيار بين العروض، وهذا ما نص عليه التوجيه الأوروبي بقوله "خصوصية التقنيات الحديثة المعتمدة من طرف المتعاقد الإداري تسمح بفتح مجال المنافسة في العقود الإدارية"⁽²⁾، كذلك فإن إبرام العقود الإدارية عن طريق الوسائط الإلكترونية وخاصة شبكة المعلومات الدولية أحدثت طرقاً جديدة للإبرام والانعقاد، وهي المزايدات الإلكترونية التي تشبه إلى حد كبير أسلوب المزاد العلني في القانون الخاص، مما يسهل الإجراءات في أسلوب المناقصات ويفتح باب المنافسة بين الموردين أكثر.⁽³⁾

=المناقصة أو إقرار ضمان العطاء بالصيغة أو القيمة المنصوص عليها. ب. إذا لم يستجب بشكل جوهري للمواصفات الفنية وشروط العقد أو غير ذلك من المتطلبات الهامة الواردة في وثائق المناقصة. ج. إذا كانت مدة صلاحيته أقصر من المدة المنصوص عليها في شروط ووثائق المناقصة. د. إذا عدل المناقص سعره أو مضمون عطاءه خلافاً لأحكام الفقرة (5) من هذه المادة.

(1) - المادة (12) من التوجيه الأوروبي رقم 2004/18م.

(2) - المادة (29) من التوجيه الأوروبي رقم 2004/18م.

(3) - جمعة، العقد الإداري الإلكتروني (ص72-74).

مبدأ حرية المنافسة في الإسلام:

تعتبر المناقصة عقد من عقود المنافسة، حيث يكون التعاقد مع صاحب عرض العوض الأقل نظير الوفاء بما التزم به مطابقاً للشروط والمواصفات المقررة من الجهة المعلنه، وهنا لا بد أن يعرف الباحث الضوابط الشرعية المتعلقة بمبدأ المنافسة المشروعة في المناقصات والعطاءات، حتى تكون المنافسة بين المتقدمين للعطاءات والمناقصات شريفة⁽¹⁾.

إن تحقيق مبدأ المساواة بين المناقصين يستوجب توفر مجموعة من القواعد الأساسية منها:

- 1- عدم ذكر مواصفات أو شروط لا تنطبق إلا على متعهد بعينه.
- 2- منح مهلة أو فرصة زمنية كافية لتقديم العروض والعطاءات.
- 3- عدم العدول عن التعاقد مع المناقص صاحب العطاء الأقل إلا بإبداء سبب العدول.⁽²⁾
- 4- عدم التحيز في دراسة العطاءات والعروض، فيجب أن تكون معايير قبول أو استبعاد العروض واحدة، وكذلك دراستها وفحصها والبت فيها، وأن يُعطى كل مناقص نفس القدر من المعلومات التي قُدمت لغيره، من غير مراعاة خاصة لأحد.⁽³⁾

إن هذه الضوابط متعلقة بالجهة المعلنه عن العطاء أو المناقصة، وهناك ضوابط أخرى متعلقة بمن يتقدم للعطاءات والمناقصات، وهي:

- 1- لا يجوز شرعاً الاتفاق بين المتقدمين للعطاءات والمناقصات على الأسعار قبل الدخول في العطاءات والمناقصات، لما في ذلك من الإضرار بالجهة المعلنه عن العطاء والمناقصة، لأن الغرض من العطاءات والمناقصات هو الحصول على سعر أقل بالشروط الموضوعه من الجهة المعلنه، ولأن الاتفاق المسبق بين المتقدمين للعطاءات والمناقصات على الأسعار، فيه نوعٌ من الخديعة والغش للجهة المعلنه عن العطاء والمناقصة، ومن المعلوم أن من قواعد المعاملات في الشريعة الإسلامية تحريم الغش والخديعة.

(1) - عفانة، ضوابط المنافسة في المناقصات والعطاءات، موقع إلكتروني.

(2) - أبو هريريد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (ص112).

(3) - المصري، مناقصات العقود الإدارية (ص195)، مشار إليه في رسالة ماجستير أبو هريريد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (ص112).

- 2- يمنع شرعاً تقديم رشوة أو نحوها لمسئولٍ أو موظفٍ لترسو المناقصة على شخص بعينه، فقد ثبت في الحديث: "أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- لعن الراشي والمرتشي." (1)
- 3- يمنع شرعاً تقديم رشوة أو نحوها لأحد الأشخاص أو الجهات لئلا يتقدم للعطاء، أو ليتقدم للعطاء أو المناقصة مع وضع أسعار مرتفعة حتى لا يرسو العطاء أو المناقصة عليه. (2)

(1) - {أخرجه أبو داود: كتاب الأفضية/ باب في كراهية الرشوة. والترمذي: كتاب الأحكام/ باب ما جاء في الراشي والمرتشي}.

(2) - عفانة، ضوابط المنافسة في المناقصات والعطاءات، موقع إلكتروني.

المطلب الثاني

مبدأ العلانية

يعد مبدأ العلانية أحد المبادئ الحاكمة لأساليب التعاقد-مع التحفظ لأسلوب الاتفاق المباشر-ومبدأ العلانية يعني وضع مبدأ حرية المنافسة موضع التطبيق⁽¹⁾، وهو الأمر الذي يستدعي بحث: الإعلان عن المناقصة، وتحديد شروط المناقصة وهذا ما سوف نتناوله كما يلي:

الفرع الأول: الإعلان عن المناقصة

يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراءً أساسياً وجوهرياً بالنسبة لنظام المناقصات العامة. فالإعلان يؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، وبدونه لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة⁽²⁾ ومن مقتضاه توجيه الدعوة إلى المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة.⁽³⁾

لقد نصت المادة (7/أ) من التعليمات الخاصة لقانون اللوازم رقم 9 لسنة 1998م، على "يعلن مدير عام دائرة اللوازم العامة أو وكيل وزارة المالية عن طرح العطاء بأرقام متسلسلة سنوياً ما لا يقل عن صحيفتين محليتين...". وإعلان الإدارة عن إجراء المناقصة لا يعتبر إيجاباً، وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد. أما التقدم بالعطاء وفقاً للشروط المعلن عنها فهو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي به قبول الإدارة لينعقد العقد⁽⁴⁾

موضوع الإعلان:

يتمثل موضوع الإعلان عن المناقصة في البيانات اللازمة التي تمكن المخاطبين بإجراءات المناقصة مع العلم بها والإلمام بكل تفاصيل وجزئيات التعاقد المزمع إبرامه مع جهة الإدارة.⁽⁵⁾

(1) - غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص230).

(2) - الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (246).

(3) - نصار، العقود الادارية (ص148).

(4) - الحلو، العقود الإدارية، ط2009 (ص75).

(5) - الشرقاوي، العقود الإدارية (ص369).

لقد نصت المادة السابعة من التعليمات الخاصة من قانون اللوازم العامة في الفقرة (ب) على أنه: "يجب أن يشتمل الإعلان عن العطاء إيضاحًا عن رقم العطاء ونوع اللوازم وآخر موعد لمبيع دعوة العطاء، وآخر موعد لتقديم العروض، وثمان دعوة العطاء، وأية أمور أخرى يرى المدير العام أو وكيل الوزارة ضرورة الإعلان عنها"⁽¹⁾.

أما في قانون العطاءات للأشغال الحكومية الفلسطيني فقد نصت المادة (12) منه على أن: "تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الاشتراك فيها ومدد الإعلانات والضمانات المالية المطلوبة وطرق تقديم العروض وفتحها ودراستها وتقييمها وقواعد الإحالة وغيرها من الشروط الواجب توافرها في وثائق العطاءات وفي المقاولين أو المستشارين بموجب أنظمة صادرة عن مجلس الوزراء تنشر في الجريدة الرسمية وتكون ملزمة"⁽²⁾.

ويتضح للباحث من هذه النصوص أن المشرع الفلسطيني قد أوجب على مجلس الوزراء أن يُصدر أنظمة قانونية تبين إجراءات الإعلان وما تحتويه من بيانات، إلا أنه لم يصدر مثل هذه الأنظمة حتى الآن، وكان من الأجدر أن يصدر المشرع بيانات عامة كما فعل المشرع المصري وقانون اللوازم العامة الفلسطيني بهذا الخصوص.

الفرع الثاني: تحديد شروط المناقصة في الإعلان

من النادر عمليًا أن يتضمن الإعلان عن المناقصة المعلومات والشروط كافة التي تحددها الإدارة لإجراء المناقصة. ولذلك فإن الإعلان عن المناقصة يحيل في تحديد موضوع المناقصة، والشروط المتطلبية فيه وبياناته كافة إلى ما يُعرف بكراسة الشروط التي تعدها جهة الإدارة بخصوص موضوع المناقصة. وفي واقع الأمر تتضمن كراسة الشروط كثيرًا من أحكام العقد المزمع إبرامه بعد إتمام إجراءات المناقصة، كما أنه كلما كانت في شروطها عامة مجردة كان ذلك تطبيقًا عمليًا لمبدأ المنافسة، وضرورة التسوية بين من يوجه إليهم الإعلان في المناقصة.⁽³⁾

وقد نصت المادة (6/أ) من قانون اللوازم العامة الفلسطيني رقم 9 لسنة 1998م على أنه " يجب أن يتم وصف اللوازم المراد شراؤها بشكل وافٍ وأن تحدد مواصفاتها العامة بصورة دقيقة وواضحة بما في ذلك

(1) - المادة (7) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م.

(2) - المادة (12) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999م.

(3) - نصار، العقود الإدارية (ص151).

طريقة تعليقها وتغليفها وحزمها ومناولتها ووحدة المادة وكمياتها". وكذلك التعليمات الخاصة من قانون اللوازم العامة، فقد نصت على ضرورة إعداد مواصفات عامة ودقيقة وقابلة للمنافسة⁽¹⁾

ويلاحظ هنا أن المشرع الفلسطيني قد أكد على ضرورة قيام الإدارة بإعداد مواصفات عامة قابلة للمنافسة في مناقصاتها، وهو أمر محمود عليه وذلك لأن القول بغير ذلك يعدم مبدأ المنافسة بين المناقصين وكذلك التسوية بينهم.

مبدأ العلانية في العقد الإداري الإلكتروني:

يدعم مبدأ العلانية في العقد حرية المنافسة في العقد الإداري عن طريق شبكة المعلومات الدولية، ذلك أنه إضافة إلى الإعلان عن العقد في الجرائد الرسمية، وفي النشرة الرسمية للعقود الإدارية كما هو متبع في فرنسا، وفي الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي في أوروبا، إلا أن الإعلان في العقد الإداري الإلكتروني يتم عبر شبكة المعلومات الدولية، وفي مواقع الهيئات الحكومية عبر الإنترنت، كما فعل المشرع الفلسطيني عندما نص على أنه "I-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...."⁽²⁾، وهذا يفتح باب حرية التقدم إلى المناقصة، وهذا ما أكدته أحكام التوجيه الأوروبي رقم 2004/18م، وعليه فإن حرية التقدم أو الدخول إلى المنافسة تأكدت أكثر في ظل العقد الإداري، ففي ظل هذا العقد، يفتح باب التفاوض بين المتعاقد والإدارة من أجل الحصول على أفضل العروض، كما أن الإعلان عبر شبكة المعلومات الدولية يعطي فرصة للمؤسسات؛ سواء أكانت صغيرة أم كبيرة للاشتراك في العملية التي تطرحها الإدارة، ويسهل التفاوض بينهما عن طريق شبكة الويب، أو البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة⁽³⁾، وتحققاً لذلك دعت منظمة التجارة الدولية، الدول الأعضاء إلى تعديل قوانينها لتتلاءم والتقنيات

(1) - لقد نصت المادة (91) من التعليمات الخاصة لقانون اللوازم العامة على " ضرورة إعداد مواصفات عامة ودقيقة وواضحة لكل نوع من أنواع اللوازم المتشابهة المطلوب شراؤها بحيث تكون قابلة للمنافسة وغير مخصصة لصناعة أو لمصدر محدد، وللدائرة أن تستعين بأي جهة أو شخص لإعداد المواصفات".

(2) - المادة (22) من القرار بقانون رقم 8 سنة 2014م بشأن الشراء العام.

(3) - جمعة، العقد الإداري الإلكتروني (ص76).

الحديثة في إبرام العقود الإدارية، كما دعا مجلس الاتحاد الأوروبي الدول الأعضاء إلى تغيير قوانين العقود الإدارية بما يتلاءم والطرق الحديثة في إبرامها⁽¹⁾.

مبدأ العلانية في الشريعة الإسلامية:

إن الإعلان عن المناقصة يكون بنشر بيان الرغبات والشروط الأساسية على نطاقٍ واسعٍ في صحفٍ واسعة الانتشار، أو من خلال المواقع الإلكترونية بحيث تكون دقيقة وواضحة قدر الإمكان، لإتاحة الفرصة لأكبر عدد ممكن من المناقِصين في المشاركة، مما يؤدي إلى زيادة التنافس بين المناقِصين بشكل مشروع وشفاف، وهذا يتطلب توافر عدة ضوابط على النحو التالي: ⁽²⁾

- 1- عدم ذكر مواصفات أو شروط لا تنطبق إلا على متعهد بعينه.
- 2- منح مهلة أو فرصة زمنية كافية لتقديم العروض والطلبات.
- 3- عدم إجراء تعديلات في الشروط أو المواصفات لمصلحة أحد من المناقِصين.
- 4- عدم السماح لشخصٍ واحدٍ أو أكثر سواء كان طبيعي أو اعتباري من التسجيل بأكثر من اسم واحد، أو أن يتقدم بأكثر من عطاء واحد.
- 5- عدم التحيز في دراسة العطاءات والعروض، فينبغي أن تكون معايير قبول أو استبعاد العروض واحدة، وكذلك دراستها وفحصها والبت فيها، وأن يُعطى كل مناقِص نفس القدر من المعلومات التي قدمت لغيره، من غير محاباة خاصة لأحد.
- 6- ينبغي اتخاذ جميع التدابير اللازمة لضمان سرية العطاءات المقدمة، وعدم تسريبها، وإجراء عملية فتح العطاءات في وقتها ومكانها المحدد، مع عدم النظر في العروض المتأخرة عن الموعد، إلا إذا كانت هناك ظروف استثنائية تسمح به الإعلانات.
- 7- ألا يُؤخذ العطاء الأقل إلا إذا كانت سائر الشروط والمواصفات متساوية، حتى لا يُفسح المجال للتلاعب والاحتيال.

(1) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص68).

(2) - عفانة، ضوابط المنافسة في المناقصات والعطاءات، موقع إلكتروني.

8- إذا تساوى عطاءان أو أكثر يُصار إلى التفاوض لاختيار عطاءٍ واحد، فإن بقي التساوي قائماً بعد ذلك، وتجزئة العقد ممكنة وغير ضارة بالمصلحة قُسم بينهما، وإذا كان غير قابل للتجزئة فيجب على لجنة البت أن تختار الأفضل، وإذا عجزت عن ذلك فلا يبقى لها إلا أن تلجأ إلى القرعة، ويرسو العطاء على الفائز فيها. (1)

(1) - أبو هرييد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (ص62).

المطلب الثالث

مبدأ المساواة

ومفاد هذا المبدأ تساوي الإدارة بين المتقدمين للتعاقد؛ وعليه لا يجوز للإدارة أن تخلق نوعاً من التمييز بينهم أو تمنح بعض المتقدمين امتيازات معينة دون البعض الآخر، أو أن تضع عقبات أمام بعض المتنافسين سواء أكانت عقبات مادية أو معنوية كإعفاء أحد المتقدمين للمناقصة من دفع التأمين.⁽¹⁾

كما تلتزم الإدارة باحترام شروط المناقصة ومواعيدها للمناقصين كافة، كما لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن تتفاوض مع أحد المناقصين في شأن تعديل عطائه في خارج الاستثناءات التي قد يقرها المشرع على هذه القاعدة العامة. وعموماً فإن أي استثناءات ترد على قاعدة عامة من القواعد التي يتضمنها النظام القانوني للمناقصات والمزايدات يجب أن يرتبط أعمالها بمقتضاها ويتساوى في تطبيقها المتقدمون الذين يوجدون في مركز قانوني واحد ويعتبر هذا المبدأ مكملاً لمبدأ المناقصة الحرة.⁽²⁾

ومبدأ المساواة الذي يحكم إجراءات المناقصة يتقيد بطبيعة المناقصة، فلا تعارض بين مبدأ المساواة وبين قصر الاشتراك في المناقصة على مقاولين محددين أو مشروعات محددة، وهو ما يُعرف بالمناقصة المحدودة أو المقيدة. أو قصرها على الأشخاص والمشروعات المحلية داخل نطاق محافظة معينة وذلك في حالة المناقصة المحلية.⁽³⁾

ولقد خلا كلاً من قانون اللوازم العامة الفلسطيني والتعليمات الخاصة به من نصوص توجب المساواة بين المرشحين للتعاقد، في حين أنه أوجب ذلك في قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999م، حيث تطلب المساواة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة ضمن شروط كراسة العطاء.⁽⁴⁾ كما تنص المادة الخامسة من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أنه " يهدف هذا القرار بقانون إلى

(1) - غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص 156).

(2) - عبد الباسط، العقد الإداري (ص 126-127).

(3) - نصار، العقد الإداري (ص 156).

(4) - تنص المادة (4) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999م على "تتخذ الأشغال والخدمات الفنية العامة بإحدى الطرق التالية: العطاءات العامة: وهي التي تأخذ مبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة وهي إما محلية أو دولية. العطاءات بطريقة استدراج العروض وهي بتوجيه دعوات خاصة لعدد من المقاولين أو المستشارين لا يقل عددهم عن ثلاث. التعاقد المباشر في الأحوال الخاصة أو الاستثنائية العاجلة. التنفيذ المباشر: هو التنفيذ الذي تقوم به الوزارة بمعداتها وأجهزتها.

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.⁽¹⁾

مبدأ المساواة في العقد الإداري الإلكتروني:

نصت المادة (12) من التوجيه الأوروبي رقم 2004/18 على أن السلطات المتعاقد تستعمل التقنيات الحديثة من أجل احترام القواعد المنصوص عليها في التوجيه الحالي، وكذلك مبادئ المساواة، وعدم التمييز والشفافية.

كما أن القانون الفرنسي الخاص بالعقود الإدارية، قد أكد على مبدأ المساواة والشفافية في إجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، حيث نصت المادة السابعة من المرسوم رقم 2002-262 والصادر في 30 أبريل 2002م والخاص بتطبيق الفقرتين 1، 2 من المادة 56 من قانون العقود الإدارية، والخاص بإبرام العقود الإدارية عن طريق وسيط إلكتروني أن "الشخص المعنوي العام يضمن أمن الصفقات على شبكة المعلومات المتاحة لجميع المرشحين دون أي تمييز"⁽²⁾

كل هذه المعطيات تشير إلى أن مبدأ المساواة والشفافية في العقد الإداري عن طريق الوسائط الإلكترونية، قد تدعم أكثر سواء على المستوى الأوروبي من خلال أحكام التوجيه الأوروبي رقم 2004/18 أو قانون التوقيع الإلكتروني لسنة 1999م، أو في فرنسا من خلال قانون العقود الإدارية ونصوصه التطبيقية وقانون التوقيع الإلكتروني، حيث تعتبر المساواة بين الطلبات والترشحات هدفاً أساسياً تسعى إليه السلطات المتعاقدة من أجل الحصول على أفضل العروض من الناحية المالية والفنية، خاصة إذا كان مجال المنافسة هو شبكة المعلومات الدولية والوسائط الإلكترونية التي لا يمكن التحكم فيها⁽³⁾.

المساواة في الشريعة الإسلامية:

وبخلاف الشرائع السابقة فإن الإسلام قرر أن يعامل الناس على قدم المساواة في الحقوق والواجبات كافة، ومنها حق التعاقد والتملك اللذان يعتبران من الحقوق المدنية، فالإسلام يقيم المساواة ويحترمها، فلا يفرق

(1) - غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص516).

(2) - جمعة، العقد الإداري الإلكتروني (ص80).

(3) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص73).

في ذلك بين شريف ووضيع، وبين غني وفقير، وبين قريب وبعيد، أو بين مسلم وغير مسلم، ولا بين رجل وامرأة، فالشريعة الإسلامية لها ميزان واحد يطبق على الناس جميعا.

والذي يؤكد هذه المساواة النص القرآني الصريح من سورة النساء "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ، إِنَّ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا، فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا، وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا"⁽¹⁾

والقرآن الكريم يتضمن آيات كثيرة كلها تحت المؤمنين على مبدأ المساواة فيكفي الرجوع إلى سورة المائدة والنساء، فقد خاطب الله تعالى رسوله -صلى الله عليه وسلم- في هذا الباب بقوله: "إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ، وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا...".⁽²⁾

فالاقتصاد الإسلامي منفرد بصفاته وخصائصه عن النظم الاقتصادية السائدة في الوقت الحاضر لا يوازيه نظام منها في سموه ودقته ومبلغ تحقيقه لخير الأفراد، فالإسلام يحرم استغلال النفوذ والسلطان للحصول على المال، فيحرم على المسلم استخدام نفوذه في سبيل إرساء المناقصة عليه، ويحرم كذلك جميع المعاملات التي تتطوي على الغش أو الرشوة أو أكل أموال الناس بالباطل كأن يقوم المناقص الذي رست عليه المناقصة بتوريد مواد مغشوشة ولو لم يتم اكتشاف ذلك من قبل الإدارة، فالله سبحانه وتعالى يراقب كل شيء وفي هذا يقول الخالق تعالى: "كَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ رَقِيبًا".⁽³⁾

ويخلص الباحث إلى أن شريعة الإسلام قد وصلت في مبلغ حرصها على تقرير المساواة بين الناس في شؤون الاقتصاد إلى شأن رفيع لم تصل إلى مثله ولا إلى ما يقرب منه أي شريعة أخرى من شرائع العالم قديمة وحديثه. وأن النظم التي وضعها الإسلام في شؤون الاقتصاد نظم مثالية حكيمة⁽⁴⁾

(1) - [النساء: 135] .

(2) - [النساء: 105].

(3) - [الأحزاب: 52].

(4) - وافي، المساواة في الإسلام (ص7).

المبحث الثالث

الإيجاب والقبول في المناقصة الإلكترونية

تعد مرحلة فحص العطاءات والبت فيها المرحلة الأخيرة من مراحل المناقصة العامة حيث يليها إرساء العقد على أفضل العروض المقدمة في المناقصة، وتعني مرحلة البت بفتح المظاريف الفنية وفحصها بالطريقة المقررة قانوناً ثم يليها مرحلة البت في العروض المالية التي تنتهي باختيار العرض الأقل سعراً.

وقد قرر القانون إجراءات محددة للمضي في هذه المرحلة من المناقصة حتى إرساء العقد، وإزاء تحول المناقصة إلى الشكل الإلكتروني في ظل تطبيق نظام الحكومة الإلكترونية تنثور بعض المشكلات التي لا بد من وضعها في إطار البحث والتمحيص للوصول إلى حل لها ليتم أمر التحويل بطريقة سلسة.

ومن هذه المشكلات مسألة القبول الصادر من جهة الإدارة بإرساء العقد على أفضل العطاءات، وكيف سيكون شكله عند التحول للمناقصة الإلكترونية؟، كما تنثور مسألة تاريخ انعقاد العقد هل تكون من اللحظة التي يتم فيها إرسال الإيجاب الإلكتروني عبر الإنترنت أم عند إنهاء لجنة البت عملها؟⁽¹⁾

وسوف يتناول الباحث هذه الإشكاليات في مطلبين، المطلب الأول يتحدث فيه عن الإيجاب ضمن إجراءات المناقصة الإلكترونية، والقبول ضمن إجراءات المناقصة الإلكترونية في مطلب ثان.

المطلب الأول

الإيجاب ضمن إجراءات المناقصة الإلكترونية

سوف يقسم الباحث هذا المطلب إلى أربعة فروع يتناول في الفرع الأول ماهية الإيجاب الإلكتروني، وفي الفرع الثاني خصائص الإيجاب الإلكتروني، وفي الفرع الثالث صور الإيجاب الإلكتروني، وأخيراً الإيجاب الإلكتروني في المناقصة العامة في فرع رابع.

(1) - الجلودة، المناقصة العامة في ظل الحكومة الإلكترونية (ص188).

الفرع الأول: ماهية الإيجاب الإلكتروني

عرف فقهاء القانون الإيجاب بأنه تعبير نهائي حازم قاطع الدلالة، على اتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقاً لشروط معينة.⁽¹⁾

هذا بالنسبة للإيجاب التقليدي أما الإيجاب الإلكتروني فقد عرفه التوجه الأوروبي في شأن حماية المستهلك بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرةً ويُستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان" وذلك لأن مجرد الإعلان كما ذكرنا سابقاً لا يعدو أن يكون إيجاباً وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد.

وعرفه بعض الفقهاء على أنه "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة".⁽²⁾

ولكي يكون الإيجاب الإلكتروني مُعتبراً قانونياً يجب أن يكون حازماً باتاً لا رجعة فيه ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، أما إذا احتفظ الموجب بشرط يُعلن فيه أنه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول، فلا يعتبر هذا إيجاباً بل مجرد دعوة للتعاقد.⁽³⁾

وفي الفقه الإسلامي، يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير، الإيجاب لغة هو: الإثبات لأي شيء كان، والمراد هنا أي في العقود هو (الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً سواء وقع في البائع كبعت أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف، والقبول الفعل الثاني).⁽⁴⁾

الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض

(1) - قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات (ص313).

(2) - منصور، المسؤولية الإلكترونية (ص67).

(3) - ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (ص248).

(4) - بن الهمام، فتح القدير (248/6).

الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم عبر شبكة الاتصالات.(1)

أولاً: الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

الإيجاب الإلكتروني هو إيجاب عن بعد، لذلك فإنه يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي تلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني والتي منها، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه، وعنوان البريد الإلكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة.(2)

ثانياً: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الإنترنت، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت.

ثالثاً: الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجاباً دولياً

يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعاً لذلك إيجاباً دولياً نظراً لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية.(3)

الفرع الثالث: صور الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجاباً خاصاً موجه إلى أشخاص محددين، ويتم غالباً في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برنامج المحادثة، وقد يكون إيجاباً عاماً موجهاً إلى أشخاص غير محددين، وهو ما يحدث في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية المنتشرة على شبكة الإنترنت.(4)

(1) - إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (ص251).

(2) - الجلودة، المناقصة العامة في ظل الحكومة الإلكترونية (ص191).

(3) - مرجع سابق، نفس الموضوع.

(4) - إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (ص248).

أولاً: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني

يحصّر الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالتين: أولهما وجود فترة زمنية فاصلة، وحالة الاتصال المباشر:

- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بينه وبين القبول

ويكون في هذه الحالة موجهاً في الغالب من شخص إلى آخر تحديداً فنكون أمام حالة تنطبق مع حالة الإيجاب الصادر عبر الفاكس أو البريد العادي، فيكون الموجب بحاجة لفترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة، وبذلك يكون الإيجاب قائماً غير ملزم إلا إذا تضمن التزاماً للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة، ويمكن استخلاص هذه الفترة من طبيعة هذا الإيجاب والعرف.⁽¹⁾

- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الاتصال بالكتابة المباشرة

في هذه الحالة يقترب الإيجاب كثيراً بالإيجاب عبر التلكس، الذي يوفر الاتصال المباشر في إيجابه وقبوله، حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب، ويكون تحلل الموجب من إيجابه في هذه الحالة بأي فعل أو قول يدل على الاعتراض الذي يبطل الإيجاب، ويمكن أن نتصور هنا أنه أثناء تبادل الإيجاب عبر البريد الإلكتروني يقوم الموجب له بإغلاق جهاز الكمبيوتر أو بإعطاء إشارة له إلى الانتقال إلى موقع غير موقع الموجب فيكون الموجب له قد قام بفعل قد دل على الاعتراض فأبطل الاعتراض.⁽²⁾

ثانياً: الإيجاب عبر شبكة المواقع

الإيجاب عبر شبكة المواقع لا يختلف كثيراً عن الإيجاب الصادر عبر الصحف والمجلات والقنوات التلفزيونية المخصصة بعرض سلع وتوصيلها إلى المنازل، ويتميز بأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة، والأغلب أن يكون موجهاً إلى الجمهور عامةً بالإعلان والاشهار لبيع السلع وتقديم الخدمات المتوفرة، وعادة ما يكون الإيجاب محدداً بزمن، أو معلقاً على شرط عدم نفاذ السلعة، وهذا الشرط راجع لطبيعة هذا الإيجاب في حد ذاته كونه موجه إلى الجمهور وخاصة منهم المتواجد على شبكة الإنترنت.⁽³⁾

(1) - الجلودة، المناقصة العامة في ظل الحكومة الإلكترونية (ص193).

(2) - العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت (ص72).

(3) - الجلودة، المناقصة العامة في ظل الحكومة الإلكترونية (ص194).

ثالثاً: الإيجاب عبر المحادثة والثرثرة

يستطيع المتعامل على شبكة الانترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحدث معه، وذلك عن طريق كاميرا توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين، فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف تقليدي أو هاتف مرئي، فيكون الإيجاب صادر مباشرةً بالكلام أو بالكتابة أو بالمشاهدة، وغير ملزم ما لم يحصل القبول فوراً، وللموجب حينئذ الحق في العدول، فإذا عدل الموجب عن إيجابه، يسقط الإيجاب ولا يتم العقد اطلاقاً، وإذا صدر قبول بعد ذلك فلا يعتد به وإنما يعتبر إيجاباً جديداً. أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فإن الإيجاب لا يسقط، لكنه يصبح غير ملزم، وهو ما يسمى بالإيجاب القائم وغير الملزم، وفي هذه الحالة فإن صدور قبول قبل انفضاض مجلس العقد يؤدي إلى انعقاد العقد.⁽¹⁾

الفرع الرابع: الإيجاب الإلكتروني في المناقصة

وسوف يتناول الباحث هذا الفرع على مرحلتين هما: مرحلة إعداد العطاءات ومرفقاتها، ومرحلة تقديم العطاءات، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مرحلة إعداد العطاءات ومرفقاتها

بعد الإعلان عن المناقصة على الوجه الذي سبق بيانه فإن المقاولين أو الموردين الذين يحق لهم دخول المناقصة العامة سواء كانت مفتوحة أم مقيدة يستطيعون تقديم عطاءاتهم في الحدود التي حددتها الإدارة. وكقاعدة عامة، فإن إعداد العطاءات يكون وفقاً للشروط والقيود والمواصفات الفنية التي أعلنتها الإدارة، ويجب على مقدم العطاء أن يتقيد بالإجراءات التي حددتها جهة الإدارة الداعية للتعاقد.⁽²⁾

لم ينظم المشرع الفلسطيني الإجراءات الخاصة بإعداد العطاءات وتقديمها بوسائل الإلكترونية حتى يومنا هذا، واكتفى بالنص على بعض الإجراءات الخاصة بتقديم العطاءات بالوسائل التقليدية، حيث نص في المادة (25) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة على أن "يقدم المناقص العرض على نسختين متطابقتين منفصلتين مع تأمين الدخول بالعطاء في مغلف واحد مغلق بإحكام إلا إذا طلب في دعوة العطاء غير ذلك، ويكتب عليه اسم الدائرة التي طرحت العطاء وعنوانها، واسم المناقص وعنوانه الثابت، ورقم العطاء

(1) - العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت (ص73).

(2) - نصار، العقد الإدارية (ص158).

والتاريخ المحدد لتقديم العروض، كما وتنص المادة (2) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة على " تُقدّم المناقصة في مغلف مقفل ومختوم بالشمع الأحمر مكتوب عليه اسم ورقم المناقصة فقط"⁽¹⁾.

ويرى الباحث أنه لا جدوى من وجوب ختم المناقصة بالشمع الأحمر قبل تقديمها، فيكفي ختمها بختم الشركة أو الشخص المناقص قبل تقديمها.

وقد يتطلب القانون مرفقات معينة يجب على مقدم العطاء أن يقدمها مع عطاءه كالتأمين الابتدائي والذي هو عبارة عن مبلغ مالي يخصصه مقدم العطاء لمصلحة جهة الإدارة ضماناً لجدية العطاء وتعبيراً عن قدرته المالية، والحكمة المتوخاة من إيداع التأمين المؤقت هي ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء في المناقصة والتحقق من سلامة قصده في تنفيذ العقد في حالة رسوها عليه⁽²⁾

ثانياً: مرحلة تقديم العطاءات:

يقتضي مبدأ حرية المنافسة الذي يحكم إبرام العقود الإدارية أن يتوجه المقاولون والموردون - الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية - بالتقدم إلى جهة الإدارة بعطاءاتهم، مبينين فيه السعر الذي يرتضونه للتعاقد على أساسه، ويمكن تقديم العطاء بالوكالة، وفي هذه الحالة يجب أن يقدم الوكيل عن صاحب العطاء توكيلاً مصدقاً عليه من السلطات المختصة، بالإضافة إلى باقي البيانات التي تطلبها القوانين واللوائح.⁽³⁾

وقد نص المشرع الفلسطيني في المادة (26) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة على "الإيداع المباشر من المناقص في صندوق العطاءات لدى الدائرة التي طرحت العطاء قبل انتهاء المدة لذلك، ولا تُقبل العروض التي ترد برقيًا أو بالفاكس أو بالهاتف إلا إذا ورد بدعوة العطاء نص صريح بخلاف ذلك."⁽⁴⁾

(1) - المادة (25) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م.

(2) - غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص252). وقد نصت المادة (8) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة على " على المناقص أن يرفق بعرضه تأمينًا ماليًا على شكل كفالة بنكية أو شيك مصدق صادر عن أحد البنوك أو المؤسسات المالية المرخصة والعاملة في فلسطين لحساب المدير العام أو وكيل الوزارة بالإضافة لوظيفته وبقيمة لا تقل عن 5% من قيمة اللوازم الواردة في عرضه أو بالقيمة المحددة بدعوة العطاء، وأن يكون صالحًا لمدة 30 يوم من تاريخ آخر موعد لتقديم العروض إلا إذا ورد بدعوة العطاء خلافًا لذلك صراحةً".

(3) - الهويدي، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية (ص139).

(4) - المادة (26) من التعليمات الخاصة بقانون رقم (9) لسنة 1998م.

يتضح من المادة السابقة أن المشرع الفلسطيني قد تبنى الوسائل الإلكترونية منذ عام 1998م في قانون اللوازم العامة كطريقة لتقديم العطاءات ولكن قصرها على الفاكس والتلفون وفي حالات محددة وهي حالة دعوة العطاء إلى اتباع هذه الوسائل.

ويقترح الباحث على المشرع الفلسطيني في هذا الصدد أن يسمح للمناقضين في إرسال عطاءاتهم من خلال البريد الإلكتروني وذلك بعد أن تقوم الإدارة بتحديد عنواناً بريدياً خاصاً لتقديم العطاءات يمنح لكل المتقدمين للمناقصة، وعلى المتقدمين أن يرسلوا عطاءاتهم على ذلك العنوان الإلكتروني.

أما المشرع الفرنسي أعطى الموردين الحرية في إرسال عطاءاتهم سواء عن طريق البريد العادي أم عن طريق البريد الإلكتروني أو الوسائط الإلكترونية. فقد نظم الإجراءات الخاصة بإعداد العطاءات وتقديمها إلكترونياً فقد ألزم الموردين الذين اختاروا استعمال الإجراءات الإلكترونية حفظ كراسة الشروط والوثائق التكميلية، سواء كانت عامة أو محدودة في حواسيبهم الآلية وذلك لاستعمالها كأدلة إثبات في حال قيام المنازعة.⁽¹⁾

إن المتبع في فرنسا في تقديم العطاءات أنها تتم إما عن طريق الوسائط الإلكترونية أو عن طريق البريد العادي. ومهما كانت الوسيلة فيجب أن تكون هذه العطاءات موقعة سواء من أصحابها أو من الممثل القانوني، وعن طريق التوقيع الإلكتروني في حالة تم تقديم العطاء عن طريق الوسائط الإلكترونية.⁽²⁾

وأعطى القانون الفرنسي الحرية للموردين في إرسال عطاءاتهم على مرحلتين، حيث تتيح المرحلة الأولى للشخص العام فرصة معرفة التوقيع الإلكتروني المحمي من الموردين أو المقاولين، وفي المرحلة الثانية يتم إرسال العروض موقعة بنفس التوقيع، على ألا يتجاوز المدة بينهما 24 ساعة، وإلا كانت عروضهم مرفوضة.

وترتيباً على ذلك فإن إرسال العروض عن طريق الوسائط الإلكترونية يكون في مواعيد أقل من مواعيد إرسالها عن طريق البريد العادي، لأنه يتم عن طريق البريد الإلكتروني، فيمكن إرسالها في ثوانٍ أو دقائق سواء كان الموردين من الداخل أو الخارج مما يعطي فعالية لحرية المنافسة في العقود الإدارية الإلكترونية من جهة وقلة للتكاليف والوقت من جهة أخرى.

(1) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص100).

(2) - يعرف التوقيع الإلكتروني على أنه " مجموعة من الاجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته" البكباشي، التوقيع الإلكتروني (ص14).

وبهذه الأحكام يمكن القول إن تقديم العطاءات وفقاً لإجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية ذو نظام خاص يختلف عن إجراءات إبرام العقود الإدارية العادية سواء من حيث المواعيد وقصرها أم من حيث السرية والحماية.⁽¹⁾

ويعتبر تقديم العطاءات بهذا الأسلوب بمثابة الإيجاب الإلكتروني الذي يتم عن طريق الوسائط الإلكترونية، وهذا ما يؤكد إمكانية وجود عقد إداري إلكتروني في مرحلته الأولى وهي مرحلة الدعوة إلى التعاقد الذي يتم عن طريق شبكة الإنترنت وكذلك مرحلة الإيجاب التي تمت بنفس الطريقة.

ويوصي الباحث المُشرع الفلسطيني بأهمية إيجاد تشريعات مفصلة وموضحة لآلية إعداد العطاءات وتقديمها من خلال الوسائل الإلكترونية، كما فعل المشرع الفرنسي، وعدم الاكتفاء بالنص على تشريعات تجيز للإدارة استخدام تلك الوسائل دون تنظيم. إذ أن الإيجاب والقبول في المناقصة الإلكترونية، يختلف عنه في المناقصة العادية ويحتاج من المشرع الفلسطيني الوقوف على مهامه ومسؤولياته في إيجاد التنظيم المناسب لذلك.

وقد وضعت الشريعة الإسلامية عدة ضوابط تتعلق بمن يتقدمون للعطاءات والمناقصات (الإيجاب)، وهي التالي:

1- لا يجوز شرعاً الاتفاق بين المتقدمين للعطاءات والمناقصات على الأسعار قبل الدخول في العطاءات والمناقصات، لما في ذلك من الإضرار بالجهة المعلنة عن العطاء والمناقصة، لأن الغرض من العطاءات والمناقصات هو الحصول على سعر أقل بالشروط الموضوعية من الجهة المعلنة، ولأن الاتفاق المسبق بين المتقدمين للعطاءات والمناقصات على الأسعار، فيه نوعٌ من الخديعة والغش للجهة المعلنة عن العطاء والمناقصة، ومن المعلوم أن من قواعد المعاملات في الشريعة الإسلامية تحريم الغش والخديعة.

2- يمنع شرعاً تقديم رشوة أو نحوها لمسئولٍ أو موظفٍ لترسو المناقصة على شخص بعينه، فقد ثبت في

(1) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص 102).

الحديث: أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- لعن الراشي والمرتشي. (1) فالرشوة تعتبر من السحت، كما قال تعالى: "سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ". (2)

3- يمنع شرعاً تقديم رشوة أو نحوها لأحد الأشخاص أو الجهات لئلا يتقدم للعطاء، أو ليتقدم للعطاء أو المناقصة مع وضع أسعار مرتفعة حتى لا يرسو العطاء أو المناقصة عليه. (3)

(1) - { أخرجه أبو داود: كتاب الأقضية/ باب في كراهية الرشوة. والترمذي: كتاب الأحكام/ باب ما جاء في الراشي والمرتشي. }

(2) - [المائدة: 42] .

(3) - عفانة، ضوابط المنافسة في المناقصات والعطاءات، موقع إلكتروني.

المطلب الثاني

القبول ضمن إجراءات المناقصة الإلكترونية

القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي يصدر منجزاً بلا قيد أو شرط،⁽¹⁾ ويجب أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب، والمقصود بتطابق الإيجاب والقبول ليس تطابقهما في كل المسائل التي تدخل في العقد بل في شأن المسائل الجوهرية والرئيسية وعدم اختلافها في المسائل التفصيلية⁽²⁾.

ويعرف القبول بأنه " تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقه على الإيجاب" فهو الإجابة بالموافقة على عرض الموجب، وبإضافته إلى الإيجاب يتكون العقد⁽³⁾

والقبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون هذا التعريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بعد، ولذلك فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي تتميز بطبيعته الإلكترونية.⁽⁴⁾

وطرق القبول في العقود التي تبرم بالوسائل الإلكترونية بنفس طرق الإيجاب فيها، بحيث تكون صور القبول في العقود التي تبرم بواسطة التليكس أو الفاكس أو بواسطة البريد الإلكتروني بالكتابة، وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في وسيلتها. وتكون صور التعبير عن القبول في العقود التي تبرم بواسطة المشاهدة والمحادثة عبر الانترنت باللفظ أو بالإشارة المتداولة عرفاً. وهذا لا يمنع أن يتم القبول بطريق إلكتروني غير الطريق الذي يصدر الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني فيكون القبول بواسطة الفاكس أو التلكس.⁽⁵⁾

(1) - إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (ص339).

(2) - المرجع السابق (ص340).

(3) - الاهواني، النظرية العامة للالتزام (ص105).

(4) - الجلودة، المناقصة العامة في ظل الحكومة الإلكترونية (ص199).

(5) - الجلودة، المناقصة العامة في ظل الحكومة الإلكترونية (ص199).

وسوف يتناول الباحث القبول ضمن إجراءات المناقصة الإلكترونية من خلال فرعين يتحدث في الفرع الأول عن البت في العطاء، أما الفرع الثاني يتحدث عن الإرساء وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: البت في العطاء

إن الطابع الإلكتروني لأسلوب المناقصة العامة لا يتعدى مرحلتي الإعلان عنها وتقديم العطاءات من المرشحين وتبقى مرحلة البت خاضعة للأساليب التقليدية.⁽¹⁾

وعليه ووفقاً لأحكام القانون الإدارية في فرنسا يتم عقد جلسة علنية يحضرها مقدمو العروض أو مندوبوهم، حيث تقوم بفتح المظاريف الفنية ودراسة العروض المقدمة للتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية. وهنا تقوم باختيار أفضل العروض، وبعد ذلك ترفع اللجنة تقريراً للسلطة المختصة يتضمن توصيات بشأن قبول أو رفض أي من هذه العروض وأسباب ذلك.⁽²⁾

ويلاحظ أن المرشحين غير المقبولين يُعلمون بذلك عن طريق وسيط إلكتروني.

أما بالنسبة للمشرع الفلسطيني فقد ألزم المسؤول المختص أو الوزير المختص بناءً على تنسيب من لجنة الشراء أو لجنة العطاءات المختصة بتشكيل لجنة لتقييم العطاءات لتحديد ما إن كانت هذه العطاءات كاملة وفقاً للتعليمات المحددة في وثائق المناقصة وموقعة حسب الأصول وكذلك التأكد من أن الوثائق المطلوبة لتحديد الأهلية القانونية والكفالات المطلوبة قد تم تقديمها، وكذلك ألزم المشرع الفلسطيني لجنة التقييم بالحفاظ على سرية عملية التقييم من جلسة فتح المظاريف وحتى الإعلان عن المناقص الفائز، كما أنه منع على أي مناقص إجراء أية اتصالات مع لجنة التقييم أو محاولة التأثير على فحصها وتقييمها للعطاءات.⁽³⁾

(1) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص103).

(2) - المرجع السابق (ص104).

(3) - لقد نصت المادة (38) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام على أنه 1. تشكل لجنة لتقييم العطاءات بقرار المسؤول المختص أو الوزير المختص بناءً على تنسيب لجنة الشراء أو لجنة العطاءات المختصة. 2. تقوم لجنة التقييم بفحص العطاءات لتحديد الآتي: أ. إن كانت هذه العطاءات كاملة وفقاً للتعليمات المحددة في وثائق المناقصة. ب. إن كانت موقعة حسب الأصول. ج. أن الوثائق المطلوبة لتحديد الأهلية القانونية والكفالات المطلوبة قد تم تقديمها. د. أن العطاءات تستجيب بشكل جوهري للمواصفات وشروط العقد المحددة في وثائق المناقصة. 3. تلتزم لجنة التقييم بالحفاظ على سرية عملية التقييم من جلسة فتح المظاريف وحتى الإعلان عن المناقص الفائز. 4. لا يجوز لأي مناقص إجراء أية اتصالات مع لجنة التقييم أو محاولة التأثير على فحصها وتقييمها للعطاءات....".

وبذلك يكون المشرع الفلسطيني قد أخضع مرحلة البت في العطاءات بأكملها للأساليب التقليدية.

الفرع الثاني: الإرساء

تتولى الإدارة فتح مظاريف العروض المالية ويقتصر الفتح على العروض المقبولة فنيًا، وذلك تمهيدًا لإرساء المناقصة في النهاية على المرشح الذي يعرض أفضل سعر لصالح الإدارة وهو من يتقدم بأفضل عطاء في حالة المناقصة، وتتم هذه العملية في جلسة عامة يحضرها أصحاب العطاءات، ويعتبر إرساء المناقصة قرارًا إداريًا، ويلتزم من رست عليه المناقصة بإرادته المنفردة أيضًا بالبقاء على إيجابه حتى يتم اعتماد الإرساء فينعد العقد. ويرى بعض الفقهاء أن العقد ينعد بإرساء المناقصة، ولكنه يكون معلقًا على شرط فاسخ هو رفض الاعتماد.

ويتم استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات المعلنة للمناقصة لإرسائها على صاحب العطاء الأفضل شروطًا والأقل سعرًا.⁽¹⁾ وذلك من أجل التوفيق بين اعتبارين مهمين هما الاعتبار المالي والفني، وذلك وفقًا لنص المادة (52) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم والتي مفادها أن إحالة العطاءات تتم مع بيان الأسباب على الفائزين وفقًا لما يلي:

- أ- الأرخص المطابق: في حال كان أرخص العروض يحتوي على الجودة اللازمة في اللوازم المطلوبة ومطابقًا للمواصفات والشروط في دعوة العطاء.
- ب- أرخص المطابق: إذا كان هناك عروض مخالفة وعروض أخرى مطابقة، تستبعد العروض المخالفة وتتم الإحالة على أرخص العروض المطابقة.
- ت- الجودة: وهنا في حالة تقديم عروض مطابقة للمواصفات والشروط مع وجود اختلاف في جودة هذه اللوازم بشكل واضح فهنا على لجنة العطاءات أن تشتري الأجود إذا رأت أن السعر مناسب.
- ث- الأنسب للجنة العطاءات: وهنا في حالة وجود مخالفات في جميع العروض المقدمة فللجنة اختيار أنسب هذه العروض من حيث السعر والجودة.⁽²⁾

(1) - الحلو، العقود الإدارية، طبعة 2009 (ص82).

(2) - المادة (52) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998م.

وبعد ذلك يحتاج القبول الصادر عن السلطة المختصة لانعقاد العقد مطابقته للإيجاب عن طريق الوصول إلى المرشح المقبول على بريده الإلكتروني، ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه. (1)

وفي مجال المعاملات الإلكترونية، فقد جاءت غالبية القوانين خالية من تحديد زمان انعقاد العقد، مما ينتج عنه الرجوع إلى القواعد العامة. وترتيباً على ذلك فإن انعقاد العقد الإداري الإلكتروني يكون بعلم وصول إخطار السلطة المختصة بإبرام العقود الإدارية إلى المرشح المقبول، وتأكيده بوصول هذا القبول من طرف الجهات المختصة بتوثيق العقود، وهي مقدم خدمة التوثيق حسب التوجيهات الأوروبية والقانون الفرنسي، وهنا يكمن دور هذه الجهة في توثيق العقد الإداري الإلكتروني وإعطائه الحجية القانونية لها ليكون حجة على الكافة. (2)

ومن جهة أخرى فإن مكان انعقاد العقد عبر شبكة الإنترنت من الصعب تحديده، حيث أن شبكة الإنترنت شبكة مفتوحة لذا فإن الاتفاق بين طرفي العقد على مكان انعقاد العقد والقانون واجب التطبيق في حالة التنازل يعد حلاً مؤقتاً، إلى حين توحيد قواعد انعقاد العقود الإلكترونية عن طريق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وإيجاد نظريات فقهية في هذا المجال. (3)

وفي الفقه الإسلامي، فقد عرف جمهور الفقهاء الإيجاب والقبول على أن الإيجاب: هو ما يصدر ممن يكون منه التملك وإن جاء متأخراً، والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً. (4)

وخالف الأحناف ذلك فقالوا بأن الإيجاب هو: "الكلام الذي يصدر أولاً عن أحد المتعاقدين، بينما القبول هو الكلام الذي يصدر ثانياً عن أحد المتعاقدين". ومرد الخلاف بين الأحناف والجمهور إلى اعتبار ما صدر عن المالك وما صدر عن غيره عند الجمهور وما صدر أولاً وصدر ثانياً عند الأحناف. (5)

وبناءً على هذا الاتجاه (الحنفية) كيف نحدد الإيجاب والقبول في التعاقد عن طريق الإنترنت؟ وبعبارة أخرى هل يعتبر عرض السلعة أو الخدمة من قبل الشركة المنتجة أو المسوقة إيجاباً، وموافقة العميل

(1) - نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (ص105).

(2) - المرجع السابق، نفس الموضوع.

(3) - المرجع نفسه (106).

(4) - النووي، المجموع شرح المذهب (7 / 165).

(5) - بن الهمام، فتح القدير (3 / 344 0).

على التعاقد قبلاً؟ أم أن هذا العرض مجرد دعوة من قبل الشركة للتعاقد، وأن الإيجاب يكون من قبل العميل لأنه هو المبتدئ والقبول هو في موافقة الشركة على العقد إما موافقة صريحة أو ضمنية؟

الجواب عن ذلك: حينما نتأمل الطرق التي يتم بها التعاقد عبر الإنترنت نجد أنها متعددة، ولذا فإن الإيجاب والقبول يختلف بحسب الطريقة التي تم بها التعاقد، وأبرز الطرق المستخدمة حالياً في التعاقد هي: التعاقد عبر شبكة المواقع (web)، حيث يعتبر الإعلان عن السلعة أو الخدمة في شبكة المواقع (web) إيجاباً من العارض وذلك لأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة، والغالب أنه موجه إلى الجمهور وليس إلى فرد بعينه، فهو لا يختلف في حقيقته عن الإيجاب الصادر مباشرة بين طرفي التعاقد (1).

وفي حالات مستثناة يكون العرض مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجاباً وذلك في الحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار عند من صدر منه العرض كالإعلان عن وظائف، أو طلب مستأجرين ونحو ذلك (2).

وفي حالة حدوث تزامن بين الراغبين بالشراء فالاعتبار يكون بأولوية الوصول إلى علم الموجب، حيث يرتبط القبول بالإيجاب على وجه مشروع فيكون القبول الذي أتى بعد نفاذ الكمية وارداً على محل غير موجود.

(1) - الناصر، العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة (ص25).¹

(2) - المرجع السابق، نفس الموضوع.²

الفصل الثالث

الأساليب الاحتياطية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

الفصل الثالث

الأساليب الاحتياطية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

أجاز المشرع للإدارة أن تتعاقد في بعض الحالات بغير أسلوب المناقصة، الأمر الذي يتيح لها حرية واسعة في اختيار المتعاقد معها⁽¹⁾، وتتمثل هذه الأساليب في التالي: أسلوب استدراج عروض الأسعار، أسلوب الاتفاق المباشر، اتفاقيات الإطار، التنفيذ المباشر.⁽²⁾ ولم يتبنى المشرع الفلسطيني أسلوب الممارسة من ضمن أساليب التعاقد الإداري، أما المشرع المصري والمشرع الفرنسي فقد تبنيوا هذا الأسلوب ضمن أساليب التعاقد.⁽³⁾

ولا تنقيد الإدارة بحسب الأصل باتباع أسلوب معين من أساليب التعاقد، إلا إذا أوجب عليها القانون اتباع طريق بعينه في التعاقد، ففي هذه الحالة يجب أن تلتزم وتتقيد به وإلا وقع تصرفها باطلاً، أما إذا لم يقيد القانون بشيء من ذلك، فلها الحرية في اختيار أسلوب التعاقد الملائم.⁽⁴⁾

إن الأساليب الاحتياطية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني وإن كانت تخضع لقاعدة حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، إلا أن ذلك لا يتعارض مع إخضاع هذه الأساليب لتنظيم قانوني دقيق تتبعه الجهة الإدارية الراغبة بالتعاقد، فحرية الإدارة في هذا المجال ليست سوى سلطة تقديرية، تخضع لرقابة القضاء الإداري.⁽⁵⁾

وسوف يقوم الباحث بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: أسلوب استدراج عروض الأسعار

المبحث الثاني: أسلوب الاتفاق المباشر

(1) - أبو الخير، القانون الإداري (ص225).

(2) - تنص المادة (20) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 بشأن الشراء العام على أنه " 1. تتم عمليات شراء اللوازم والأشغال والخدمات غير الاستشارية وفقاً للأسقف المالية أو الحالات المحددة في النظام بإحدى الأساليب الآتية: ج. استدراج عروض الأسعار. د. اتفاقيات الإطار. هـ. الشراء المباشر. والتنفيد المباشر. 2. تعطى الأفضلية في الشراء للمناقصة العامة ..".

(3) - ويعني هذا الأسلوب أن تتفاوض الإدارة مع عدد من الأشخاص للتعرف على الأسعار التي يقدموها بخصوص محل العقد بهدف اختيار من تتعاقد معه من بينهم، فهي لا تحتاج إلى إجراءات طويلة كما في المناقصة، ولا تلتزم بمبدأ السرية إذ يعرف كل مشارك الأسعار التي قدمها الآخرون، وقد تكون الممارسة عامة وقد تكون محدودة. عمرو، مبادئ القانون الإداري (187).

(4) - عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (ص62).

(5) - الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص319).

المبحث الأول

إبرام العقد الإداري بأسلوب استدراج عروض الأسعار

إضافة إلى أسلوب المناقصة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني، تأخذ العديد من الدول بأسلوب استدراج عروض الأسعار-طلب العروض- كأحد أساليب التعاقد الإداري، فيأخذ به القانون الفلسطيني والفرنسي والمغربي والأردني واللبناني والقانون النموذجي "اليونسترال" مع اختلاف جوهري بين هذه القوانين حول صورته وإجراءاته أو أنه طريق أصلي أو استثنائي من طرق التعاقد، ولا نجد نظير لهذا الأسلوب في النظام القانوني القائم في مصر أو النظم السابقة عليه بشأن المناقصات والمزايدات.⁽¹⁾

ولقد حدد القانون الفلسطيني حالات اللجوء إلى أسلوب استدراج عروض الأسعار، وهي حالات وردت على سبيل الحصر وذات قيمة مالية محددة⁽²⁾، مما يعني انحصار السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة ضمن نطاق هذه المعايير فقط وذلك على خلاف ما هو مستقر في القانون الفرنسي الحالي رقم 2006/975، والذي اعتبر تقنية طلب العروض تقنية أصلية وتخضع لعدد من المعايير التي لا حصر لها.

وبناء على ذلك عرف فقهاء القانون طلب استدراج عروض الأسعار على أنه "أسلوب من أساليب إبرام العقود الإدارية يعطي للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها دون التزام بمبدأ آلية إرساء العطاء المعروف في المناقصة العامة مع مراعاة اعتبارات الصالح العام واحترام القواعد التي أعلنت عنها الإدارة لتنظيم عملية التعاقد."⁽³⁾

وسوف يقوم الباحث بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: طلب عروض الأسعار في القانون الفلسطيني

المطلب الثاني: وضع طلب العروض في قوانين بعض الدول الأخرى

(1)- غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص209).

(2)- وفقاً لأحكام هذا القانون تتم عملية شراء اللوازم بطرح عطاء على أنه يجوز شراء اللوازم بإحدى الطريقتين التاليتين: -أ) استدراج عروض وذلك في أي من الحالات التالية: - 1- إذا كانت قيمة اللوازم المراد شراؤها لا تزيد على (5000) دولار أمريكي (خمسة آلاف دولار) أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً وفقاً لما ورد في المادة (7).

(3)- غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص527).

المطلب الأول

طلب عروض الأسعار في القانون الفلسطيني

لقد أخذ القانون الفلسطيني بأسلوب الدعوة للتقدم بعروض الأسعار، وهو يعتبر أسلوباً بسيطاً وأقل رسمية وشكلية من أسلوب المناقصة، ويتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في حال كانت المشتريات ذات قيمة منخفضة، ويعتبر هذا الأسلوب موفراً للوقت والجهد، فهو لا يحتاج إلى مصاريف كبيرة كما هو الحال في المناقصات، وأيضاً بالنسبة لإجراءاته فهي أقل من الإجراءات المتبعة بالأساليب الأخرى.⁽¹⁾

وسوف نبين هذا الأسلوب في القانون الفلسطيني وذلك من خلال ثلاث فروع نتناول في الفرع الأول استدراج العروض في قانون اللوازم العامة وفي الفرع الثاني طلب العروض في قانون العطاءات للأشغال العامة وفي الفرع الثالث: استدراج العروض في قانون الشراء العام.

الفرع الأول: استدراج العروض في قانون اللوازم العامة

تنص المادة (12) فقرة (أ) من قانون اللوازم العامة على أنه "وفقاً لأحكام هذا القانون تتم عملية شراء اللوازم بطرح عطاء على أنه يجوز شراء اللوازم بإحدى الطريقتين التاليتين: -أ) استدراج عروض وذلك في أي من الحالات التالية: 1- إذا كانت قيمة اللوازم المراد شراؤها لا تزيد على (5000) دولار أمريكي (خمسة آلاف دولار) أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً وفقاً لما ورد في المادة (7). 2- إذا لم يتقدم للعطاء المطروح عدد كاف أو مناسب من العروض واقتنعت الجهة التي طرحت العطاء أن الضرورة تقضي بشراء اللوازم عن طريق استدراج عروض..."⁽²⁾

يتضح من المادة السابقة أن اللجوء إلى أسلوب استدراج عروض الأسعار هو طريق استثنائي، فالمشرع الفلسطيني لم يبتن هذه التقنية الإجرائية على أساس انها تقنية رئيسة شأنها في ذلك شأن المناقصة العامة، إذ جعل الأصل في عملية الشراء للوازم العامة أن تتم بطرح عطاء (مناقصة)، وقد حددت هذه المادة حالات اللجوء الى طلب العروض وهي على النحو التالي:

(1)- غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص217).

(2)- المادة (12) من قانون اللوازم العامة الفلسطيني رقم 9 لسنة 1998م.

- في حال كانت قيمة اللوازم المراد شراؤها لا تزيد عن خمسة آلاف دولار أمريكي أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

- في حال لم يتقدم للعطاء عدد كافٍ من العروض بشرط اقتناع الجهة التي طرحت العطاء بضرورة الشراء بأسلوب استدراج عروض الأسعار.

ولقد ساوى المشرع بين الأسس التي تقوم عليها كلاً من المناقصة واستدراج العروض، حيث استوجبت ذلك بالفقرة الأولى من المادة (12/أ) المذكورة بأن تسري المادة (7) من القانون على طلب العروض.

وتنص المادة (7) من القانون المشار إليه على أن تتم عمليات الشراء وفقاً للأسس التالية:

أ- اعتماد مبدأ المنافسة في جميع عمليات الشراء.

ب- يراعى الحصول على أجود اللوازم وبأفضل الأسعار والشروط.

ت- عدم تجزئة اللوازم إلى صفقات متعددة في جميع عمليات شراء اللوازم المتشابهة⁽¹⁾.

يتضح من نص المادة (7) أنفة الذكر الاهتمام بطرق اعتماد مبدأ المنافسة سواء في المناقصة أو في استدراج العروض، كما أن القانون الفلسطيني لم يأخذ بمبدأ آلية إرساء المناقصة أو عروض الأسعار على السعر الأقل، بل إن جودة اللوازم موضوع التعاقد تعتبر عنصراً جوهرياً إلى جوار السعر لتحديد العرض الأفضل.

كما لا يجوز للإدارة حسب هذا الأسلوب أن تتجاوز في مشترياتها مبلغ خمسة آلاف دولار أمريكي أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً لأن ذلك فيه مخالفة لنص المادة السابقة.

وقد يحصل أن تتحايل الإدارة بهدف اللجوء إلى أسلوب استدراج عروض الأسعار من خلال قيامها بتجزئة العطاءات ليصبح الجزء الواحد قيمته أقل من خمسة آلاف دولار أمريكي، ولكن في الواقع تكون القيمة الحقيقية للعطاء أكبر بكثير من خمسة آلاف دولار، وهنا يكون عمل الإدارة مشوباً بعيب عدم المشروعية.⁽²⁾

إلا أنه يجوز اللجوء إلى أسلوب استدراج العروض مهما كانت القيمة للوازم العامة-أقل أو أكبر من خمسة آلاف دولار-موضوع التعاقد وذلك في حالة طرح عطاء لم تتقدم فيه عروض، أو لم يمكن التعاقد مع أي من

(1)- المادة (7) من قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م.

(2)- غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (ص528).

العروض المقدمة بشأنه، وذلك في حال إخفاق إجراءات المناقصة، وهنا اشترط المشرع أن تقتنع الجهة التي طرحت العطاء بأن هناك ضرورة لشراء اللوازم العامة عن طريق استدراج عروض الأسعار.

ويرى الباحث أن المشرع لم يوفق عندما اشترط على الجهة التي طرحت العطاء أن تقتنع بأن هناك ضرورة لشراء اللوازم العامة عن طريق استدراج عروض الأسعار، وذلك لأن موضوع القناعة هو نسبي ويتفاوت تقديره من موظف لآخر، فبعض الموظفين يفتنعوا بأن هناك ضرورة لشراء اللوازم عن طريق استدراج العروض والبعض الآخر لا يفتنع، وبالتالي فهو معيار غير حاسم، وكان على المشرع الفلسطيني استبداله بمعيار أكثر وضوحاً وتحديداً. وكان على المشرع أيضاً النص على وجوب تسبب قرار اللجوء إلى طريق استدراج عروض الأسعار، وذلك لأن هذا الطريق هو طريق استثنائي، إذ الأصل أن تتم عمليات الشراء بطرح عطاء (مناقصة). وتتوزع الجهات المختصة بالشراء طبقاً لقيمة اللوازم المطلوب شراءها وذلك على النحو التالي:

- يختص وكيل الوزارة في حال شراء لوازم لا تزيد قيمتها عن 500 دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً في كل عملية شراء.
- يختص الوزير المختص في شراء اللوازم التي لا تزيد قيمتها عن 1000 دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً في كل عملية شراء.
- تختص لجنة مشتريات من ثلاثة موظفين من الدائرة يعينهم الوزير المختص في حال شراء لوازم لا تزيد قيمتها عن 5000 دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.⁽¹⁾

وأخيراً لم يحدد قانون اللوازم العامة ولا التعليمات الخاصة به كيفية الإعلان عن طلب العروض وكيفية تصدير العطاءات وهل من الضروري أن ترد داخل مظاريف مغلقة أم لا، وهل يجوز استخدام الوسائل الالكترونية في الإعلان عن طلب العروض أم لا.

الفرع الثاني: طلب العروض في قانون العطاءات للأشغال العامة

حددت المادة (4) من قانون العطاءات للأشغال العامة الحكومية طرق تنفيذ الأشغال والخدمات ونصت على أن "تنفيذ الأشغال والخدمات الفنية العامة بإحدى الطرق التالية:

(1) - المادة (13) من قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998.

1- العطاءات العامة: وهي التي تأخذ مبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة وهي إما محلية أو دولية.

2- العطاءات بطريقة استدراج العروض: وهي بتوجيه دعوات خاصة لعدد من المقاولين أو المستشارين لا يقل عددهم عن ثلاثة...⁽¹⁾

ويتضح من نص المادة (4) المذكورة آنفاً ما يلي:

أ- لقد حددت الفقرة الأولى من المادة السابقة عدة ضمانات أساسية يجب على الإدارة مراعاتها عند اللجوء إلى أسلوب المناقصات العامة في تعاقداتها، وهذه الضمانات تتمثل في مبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة، ويُفهم من هذه الصياغة أن هذه الضمانات غير ضرورية في حالة لجوء الإدارة إلى أسلوب استدراج عروض الأسعار، وهذا الأمر منتقد وذلك لأن هذه الضمانات تعتبر من المبادئ الأساسية التي تحكم أساليب التعاقد الإداري الإلكتروني بشكل عام والتي تناولناها سابقاً، وكان على المشرع النص على وجوب توافر هذه الضمانات في حالة اللجوء إلى أسلوب استدراج عروض الأسعار كما فعل في قانون اللوازم العامة.⁽²⁾

ب- أن الدعوة لاستدراج العروض لا تتم بالإجراءات نفسها المتبعة في المناقصات بل من خلال دعوات خاصة توجه لعدد من المقاولين أو الاستشاريين لا يقل عن ثلاثة ممن تقرر الجهة الإدارية إمكان التعاقد مع أي منهم نظراً لقدراتهم المالية والفنية وحسن السمعة.

3- لم تبين المادة (4) المشار إليها أن اتباع أسلوب استدراج العروض أسلوب رئيس أم أسلوب استثنائي من أساليب التعاقد الإداري إلا أننا نستطيع الجزم بأنه أسلوب استثنائي، ويتضح ذلك جلياً من خلال ما نصت عليه المادة (17) من القانون ذاته والتي قضت بعدم جواز لجوء الإدارة إلى أسلوب طلب العروض إلا في حالات محددة وهي كما يلي:

1- في الحالات المستعجلة لمواجهة حالة طارئة أو لوجود ضرورة لا تسمح بإجراءات طرح عطاء.

(1) - المادة (4) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999.

(2) - حيث تنص المادة (7) من قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998 م على "تتم عمليات الشراء وفقاً للأسس التالية: أ) اعتماد مبدأ المنافسة في جميع عمليات الشراء. ب) يراعى الحصول على أجود اللوازم وبأفضل الأسعار والشروط. ج) عدم تجزئة اللوازم إلى صفقات متعددة في جميع عمليات شراء اللوازم المتشابهة". فالمشرع من خلال هذه المادة اشترط توافر مجموعة من الضمانات سواء في حالات التعاقد من خلال المناقصات أو استدراج العروض.

2- توحيد الآليات والأجهزة أو التقليل من تنوعها أو لغرض التوفير في اقتناء قطع الغيار أو لتوفير الخبرة لاستعمالها.

3- لشراء قطع غيار أو أجزاء مكملة أو آلات أو أدوات أو لوازم أو مهمات لا تتوفر لدى أكثر من مصدر واحد بدرجة الجودة نفسها.

4- عند التعاقد على خدمات فنية أو تقديم خدمات علمية.

5- إذا كان التعاقد على تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات يتم مع مؤسسات حكومية أو مؤسسات علمية أو كانت الأسعار محددة من السلطات الرسمية.⁽¹⁾

ويتضح هنا وجود تشابه كبير بين حالات التعاقد بأسلوب استدراج العروض وبالالتفاق المباشر، ويجب ألا تختلط العقود التي تبرم بأسلوب استدراج العروض مع العقود التي تبرم بأسلوب الاتفاق المباشر على الرغم من قيامها على فكرة حرية الإدارة في اختيار متعاقديها، ولابد من تفعيل مبدأ المساواة وحرية المنافسة في حالات التعاقد باستدراج العروض وأن تتحد حالات التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر على سبيل الحصر، وفي العقود ذات القيمة المنخفضة أو حالات السرعة التي تفتضيها طبيعة التعاقد وظروف العمل.⁽²⁾

السلطة المختصة بسلوك طريق استدراج العروض في قانون العطاءات للأشغال الحكومية:

- حددت المادة (18) من القانون العطاءات للأشغال الحكومية السلطة المختصة بسلوك هذا الأسلوب حيث نصت على أن " 1: يتم تنفيذ الأشغال باستدراج العروض أو التعاقد المباشر وفقاً للصلاحيات التالية ويتم توقيع الاتفاقيات المتعلقة بها من قبل الجهة المختصة وذلك:

أ- بقرار من مجلس الوزراء بناءً على تنسيب الوزير إذا كان العطاء يتعلق بالوزارة، وبتنسيب الوزير والمسئول المختص إذا كان العطاء متعلقاً بأية دائرة أخرى وكانت قيمة الأشغال في أي من الحالتين يزيد عن (150) ألف دولار ولا تتجاوز (400) ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، على أن يكون القرار مقروناً بتوصية لجنة فنية يشكلها الوزير أو المسئول المختص من أصحاب الاختصاص والخبرة في موضوع العطاء.

(1) - المادة (17) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999.

(2) - غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص 219).

ب- بقرار من الوزير بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير برئاسة الوكيل أو المدير إذا كانت قيمة العطاء لا تزيد عن (150) ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

2- يتم التعاقد على تقديم الخدمات الفنية باستدراج عروض الأسعار أو الاتفاق المباشر وفقاً للصلاحيات التالية، ويوقع الاتفاقات المتعلقة بها الوزير أو من يفوضه خطياً، وذلك:

أ- بقرار من مجلس الوزراء بناءً على تنسيب الوزير إذا كانت قيمة الخدمات الفنية تزيد على (75) ألف دولار ولا تتجاوز (250) ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، على أن يكون القرار مقروناً بتوصية لجنة فنية يشكلها الوزير لهذه الغاية.

ب- بقرار من الوزير بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير برئاسة الوكيل إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد عن (75) ألف دولار أو ما يعادلها.

ت- بقرار من المسؤول المختص بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها المسؤول المختص برئاسة الوكيل إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على (25) ألف دولار أو ما يعادلها.

ث- بقرار من الوكيل بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها المسؤول المختص إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على (7) آلاف دولار أو ما يعادلها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: استدراج العروض في قانون الشراء العام الفلسطيني

لقد تبنى المشرع الفلسطيني في قانون الشراء العام أسلوب استدراج عروض الأسعار، فتنص المادة (26) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 على أن:

1. للجهة المشتريّة اتباع أسلوب استدراج عروض الأسعار لشراء اللوازم أو الأشغال أو الخدمات وفقاً للأسقف والشروط والمعايير المحددة في النظام.

2. تقوم الجهة المشتريّة 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 المشتريّة وعنوانها.

(1) - المادة (18) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999م.

ب-وصف وكمية السلع أو الخدمات أو الأشغال المراد توريدها.

ت-مكان التسليم أو موقع العمل في حالة الأشغال.

ث-المواصفات الفنية.

ج-مدة سريان العرض.

ح-طريقة تقديم العروض والمكان والموعده النهائي للتقديم.

خ-أية أمور أخرى ينص عليها النظام.

3. في حال تعذر الحصول على ثلاثة عروض أسعار، للجهة المشتريّة 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.

أما نظام الشراء العام الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 فقد نص في المادة (101) منه على بعض الشروط اللازم توافرها للجوء إلى أسلوب استدراج العروض وهي:

1- وجوب فرض الجهة المشتريّة رقابة صارمة على استخدام استدراج عروض الأسعار لضمان تكافؤ الفرص.

2- خضوع أسلوب استدراج عروض الأسعار للأسقف المالية الواردة في الملحق (أ) من هذا النظام.⁽¹⁾

3- يجب أن يوافق المسؤول المختص خطياً على قرار استخدام استدراج عروض الأسعار.

وكذلك اشترطت المادة السابقة مراعاة بعض الأمور عند القيام باستدراج عروض الأسعار وهي:

1- 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.

(1)- لقد حدد الملحق (أ) بنظام الشراء العام الصادر عن مجلس الوزراء الاسقف المالية لإجراء عملية استدراج عروض الأسعار إذا كانت القبة التقديرية لموضوع الشراء بما لا يتجاوز (\$20000) بالنسبة للوائح العامة، وبما لا يتجاوز (\$50000) بالنسبة للإشغال العامة، وبما لا يتجاوز (\$10000) بالنسبة للخدمات غير الاستشارية.

2- مع مراعاة أحكام المادة (102) من هذا النظام، لا يتطلب استدراج عروض الأسعار استعمال وثائق المناقصة القياسية أو جميع إجراءات المناقصة.⁽¹⁾

أما بالنسبة للإعلان في أسلوب استدراج عروض الأسعار فقد نصت المادة (103) من نظام الشراء العام على انه "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 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 عددٍ كافٍ من العروض المستجيبة، تطلب الجهة المشتريّة من جميع المدعويّن 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."⁽²⁾

يتضح من المادة السابقة أن الشرع الفلسطيني لم يلزم الإدارة بوجوب الإعلان عن استدراج عروض الأسعار في موقع إلكتروني أحادي البوابة لنظام الشراء، فهو أورد في الفقرة الثانية عبارة (من الممكن)، وبالتالي فالمشرع أعطى الحرية للإدارة إما أن تعلن الموردين من خلال أسلوب الدعوات الشخصية عن طريق البريد أو الفاكس أو البريد الإلكتروني، أو من خلال موقع إلكتروني أحادي البوابة، ومنع المشرع الإعلان عن استدراج عروض الأسعار في الصحف.

(1) - نص المادة (102) من قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م بشأن نظام الشراء العام على " 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) - المادة (103) من قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م بشأن نظام الشراء العام.

أما بالنسبة لتسليم العروض في هذا الأسلوب فالمشرع الفلسطيني لم ينص على استخدام الوسائل الإلكترونية في تسليم عروض الأسعار من قبل المناقص للجهة المشتريّة، وإنما نص على وجوب تسليم العروض من خلال مظاريف مختومة ومغلقة.⁽¹⁾

ويرى الباحث أن المشرع لم يوفق عندما نص على وجوب تسليم عروض الأسعار من خلال مظاريف مغلقة وليس من خلال الوسائل الإلكترونية، وذلك لأن المشرع قد أورد فصلا كاملا يتحدث عن استخدام تكنولوجيا المعلومات في الشراء العام أي يسمح باستخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية، وهو الفصل الحادي عشر من القرار رقم 5 لسنة 2014م الخاص بنظام الشراء العام في فلسطين، فلماذا عاد المشرع ونص على وجوب تسليم العروض من خلال مظاريف مغلقة؟

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

المطلب الثاني

طلب العروض في بعض القوانين الأخرى

لا يعرف القانون المصري هذا الأسلوب من أساليب التعاقد، أما فرنسا فتعتبر أول من استخدم أسلوب التعاقد من خلال طلب العروض، وقد نظمته تنظيمًا مكملًا، ولذلك سوف نتناول طلب العروض في إطار القانون الفرنسي من خلال فرعين، نتحدث في الأول منهما عن التعريف طلب العروض في القانون الفرنسي، وفي الفرع الثاني عن صور طلب العروض في القانون الفرنسي.

الفرع الأول: تعريف طلب العروض في القانون الفرنسي

لقد كان طلب العروض مختلطًا مع الممارسة حتى صدور مرسوم 1942/4/6، فبعد صدور هذا المرسوم بدأ التمييز بين كل من طلب العروض والممارسة وأطلق هذا المرسوم عليها تسمية الاتفاق المباشر، لكن الناظر إلى هذا المرسوم وما حدده من حالات اللجوء إلى طلب العروض يجد أن هذه الحالات تختلف كليًا عن الحالات التي حددها المشرع لإمكانية اللجوء إلى الاتفاق المباشر.⁽¹⁾

ولقد حدث تطور في فرنسا مع صدور المرسوم رقم (256-56) بتاريخ 956/3/13م والذي اعتبر طلب العروض أسلوبًا أساسيًا، فأصبح هناك طريق أساسي آخر تسلكه الإدارة بجانب المناقصة وهو أسلوب طلب العروض والذي أصبح كالمناقصة تمامًا.

وقد استقر هذا الوضع ضمن قانون المشتريات العامة الحالي رقم 2006/975⁽²⁾، بل وتوسعت مجالات استخدام طلب العروض حتى كادت أن تصبح الأصل في الناحية الفعلية في فرنسا.

(1) - لقد حدد مرسوم 1942/4/6 حالات اللجوء إلى طلب العروض بحيث تكون في حالة العقود قليلة القيمة وفي حالات السرعة التي يتقرر فيها على جهة الإدارة أن تلجأ إلى أسلوب المناقصة، وفي الحالة التي تغشل فيها المناقصة ويكون إعادة طرحها أمرًا غير مجدياً.

(2) - نصت المادة (26) من قانون رقم 2006/975 على أنه على السلطات المتعاقدة أن تتبع في إبرامها للعقود والاتفاقيات إجراء من الإجراءات التالية: 1- طلب العروض المفتوح أو المقيد 2- إجراء التفاوض 3- الحوار التنافسي 4- السابقات 5- ديناميكية الشراء.

فعرف قانون المشتريات العامة طلب العروض بأنه: "إجراء يتم بموجبه للسلطة المتعاقدة اختيار الفائز دون تفاوض، على أساس معايير موضوعية مسبقة وُضعت لجلب انتباه المرشحين". (1)

ويتضح من التعريف السابق أن طلب العروض يتم دون تفاوض، وذلك فيه مخالفة للفلسفة التي يقوم عليها أسلوب الممارسة الذي يقوم على التفاوض مع المناقصين، علماً بأن القانون الفلسطيني لا يعرف هذا الأسلوب من ضمن أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

وبذلك يتضح لنا مما سبق أن أسلوب طلب العروض في القانون الفرنسي أسلوب أصيل يخضع لعدد من المعايير التي لا حصر لها (2)

الفرع الثاني: صور طلب العروض في القانون الفرنسي

يأخذ القانون الفرنسي بعدة أشكال من طلب العروض، فقد يكون مفتوحاً أو مقيداً، ولا نجد نظير لمثل هذه الحالات في فلسطين.

أولاً: طلب العروض المفتوح

لقد حددت المادة (33) من قانون المشتريات الفرنسي رقم 975-2006 الفرق ما بين طلب العروض المفتوح والمقيد، فطلب العروض المفتوح تكون المنافسة فيه مفتوحة وغير مقيدة بقيد حيث يمكن لكل من يرغب بالتعاقد مع الإدارة أن يدخل المنافسة وأن يتقدم بعطاءه.

كما وأكدت المادة (33) من القانون نفسه على أن السلطة المتعاقدة لها حرية الاختيار بين طلب العروض المفتوح والمقيد، على أنه وفي كلتا الحالتين وعند قبول السلطة المتعاقدة للعطاءات المقدمة فإن اختيار المتعاقد الفائز يكون دون تفاوض على أساس معايير موضوعية وضعتها السلطة المتعاقدة لجلب اهتمام المرشحين.

(1) - المادة (33) من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم 975-2006.

(2) - ينص البند الأول من المادة (53) من القانون المشتريات الفرنسي رقم 975-2006 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 الإجمالية لموضوع العقد، ومقدار أرباح المتعاقد، ونوع الخدمة المقدمة وحادثة الابتكار، والمساعدة التقنية المقدمة مع العرض في فترة ما بين إبرام العقد وتنفيذه، وتاريخ التسليم، ووقت التسليم والتنفيذ، كما نصت المادة المشار إليها إلى إمكانية توافر معايير أخرى إذا كان لها ما يبررها في التعاقد.

وبذلك يكون هذا النوع من طلب العروض يقوم على العلانية حيث يمكن لكل من يرغب في التعاقد مع الإدارة أن يدخل في المنافسة وأن يتقدم بعطاءه.

ثانياً: طلب العروض المقيد

يكون طلب العروض مقيداً عندما يقتصر تقديم العروض على الموردين الذين تأذن لهم السلطة المتعاقدة بذلك، استناداً إلى مجموعة من الضمانات المهنية والمالية التي يتمتع بها هؤلاء المرشحون.

ويلاحظ أن الفلسفة التي يقوم عليها طلب العروض المقيد، هي ذات الفلسفة التي تقوم عليها المناقصة المقيدة أو المحدودة.⁽¹⁾

الرؤية الشرعية لاستدراج عروض الأسعار:

حفظ المال مقصدٌ مهم من مقاصد الشريعة الإسلامية سواء أكان هذا المال مملوك للدولة، أو ملك خاص للفرد، فهو ضرورة من الضروريات الخمس التي أمر الله تعالى بحفظها وقد حصرها الفقهاء بـ "الدِّين، والنفس، والعقل، والنَّسْل، والمال"، والمقصود بحفظ المال أنه راجعٌ إلى مُراعاة دخوله في الأملاك، وكنتميته الأبقى، ومكملة دفع العَوَارِض، وتلافي الأُضْل بالزجر والحَدِّ والضَّمان".⁽²⁾

وبما أن الهدف الأساسي من استدراج عروض الأسعار الوصول إلى المناقص الأقل سعراً مع توافر الجودة المطلوبة، وبالتالي فإن هذا الأسلوب فيه حفظ للمال العام، وكذلك يتماشى مع فلسفه حماية المال العام في المنظور القانوني والإداري الإسلامي والتي تستند إلى جملة من المفاهيم القرآنية الكلية، ذات التطبيقات الفقهية الجزئية⁽³⁾، ومن هذه المفاهيم:

أولاً: إسناد ملكية المال لله تعالى، قال تعالى (واتوهم من مال الله الذي أتاكم).⁽⁴⁾

(1) - غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 271).

(2) - الموافقات؛ للشاطبي (4/ 498).

(3) - خيري، حماية المال العام في المنظور القانوني والإداري الإسلامي، موقع إلكتروني.

(4) - {النور: 33}.

ثانياً: استخلاف الجماعة في الانتفاع بالمال، أما الفرد فنائب ووكيل عن الجماعة في الانتفاع بالمال على وجه لا يتناقض مع مصلحتها، قال تعالى (وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه).⁽¹⁾

كما أن هناك العديد من آليات حماية المال العام في المنظور القانوني والإداري الإسلامي، ومن أهم هذه الآليات:

الرقابة والمحاسبة: من هذه الآليات الرقابة على موظفي الدولة ومحاسبتهم، وقال الرسول -صلى الله عليه وسلم- (ما بال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله، فيقول هذا لكم وهذا أهدي إلي، فهلا جلس في بيت أبيه وأمه فنظر أيهدى إليه أم لا؟) وقال: من استعملناه على عمل ورزقناه رزقاً، فما أخذ بعد ذلكم فهو غلول، والذي نفسي بيده لا يأخذ منه إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة، وإن كان بغيره له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تعير، ثم رفع يديه إلى السماء وقال: اللهم بلغت ثلاثاً).⁽²⁾

(1) - {الحديد: 7}.

(2) - { أخرجه مسلم: صحيح مسلم، رقم: 1832، (ج1/ 844) }.

المبحث الثاني

أسلوب الاتفاق المباشر لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

هو ذلك النوع من التعاقد الذي تبرز فيه حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها.⁽¹⁾ فبمقتضى هذه الصورة من صور التعاقد لا تلتزم الإدارة بقبول العطاء الأقل سعرًا حتى ولو أعلنت عن العمل موضوع التعاقد وناقشت أصحاب العطاء الذي تراه أقدر على تحقيق النفع العام، دون التقيد بأقل العطاءات المقدمة.⁽²⁾

فالإدارة وفقا لهذا الأسلوب تجري وبكل حرية المناقشات التي تراها مفيدة وضرورية من المرشحين الذين يتم اختيارهم، مع العلم أنه لا يتم اللجوء إلى هذه الطريقة إلا في حالات محددة، ويطلق على هذا الأسلوب في المغرب مسمى الصفقات التفاوضية.⁽³⁾

وعرفه بعض الفقه بأنه " هو أسلوب للتعاقد الإداري تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد بأي من اسلوبي المناقصة أو الممارسة".⁽⁴⁾

وسوف يقوم الباحث بدراسة حالات الاتفاق المباشر وضوابطه وإجراءاته في القانون الفلسطيني وقوانين بعض الدول الأخرى (مصر وفرنسا) وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول

الاتفاق المباشر في القانون الفلسطيني

لقد أخذ المشرع الفلسطيني بأسلوب الشراء المباشر وذلك في حدود وحالات معينة وفي ظل الظروف الاستثنائية وحالات الطوارئ، وسوف نقوم بدراسة حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب من أساليب التعاقد الإداري وضوابطه في كل من قانون اللوازم العامة وقانون الشراء العام وتعديلاته.

(1) - نصار، العقود الإدارية (ص214).

(2) - أمين، مبادئ القانون الإداري (ص778).

(3) - عقلة، القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها (ص114).

(4) - خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص181).

الفرع الأول: الاتفاق المباشر في قانون اللوازم العامة

لقد نصت الفقرة (ب) من المادة (12) من قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 على "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 بناء 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 بناء 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 منهما على عروض مناسبة أو لم تكن الأسعار معقولة أو عند عدم الحصول على كامل الكمية من اللوازم المراد شراؤها. "

ويلاحظ من المادة السابقة ما يلي:

أ- أن المادة (12/ب) أجازت في حالة الطوارئ اللجوء إلى الشراء المباشر ولكن هنا اشترطت المادة أن يكون ذلك بطلب من الوزير المختص وموافقة مجلس الوزراء.

ويرى الباحث أنه لا داعي لتوقف عملية الشراء المباشر من قبل الإدارة في حالة الضرورة على موافقة مجلس الوزراء، وذلك لأن تقدير الوزير المختص لتوافر حالة الضرورة من عدمه كافٍ لذلك، بالإضافة إلى أنه من الصعب أخذ موافقة مجلس الوزراء في حالة الضرورة والظروف الاستثنائية المستعجلة.

ب- اشترطت المادة (12/ب) وجوب أن تكون الأشياء المراد شراؤها في الأشياء غير المتوفرة لدى أكثر من مصدر، أي أن يكون لها وكيل خاص لتوريدها في حال كانت من الأشياء المستوردة، ولكن يجب أن يتم إثبات ذلك من خلال تقارير فنية من ذوي الاختصاص تثبت أن هذه الأشياء تُطلب من مصدر واحد.⁽¹⁾

ت- أجازت المادة (12/ب) للإدارة الشراء المباشر للمواد العلمية كالأفلام والمخطوطات.

(1)- غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص232).

ث- أعطى قانون اللوازم العامة في المادة (12/ب) الحق في استخدام أسلوب الشراء المباشر في حالة طرح عطاء أو استدراج عروض ولم يكن بالإمكان الحصول من خلالها على عروض مناسبة أو لم تكن الأسعار معقولة.

تعتبر هذه الفقرة تجاوزاً سافراً لجميع المبادئ التي قام عليها قانون اللوازم رقم 9 لسنة 1998م، حيث أنها لا تتماشى مع مبدأ المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة، وكان على المشرع النص على إعادة طرح العطاء في حالة عدم نجاح إجراءات الشراء بطرح عطاء أو استدراج عروض كما فعل في قانون الأشغال الحكومية.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الشراء المباشر في قانون العطاءات للأشغال الحكومية

أجاز المشرع الفلسطيني في قانون العطاءات للأشغال الحكومية إمكان اللجوء إلى التعاقد المباشر وذلك في الأحوال الخاصة أو الاستثنائية العاجلة⁽²⁾ ولقد نصت المادة (17) من القانون ذاته على أنه "يجوز تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات الفنية باستدراج العروض أو التعاقد المباشر وفقاً للصلاحيات المنصوص عليها في المادة (18) من هذا القانون وذلك في أي من الحالات التالية:

- 1- في الحالات المستعجلة لمواجهة حالة طارئة أو لوجود ضرورة لا تسمح بإجراءات طرح عطاء.
- 2- توحيد الآليات والأجهزة أو التقليل من تنوعها لغرض التوفير في اقتناء قطع الغيار أو لتوفير الخبرة لاستعمالها.
- 3- لشراء قطع غيار أو أجزاء مكملة أو آلات أو أدوات أو لوازم أو مهمات لا تتوفر لدى أكثر من مصدر واحد بدرجة الجودة نفسها.
- 4- عند التعاقد على خدمات فنية أو تقديم خدمات علمية.

(1) - غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص233). تنص المادة (27) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999م على "يجوز للجنة العطاءات إلغاء المناقصة إذا كانت جميع العطاءات مخالفة للشروط أو غير مكتملة مما يجعلها غير صالحة للنظر فيها وفي هذه الحالة يجوز لها إعادة طرح المناقصة من جديد وبنفس الخطوات التي تمت عند الإعلان في المرة الأولى".

(2) - حددت المادة (4) من القانون المشار إليه طرق تنفيذ الأشغال والخدمات ولقد نصت في الفقرة الثالثة من ذات المشار إليها ".... التعاقد المباشر في الأحوال الشخصية أو الاستثنائية العاجلة...".

5- إذا كان التعاقد على تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات يتم مع مؤسسات حكومية أو مؤسسات علمية أو كانت الأسعار محددة من السلطات الرسمية.

ومن مجمل ما تقدم يتضح أن المشرع قد ساوى بين حالات التعاقد المباشر والتعاقد باستدراج العروض وترك الخيار للجهة الإدارية الراغبة في التعاقد للاختيار بينهما، فهذا السلوك من المشرع غير صائب فقد مر سابقاً أن الشراء المباشر هو أبغض المباح بينما استدراج العروض فيه نوع من الشفافية والمساواة، فبقاء النص على حالة يسمح بتجاوز الإجراءات التنافسية والشفافية في عملية الشراء ويضاف إلى ذلك أن الحدود المالية في اتباع أي من الأسلوبين كبيرة جداً.⁽¹⁾

ضوابط اللجوء لأسلوب التعاقد المباشر في قانون العطاءات للأشغال الحكومية:

لقد نص المشرع الفلسطيني على مجموعة من الضوابط التي تحد من اللجوء إلى هذا الأسلوب تتعلق بالسلطة المختصة بإصدار القرار بشأنه، والشكليات التي يجب أن تصاحب القرار المتخذ وربط ذلك بقيمة موضوع التعاقد واختلاف السلطة المصدرة للقرار عن السلطة الموقعة للاتفاق وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تنفيذ الأشغال⁽²⁾

يتم تنفيذ الأشغال بأسلوب الاتفاق المباشر وفقاً للصلاحيات التالية:

1- بقرار من مجلس الوزراء بناءً على تنسيب الوزير إذا كان العطاء يتعلق بالوزارة، وبتنسيب الوزير والمسئول المختص إذا كان العطاء متعلقاً بأية دائرة أخرى وكانت قيمة الأشغال في أي من الحالتين يزيد عن (150) ألف دولار ولا تتجاوز (400) ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، على أن يكون القرار مقروناً بتوصية لجنة فنية يشكلها الوزير أو المسئول المختص من أصحاب الاختصاص والخبرة في موضوع العطاء.

(1) - غانم، أساليب التعاقد الإداري (ص234).

(2) - الفقرة (1) من المادة (18) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999م.

2- بقرار من الوزير بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير برئاسة الوكيل⁽¹⁾ أو المدير⁽²⁾ إذا كانت قيمة العطاء لا تزيد عن (150) ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

ثانياً: التعاقد على الخدمات⁽³⁾

1- بقرار من مجلس الوزراء بناءً على تنسيب الوزير إذا كانت قيمة الخدمات الفنية تزيد على (75) ألف دولار ولا تتجاوز (250) ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، على أن يكون القرار مقروناً بتوصية لجنة فنية يشكلها الوزير لهذه الغاية.

2- بقرار من الوزير بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير برئاسة الوكيل إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد عن (75) ألف دولار أو ما يعادلها.

3- بقرار من المسؤول المختص بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها المسؤول المختص برئاسة الوكيل إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على (25) ألف دولار أو ما يعادلها.

4- بقرار من الوكيل بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها المسؤول المختص إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على (7) آلاف دولار أو ما يعادلها.

الفرع الثالث: الاتفاق المباشر في قانون الشراء العام

تنص المادة (28) من القرار بقانون على أن " 1. مع مراعاة الضوابط المحددة في النظام للجهة المشترية أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية اتباع أسلوب الشراء المباشر في أي من الحالات الآتية:

أ. إذا لم تتوافر اللوازم أو الأشغال أو الخدمات المطلوبة إلا لدى مناقص واحد، وبشرط ألا تكون المواصفات التي تضعها الجهة المشترية موجهة لتطبيق على ذلك المناقص.

ب. إذا كانت المشتريات المطلوبة قطعاً تبادلية أو أجزاءً أو خدمات مكملة أو توسعاً في الأشغال لا تتوافر إلا لدى المورد أو المقاول الأصلي.

(1) - الوكيل: وكيل الوزارة أو مدير عام الدائرة أو من يعين ليقوم بأعماله حال غيابه. المادة (1) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999م.

(2) - المدير: مدير عام دائرة العطاءات المركزية. المادة (1) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999م.

(3) - الفقرة (2) من المادة (18) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999م.

ت. 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.

ث. في حالات الضرورة القصوى أو الكوارث الطبيعيّة.

ج. إذا كانت الكلفة التقديرية للوازم أو الأشغال أو الخدمات صغيرة جداً وفقاً لما يحدده النظام.

ح. في حالة شراء المواد العلميّة أو الثقافيّة كالأفلام والمخطوطات وما يماثلها.

2. تقوم الجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامّة أو دائرة العطاءات المركزيّة بإرسال كتاب خطي يتضمّن وصفاً باحتياجاتها، وأية شروط خاصّة تتعلق بالنوعية والكمية 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 مسؤوليتها في تحقيق الاقتصاد والكفاءة وإتاحة الفرص المتساوية لكل المناقصين المؤهلين.⁽¹⁾

ويلاحظ من المادة السابقة ما يلي:

1- أجازت المادة (1/28/أ): للجهة المشتريّة اتباع أسلوب الشراء المباشر في حال كانت اللوازم المطلوبة متوفرة لدى مناقص واحد، ولكن اشترطت ألا يكون للجهة الإداريّة يد في جعل اللوازم المطلوبة متوفرة لدى مناقص واحد.

وقد وُفق المشرع الفلسطيني عندما اشترط هذا الشرط، لأنه في بعض الأحيان قد يكون اشتراط الإدارة ان تكون اللوازم غير متوفرة إلا لدى مناقص واحد ليس الهدف منه المصلحة العامّة، وإنما التعاقد مع هذا المورد الوحيد وهذا من شأنه أن يعمد مبدأ المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، أما في حال كان بالفعل المصلحة العامّة تتطلب تعاقد الإدارة على لوازم من نوع معين وهذا النوع غير متوفر إلى لدى مناقص واحد، فإن ذلك لا يتعارض مع مبدأ المنافسة والمساواة.

(1) - المادة (28) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشرايع العام.

2- تنص المادة (1/28/ج) على إمكانية اللجوء إلى الشراء المباشر إذا وجدت الجهة المشتريّة بعد شرائها لبعض السلع والخدمات أن هناك بعض السلع الأخرى يجب شراؤها من نفس المورد الأول لأسباب تتعلق بالتوحيد القياسي.

ويرى الباحث أن المشرع الفلسطيني لم يوفق في النص على الحالة السابقة كحالة من حالات اللجوء إلى الشراء المباشر، وذلك لأن الشراء المباشر هو أسلوب استثنائي من أساليب التعاقد الإداري، وهو بحسب الأصل أمراً غير مرغوب فيه وكان على المشرع أن ينص على أنه في حال تطلب الأمر الشراء لبعض السلع والخدمات التكميلية أن يتم طرح عطاء مستقل عن العطاء الأول، وإن كان المورد الأول هو الأفضل من ناحية السعر والجودة، فمن الطبيعي أن يقع الاختيار عليه.

ضوابط وإجراءات الشراء المباشر

تنص المادة (105) من نظام الشراء العام رقم 5 لسنة 2014م على الضوابط والإجراءات التي يجب على الجهة المشتريّة اتباعها عند لجوئها إلى أسلوب الشراء العام، ولكن تم تعديل هذه المادة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 14 لعام 2016م.⁽¹⁾ لتصبح على النحو التالي:

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.

(1) - المادة (105) من نظام الشراء العام رقم 5 لسنة 2014م قبل التعديل تنص على " 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 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 الطبيعيّة المشار إليها في المادة (1/28/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 بتحصير 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 المركزيّة خطة تفاوضية تحدد فيها القضايا التي تود التفاوض بشأنها كما تحدد اهدافها ومدى النتائج المقبولة لديها."

2- لا يمكن تبرير الشراء 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 (28/1/د) من القرار بقانون تعمل الجهة المشتريّة على قصر عملية الشراء على الكمية والمدة الزمنية اللازمة للتعامل مع الظروف الطارئة فحسب.

4- في حالة الشراء المباشر بسبب التوحيد القياسي يجب ألا تتجاوز قيمة الشراء (50%) من قيمة الشراء الأصليّة.

5- في كل الحالات التي وردت في المادة (28) من القانون يتم القيام بعملية الشراء المباشر بقرار من:
أ- المسؤول المختص في الجهة المشتريّة إذا لم يتجاوز السعر التقديري لعملية الشراء (50) ألف دولار بالنسبة إلى اللوازم أو الخدمات، أو (150) ألف دولار بالنسبة للاشغال.

ب- مجلس الوزراء إذا تجاوز السعر التقديري لعملية الشراء الأسقف التي وردت في الفقرة (أ) أعلاه.
6- 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.
7- 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.

ويتمثل التعديل في المادة السابقة بالآتي:

1- إضافة الفقرة الرابعة في المادة السابقة: وهنا المشرع تدارك خطورة الشراء المباشر بسبب التوحيد القياسي، فأراد تغيير هذه الحالة، وذلك لضمان عدم تماهي الإدارة في شراء مستلزماتها من خلال اللجوء إلى الشراء المباشر بحجة التوحيد القياسي، وبذلك يكون المشرع قد وفق عندما أضاف هذا التعديل على نص المادة السابقة.

2- إضافة الفقرة الخامسة: حيث اشترط المشرع في جميع حالات الشراء المباشر الواردة في المادة (28) من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2014 بشأن الشراء العام، أن تتم بقرار من المسؤول المختص في حالة لم يتجاوز السعر التقديري لعملية الشراء (50) ألف دولار بالنسبة للوازم أو الخدمات، أو (150) ألف

دولار بالنسبة للأشغال. وبقرار من مجلس الوزراء إذا تجاوز السعر التقليدي لعملية الشراء للأسقف الواردة أعلاه.

وقد أراد المشرع من تلك الإضافة المحافظة على المال العام، إذ أن عمليات الشراء للوازم والخدمات التي تفوق قيمتها (50) ألف دولار تكون أخطر من عمليات الشراء التي تكون قيمتها أقل من ذلك، وكذلك الأمر بالنسبة للأشغال.

المطلب الثاني

الاتفاق المباشر في بعض القوانين الأخرى

إضافة إلى أسلوب المناقصة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني، فإن قانون العقود الإدارية في فرنسا ومصر ينص على إمكانية إبرام العقد الإداري الإلكتروني عن طريق أسلوب الاتفاق المباشر، ولذلك سوف نتناول هذا المطلب من خلال فرعين نتحدث في الفرع الأول عن أسلوب الاتفاق المباشر في فرنسا، وفي الفرع الثاني عن أسلوب الاتفاق المباشر في مصر.

الفرع الأول: أسلوب الاتفاق المباشر لإبرام العقد الإداري الإلكتروني في فرنسا

لقد نصت على هذا الأسلوب المادتين (34)-(35) من قانون العقود الإدارية في فرنسا، وكذا المادة (2) من المرسوم رقم 692-2002 الخاصة بإبرام العقود الإدارية بواسطة الكترونية، إضافة إلى المادتين (40) و(41) من التوجيه الأوروبي رقم 18/2004.

ولقد عرفت المادة (34) من قانون العقود الإدارية في فرنسا، أسلوب الاتفاق المباشر بأنه " ذلك الاجراء الذي بموجبه يختار الشخص العام أحد المرشحين بعد مناقشتهم ومفاوضتهم في شروط العقد. وما يفهم من مصطلح الاتفاق المباشر في القانون الفرنسي أنه يعتمد أساساً على التفاوض أو المناقشة بين الشخص العام والموردين في الشروط العامة للعقد، من أجل اختيار أحدهم لإبرام العقد معه.

فأسلوب الاتفاق المباشر لا يشكل عائقاً لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، فوفق المادة (34) من قانون العقود الإدارية في فرنسا، تعطي للإدارة الحرية في الإعلان عن العقد وإن أعلنت عن ذلك فإنه طبقاً لإجراءات الإعلان عن المناقصة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أسلوب الاتفاق المباشر لإبرام العقد الإداري الإلكتروني في مصر

أما في القانون المصري فإن هذا الأسلوب يعد استثنائياً، حيث أجاز القانون في الحالات العاجلة التي لا تحتمل التأخير التعاقد بطريق الاتفاق المباشر دون التقيد بإجراءات سابقة، ويتم فيها مناقشة الموردين في جلسات علنية تسبقها اعتماد السلطة المختصة، وهذا ما نصت عليها المادة السابعة من قانون المناقصات

(1) - شوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني (ص346-347).

والمزايدات في مصر على أنه" يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتل اتباع إجراءات المناقصة او الممارسة بجميع أنواعهما، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من:

أ -رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الاخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشرء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال.

ب -الوزير المختص ومن له سلطاته، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشرء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الاعمال الفنية أو مقاولات النقل، وثلاثمائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال ولرئيس مجلس الوزراء، في حالة الضرورة القصوى، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما لا يتجاوز الحدود المنصوص عليها في البند من الفقرة السابقة.(1)

والاختلاف بين إجراءات المناقصات والاتفاق المباشر، يكمن في أن اختيار المرشحين في المناقصات يتم وفقاً لأفضل العروض فنياً ومالياً"، بينما في الإجراء الثاني (أسلوب الاتفاق المباشر) فإن الإدارة تستعمل مقاييساً موضوعية لاختيار المرشحين، سواء كانت نوعية الأشياء المتعاقد عليها أو السرية في التعامل أو الاستعجال أو استعمال تقنيات حديثة، ولهذا فإن عدد المرشحين في إجراء الاتفاق المباشر يكون أقل مقارنة بأسلوب المناقصات.

كما أن الاتفاق مع أحد المرشحين في أسلوب الاتفاق المباشر، لا يتم وفقاً لتوصيات لجنة البت إلى السلطة المختصة، بل يتم مباشرة بين الشخص العام والمرشح، وذلك بإعلان إيجابه الإلكتروني عن طريق البريد الإلكتروني أو شبكة الويب، وتقوم الإدارة بعد التفاوض معه بإرسال القبول عن طريق الوسيط الإلكتروني، فينعقد العقد بمجرد علم المرشح بذلك.

الرؤية الشرعية للاتفاق المباشر:

كما ذكر سابقاً فإن هذا الأسلوب يتيح للإدارة التعاقد مباشرة مع الشخص الطبيعي أو المعنوي بحرية تامة وبدون أية إجراءات سابقة.(2) لذلك حدد المشرع والفقهاء الحالات والضوابط التي تحكم هذا الأسلوب نظراً

(1)- المادة (7) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998م.

(2)- عمرو، مبادئ القانون الإداري (ص188).

لما يشكله من خطر على المال العام والذي يُعتبر الحفاظ عليه مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية الخمسة، ولما يتيح من عدم المساواة وتكافؤ الفرص، لاسيما وأن شريعة الإسلام قد وصلت في مبلغ حرصها على تقرير المساواة بين الناس في شؤون الاقتصاد إلى شأن رفيع لم تصل إلى مثله ولا إلى ما يقرب منه أي شريعة أخرى من شرائع العالم قديمة وحديثه. وأن النظم التي وضعها الإسلام في شؤون الاقتصاد نظم مثالية حكيمة، لا تقوم على الاحتكار للسلع، أو عدم المساواة بين التعاقدين مع الدولة إلا في حالات الضرورة⁽¹⁾ ومن هذه الضوابط التالي:

1- عدم ذكر مواصفات أو شروط لا تنطبق إلا على متعهد بعينه، وإن يكون ذلك بسوء نية، أي بهدف التعاقد مع ذلك المتعهد دون غيره⁽²⁾.

2- أن يكون هناك حالة طارئة لا تسمح بالقيام بإجراءات المناقصة أو استدراج العروض، مما يدفع الإدارة إلى اللجوء لأسلوب الشراء المباشر، لما يتميز هذا الأسلوب من سرعة في إجراءاته.

إذا كان موضوع العقد سري، تتطلب المصلحة العامة للدولة اللجوء إلى الاتفاق المباشر حفاظاً على سرية المعقود عليه، حيث إن افشاء الأسرار يعد خيانة في الشريعة الإسلامية، فقد يترتب عليها حقوق أضرار عظيمة بالأفراد والمجتمعات، وهي من جرائم التعازير والتي ينظر للعقوبة فيها لظروف الجريمة والمجرم.

(1)- وافي، المساواة في الإسلام (ص7).

(2)- أبو هريرة، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (ص112).

الخاتمة

وفي الختام توصل الباحث لمجموعة من النتائج، ومن ثم تبعها بمجموعة من التوصيات وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

- 1- القانون الذي يحكم المشتريات الحكومية المطبق في قطاع غزة لم يتبنَّ الوسائل الإلكترونية في عمليات التعاقد الإداري، بينما تبنى قانون الشراء العام الجديد المطبق في الضفة الغربية الوسائل الإلكترونية في عمليات التعاقد الإداري.
- 2- العقد الإداري الإلكتروني يجب أن يشتمل على خصائص كل من، العقد الإداري، والعقد الإلكتروني، فهو يتميز بطبيعة خاصة.
- 3- العقد الإداري الإلكتروني يوفر نسبة من الوقت والجهد اللازمين لإنجاز إجراءات التعاقد بالطريقة التقليدية، نتيجة لسرعة الإنجاز والسهولة في الأداء واستبعاد الاستخدامات الورقية ونفقات المراسلات.
- 4- العقد الإداري الإلكتروني يسهل الاتصال بين السلطة الإدارية والمواطنين، وشفافية المعاملات المالية للإدارة تسمح بمزيد من الديمقراطية وتوسع من مفهومها.
- 5- الشريعة الإسلامية عرفت العقود الإدارية منذ القدم في عهد النبي محمد-صلى الله عليه وسلم-، أي قبل القوانين الوضعية واجتهادات القضاء ولاسيما مجلس الدولة الفرنسي.
- 6- هناك أساليب أصلية وأخرى احتياطية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، وذلك وفقاً لما هو مستقر عليه في جميع النظم القانونية الخاصة بالمشتريات العامة، وهي في مجملها تتمثل في المناقصات بكافة صورها، وطلب العروض، والممارسة، والاتفاق المباشر، والمزايدة الإلكترونية والتحاور التنافسي.
- 7- لقد استثنى المشرع الفلسطيني تقنية الاتفاق المباشر من وجوب إخضاعها لمبادئ المنافسة الحرة والعلانية والمساواة، ويرجع ذلك إلى أن هذه التقنية تستخدم في الظروف التي لا تسمح بوجود مناخ تنافسي.
- 8- المشرع الفلسطيني ما زال يعتمد المناقصة العامة الوسيلة الوحيدة الأصلية لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية مخالفاً بذلك القانون المصري والقانون الفرنسي.

- 9- الشريعة الإسلامية تنظر إلى عقد المناقصة على أنه منظومة من العقود وليست عقدًا واحدًا، فهو يتضمن عقد بيع دفتر الشروط (وثائق ومستندات المناقصة)، وعقد الضمان، والعقد المتعلق بموضوع المناقصة (بيع سلع كالتوريد، أو بيع منفعة كالإجارة، أو الاستصناع).
- 10- هناك اختلاف كبير بين المناقصة المحلية- كأحد أنواع المناقصة الإلكترونية- في القانون الفلسطيني عنها في القانون المصري، ويتمثل هذا الاختلاف فيمن له الحق في الاشتراك بتلك المناقصة، وطريقة الإعلان عنها، وكذلك تسبب القرار الصادر من السلطة المختصة بالجوء إليها.
- 11- المشرع الفلسطيني لم يفرد قوانين خاصة تنظم الإجراءات المتعلقة بإعداد العطاءات وتقديمها إلكترونياً، كما فعل المشرع الفرنسي.
- 12- لم يأخذ المشرع الفلسطيني في كل من: قانون اللوازم العامة، وقانون العطاءات للأشغال الحكومية بالوسائل الإلكترونية لإبرام العقود الإدارية، بينما أخذ بها في قانون الشراء العام.

ثانياً: التوصيات

- 1- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة تطبيق قانون الشراء العام والنظام الخاص به على المحافظات الجنوبية للوطن كونه تضمن الوسائل الإلكترونية في تعاقدات الإدارة.
- 2- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة إلغاء القوانين المتعددة التي تحكم أساليب التعاقد الإداري وهي قانون اللوازم العامة، وقانون العطاءات للأشغال الحكومية، وأنظمة البلديات الخاصة بالشراء، وكذلك أنظمة بعض الهيئات التي لا تدخل موازنتها ضمن موازنة الدولة، بحيث يجمعها قانون واحد يسهل من خلاله تطبيق الوسائل الإلكترونية.
- 3- يوصي الباحث بضرورة إحاطة المناقصة الإلكترونية بالضمانات اللازمة والكافية خشية التلاعب والتزوير.
- 4- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة تبني العلانية الكاملة لجميع أساليب التعاقد الاحتياطية، والتي تقوم على النشر في وسائل الإعلان المختلفة بما فيها الوسائل الإلكترونية، وعدم قصر العلانية على نظام الدعوات الشخصية، على أن يتم استثناء الاتفاق المباشر.
- 5- يوصي الباحث بتعديل نص المادة (104) من قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م بشأن نظام الشراء العام، والتي تشترط على المناقصين تقديم الأسعار بشكل خطي وفي مظاريف مختومة، بحيث تصبح تسمح للمناقصين بتقديم المظاريف من خلال الوسائل الإلكترونية، وذلك لأن المشرع الفلسطيني

قد أورد فصلا كاملا يتحدث عن استخدام تكنولوجيا المعلومات في الشراء العام أي يسمح باستخدام الوسائل الالكترونية في إبرام العقود الإدارية.

6- يوصي الباحث المشرع بان يسمح للمناقصين بإرسال عطاءاتهم من خلال البريد الإلكتروني، وذلك بعد أن تقوم الادارة بتحديد عنوانا بريديا خاصا لتقديم العطاءات يمنح لكل المتقدمين للمناقصة، وعلى المتقدمين أن يرسلوا عطاءاتهم على ذلك العنوان الإلكتروني.

7- يوصي الباحث بضرورة اعتماد الجامعات والكليات العربية النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني ضمن المنهج الدراسي، وذلك لمواكبة المستجدات القانونية، وكذلك عقد دورات تدريبية للقضاة والمحامين للتعرف على النظام القانوني للعقود الإدارية الإلكترونية.

8- يوصي الباحث المشرع الدستوري بالنص على ضرورة موافقة البرلمان على عقود الامتياز أسوة بعقود القرض العام بحيث لا ينعقد إلا بقانون.

9- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بإعادة النظر في نص المادة (99) من النظام الداخلي للقانون الأساسي، بحيث يمنع أعضاء المجلس التشريعي من الدخول في جميع التعاقدات مع الدولة حتى التعاقدات التي تكون ذات قواعد عامة تسري على كافة، وذلك للبعد بهم عن موطن الريبة.

10- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بإعادة النظر في نص المادة (17) من قانون ديوان الرقابة المالية والإدارية رقم 15 لسنة 2014م بحيث يمتد المنع من المشاركة في الالتزامات التي تعقدها السلطة الوطنية ليشمل الموظفين العاملين في الديوان والذي يعينهم رئيس الديوان لتمكين الديوان من القيام بمهامه.

11- يوصي الباحث بوجوب تسبيب قرار الاستبعاد الصادر من قبل الإدارة بحق أحد العطاءات، وذلك لأنه بتنافي مع مبدأ المساواة الذي يوجب على الإدارة ان تتعامل مع جميع العطاءات على قدم المساواة.

12- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بالنص على ضرورة تسبيب قرار اللجوء إلى طريق استدراج عروض الأسعار وكذلك طريق الاتفاق المباشر، وذلك لأن هاتين الطريقتين هما من الطرق الاستثنائية، إذ الأصل أن تتم عمليات الشراء بطرح عطاء (مناقصة).

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم

❖ المراجع العربية

إبراهيم، خالد. (2011م). *إبرام العقد الإلكتروني*. ط2. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

إبراهيم، حامد. *خطبة (خلق العدل) 3*، تاريخ الاطلاع 2018/9/22م، الرابط:
<http://hamidibrahem.com>

ابن تيمية. (1426هـ). *القواعد النورانية الفقهية*. تحقيق أحمد بن محمد الخليل. (د.م): دار ابن الجوزي.
ابن حزم، علي. *المحلى*. تحقيق أحمد شاكر. القاهرة: دار التراث.

ابن علي، محمد وأبو الفضل والرويفعي، جمال الدين. (1414هـ). *لسان العرب*. ط3. بيروت: دار
صادر.

أبو الخير، عادل السعيد. (2005م). *القانون الإداري*. القاهرة: الطوبجي للطباعة والنشر والتوزيع.

إسماعيل، خميس. (2002م). *الأصول العامة والتطبيقية العملية للعقود العملية والتعويضات*. القاهرة: دار
محمود للنشر والتوزيع.

أبو الحسن، أسامة. (2006م). *خصوصية التعاقد عبر الانترنت*. (د.م): دار النهضة العربية.

أمين، محمد. (1997م). *مبادئ القانون الإداري*. القاهرة: دار الثقافة الجامعية.

أمين، محمد. (2005م). *العقود الإدارية*. عين شمس: مكتبة جامعة عين شمس.

أوهاب، نذير. (1427هـ). *نظرية العقد الإداري* "دراصة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون". (د.م): (د.ن).

الاهواني، حسام الدين. (1995م). *النظرية العامة للالتزام*. مصادر الالتزام. القاهرة: دار النهضة العربية.

الباز، داوود. (2007م). *الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه*.
الإسكندرية: منشأة المعارف.

- البكباشي، سحر. (2009م). *التوقيع الإلكتروني*. الاسكندرية: منشأة المعارف.
- بكر، عصمت. (2009م). *نظرية العقد في الفقه الإسلامي*. ط1. بغداد: دار الكتب العلمية.
- بن عبد الواحد (بن الهمام)، كمال الدين. *فتح القدير*. بيروت: دار الفكر.
- البناء، محمود. (2007م). *العقود الإدارية*. ط1. القاهرة: دار الفكر العربي للنشر.
- جبير، مطيع. (2006م). *العقد الإداري بين التشريع والقضاء*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- جعفر، أنس. (2002م). *العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- الجلودة، أحمد. (2016م). *المناقصة العامة في ظل الحكومة الإلكترونية*. الإسكندرية: دار الفكر.
- جمعة، صفاء. (2018م). *العقد الإداري الإلكتروني*. المنصورة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع.
- الحلالمة، نصار. (2012م). *التجارة الإلكترونية*. ط1. عمان: دار الثقافة للتوزيع والنشر.
- الحو، ماجد. (2009م). *العقود الإدارية*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- الحو، ماجد. (2012م). *العقود الإدارية*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- حمادة، حمادة. (2012م). *النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- خطاب، خالد. (2012م). *فقه المعاملات المالية*. غزة: مكتبة جامعة فلسطين.
- الخلايلة، محمد. (2012م). *القانون الإداري*. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- خليفة، عبد العزيز. (2008م). *الأسس العامة للعقود الإدارية*. ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.
- خيرى، صبري. *حماية المال العام في المنظور القانوني والإداري الإسلامي*، تاريخ الاطلاع 2018/6/25م، الرابط <https://drsabrihalil.wordpress.com/2013/10/24>

الدين، حسام الدين. (2018م). *الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني*. غزة: مكتبة الجزيرة للنشر والطباعة والتوزيع.

الذنيبات، محمد. (2011م). *الوجيز في القانون الإداري*. ط2. عمان: دار الثقافة.

زيدان، علي الدين وأحمد، محمد. *الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإداري*، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

السناري، محمد. *وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها*. القاهرة: دار النهضة العربية.

الشاعر، أنور. (2017م). *الوجيز في القانون الإداري*. غزة: مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.

شبير، محمد. *التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته*. دمشق: دار القلم.

شوقي، طاهر. (2006م). *عقد البيع الإلكتروني*. (د.م): دار النهضة العربية.

الطبري، أبي جعفر محمد بن جرير. *جامع البيان في تأويل القرآن*. دار هجر للطباعة والتوزيع والإعلان.

الظماوي، سليمان. (1988م). *الأسس العامة للعقود الإدارية*. ط4. مطبعة جامعة عين شمس.

الظاهر، خالد. (1997م). *القانون الإداري دراسة مقارنة*. ط1. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.

عابدين، محمد. (1386هـ). *حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار*. ط2. بيروت: دار الفكر.

عبد الباسط، محمد. (1989م). *أعمال السلطة الإدارية*. الإسكندرية: مكتبة جامعة الإسكندرية.

عبد الباسط، محمد. (2006م). *العقد الإداري*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

عبد الله، عبد الغني. (1992م). *القانون الإداري*. بيروت: الدار الجامعية.

عبد الوهاب، محمد. (2012م). *النظرية العامة للقانون الإداري*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

عثمان، عبد الحكيم. (2007م). *عقد التوريد وتكييفه في الميزان الفقهي المقارن*. ط2. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

العجلوني، أحمد. (2002م). *التعاقد عن طريق الإنترنت*. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

عفانة، حسام الدين. ضوابط المنافسة في المناقصات والعطاءات، تاريخ الاطلاع 2018/5/4م، الرابط: <https://ar.islamway.net/fatwa/42479/>

عقلة، عبد الحق. (2007م). *القانون الإداري نشاط الإدارة ووسائلها*. ج2. الرباط: دار القلم للطباعة والنشر.

عمرو، عدنان. (2004م). *مبادئ القانون الإداري*. ط2. الإسكندرية: منشأة المعارف.

عودة، عبد القادر. *التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي*. الإسكندرية: مطبعة نشر الثقافة.

غانم، هاني. (2016م). *المالية العامة والتشريع الضريبي في ضوء النظام المالي والتشريع الضريبي لدولة فلسطين*. ط2. غزة: مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.

الغرناطي، إبراهيم. (1997م). *الموافقات*. تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. ط1. القاهرة: دار ابن عفان.

فكري، فتحي. (1994م). *محاضرات في العقود الإدارية*. القاهرة: دار النهضة العربية.

قحطان، عبد القادر. (1991م). *السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات*. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية.

القيسي، إعاد. (1998م). *الوجيز في القانون الإداري*. ط1. عمان: دار وائل للنشر.

مانع، أحمد. (2012م). *أثر تكنولوجيا المعلومات على ممارسة الحقوق والحريات العامة*. ط1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

الماوردي، علي. (1983م). *الأحكام السلطانية والولايات الدينية*. القاهرة: دار الفكر.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي. العدد الثاني عشر. جدة: دار البشير للنشر والتوزيع.

مجمع الفقه الإسلامي. الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات. قرارات مجمع الفقه الإسلامي. مكة المكرمة. (د.ن)

المحلي، جلال الدين والسيوطي، جلال الدين. تفسير الجلالين. ط1. القاهرة: دار الحديث. المنزلاوي، صالح. (2005م). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية. القاهرة: دار النهضة العربية.

منصور، محمد. (2003م). المسؤولية الإلكترونية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت. (1987م). الكويت: دار ذات السلاسل.

نصار، جابر. (2005م). العقود الإدارية. ط2. القاهرة: دار النهضة العربية. الناصر، عبدالله. (2010م). العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة. الرياض: (د.ن). النمديلي، رحيمة. (2007م). العقد الإداري الإلكتروني. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. النووي، أبو زكريا. المجموع شرح المذهب. بيروت: دار الفكر. الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (2004). عقود الامتياز. (حالة شركة الاتصالات الفلسطينية). وافي، علي. (1965م). المساواة في الإسلام. ط2. بيروت: المعارف العربية.

• الرسائل والأبحاث العلمية:

أبو هرييد، عاطف. (2002م). عقود المناقصات في الفقه الإسلامي. رسالة ماجستير. الجامعة الإسلامية. غزة. (د.ن).

بحر، أحمد. (2017م). نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين. رسالة ماجستير. الجامعة الإسلامية. غزة. (د.ن).

الخضير، خالد. (1432هـ). مشروعية وتأصيل العقد الإداري في الفقه الإسلامي. الرياض، العدد (49)، ص168 - ص214.

الشوابكة، فيصل. (2013م). النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني. مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية. 2 (21).

صالح، قيدار. (2008م). إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته. مجلة الرافدين للحقوق. 10 (27). -149-184. العراق.

عبد العال، أحمد. النظام القانوني لتنفيذ عقد امتياز شركة كهرباء فلسطين. رسالة ماجستير. أكاديمية الإدارة والسياسة. غزة. (د.ن)

غانم، هاني. (2007م). أساليب التعاقد الإداري. رسالة ماجستير. جامعة الدول العربية. (د.ن).

غانم، هاني. (2011م). النظام القانوني لعقد التوريد الإداري. رسالة دكتورا. جامعة الإسكندرية. (د.ن).

غانم، هاني. (2018م). أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني. مجلة جامعة الأزهر. غزة، 19 (عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم)، ص493-ص544.

مزهر، وليد. (2006م). التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة. رسالة دكتورا. جامعة الدول العربية. (د.ن).

نوح، مهند. (2001م). الإيجاب والقبول في العقد الإداري. رسالة دكتورا. جامعة عين شمس. (د.ن).

الهويدي، السلال. (1998م). أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية. رسالة دكتورا. جامعة طنطا. (د.ن).

• القوانين:

قانون العقود الإدارية الفرنسي رقم (6) لسنة 2004م.

قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016م.

قانون اللوازم العامة الفلسطيني رقم (9) لسنة 1998م.

- القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م.
- قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم 2006/975.
- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998م.
- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.
- قانون ديوان الرقابة المالية والإدارية رقم (15) لسنة 2014م.
- قانون رقم (6) لسنة 1999م بشأن العطاءات للأشغال الحكومية.
- القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام.
- قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014م بنظام الشراء العام.
- مجلة الأحكام العدلية.