

The Principle of Equal Opportunity for Executing Administrative Contracts According to the Saudi Government Tenders and Procurement Law "Rules and Exceptions"

Abdulrahman Zahim Alsulami ^{ID}

Department of Law, College of Sharia and Law, Jazan University, Kingdom of Saudi Arabia

مبدأ تكافؤ الفرص لتنفيذ العقود الإدارية وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي "ضوابطه واستثناءاته"

عبدالرحمن زاحم السلمي ^{ID}

قسم القانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة جازان، المملكة العربية السعودية

	DOI	RECEIVED	Edit	ACCEPTED
	https://doi.org/10.37575/h/edu/22002	الاستلام 2024/09/28	التعديل 2024/12/03	القبول 2024/12/09
	NO. OF PAGES	YEAR	VOLUME	ISSUE
	عدد الصفحات 33	سنة العدد 2025	رقم المجلد 2	رقم العدد 13

Abstract:

The principles guiding administrative contracts, along with the constitutional and foundational laws of nations, underscore the significance of equality and equal opportunity for all parties interacting with the administration. These principles are evident in various administrative frameworks in Saudi Arabia, particularly the 2019 Government Tenders and Procurement Law (GTPL). This law guarantees that all bidders receive fair and equal opportunities when bidding for administrative contracts. The introduction of various methods under the new GTPL, allowing administrative discretion within specific regulations, necessitated an evaluation of their adherence to the principle of equal opportunity. The study revealed that while several methods uphold this principle, others fall short, sometimes for valid reasons. Certain methods exhibited deficiencies in ensuring equal opportunities. Recognizing that excluding bids or bidders can undermine this principle, the research highlights legal and judicial safeguards to prevent unjust disqualifications. The study concludes with recommendations to better protect equal opportunities for all bidders seeking administrative contracts.

Keywords: Public Tender, Equal Opportunity, Mandatory Exclusion, Discretionary Exclusion.

المخلص:

تؤكد المبادئ المنظمة للعقود الإدارية، بل قبلها القوانين الدستورية والأساسية لدول العالم؛ أهمية المساواة وتكافؤ الفرص بين جميع المتعاملين مع جهة الإدارة، فجد انعكاس هذه المبادئ على كثير من الأنظمة الإدارية في المملكة العربية السعودية، ويأتي في مقدمتها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر في عام ١٤٤٠ هـ / ٢٠١٩ م، فأكد هذا النظام ضرورة أن يحصل جميع المتعاملين من خلاله على فرص متكافئة ومتساوية في حال رغبتهم بالتقدم لتنفيذ عقد إداري. ونظراً لما أقر من أساليب متعددة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد، والذي يُعطي الحق لجهة الإدارة باستخدام أي منها وفق ضوابط معينة، كان لزاماً علينا تقييم هذه الأساليب من حيث مدى تحقق مبدأ تكافؤ الفرص فيها. ولقد توصل هذا البحث إلى أن هناك تحقيقاً كاملاً لمبدأ تكافؤ الفرص في العديد من أساليب التعاقد، كما أن هناك انعداماً للمبدأ في أساليب أخرى وله ما يبرره، وأخيراً كان هناك بعض القصور في تحقق مبدأ تكافؤ الفرص في بعض أساليب التعاقد. ولأن استبعاد بعض العروض أو حرمان بعض المتنافسين قد يؤثر سلباً على مبدأ تكافؤ الفرص، حددنا من خلال هذا البحث الضوابط والضمانات الإدارية والقضائية التي تضمن عدم تعسف جهة الإدارة في استبعاد أو حرمان الراغبين في التقدم لتنفيذ عقد إداري. وخلص البحث إلى بعض النتائج، ووضع بعض المقترحات والحلول التي قد تساعد في حماية مبدأ تكافؤ الفرص بين جميع المتقدمين الراغبين في التعاقد مع جهة الإدارة.

الكلمات المفتاحية: المنافسة العامة، تكافؤ الفرص، الاستبعاد الوجوبي، الاستبعاد التقديري.

المقدمة:

إنَّ من أهمِّ الأسس التي يقوم عليها عمل الجهات الحكومية، تقديم المصلحة العامة على المصالح الخاصة، والتأكد من حياد جهة الإدارة، وتكافؤ الفرص والمساواة بين جميع المتعاملين معها، وذلك بما يضمن حسن سير الإدارة بانتظام واضطرارٍ من غير إخلال بدورها الذي أنشئت من أجله.

وحتى تقوم الجهات الحكومية بدورها المنوط بها لا تجد بداً من التعامل مع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين للحصول على احتياجاتها وتنفيذ كثيرٍ من أعمالها؛ وذلك من خلال ما يُعرف بالعقد الإداري وهو العقد "الذي يُبرمه شخصٌ معنويٌّ عامٌّ بقصد تسيير مرفقٍ عامٍّ أو تنظيمه، وتظهر فيه نيةُ الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمَّن العقد شروطاً استثنائيةً وغير مألوفةٍ في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرةً في تسيير المرفق العام"^(١). وعليه صدرت العديد من الأنظمة والأوامر السامية والقرارات الوزارية المنظمة لإجراءات العقود الإدارية على مرِّ العقود الماضية.

إلا أنَّ نظام المنافسات والمشتريات الحكومية^٢ والصادر في عام ١٤٤٠هـ أحدث نقلةً نوعيةً كبيرةً في مجال العقود الإدارية وآلية ترسيته، فأصبح للجهة الحكومية العديد من الخيارات والسُّبل التي تقوم من خلالها بتنفيذ العقد الإداري، والتي لم تكن معهودةً في الأنظمة السابقة، فبعد أن كانت لا تخرج عن نطاق المنافسة العامة والشراء المباشر وفق النظام السابق؛ أصبحت وفق النظام الجديد

مخيَّرةً بين عدَّة أساليب وفق ضوابط معيَّنة. هذا بالإضافة إلى الحوكمة والأتمتة المتقنة لتنفيذ إجراءات الترسية للعقود الإدارية، كما وضع النظام مزيداً من الرقابة للتأكد من تنفيذ أحكام النظام وفق أهدافه ومبادئه الأساسية.

إنَّ هذا النظام الحديث أكَّد العديد من المبادئ والأهداف الخاصة التي تلتزم بها الجهات الحكومية عند رغبتها في تنفيذ العقود الإدارية، هذه المبادئ لا نجدها عند تنفيذ العقود الناشئة بين أطراف القانون الخاص إجمالاً. فالمحافظة على المال العام والحد من إهداره، والتأكد من عدم تعسف الإدارة أثناء تنفيذ العقود الإدارية، جعل السلطة التنظيمية تضع مزيداً من الحماية عند رغبة الجهة الحكومية في تنفيذ أعمالها وتأمين مشترياتها من خلال العقود الإدارية، ويأتي في مقدِّمة هذه المبادئ الخاصة بتنفيذ العقود الإدارية: مبدأ تكافؤ الفرص، ومبدأ المساواة، ومبدأ الشفافية، ومبدأ العلانية.

وفي هذا البحث سنسلط الضوء على مبدأ واحدٍ من هذه المبادئ، وهو مبدأ تكافؤ الفرص بوصفه أحد المبادئ المهمة لتنفيذ العقود الإدارية، فسنعرض لمفهوم هذا المبدأ أولاً ثم نطاق تطبيقه ثانياً، ومن جانب آخر سنحاول إبراز مدى الحماية والضمانات التي وضعها المنظم لتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص، وحدود الصلاحية الممنوحة لجهة الإدارة لاستخدام الأساليب الاستثنائية الحديثة للتعاقد. وبما أنَّ تطبيق المبدأ لا يكون على إطلاقه، فقد تقتضي المصلحة العامة أو السلطة التقديرية لجهة الإدارة تقييد هذا المبدأ في بعض الحالات، كان لزاماً علينا البحث لتحديد ضوابط الاستثناء من مبدأ تكافؤ الفرص والقيود التي تحدُّ من تطبيقه؛ إمَّا من خلال الاستبعاد

(١) انظر: سليمان محمد الطماوي، "الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة

مقارنة". (ط٥، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩١م)، ص ٥١.

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ

الوجوبي أو التقديرى أو الحرمان الذي يكون مصدره النظام أو الجهة الإدارية المختصة أو السلطة القضائية.

أهمية البحث:

تتطلب أهمية البحث من خلال أحد أهم المبادئ الإدارية، وهو مبدأ المساواة أمام المرافق العامة؛ حيث إنَّ الجهة الإدارية حتماً تتعامل بشكل مباشر أو غير مباشر مع أشخاص القانون الخاص غالباً؛ لتنفيذ كثير من أعمالها وتأمين مشترياتها، فمن منطلق هذا التعامل الدائم بين الجهات الحكومية من جهة، والقائمين بتنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات من جهة أخرى، كان من الواجب إيضاح قدر الحماية التي وضعها المنظم السعودي لخلق فرص متكافئة بين المتقدمين لتنفيذ عقد إداري من ناحية، ومن ناحية أخرى لتبيان الضوابط والاستثناءات التي قد تحد من تطبيق هذا المبدأ.

إشكالية البحث:

يُعدّ نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد الصادر في عام ١٤٤٠ هـ ؛ نتاج التطور المستمر لأنظمة المشتريات الحكومية في المملكة من عام ١٣٨٦ هـ حتى صدور هذا النظام، ولعلّ التغيرات الجذرية في كثير من أحكام النظام الجديد أثّرت على مبدأ تكافؤ الفرص.

فتكمن الإشكالية الرئيسة للدراسة في بيان وتقييم مدى تحقق مبدأ تكافؤ الفرص الذي نصّ عليه نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد في كلّ أسلوب من أساليب التعاقد الإدارية، وما هي الضمانات النظامية التي تحقق أكبر قدر من الحماية لهذا المبدأ؟ وما هي القيود التي تحد من تحقيق المبدأ؟

والسؤال الأهم الذي يسعى البحث للإجابة عنه يتمثل في الآتي: هل نجح نظام المنافسات والمشتريات

الحكومية الجديد في حماية مبدأ تكافؤ الفرص بين الراغبين في التعاقد مع جهة الإدارة؟ ولعلّ هذا السؤال يُوجب علينا الإجابة عن الأسئلة الفرعية الآتية:

١. ما مفهوم تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص ونطاقه؟
 ٢. ما الضمانات النظامية لتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص؟
 ٣. هل كلّ الأساليب الاستثنائية للتعاقد توفر حماية لمبدأ تكافؤ الفرص؟
 ٤. ما حدود سلطة جهة الإدارة لاستبعاد بعض العروض أو حرمان بعض الأشخاص؟
 ٥. هل للسلطة القضائية الحق في حرمان بعض الراغبين في التعاقد والتأثير على مبدأ تكافؤ الفرص؟
- أهداف البحث:**

يهدف هذا البحث للإجابة عن العديد من التساؤلات المذكورة آنفاً، وتتمثل في الآتي:

١. تبيان مفهوم مبدأ تكافؤ الفرص والجهات الحكومية الملزمة بتطبيق هذا المبدأ عند رغبتها بطرح منافسة عامة.
٢. إبراز أهم الضمانات المساعدة لتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص.
٣. تحليل كلّ أسلوب من أساليب التعاقد وفق النظام الجديد للتأكد من مدى تحقق مبدأ تكافؤ الفرص فيه.
٤. تحديد الإطار الذي يمكّن جهة الإدارة من استبعاد العروض وحرمان المتعاقدين من خلاله.
٥. حدود السلطة القضائية في حرمان بعض الأشخاص من المشاركة في المنافسات العامة.

منهج البحث:

اتَّبَعْنَا في هذه الدراسة المنهجَ الوصفيَّ التحليليَّ القائمَ على الاستقراء والاستنتاج، وذلك من خلال تحليل نصوص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية المتصلة بمبدأ تكافؤ الفرص في العقود الإدارية، وذلك بدراسة كلِّ أسلوبٍ من أساليب التعاقد على حِدَةٍ. بالإضافة إلى استجلاء حقيقة سلطة الجهة الإدارية والسلطة القضائية في استبعاد بعض العروض أو حرمان بعض الراغبين بالدخول في المنافسة.

الدراسات السابقة:

من خلال اِطِّلاعي على عددٍ من الدراسات السابقة التي تناولت الموضوع، لم أجدُ فيها مَنْ قام بتقييم كلِّ أسلوبٍ من أساليب التعاقد بشكلٍ مستقلٍّ للتأكد من تحقُّق مبدأ تكافؤ الفرص فيه، وذلك وَفْق نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر في عام ١٤٤٠هـ، فكلُّ الدراسات التي اِطَّلَعْتُ عليها ناقشتِ الموضوع من زوايا مختلفة.

ومن أهمِّ الدراسات التي اِطَّلَعْتُ عليها الباحث:

١- مبدأ حرية التنافس في التعاقد في تنفيذ العقود الإدارية وضوابطه في النظام السعودي، لأيوب الجربوع، وتعد هذه الدراسة من أوائل الدراسات التي تطرَّقت لهذا الموضوع، إلَّا أنَّها صدرت في عام ٢٠٠٦م، حيث إنَّ تعديلاتٍ كثيرةً حصلت لنظام المنافسات في آخر نسخة صدرت منه في عام ١٤٤٠هـ، ومن أهمِّها استحداثُ أساليبٍ جديدةٍ للتعاقد.

٢- أثر الاتفاقيات الإطارية على حريَّة المنافسة في العقود الإدارية، لخالد ضاحي، ٢٠٢٣م، إلَّا أنَّ هذه الدراسة اقتصرَتْ على أسلوبٍ واحدٍ من أساليب التعاقد وهو الاتفاقية الإطارية، إلَّا أنَّنا حاولنا في بحثنا أن نقوم

بدراسة جميع أساليب التعاقد الحديثة لتقييم مدى توافر مبدأ تكافؤ الفرص.

٣- القيود على جهة الإدارة في العقود الإدارية، ليحيى عبيد، ١٤٢٧هـ، حيث ذكُرَتْ الضوابط التي يجب على الجهة الحكومية الالتزامُ بها عند تنفيذ العقد الإداري، إلَّا أنَّها أشارت إلى مبدأ المساواة كأحد القيود على جهة الإدارة بشكلٍ مختصرٍ وعامٍّ، كما أنَّها تُعد من الدراسات القديمة نظرًا لكونها ارتبطت بالنظام القديم.

خطة البحث:

سوف يُقسَّم البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: مبدأ تكافؤ الفرص في المنافسات العامة مفهومه ونطاقه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم مبدأ تكافؤ الفرص في المنافسات الحكومية.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص.

المبحث الثاني: ضمانات تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص والأساليب التي تحدُّ من تطبيقه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أهمُّ ضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص.

المطلب الثاني: صلاحية جهة الإدارة في تنفيذ العقد وَفْق أساليب التعاقد الاستثنائية.

المبحث الثالث: حدود صلاحية جهة الإدارة في استبعاد العروض وحرمان المتعاقدين:

المطلب الأول: الاستبعاد الوجوبي للعرض المقدم.

المطلب الثاني: الاستبعاد التقديري للعرض المقدم.

المطلب الثالث: الحرمان الواقع على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين ومنع التعاقد معهم.

الخاتمة: النتائج، والتوصيات.

المبحث الأول:

مبدأ تكافؤ الفرص في المنافسات العامة؛ مفهومه ونطاقه.

ترسيخاً للأسس والمبادئ العامة التي تعمل الجهات الحكومية وفقاً لإطارها؛ نصّ نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد على سبع مبادئ رئيسية تهدف في مجملها إلى تحقيق الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية^(٣).

ولعلنا في هذا المبحث نحدّد مفهوم مبدأ تكافؤ الفرص للراغبين في التعاقد مع الجهات الحكومية، وهذا مجال بحثنا بشكل خاص، ثمّ سنعرّج بشكل مختصر على المبادئ الأخرى التي نصّ عليها النظام. وسنختم هذا المبحث بتحديد نطاق أعمال هذه المبادئ.

المطلب الأول:

مفهوم مبدأ تكافؤ الفرص في المنافسات الحكومية

يُعد مصطلح تكافؤ الفرص من المصطلحات شائعة الاستخدام في العديد من مجالات العلوم الإنسانية، وفي مجال بحثنا يقتصر تحديدنا لهذا المفهوم في إطار الراغبين في التقدّم للمنافسات العامة الصادرة من الجهات الحكومية ووجوب تكافؤ الفرص بينهم كقاعدة عامة.

وفي سبيل استجلاء هذا المصطلح سنبدأ بتعريفه لغةً ثمّ توضيح مفهومه.

فيعرّف لغةً: عند قولنا تكافأت الفرص: أي تساوت أمام كلّ من يرغب فيها حسب كفايته، وعند قولنا تكافؤ الفرص: أي تساويها حسب كفاية من يرغب فيها.

وأيضاً: النظير، وكذلك الكفاء، ومصدره الكفاءة، والتي تعني التنظير والمساواة^(٤).

أمّا تكافؤ الفرص في المنافسة الحكومية فقد يعبر عنه بأنه: "حرية دخول المناقصة التي تُعلن عنها الإدارة في الحدود التي يحددها القانون، ولا تستطيع الإدارة أن تمنع أحد الأفراد أو الشركات من التقدّم للمنافسة التي أعلنت عنها طالما أن المتقدم استوفى الشروط التي تطلبها القانون"^(٥).

وعليه نستطيع القول: إن تكافؤ الفرص وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية هو إعطاء الفرصة بشكل متساوٍ وعادلٍ لكل من يرغب في التقدّم بعطاءه في منافسة حكومية متى ما كان مؤهلاً لتقديمها وفقاً للنظام.

فالأصل في جميع ما طرحه الجهات الحكومية من منافسات أن يكون وفقاً لأسلوب المنافسة العامة، وهو الأسلوب الأصلي للتعاقد^(٦). فمن خلال المنافسة العامة نضمن تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص بقدر عالٍ، بخلاف أساليب التعاقد الأخرى، كما سيوضح لاحقاً.

ولما كانت المساواة أمام المرفق العام مبدأً أساسياً في القانون الإداري، ينتج عنه تحقّق تكافؤ الفرص، ويقتضي بدوره إعطاء فرص متكافئة بين الراغبين في التعاقد مع الجهة الإدارية؛ فإنّ الإخلال به ينتج عنه نشوء الحق لمن تضرّر بالتظلم من القرارات الصادرة قبل الترسية أو

(٤) أبو الفضل جمال الدين بن منظور، "لسان العرب". (ط٣)، بيروت، دار

صادر، (١٤١٧هـ)، ج١، ص ١٣٩.

(٥) انظر: مطيع علي حمود جبير، "العقد الإداري بين التشريع والقضاء".

(ط١)، القاهرة، دار النهضة العربية، (٢٠٠٦م)، ص ٢٦٢.

(٦) انظر: المادة (٢٨) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣) انظر: المادة (٣ - ٩) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الدولية. ويأتي مؤشر مدركات الفساد الصادر عن منظمة الشفافية الدولية أحد أهم معايير تقييم مستوى النزاهة والشفافية على المستوى الدولي.^(١٠) ثم إنَّ النظام أكد مبدأ المشروعية والنظامية لأعمال الراغبين في التقدُّم للمنافسات الحكومية بوصفه أحد المبادئ الأساسية التي نصَّ عليها النظام الجديد، ويأتي احتياج الجهة الحكومية الفعلي للأشياء أو الأعمال محلَّ المنافسة بوصفه مبدأً أساسياً من المبادئ التي يجب توفرها قبل الإعلان عن المنافسة.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص

نصَّت المادة العاشرة من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنَّ النظام يطبَّق على جميع الجهات الحكومية^(١١)، كما أنَّ النظام ألزم بتطبيق أحكامه حتى للأعمال والمشتريات التي تتمَّ في خارج المملكة^(١٢).

وقد عرّف النظام الجهة الحكومية بأنها "الوزارات والأجهزة الحكومية والهيئات والمصالح والمؤسسات العامة والأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة المستقلة"^(١٣). وبناءً عليه يجب على جميع الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام الالتزام بتطبيق وتفعيل مبدأ تكافؤ الفرص عند طرح

قرار الترسية متى ما كان هناك إخلالٌ في تطبيق المبدأ^(١٤).

والمساواة أمام المرفق العام تقتضي الحياد التامَّ عند اختيار المتعاقد، فالأكفأ والأصلح وفق الضوابط هو الأجدر بالاختيار، وعليه يُعد التعسف في استعمال السلطة لاستبعاد أو حرمان الراغبين في التعاقد إخلالاً مباشراً بمبدأ تكافؤ الفرص^(١٥).

ومما ينبغي الإشارة إليه أنَّ مبدأ تكافؤ الفرص ما هو إلَّا مبدأً واحدً من المبادئ المرتبطة بالعقود الإدارية والتي لا نجدُها بالعادة في العقود المدنية بشكل عام^(١٦)، فالعقد الإداري يرتبط بالعديد من المبادئ التي تضمن تحقق الأهداف المنصوص عليها بالنظام بشكل خاص، كما تهدف لتحقيق المصلحة العامة في إطارها العام. فالمصلحة العامة قد تقتضي طرح منافسة وإنشاء عقدٍ إداريٍّ وقد تقتضي العكس، وذلك بإلغاء منافسة أو إنهاء عقدٍ إداري.

كما أنَّ دعم الاقتصاد المحليّ وذلك بإعطاء الأولوية للمنشآت الصغيرة والمتوسطة إذا ما توفرت متطلباته أحد المبادئ التي اعتمدها النظام الجديد. وتأتي الشفافية والعلانية في طرح المنافسة مروراً بإجراءاتها وانتهاءً بالإعلان عن العرض الذي تمت الترسية عليه، من المبادئ التي أكدها النظام، ومما لا شكَّ فيه أنَّ إرساء هذا المبدأ يرفع مستوى المملكة في مؤشرات الشفافية

(١٠) يعد أحد أهم المؤشرات الدولية التي تقيّم مستوى دول العالم في الشفافية والبعد عن الفساد والذي يتم من خلاله تقييم أكثر من ١٨٠ دولة حول العالم ويصدر بشكل سنوي من خلال منظمة الشفافية الدولية، ويسمى بمؤشر مدركات الفساد. وللمزيد يرجع للموقع الإلكتروني للمنظمة

<https://www.transparency.org/en/about>

(١١) انظر: المادة (١٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(١٢) انظر: المادة (٩-١٠) و(١/٥٥) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية. أيضاً المادة (٥) من اللائحة لنفس النظام (الصادرة بالقرار الوزاري رقم "٣٤٧٩" وتاريخ ١١/٨/١٤٤١ هـ)، والتي وضعت استثناء في التعامل مع المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية وللمحتوى المحلي، وللشركات المدرجة في السوق المالية. وأعطت الخيار للجهة الحكومية استخدام أي لغة غير العربية متى تحققت المصلحة العامة.

(١٣) انظر: المادة (١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(١٤) عمار عوايدي، "القانون الإداري - النشاط الإداري". (ط١، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠١٤)، ج ٢ ص ٨٢.

(١٥) محمد أحمد سلامة، "الوسائل الحديثة في إبرام العقود الإدارية". (ط ١، القاهرة، دار الفكر والقانون، ٢٠١٩م)، ص ٢٣٨.

(١٦) سالم أحمد راشد المصلي، "التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية دراسة مقارنة: رسالة ماجستير". (د.ط، الأردن، جامعة جرش،

٢٠١٦م)، ص ٣٨.

أبعد من ذلك، فتقوم بحرمانهم من الدخول للمنافسة ابتداءً، حيث إن هذه الالتزامات تشكّل ضماناً لتحقيق أكبر قدر من الحماية لمبدأ تكافؤ الفرص، وهذا ما سنبحثه في المطلب الأول من هذا المبحث.

ومع أنّ الأصل وجوب التزام الجهة الحكومية بتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص والالتزام بضماناته في جميع منافساتها، إلا أنّ هناك ما يقيد هذا المبدأ ويحد منه، فلكل عقد من العقود طبيعته التي تقتض توفر الشروط العامة لمقدم العرض، إضافة إلى المؤهلات اللازمة للمنافسة ذاتها، فإذا ما تحققت جميع شروط ومتطلبات المنافسة أصبح تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص أمراً وجوبياً، إلا أنّ النظام -واعتبارات أخرى- أعطى الجهة الحكومية الحق في تنفيذ العقد وفق أساليب استثنائية قد تحد من تطبيق هذا المبدأ، وهذا ما سنبحثه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أهمّ ضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص

أولاً: عدم استبعاد العرض المخالف شكلياً:

تعرّف الشكليّة بأنّها: وَضْعُ يُلْزَمُ به المنظّم المتعاقدين حتى ينعقد العقد، من أجل إسباغ نوع من الحماية على مصلحة معينة^(١٦). فعند التزام المتنافس بالإجراءات الشكليّة الخاصّة بالمنافسة يؤدي إلى استبعاد عرضة من المنافسة، نظراً لأنّ إبقائه يؤثّر سلبياً على تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص. إلا أنّ المنظّم لم يغفل في حال كون المخالفة شكليّة أو غير مؤثّرة، فأعطى لجنة فحص العروض الحق في الاستبعاد أو الإبقاء، وتقدير المخالفة كونها مؤثّرة أو غير مؤثّرة على قدرة صاحب العرض

للمنافسات، إلا أنّه من الصعوبة بمكان تحديد معيار واحد للمقصود بالجهة الحكومية: فمنهم من يرى أنّ هناك عدّة معايير نستطيع من خلالها تمييز الجهات الحكوميّة وفق تعريف نظام المنافسات والمشتريات الحكوميّة للجهة الحكومية.

ومن أبرز هذه المعايير: هو وجود الاعتماد المالي للجهة من وزارة المالية، أو أن تكون الجهة من الجهات التي يجب أن تعتمد ميزانياتها بمرسوم ملكي، أو أن تكون الجهة من الجهات الملزمة برفع تقرير سنويّ لمجلس الوزراء، وأخيراً إن كان رئيس الجهة عُيّن بأمر ملكي^(١٤).

ومع ذلك لا يوجد معيار واحد يحدّد ماهيّة الجهة الحكوميّة بشكل قاطع، فامتيازات السلطة العامّة قد تُعطى لجهة خاصّة لأسباب وظروف معيّنة تجعل الدولة تمنح هذه الميزة لجهة خاصّة.

وخلاصة القول: إنّ القضاء هو الذي يقوم بتقدير كون الجهة عامّة أو خاصّة وفق جميع المعايير المشار إليها^(١٥).

المبحث الثاني: ضمانات تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص والأساليب التي تحد من تطبيقه

إنّ من أهمّ الوسائل المساعدة لحماية مبدأ تكافؤ الفرص في المنافسات العامّة: ما وضعه المنظّم من التزامات تقع على عاتق الجهة الإداريّة، والتي تحد من سلطتها في استبعاد عروض المتقدمين للمنافسات، أو أن تذهب إلى

(١٤) سالم صالح المطوع، "الأسئلة والأجوبة القانونية حول العقود والمنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية". (ط١، الرياض، الجريسي للنشر، ٢٠١١م)، ص ١٦.

(١٥) حمدي محمد العجمي، "المرجع في العقود الإدارية: دراسة مقارنة". (د.ط، الرياض، مركز البحوث والدراسات، معهد الإدارة العامة، ٢٠١٨م)، ص ٦٢-٦١.

(١٦) ياسين محمد الجبوري، "المبسوط في شرح القانون المدني - انعقاد العقد" (ط١، الأردن، دار وائل، ٢٠٠٢م)، ج ١، ص ١٢١.

ثالثاً: عدم استبعاد مَنْ يَقلُّ عرضه بفارقٍ كبيرٍ عن إجمالي الأسعار التقديرية للمنافسة:

يُعدّ وضع الجهة الحكومية للأسعار التقديرية للأعمال والمشتريات -التي ترغب في توفيرها من خلال عقدٍ إداريٍّ- شرطاً إلزامياً؛ وذلك قبل الإعلان عن المنافسة، فعدم وضع جهة الإدارة لأسعارٍ تقديريةٍ قبل طرح المنافسة يؤدي إلى وجوب إلغائها^(٢٠)، ولكن نظراً لاختلاف الأشخاص الراغبين في التعاقد من حيث قدراتهم المالية والفنية، ومدى استعدادهم للدخول في الالتزام؛ فإنَّ تقديرهم للتكاليف ونسبة الربح العائد عليهم لا محالة يختلف.

وبناءً عليه: فقد أعطى المنظم الحق للجهة الحكومية باستبعاد مَنْ يَقلُّ عرضُ سعره عن خمسةٍ وعشرين بالمائة من الأسعار التقديرية للمنافسة، إلّا أنَّ الاستبعاد مع كونه سلطةً تقديريةً للجهة الحكومية لا ينفذ إلّا بتوفر شروطه، وهذه الشروط هي ما يعطي المتنافسين ضماناً وحمايةً لمبدأ تكافؤ الفرص، فجعل المنظم لزاماً على الجهة الحكومية مناقشة صاحب العرض المنخفض، وعليها أن تطلب منه كتابياً أسباب وضعه لهذه الأسعار المنخفضة^(٢١).

إنَّ هذا التواصل مع المتنافس لا يُشكّل أيَّ خطرٍ على باقي المتنافسين، وبالتالي لا يشكّل إخلالاً بمبدأ تكافؤ الفرص، فهذا النوع من الاستيضاح لا يحصل معه المتنافس على أيِّ معلوماتٍ أو بياناتٍ تتعلّق بسريّة

بالتنفيذ، وذلك بناءً على السلطة التقديرية^(١٧)، فعدم توقيع المنافس على جميع أوراق العطاء المطلوب منه توقيعها، أو الخطأ في كتابة الأرقام على الأصناف؛ يُعد مخالفةً شكليةً، وبالتالي لا تستوجب الاستبعاد.

ثانياً: وجوب أخذ موافقة الجهة المختصة في حال تحديد علامة تجارية بعينها:

إنَّ مبدأ تكافؤ الفرص يفترض ابتداءً عدم تحديد علامةٍ تجاريها بعينها للمنتجات التي ترغب الجهة الحكومية في الحصول عليها، فذكر العلامة التجارية يُعدّ إخلالاً بمبدأ تكافؤ الفرص، كما أنَّه يُعيق المتنافسين الآخرين الذين يستطيعون توفير المنتج نفسه من خلال علاماتٍ تجارية بديلةٍ وبنفس الجودة، بيد أنَّه من الصعوبة بمكان في بعض الحالات تحديد الموصفات الفنية بشكلٍ دقيقٍ؛ ممّا يجعل الجهة الحكومية تضطر إلى ذكر اسم علامة تجارية بعينها.

والحقيقة أنَّ ظاهر هذا الإجراء يقلّص من تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص، إلّا أنَّ هناك ضماناتٍ تحمي هذا المبدأ: وأوّل هذه الضمانات: وجوب أخذ موافقةٍ مسبقةٍ من هيئة كفاءة الإنفاق والمشروعات الحكومية^(١٨).

ثانياً: التزام الجهة الحكومية عند تحديد علامة تجارية بعينها ذكر عبارة: "وما يعادلها"^(١٩)، فوجود الضمانات السابقة تكفل تحقيق قدرٍ عالٍ من مبدأ تكافؤ الفرص.

(١٧) انظر: المادة (٦٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(١٨) أنشئت بموجب قرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٣ فبراير ٢٠٢١ الموافق ١١ رجب ١٤٤٢هـ بموجب القرار رقم (٣٨٩)، القاضي بضم البرنامج الوطني لدعم إدارة المشروعات والتشغيل والصيانة في الجهات العامة (مشروعات) إلى مركز تحقيق كفاءة الإنفاق، وتحويل المركز إلى هيئة كفاءة الإنفاق والمشروعات الحكومية.

(١٩) انظر: المادة (٢/٢٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢٠) انظر: المادة (٣/٢٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢١) انظر: المادة (٤٨) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية والفقرة (٨٤) من لائحته.

خامساً: إلغاء المنافسة متى ما كان فيها إخلالاً لا يتحقق معه مبدأ تكافؤ الفرص:

يُعدّ مبدأ تكافؤ الفرص من المبادئ التي يطرأ على حمايتها الكثير من المخاطر، فقد تقوم الجهة الحكومية وبحسن نية بسؤال أحد المتنافسين، وطلب إيضاح بعض البيانات، فيؤدّي بغير قصدٍ إلى الإخلال بهذا المبدأ.

ونجد أنّ المنظم السعودي تنبّه لهذا الأمر، حيث ذكر في المادّة السادسة والسبعين من اللائحة ما يأتي: "يجوز لِلجَنَةِ فَحْصَ العروض أن تطلب من المتنافسين - كتابة- إيضاح أيّ بياناتٍ أو غموضٍ في عروضهم؛ على ألا يخلّ ذلك بتكافؤ الفرص والمساواة بين المتنافسين، وألا يؤدّي إلى التغيير في مسائل جوهرية كالأسعار، وألا يكون من شأن ذلك تحويل العرض المخالف للشروط والمواصفات إلى عرضٍ مقبولٍ"^(٢٣) وعلى المتنافسين الرد على طلبات الإيضاح الصادرة بشأن عروضهم كتابياً.

وعليه متى ما وقع أيُّ فعلٍ أدّى إلى الكشف عن معلومات يُفترض عدم علم المتنافسين بها قبل الترسية، أو متى ما أدّى تواصل الجهة الحكومية مع أحد المتنافسين للاستيضاح إلى الكشف عن بعض المعلومات التي أخلّت بمبدأ تكافؤ الفرص، فإنّه ولحماية المبدأ يلزم وجوباً إلغاء المنافسة لضمان منافسة عادلة^(٢٤).

إجراءات المنافسة، وبالتالي لا يؤثّر على مبدأ تكافؤ الفرص في حصول جميع المتنافسين على المعلومة نفسها، بل على العكس من ذلك فهو يضمن مبدأ تكافؤ الفرص بحيث لا يستبعد العرض المقدّم فقط لكونه أقلّ بنسبة خمس وعشرين في المائة عن الأسعار التقديرية؛ حيث إنّ المتقدّم بعرضه قد يُفنع الجهة الحكومية بأسباب وضعه هذه الأسعار.

رابعاً: الإعلان عن نتائج المنافسة وأسباب الاستبعاد والدرجة الفنية لجميع العروض المجتازة:

يُعدّ الإعلان عن نتائج المنافسة أحد عوامل تحقيق الشفافية في تنفيذ العقود الإدارية، ومع أنّ الأصل أنّ الجهات الحكومية غير ملزمة من حيث الأصل بتوضيح سبب الاستبعاد لمن استبعد عرضه، إلّا أنّ المنظم ألزم الجهة الحكومية بذكر سبب الاستبعاد لكلٍ من تقدّم بعرضه ولم يُقبل^(٢٢). فتتحققاً لمبدأ تكافؤ الفرص، ولضمانة عدم استبعاد العرض الأكفأ؛ ألزم المنظم الجهة الحكومية بإعلام المتنافسين الآخرين بعدّة أمور:

أولها: وجوب نشر القيمة الإجمالية للمشروع. وثانيها: إبلاغ من استبعد بسبب هذا الاستبعاد. كما ألزم المنظم بإبلاغ من استبعد بالدرجة الفنية التي حصل عليها. كلّ هذه الالتزامات الملقاة على عاتق الجهة الحكومية ما هي إلّا ضمانات تؤكّد ثلاثة مبادئ مهمة: أولها: مبدأ تكافؤ الفرص. وثانيها: مبدأ الشفافية في ترسية العقود الإدارية على الشخص الأكفأ. وثالثها: الحق في الاعتراض على قرار الترسية في حال وجد المعترض أنّه الأحق بالترسية وفق المعايير الموضوعية والتقييم المعلن.

(٢٣) انظر: المادة (١/٧٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢٤) محمود حمدي عبد الواحد، "حالات إلغاء المنافسة في النظام السعودي"، (الرياض، معهد الإدارة العامة، مجلة التنمية الإدارية، ١٤٤١هـ)، العدد

(٢٢) انظر: المادة (٢/٨٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المطلب الثاني: صلاحية جهة الإدارة في تنفيذ العقد وفق أساليب التعاقد الاستثنائية

إنَّ أوَّل ما يفرضه تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص: وجوب إعطاء الفرصة لكلِّ مَنْ أراد المشاركة في منافسة لتنفيذ عقدٍ إداريٍّ، فمتى ما كان الشخصُ الطبيعيُّ أو المعنويُّ مؤهلاً لدخول منافسةٍ معلَّنةٍ عنها، فإنَّ المبادئ الأساسية والأهداف العامة التي تحكم العقود الإدارية؛ تفرض استخدام أسلوب المنافسة العامة؛ وذلك تحقيقاً للقاعدة الإدارية العامة، وهي المساواة أمام المرافق العامة^(٢٥).

فالأصل العامُّ في اختيار المتعاقدين يكون من خلال إتاحة الفرصة لجميع الراغبين بالتعاقد، وهذا ما أكَّده المادة الثامنة والعشرون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية؛ حيث نصَّت على أنَّ جميع الأعمال والمشتريات تطرح في منافسةٍ عامةٍ، عدا ما يستثنى بموجب أحكام النظام^(٢٦). وبناءً عليه يكون تحقيق فرصٍ متكافئةٍ بين المتنافسين وفق ما ذُكر في المبحث الأول؛ أمرٌ يفرضه واقع الحال.

ومن جانبٍ آخر: فإنَّ الواقع العمليَّ لتنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات، قد يواجه صعوباتٍ في تنفيذها وفق الأسلوب الأصلي للتعاقد، فعاملُ الوقت وطبيعة العقد وتعقيده وظروفه قد يتطلب أحياناً اختيار أسلوبٍ استثنائيٍّ للتعاقد واستبعاد الأسلوب الأصلي. أيضاً يُعدُّ الحفاظ على المال العام وترشيده استخداماً من الأسباب التي قد تجعل جهة الإدارة تستخدم أحد الأساليب الاستثنائية للتعاقد، هذا بالإضافة إلى سرية بعض العقود

المتعلِّقة بالأمن الوطني التي تتطلب استثناءها من الأسلوب الأصلي للتعاقد^(٢٧).

والسؤال الأهمُّ في هذا المطلب هو: ما هي حدود صلاحية جهة الإدارة في تنفيذ العقد وفق الأساليب الاستثنائية للتعاقد؟ وهل هذه الأساليب الاستثنائية تضمن أو تخلُّ من تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص؟

ولإجابة عن هذه التساؤلات سنُفرد لكلِّ أسلوبٍ من أساليب التعاقد الاستثنائية محوراً خاصاً، نحاول فيه تقييم الأسلوب و ضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص فيه، باستثناء أسلوب توطین الصناعة، ونقل المعرفة؛ وذلك للطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود الذي يستهدف نقل صناعةٍ أو معرفةٍ بعينها.

الأسلوب الاستثنائي الأول: استخدام المنافسة المحدودة و ضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص

يُعدُّ أسلوبُ المنافسة المحدودة أحدَ الأساليب الحديثة لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، ويُعرف هذا الأسلوب بأنه قَصْرُ المنافسة المراد طرحها على عددٍ محدودٍ من الموردين أو المقاولين أو المتعهدين الراغبين بالتعاقد مع جهة الإدارة؛ وذلك وفق ضوابطٍ محدَّدةٍ.

فمن أهداف أسلوب المنافسة المحدودة الحفاظ على جهد جهة الإدارة ووقتها من السير في إجراءاتٍ أطول من خلال المنافسة العامة؛ وذلك في حالاتٍ معيَّنة حدَّدها

(٢٥) عزت فوزي حنا، "المرفق العام الاقتصادي، دراسة مقارنة: رسالة دكتوراة".

(د ط، مصر، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٣م)، ص ٢٧٦.

(٢٦) انظر: المادة (٢٨) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٢٧) انظر: المادة (٤/٣٢) والمادة (٩٥) من نظام المنافسات والمشتريات

الحكومية.

لجهة الإدارة استخدام هذا الأسلوب في حالاتٍ أخرى غير مذكورة في ضوابط المنافسة المحدودة.

وبالرجوع إلى مبدأ تكافؤ الفرص نجد أن ما ذكرته المادة سالفه الذكر؛ قد يحد من الحماية اللازمة لتحقيق هذا المبدأ في بعض حالاته، ويحميه في حالاتٍ أخرى، فعلى سبيل المثال: نجد الحالة الأولى -وهي إذا كانت الأعمال أو المشتريات لا تتوفر داخل المملكة إلا لدى عددٍ محدودٍ من المقاولين والمتعهدين والموردين- قد وفّرت ضماناً كافيةً لجميع الراغبين بالتعاقد، وذلك من خلال عددٍ من المعايير.

أول هذه المعايير: لزوم إلغاء الاستناد إلى هذه الحالة والرجوع إلى الأصل -المنافسة العامة- متى ما كان هناك أكثر من خمسة من منقّذي الخدمة الذين ترغب جهة الإدارة في التعاقد معهم^(٣٠).

ثاني هذه الضمانات لتحقيق تكافؤ الفرص: إلزام جهة الإدارة بالإعلان في موقعها الإلكتروني والبوابة، ولمدة لا تقل عن عشرين يوماً من الإعلان، وذلك للتأكد من عدم وجود أكثر من خمسة من منقّذي الخدمة المطلوبة^(٣١).

أخيراً إلزام الجهة الحكومية بنشر قوائم بالأعمال والمشتريات التي لا يتوفّر لها إلا أعدادٌ محدودةٌ من منقّذي الخدمة، وقوائم بأسماء مقمّي تلك الخدمة على

النظام، بشرط ألا تميل لأحد الراغبين في التعاقد على حساب الآخرين^(٢٨).

إنّ النظام في المادة الثلاثين منه حدّد الحالات التي يحقّ لجهة الإدارة -بناءً عليها- استخدام هذا الأسلوب من بين الأساليب المتاحة، فقد حدّد النظام خمس حالاتٍ يقتصر عليها العمل إذا ما أرادت جهة الإدارة الاتجاه لهذا الأسلوب، وهي كالآتي:

"... ١- إذا كانت الأعمال والمشتريات لا تتوفر إلا لدى عددٍ محدودٍ من المقاولين أو الموردين أو المتعهدين.

٢- إذا كانت الأعمال والمشتريات لا تزيد قيمتها التقديرية على (خمسمائة ألف) ريال، وذلك بدعوة أكبر عددٍ ممكنٍ من المتنافسين على ألا يقل عددهم عن خمسة. وفي هذه الحالة تكون الأولوية في توجيه الدعوة للتفاوض وتقديم العرض للمنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية.

٣- الحالات العاجلة.

٤- إذا كانت الأعمال والمشتريات متوفرة لدى مؤسساتٍ أو جمعياتٍ أهليةٍ أو كياناتٍ غير هادفةٍ إلى الربح، بشرط أن تتولّى بنفسها القيام بما تتعاقد عليه.

٥- الخدمات الاستشارية^(٢٩).

وعليه فإنّ سلطة الإدارة في طرح المنافسة وفّق هذا الأسلوب هي سلطةٌ مقيدةٌ تمنع الجهة الحكومية من الخروج عن إطار الحالات المذكورة آنفاً في حال ما أرادت استخدام أسلوب المنافسة المحدودة، فلا يمكن

(٢٨) إبراهيم محمد الحديثي، "التعاقدات بين الجهات الحكومية تكييفه وآثاره" (د. ط، القاهرة، جامعة عين شمس، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ٢٠١٩م)، العدد الثاني، السنة الحادية والستون، ص ٩٦١.

(٢٩) انظر: المادة (٣٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣٠) انظر: المادة (٢/٣٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣١) هي منصة الخدمات المالية الإلكترونية، تقدم المنصة العديد من الخدمات لمختلف الجهات الحكومية والقطاع الخاص والأفراد؛ مما يعزز الشراكة بينهم لتحقيق مستهدفات المشاريع التنموية في المملكة؛ تمكّناً للتحوّل الرقمي لتلك الخدمات، ورفع الشفافية والكفاءة، وتسهيلاً لإجراء الخدمات.

وللمزيد يمكنكم زيارة الموقع الإلكتروني:

<https://portal.etimad.sa/ar-sa/aboutetimad/indexwhoarewe>

تحصل على موافقة من وزارة المالية لتقدير الحالة كونها حالة عاجلة أو غير عاجلة، فهذه السلطة قد تساعد في تهاون الجهة الحكومية في تقدير الحالات واللجوء المستمر عند تنفيذ أعمالها وتوفير احتياجاتها للمنافسة المحدودة كحالات عاجلة.

ثانيًا: وبخلاف الحالات الأخرى للمنافسة المحدودة لم يحدّ المنظم العدد للحد الأدنى من مقدمي الأعمال أو المشتريات الذين يفترض على الجهة الحكومية تقديم الدعوة لهم إذا كانت الحالة عاجلة، وعليه للجهة الحكومية الحق في إرسال الدعوة إلى شخص واحد فقط، والذي بدوره قد يؤثر سلبًا على مبدأ تكافؤ الفرص، مع ضرورة التأكيد أن مبدأ المصلحة العامة والصحة العامة مقدّم في الحالات العاجلة.

ومع أن اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية استتنت من كونها حالة عاجلة جميع العقود ذات التنفيذ المستمر، والأعمال التي يتم طلبها بشكل دوريّ ومستمر من جهة الإدارة، إضافة إلى أعمال الإنشاءات العامة التي يجب الإعداد لها قبل تنفيذها، إلا أن الواقع والتطبيق العملي قد يحتم على جهة الإدارة مخالفة النظام واللائحة وعدم إعمال هذه الفقرة؛ وذلك بتنفيذ عقود كحالة عاجلة، مع كون هذه العقود تخالف ضوابط الأعمال والمشتريات العاجلة، كأن تكون الأعمال المتعاقد عليها من الأعمال التي يمكن التخطيط لها مسبقًا.

فعلى سبيل المثال: لو تباطأت إحدى الجهات الحكومية عن توفير احتياجاتها السنوية من الأدوات التي يحتاجها العاملون في الجهة لأداء أعمالهم حتى نفذ جميع ما في المخزون، فعتّل موظفوها عن أداء أعمالهم وتسيير

أن تنشر للعموم عبر البوابة، ويجب تحديث القوائم بشكل سنوي، حتى يتمكن من يرغب في التعاقد من معرفة هذه الأعمال والمشتريات المطلوبة، ومدى جاهزيته في تنفيذها في حال طرحت من جديد مستقبلاً.

أمّا فيما يتعلق بالحالات العاجلة، وهي وفق ما عرّفها النظام بأنها: "حالة يكون فيها تنفيذ الأعمال أو تأمين المشتريات في وقت قصير أمرًا جوهريًا وضروريًا لضمان سلامة وكفاية سير العمل في الجهة الحكومية"^(٣٢).

فلا شك أن طبيعة أعمال الإدارة وضمان سيرها بانتظام واضطراب، يقابله العديد من الاحتياجات التي تتطلب إنشاء عقود إدارية مع مقاولين أو متعهدين أو موردين، بيد أن بعض الظروف غير المتوقعة تعيق جهة الإدارة من القيام بمهامها، فيحتم عليها الواقع اللجوء إلى المنافسة المحدودة؛ نظرًا للحالة العاجلة التي تمر بها، والتي لا تتحمل الإجراءات المطولة للمنافسة العامة، وعليه فإن الحماية لمبدأ تكافؤ الفرص تضعف بشكل كبير مقارنة بالحالات الأخرى لأسلوب المنافسة المحدودة لعدة أسباب:

أولاً: نجد أن المنظم في هذه الحالة أعطى لجهة الإدارة السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان هذا الاحتياج من الاحتياجات العاجلة، فسلطة التقدير أمر متروك لتقدير جهة الإدارة^(٣٣)، وبناءً عليه لا يتوجب على الجهة أن

(٣٢) انظر: المادة (١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣٣) يجب التنبيه إلى أن المنظم أخرج بعض العقود من إطار الحالات العاجلة: كالأعمال ذات التنفيذ المستمر، وأعمال الإنشاءات العامة التي يُعد لها قبل تنفيذها، والأعمال التي تتكرر بشكل دوري. أيضًا أخرج المنظم من الحالات العاجلة ما كان ناشئًا عن تباطؤ الجهة الحكومية في توفيره. انظر: المادة (٣٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

وتسيير مرفقها بانتظام واضطرابٍ ومن غير توقُّفٍ، وبين مخالفتها لأحكام اللائحة. وعليه قد تلجأ الجهة الحكومية إلى تنفيذ المشتريات عن طريق المنافسة المحدودة وعدّها حالةً عاجلةً حتى مع مخالفتها لأحكام اللائحة. ولضبط المسألة السابقة نقترح إضافة مزيدٍ من الضوابط المتعلقة باستخدام المنافسة المحدودة في إطار الحالات العاجلة: كإنشاء لجانٍ خاصّةٍ بوزارة الماليّة تقوم باستقبال طلبات الجهات الحكوميّة، ثمّ إصدار الموافقة أو رفضها بشكلٍ عاجلٍ.

أمّا فيما يتعلّق بالحالة الثالثة من حالات المنافسة المحدودة، وهي التي وُضِعَ لها المنظم معيار السقف الماليّ للمنافسة، فأعطى المنظم الحقّ للجهة الحكوميّة باستخدام هذا الأسلوب متى كانت قيمة الأعمال أو المشتريات لا تتجاوز مبلغ خمسمائة ألف ريال.

إنّ طرح مثل هذا الخيار للجهة الحكومية يقلّل من شأن تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص؛ نظراً لعدم وجود ما يبرّر استخدامه، غير أنّ مبلغ المنافسة محدودٌ، بل إنّ إقرار هذه الحالة بوصفها أحد أسباب استخدام المنافسة المحدودة قد يكون مدخلاً لممارساتٍ تتعلّق بالفساد المالي أو بمحاباةٍ لبعض مقدّمي الخدمة دون غيرهم، حتى وإنّ ألزِمَ النظامُ الجهةَ الحكوميّةَ بتقديم الدعوة إلى خمسة متنافسين على أقلّ تقديرٍ، أو ألزِمَ بإتاحة الفرصة لأكبر عددٍ من المتنافسين^(٣٦). فمن تقديرنا نجد أنّ هذه الحالة لا تخدم مبدأ التنافسيّة وتكافؤ الفرص وفُوق ما أكّده النظام.

وفيما يتعلّق بكون الأعمال والمشتريات متوفرةً لدى مؤسساتٍ أو جمعيّاتٍ أهليّةٍ أو كياناتٍ غير هادفةٍ إلى

مهامهم، فهل يحقّ لهذه الجهة استخدام أسلوب المنافسة المحدودة كحالةٍ عاجلةٍ في حال تجاوز المبلغ التقديري السقف الماليّ الممنوح وفُوق أسلوب الشراء المباشر؟^(٣٤).

إذا نظرنا إلى الجانب النظامي فإنّ اللائحة التنفيذية للنظام وتحديدًا المادّة الثامنة والثلاثين، الفقرة الثانية؛ نجدها تمنع الجهة الحكوميّة من التعاقد وفُوق هذا الأسلوب كحالةٍ عاجلةٍ؛ نظراً لأنّ السبب الذي أدّى إلى نفاذ المخزون، وعدم شراء كمّيّاتٍ جديدةٍ؛ هو تباطؤ الجهة الحكوميّة، وبغضّ النظر عن السبب في تراخي الجهة الحكوميّة لتوفير احتياجاتها، فقد يكون السبب إهمال الإدارة أو الخطأ في تقدير تاريخ نفاذ الكميّة أو غيرها من الأسباب^(٣٥).

ولكن إذا نظرنا إلى الجانب الواقعي نجد أنّ الجهة الحكوميّة لن تتمكّن من أداء أعمالها، وتسيير المرفق بانتظام واضطرابٍ؛ نظراً لعدم توقُّف هذه الأدوات، وعليه لن يخرج الأمر من فرضين:

الفرض الأول: أنّ تلتزم بضوابط توفر الحالة العاجلة المذكورة في اللائحة، وهذا بدوره سيؤدّي إلى تعطيل المرفق العام لحين توفيرها من خلال الطريقة الأصلية للتعاقد: المنافسة العامّة، وهذا أمرٌ غير منطقي نظراً لطول الإجراءات في هذه الحالة.

الفرض الثاني: أنّ تتعاقد الجهة الحكوميّة باستخدام هذا الأسلوب كحالةٍ عاجلةٍ؛ وذلك بعد الموازنة بين ما يفترضه النظام من وجوب أداء الجهة الحكوميّة لأعمالها

(٣٤) محمد براك الفوزان، "العقد الإداري السعودي على ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد". (ط ٣، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠٢٢م)، ص ١٨٩.

(٣٥) حيث أكّدت هذه الفقرة أنّه لا يعد من الحالات العاجلة، ما كان ناشئاً من تباطؤ الجهة الحكومية في تنفيذ الأعمال والمشتريات.

(٣٦) انظر: المادة (٢/٣٠) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المصلحة العامة وحسن سير العمل قد يتطلب أحياناً مثل هذه الأساليب الاستثنائية للعديد من الاعتبارات، ومن أهمها ما سيذكر لاحقاً في حالات الشراء المباشر.

وإجمالاً للقول فيما يتعلق بالمنافسة المحدودة وحالاتها: نجد أن المنظم وقر ضمانات عالية لمبدأ تكافؤ الفرص في بعض حالاتها، وقدم ضمانات جزئية للمبدأ في بعضها الآخر، إلا أن وجود بعض الحالات لم نجد ما يبرره، ونعتقد أنه لم يحقق مبدأ تكافؤ الفرص كما وضح آنفاً.

الأسلوب الاستثنائي الثاني: استخدام أسلوب المنافسة على مرحلتين وضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص:

تلجأ بعض الجهات الحكومية إلى استخدام أسلوب المنافسة على مرحلتين^(٣٩)، وهي الحالة التي يتعدّر معها تحديد المواصفات الفنية والشروط التعاقدية النهائية تحديداً كاملاً ودقيقاً؛ بسبب الطبيعة المعقّدة والتخصّصية لبعض الأعمال والمشتريات^(٤٠).

وفي الحقيقة: إن هذا الأسلوب يعتمد في أساسه على الأسلوب الأصلي للتعاقد (المنافسة العامة)، ففي المرحلة الأولى يتساوى جميع الراغبين في الحق بالتقدم للمنافسة، ويُعلن عنها وفق إجراءات الإعلان للمنافسة العامة^(٤١).

فالجهة الحكومية خلال المرحلة الأولى تقوم بتوضيح الخطوط العريضة لاحتياجاتها والنتيجة المتوقعة من التعاقد، بينما المرحلة الثانية هي المرحلة التي يقتصر فيها الدعوة على من اجتاز المرحلة الأولى.

الربح، متى ما تولّت بنفسها العمل الذي تمّ التعاقد عليه، فهذه الحالة لا تشكّل خطراً فيما يتعلق بالمساس بمبدأ تكافؤ الفرص والمبادئ والأهداف العامة للنظام.

وتعدّ الحالة الأخيرة من الحالات التي تُعطي الجهة الحكومية حق استخدام أسلوب المنافسة المحدودة وهي الخدمات الاستشارية، بل إن المنظم أعطى الحق للجهة الحكومية باستخدام أسلوب الشراء المباشر للخدمات الاستشارية متى ما توفّرت أسبابه^(٣٧).

ولوجود الخدمات الاستشارية ضمن أسلوبين من الأساليب الاستثنائية فله ما يبرره، فإن اختيار الجهة الحكومية للمكاتب الاستشارية يتطلب قناعة تامة من أن المكتب الذي اختير سينجز الخدمة التي تريدها الجهة بالشكل الأمثل، كما أن إعطاء الصلاحية للجهة الحكومية لتقديم دعوة لعدد محدود، بناءً على الاعتبار الشخصي للمكاتب الاستشارية، وكفاءتها في أداء العمل للجهة الحكومية لن يوفّر الأسلوب الأصلي للتعاقد، حتى وإن انطبقت معايير التقييم^(٣٨).

إضافة إلى ذلك قد تتطلب الخدمات الاستشارية نوعاً من الخصوصية؛ ولذلك نجد أن النظام -إضافة إلى هذا الأسلوب- أعطاهم الحق بالتعاقد المباشر متى توفرت ضوابطه. وعليه وإن كان ظاهر هذه الحالة هو توفر جزئي لمبدأ تكافؤ الفرص، حيث إن المنظم ألزم الجهة الحكومية بدعوة خمسة مكاتب على الأقل، إلا أن

(٣٧) انظر: المادة (٤/٣٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية والمادة

(٤/٤٠) من لائحته التنفيذية، حيث نصّت على أن يكون ذلك في حال

كان استخدام هذا الأسلوب ضرورياً لحماية مصالح الأمن الوطني، أو

توفرت فيه شروط الشراء المباشر.

(٣٨) صباح المصري، "العقود الإدارية طبقاً لأحكام نظام المنافسات

والمشتريات الحكومية السعودي". (ط٣، الرياض، دار الكتاب الجامعي،

٢٠٢١م)، ص ٩٣.

(٣٩) انظر: المادة (٣١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤٠) أحمد محمد العجمي، "الوجيز في العقود الإدارية في النظام السعودي". (ط١،

الرياض، دار الاجادة، ٢٠٢٠م)، ص ١٦٠.

(٤١) انظر: المادة (٤٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات

الحكومية.

بها، كما هو الحال في شراء المعدات العسكرية، حماية المصلحة الوطنية العليا مقدّمة على حماية مبدأ تكافؤ الفرص، أمّا فيما يتعلّق بالحالات الأربعة الأخرى فإنّ توفر ضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص يختلف من حالة إلى أخرى.

نجد أنّ المنظم أعطى للجهة الحكومية الصلاحيّة بالتعاقد بشكل مباشر إذا لم يكن هناك إلّا مقاول أو متعهّد أو مُورّد واحد للاحتياجات التي ترغب الجهة بتوفيرها، وتوفر هذه الحالة يُعدّ سبباً منطقيّاً، وذلك لانعدام المنافسين، وبالتالي لا محلّ لتطبيق مبدأ تكافؤ الفرص، إلّا أنّ المنظم ألزَمَ الجهة بالتأكّد من عدم توفر منافسين آخرين يقدّمون الأعمال نفسها، وذلك حتى لا تستمرّ الجهة بالتعاقد مع مقدّم خدمة واحد على أنّه الوحيد في السوق، سواءً أكان التعاقد بشكل مباشر تمّ بحسن نية أم بسوء نية.^(٤٤)

فمن الضمانات التي وضعها المنظم وفق هذه الحالة: الحاجة الضرورية لتوفير الأعمال أو المشتريات مع عدم وجود بدائل أخرى لتوفيرها، أيضاً وجوب إعلان الجهة في موقعها الإلكتروني والبوابة؛ وذلك للتأكّد من عدم وجود مقاولين ومتعهّدين وموردين آخرين، كما هو الحال في المنافسة المحدودة. ويتوجّب على الجهة بناءً على ما يتوفر لها من بيانات أو معلومات لدى جهات أخرى؛ التأكّد من عدم وجود أكثر من جهة واحدة تقدّم الاحتياج المطلوب.^(٤٥)

كما تُعدّ الحالات الطارئة أحد الأسباب التي تعطي الجهة الحكومية الحقّ في التعاقد بأسلوب الشراء المباشر.

وتُعدّ الجهة الإداريّة صاحبة سلطة تقديرية في استبعاد من ترى استبعاده من المتقدمين خلال المرحلة الأولى، ويبقى التظلم أمام الجهة حقّاً لمن استبعد خلال المرحلة الأولى.^(٤٦)

وفي نظرنا نرى أنّ هذا الأسلوب يؤثر سلباً على مبدأ تكافؤ الفرص ويحدّ منه، فعدم وضوح الرؤية لكثير من المتنافسين الراغبين في التعاقد قد يكون السبب في عدم تمكنهم من المشاركة في المنافسة المطروحة، والأمثل أنّ تقوم الإدارة بالاكتفاء بمرحلة واحدة للتعاقد، حيث إنّ جهة الإدارة يفترض أنّ تكون قادرة على تحديد احتياجاتها قبل طرح المنافسة للعموم، كما أنّ لها أن تستعين بمختصّين لتحديد الاحتياجات بشكل دقيق ومدرّوس.

الأسلوب الاستثنائي الثالث: استخدام أسلوب الشراء المباشر وضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص:

يُعدّ أسلوب الشراء المباشر أحد الخيارات المتوفرة وفق النظام السابق للمنافسات والمشتريات الحكومية، وأيضاً وفق النظام الحالي^(٤٧)، فوجود هذا الأسلوب من أساليب الشراء له ما يبرّره؛ ولذا حصر النظام ستّ حالاتٍ تُعطي الجهة الحكومية الصلاحيّة في استخدام أسلوب الشراء المباشر، فالخصوصيّة والسريّة وحساسية المعلومات المتعلّقة بحماية مصالح الأمن الوطني قد تُوجب التعامل بشكل مباشر مع مقدّم الأعمال والمشتريات الخاصّة

(٤٢) نصّت المادة (١/١٩ ب) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية بإلزام الجهة الحكومية أن تبلغ المستبعدين في التأهيل المسبق بأسباب استبعادهم، كما أنّ لهم حقّ التظلم من هذا القرار.

(٤٣) النظام السابق الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ، والذي ألغيّ بصدر النظام الجديد في عام ١٤٤٠هـ.

(٤٤) انظر: المادة (١/٤٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات

(٤٥) انظر: المادة (٤٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

ويُعدّ تأمين الجهات الحكومية لاحتياجاتها المنخفضة جدًّا في التكاليف باستخدام أسلوب الشراء المباشر خيارًا مثاليًّا، فالجهود الإداريّة والتكاليف الماليّة والوقت المستغرق لإعداد وثائق المنافسة وتجهيزها، ثمّ طرحها في منافسةٍ عامّةٍ، قد يكون أكثر كُلفةً من قيام الجهة الحكومية بالشراء المباشر في الأعمال والمشتريات ذات القيمة الماليّة المنخفضة، فتطبيق مبدأ تكافؤ الفرص تقلّ ضماناته في هذه الحالة، مع أنّ المنظمّ حاول التوفيق بين مصلحة الجهة الحكومية ومصلحة الراغبين في التعاقد.

ف نجد أنّ المنظمّ السعوديّ قد وضع حدًّا لهذه الحالة من الشراء المباشر بحيث لا يتجاوز المبلغ مائة ألف ريال، كما أنّه ألزم الجهات الحكومية بإتاحة الفرصة لأكبر عددٍ من المتعاملين^(٤٨)، إضافةً إلى وجود لجنةٍ خاصّةٍ لفحص حالات الشراء المباشر^(٤٩)، فعدم إتاحة الفرصة لأكبر قدرٍ ممكنٍ من المتنافسين قد يُخلّ بشكلٍ كبيرٍ بحماية المبدأ وفق هذه الحالة. ونرى وجوب الإعلان بعد اختيار المتعاقد ووضع مدّة توقّفٍ قصيرةٍ لإعطاء كلّ ذي مصلحةٍ حقّ الاعتراض متى ما لاحظ باقي المهتمون في التعاقد أنّ الجهة الحكومية لا تتيح الفرصة لأكبر عددٍ ممكنٍ من المتعاملين، أو استبدال هذه الحالة، وذلك بالاستفادة القصوى من الاتفاقيات الإطاريّة.

ويُعدّ حالة كون الأعمال والمشتريات لا تتوفر إلّا لدى كيانٍ غيرٍ ربحيٍّ واحدٍ، ويتولّى بنفسه القيام بالعمل

وقد عرّف النظام الحالة الطارئة بأنّها: الحالة التي يكون فيها تهديد السلامة العامّة أو الأمن العام أو الصّحة العامّة جدّيًّا وغير متوقّع، أو يكون فيها إخلال يُنذر بخسائر في الأرواح أو الممتلكات، ولا يمكن التعامل معها بإجراءات المنافسة العاديّة^(٤٦)، فالجهة الحكومية تتمتع بسلطةٍ تقديريةٍ لتقدير الحالات التي تواجهها؛ وذلك وفق الإطار العام لمفهوم الحالات الطارئة والمذكور في التعريف السابق بيانه، ومع أنّه وفق هذه الحالة ينعلم تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص للراغبين في التعاقد، وذلك في سبيل تحقيق مصلحةٍ أعمّ وأشمل، وهي الحفاظ على السلامة والأمن والصّحة العامّة.

إلّا أنّ المنظمّ أحاط استخدام هذه الحالة من حالات الشراء المباشر بقيدتين:

القيد الأول: عدم تمكن الجهة الحكومية من تنفيذ المنافسة وفق الأسلوب الأصلي للتعاقد -المنافسة العامة- ولا وفق أسلوب المنافسة المحدود، أو إن كان تنفيذها وفق أحد هذين الأسلوبين سيُلحقُ بها ضررًا جسيمًا، بسبب طول الإجراءات مقارنةً بالشراء المباشر.

القيد الثاني: هو عدم توفر ما ترغب الجهة الحكومية في توفيره في إحدى الاتفاقيات الإطارية -والتي سنعرضها لاحقًا بالتفصيل عند الحديث عن أسلوب الاتفاقية الإطارية- مع وجوب أخذ موافقة رئيس الجهة الحكومية لاستخدام أسلوب الشراء المباشر في حال تحقّقت إحدى الحالات الطارئة^(٤٧).

(٤٨) تعدّ إتاحة الفرصة لأكبر عدد من المتقدمين من الضمانات العامة لمبدأ

تكافؤ الفرص. انظر: المادة (٤٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات

والمشتريات الحكومية.

(٤٩) انظر: المادة (٤٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات

الحكومية.

(٤٦) انظر: المادة (١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤٧) انظر: المادة (٤/٤٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات

الحكومية.

مفتوحة^(٥١)، بخلاف الأمر في الاتفاقية الإطارية المغلقة^(٥٢)، فوجود اتفاقية إطارية مغلقة يؤثر سلباً على مبدأ تكافؤ الفرص حيث لا مجال لدخول المنافسين الجدد الراغبين في التعاقد مع الجهات الحكومية.

وبالرجوع لللائحة التنفيذية للنظام في المادة رقم (٣/٥٣) نجد أنها أعطت الحق لعقد اتفاقية إطارية مغلقة لمدة تصل إلى ثلاث سنوات، هذا التوسع في مدة الاتفاقية بغض النظر عن طبيعة الأعمال المتفق عليها لا يخدم مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه في النظام. وعليه: لو حدد المنظم طبيعة الأعمال التي يجوز بناءً عليها عقد اتفاقيات إطارية مغلقة لحقق حماية أكبر لهذا المبدأ. بينما الحال في الاتفاقيات الإطارية المفتوحة وفق النظام الحالي يحقق قدرًا عاليًا من الحماية لهذا المبدأ؛ لتمكينه الراغبين في الانضمام إلى الاتفاقية خلال فترة سريان الاتفاقية.

الأسلوب الاستثنائي الخامس: استخدام أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية وضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص:

يقصر أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية على مساعدة الجهات الحكومية لتوفير السلع الجاهزة والمتوفرة بالسوق، كما يعدّ هذا الأسلوب أحد الأساليب التي تزيد من قوة التنافس بين الراغبين في التعاقد؛ نظرًا لأن أسعار العروض مكشوفة لجميع أطراف المنافسة، فيستطيع كل

المتعاقد عليه، إحدى حالات الشراء المباشر، وهذه الحالة لا تؤثر على مبدأ تكافؤ الفرص لاختلاف أهداف هذه الكيانات غير الربحية عن أهداف المنافسين الذين يهدفون إلى الربح الخاص.

الأسلوب الاستثنائي الرابع: استخدام أسلوب الاتفاقيات الإطارية وضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص:

إنّ ممّا يميّز الجهات الحكومية على اختلاف ما تقوم به من مهام: التشابه في كثير من الأعمال والمشتريات التي بالعادة يتطلبها تسيير أعمالهم بانتظام وإطّراد، فصدر نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد مشتملاً على أسلوب جديد للتعاقد، لم يكن معهوداً في النظام السابق، وهو أسلوب الاتفاقيات الإطارية.

وقد عرّف نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الاتفاقيات الإطارية بأنها: "اتفاقية بين جهة أو أكثر من الجهات الحكومية، وواحد أو أكثر من الموردين أو المقاولين أو المتعهدين، وتتضمن شروط وأحكام العقود التي ستم ترسيبتها أثناء مدة معينة"^(٥٠).

فالاتفاقية الإطارية هي إحدى الأساليب الحديثة لتوفير احتياجات الجهات الحكومية، ولها ما يميزها عن غيرها من الأساليب، ولا يتسع المجال هنا لذكرها، وتقوم الاتفاقية الإطارية على قبول انضمام المتعاقدين أو المتعهدين أو الموردين إذا ما انطبقت الشروط العامة والشروط الخاصة للاتفاقية الإطارية.

وتعدّ الاتفاقية الإطارية مثالاً مُميّزاً لإعمال مبدأ تكافؤ الفرص خصوصاً إذا كانت الاتفاقية الإطارية

(٥١) انظر: المادة (٥٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث نصّت على أنّه في حال الاتفاقية المفتوحة يجب على الجهة الحكومية نشر الدعوة للانضمام في البوابة وفي موقعها الإلكتروني طوال مدة الاتفاقية، فهي تسمح بدخول متنافسين جدد فيها طوال مدة الاتفاقية.

(٥٢) الاتفاقية الإطارية المغلقة لا تسمح بدخول متنافسين جدد فيها وذلك بعد توقيعها.

(٥٠) انظر: المادة (١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

يحصل جميعُ المتنافسين -المتسابقين- على الفرصة للتقدم بأعمالهم وفق آلية واضحة تضمن تحقق تكافؤ الفرص.

ومن أهم ضمانات حماية هذا المبدأ: ضرورة الإعلان عن المسابقة في موقع الجهة الحكومية والبوابة، ويجب أن يشمل الإعلان الموصفات العامة للعمل محل المسابقة، إضافة إلى وجود معايير مفاضلة واضحة لتقييم أعمال المتنافسين المتسابقين^(٥٦)، إلا أن الإشكالية تكمن في كيفية اختيار الفائز أو الفائزين في المسابقة نظراً لتفاوت وجهات النظر في تحديد أفضل عمل قدم من بين المتسابقين.

هذا ويعود السبب إلى أن هذا الأسلوب يتعلق بالأعمال الشخصية للمتسابقين من أفكار إبداعية، ومما يميز هذا النوع: إمكانية المشاركة فيه من بعض الفئات التي منع النظام الجهات الحكومية من التعامل معها كموظفي الدولة، حيث استثنوا إذا كان ذلك لشراء مؤلفاتهم أو أعمال تتعلق بحقوقهم الفكرية^(٥٧).

المبحث الثالث: حدود صلاحية جهة الإدارة في استبعاد العروض وحرمان المتعاقدين

إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد أعاد ضبط حدود الصلاحيات التي تمتلكها الجهات الحكومية في استبعاد العروض المقدمة، بل إنه ألزم الجهات الحكومية بمحاولة إصلاح بعض الأخطاء كالنقص

من المتنافسين الاطلاع على عرض سعر المتنافس الآخر.

وقد عرّفه النظام بأنه: "أسلوب إلكتروني لتقديم عروض مخفضة تعاقبياً، خلال مدة محددة؛ بغرض اختيار أقل العروض سعراً"^(٥٣). والحقيقة أن هذا الأسلوب يوفر حماية لمبدأ تكافؤ الفرص بين الراغبين في التعاقد؛ وذلك لعدة أسباب:

أولاً: يجب الإعلان عن المزايدة في الموقع الإلكتروني للجهة، إضافة إلى البوابة ولمدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً عن بدء تسجيل طلبات التسجيل.

ثانياً: يلزم النظام أن تجرى المزايدة بشكل إلكتروني فقط؛ وذلك عن طريق البوابة.

ثالثاً: يُحدد وقت البداية والنهاية للمزايدة.

رابعاً: يجب ألا يقل عدد المتنافسين في المزايدة عن ثلاثة. كما أن اللائحة أكدت أهمية توفر هذا المبدأ وذلك بذكرها في اللائحة حيث نصت على: "أن تتضمن إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية: المساواة، والعدالة، وتكافؤ الفرص بين المتنافسين"^(٥٤).

الأسلوب الاستثنائي السادس: استخدام أسلوب المسابقة و ضمانات حماية مبدأ تكافؤ الفرص:

ينحصر دور استخدام أسلوب المسابقة في الأعمال المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية، كالتعاقد للحصول على أفضل فكرة أو تصميم أو مخططات أو مجسمات من المتنافسين وفق هذا الأسلوب^(٥٥). ووفق هذا الأسلوب

(٥٦) انظر: المادة (١/٥٩ ج) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٥٧) انظر: المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث نصت على جواز التعامل مع موظفي الدولة استثناء في الحالات الآتية: أ- تكليفهم بأعمال فنية. ب- شراء مصنفاتهم أو أي من حقوق الملكية الفكرية. ج- الأعمال غير التجارية إذا رخص لهم بمزاولتها.

(٥٣) انظر: المادة (١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٥٤) انظر: المادة (٤/٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٥٥) انظر: المادة (٣٦) من النظام والمادة (٥٩) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الضابط الأول: حظر التعامل مع الأشخاص غير المرخص لهم نظاماً للقيام بالعمل محل المنافسة.

إنَّ من أهمَّ المبادئ التي يُؤكِّدها النظام: مبدأ المشروعية والنظامية لأعمال المتنافسين، والتي بدورها تتطلب منع الجهات الحكومية من التعاقد مع غير المرخصين عامةً للقيام بالأعمال محل المنافسة؛ وذلك وفقاً مما تتطلبه الأنظمة السعودية إجمالاً.

وفيما يتعلَّق بتعامل الجهات الحكومية مع الأشخاص الأجانب لتنفيذ الأعمال أو تأمين المشتريات، فلا يخلو وضعهم النظامي من إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الأشخاص الأجانب مرخصاً لهم بالعمل في المملكة وفقاً لنظام الاستثمار الأجنبي، فيحقُّ لهم الدخول في المنافسات المطروحة من الجهات الحكومية بشكل مباشر^(٦١).

الحالة الثانية: أن يكون الأشخاص الأجانب غير مرخص لهم نظاماً للعمل في المملكة، فلا يُتعاقد معهم إلا بعد الإعلان عن المنافسة محلياً للتأكد من عدم وجود منافسين محليين^(٦٢)، إضافةً إلى أخذ الموافقة من وزارة الاستثمار. ويقيمون للتأكد من صلاحيتهم للتعاقد وفقاً أحكام النظام، فمتى ما كان الشخص غير مرخص له بالقيام بالعمل وجب على الجهة الحكومية استبعاد عرضه، فمبدأ تكافؤ الفرص لا يتعارض مع مبدأ وجوب

الموجود في بعض العطاءات أو انتهاء الشهادات المطلوبة؛ بحيث يجب على اللجنة إعطاء المتقدم مهلةً لتصحيح وضعه وتجديد شهادته المطلوبة^(٥٨)، بعد أن كان يستبعده مباشرةً وفقاً للنظام السابق^(٥٩).

بيد أنَّ سلطة الجهة الحكومية في الاستبعاد هي سلطة موضوعية تتعلَّق بالعطاءات المقدمة، وليس بذات الشخص مقدّم العرض، فقد يكون سبب الاستبعاد مخالفة العطاء لإجراء شكليٍّ جوهريٍّ غير قابلٍ للتعديل، وقد يكون الاستبعاد لأسبابٍ فنيّة، فصاحب العطاء المستبعد يستطيع التقدّم بعطاءٍ آخر في منافسةٍ أخرى؛ وذلك لأنَّ استبعاد العروض في هذه الحالة لا يتعلَّق بشخص المتقدم، وإنما يتعلَّق بعطاءه.

والواقع أنَّ النظام حدّد حالات الاستبعاد من المنافسة، وأعطى للجهة الحكومية سلطة الاستبعاد الوجوبي في بعضها، والاستبعاد التقديري في بعضها الآخر. وسنعرض لجميع ضوابط الاستبعاد الوجوبي والاستبعاد التقديري.

المطلب الأول: الاستبعاد الوجوبي للعرض المقدّم (السلطة المقيدة لجهة الإدارة):

يقصد بالاستبعاد الوجوبي انعدام السلطة التقديرية للجهة الحكومية في قبول العطاء المقدّم متى ما توفرت فيه حالة من حالات الاستبعاد الوجوبي^(٦٠)، وباستقراء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية نستنتج حالات الاستبعاد الوجوبي في إطار الضوابط الآتية:

(٥٨) انظر: المادة (٧٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٥٩) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٥هـ.

(٦٠) أحمد محمد العجمي، "الوجيز في العقود الإدارية في النظام السعودي". (ط١، الرياض، دار الإجابة، ٢٠٢٠م)، ص ١٦٧.

(٦١) انظر: نظام الاستثمار الأجنبي وتعديلاته الصادر بقرار مجلس الوزراء

رقم (١) بتاريخ ١٤٢١/١/٥هـ.

(٦٢) انظر: المادة (٢/٣) من المبادئ الأساسية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

نظامية أعمال الأشخاص الراغبين في التعاقد، محلّين كانوا أم أجانب^(٦٣).

الضابط الثاني: حظر قبول العروض المقدّمة بالمخالفة لأحكام النظام.

إنّ هذا الضابط لا يؤخذ على إطلاقه، فالقاعدة العامة تقتضي الالتزام بأحكام النظام لجميع أطراف العقد الإداري، وهم الجهات الحكومية من جهة والمتعاقدون المحتملون من جهة أخرى. ولكن متى كانت المخالفة قابلةً للتصحيح فإنّه يجب الإبقاء على العرض المقدّم بالمخالفة لأحكام النظام وتصحيح أخطائه متى ما كان هناك مجالٌ لتصحيحها، وعليه: يكون له الحق في المشاركة مع المتنافسين الآخرين لتقييم عرضه.

أمّا إن كانت المخالفة غير قابلةٍ للتصحيح، فيكون الاستبعاد في هذه الحالة وجوبياً، وعلى سبيل المثال: يُوجب النظام تقديم ضمانٍ ابتدائيٍّ يتراوح من (١٪) إلى (٢٪) من قيمة العرض في أغلب أساليب التعاقد، فمخالفة الشخص مقدّم العطاء هذا الشرط وعدم تقديم ضمانٍ ابتدائيٍّ مع العرض؛ يوجب الاستبعاد مباشرةً من المنافسة؛ وذلك لمخالفته أحكام النظام وعدم إجازة النظام تقديم مهلة في هذه الحالة.

وفي المقابل: تقديم المنافس عرضه بضمانٍ ابتدائيٍّ بنقص لا يتجاوز (١٠٪) من إجمالي مبلغ الضمان المطلوب؛ يُعدّ مخالفةً لأحكام النظام، ولكن من الممكن تصحيح هذه المخالفة إذا ما قام مقدّم العرض بإكمال

النقص خلال المهلة المقدّمة له من الجهة الحكومية بناءً على سلطتها التقديرية^(٦٤).

يتّضح أنّه مع منع قبول النظام العروض متى كانت مخالفةً أحكام النظام، فإنّه لم يجعل القاعدة على عمومها، بل ألزم الجهة الحكومية بتصحيح ما يمكن تصحيحه من مخالفات أحكام النظام التي تقع من المتقدّمين أثناء تقديمهم العروض، وذلك بوضع بعض الحلول لتوسيع دائرة المتنافسين. كما أكّد النظام أهميّة دور الجهة الحكومية في تقدير المخالفات من كونها شكلية غير مؤثّرة، أو جوهرية مؤثّرة^(٦٥). ونجد أنّ هذا الأمر فيه تعزيزٌ لمبدأ تكافؤ الفرص؛ وذلك بإبقاء أكبر قدرٍ ممكنٍ من المتنافسين، وعدم استبعادهم بمجرد مخالفتهم بعض أحكام النظام غير الجوهرية.

الضابط الثالث: حظر التعامل مع الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم الشروط اللازمة لتنفيذ الأعمال:

إنّ لكل عملٍ من الأعمال التي ترغب الجهة الحكومية بتنفيذها طبيعةً خاصّةً، ولكن هناك شروطاً لازمةً يجب توفرها في أغلب الحالات التعاقدية، فعلى سبيل المثال: توفر السجل التجاري، وشهادة سداد الزكاة والضريبة، وشهادات الانتساب إلى الهيئات المختصة في حال كون الانضمام لها ملزماً، وغيرها من الاشتراطات؛ تُعتبر شروطاً لازمةً، ويؤدّي عدم توفرها إلى استبعاد العرض وجوبياً في حال عدم تقديمها ابتداءً، أو خلال المهلة

(٦٤) انظر: المادة (٤١) من النظام والمادة (١/٧٠) من اللائحة التنفيذية

لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٦٥) انظر: المادة (٦٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٦٣) انظر: المادة (٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والمادة (٤) من لائحته التنفيذية.

وقد عرّف النظام التأهيل المسبق بأنه: "تحقق الجهة الحكومية من توفر المؤهلات والقدرات اللازمة لتنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات لدى المتنافسين قبل تقديمهم العروض"^(٦٨)، والحقيقة أن الاستبعاد وفق هذه الحالة لا يشكل أيّ تعدي على مبدأ تكافؤ الفرص لعدة أسباب:

أولاً: ألزم النظام الجهة الحكومية بالإعلان عن التأهيل المسبق وفق آلية الإعلان في المنافسة.

ثانياً: أوجب على الجهة الحكومية تحديد جميع المعايير المتعلقة بالتأهيل في الإعلان^(٦٩).

ثالثاً: تلتزم الجهة الحكومية بالإعلان عن نتائج التأهيل، بالإضافة إلى إبلاغ من استبعد بأسباب الاستبعاد.

من جانب آخر: لم يغفل المنظم عن حالة تأهل واجتياز متنافس واحد خلال التأهيل المسبق، فقد يكون هناك من المعايير الموضوعية ما لا ينطبق إلا على شخص واحد، وقد تكون هذه المعايير وضعت بحسن نية لتحقيق مصلحة عامة من اختيار أكفأ المتنافسين، إلا أن النظام ألزم الجهة الحكومية باتخاذ أحد طريقتين في حال كانت المعايير لا تنطبق إلا على متنافس واحد:

الطريقة الأولى: إعادة تقييم المعايير الموضوعية لتشمل عدداً أكبر من المتنافسين.

أو في الطريقة الثانية: إلغاء التأهيل المسبق بأكمله، والانتقال إلى التأهيل اللاحق^(٧٠).

المحددة للشخص الراغب في الدخول بالمنافسة بعد فتح المظاريف^(٦٦).

إنّ هذا الاستبعاد لا يشكل أيّ مساسٍ بمبدأ تكافؤ الفرص بين المتقدمين، فعدم التزام المتقدم بتوفير الشهادات اللازمة أو عدم التزامه بالاشتراطات النظامية والشهادات المطلوبة، هو السبب الذي يؤدي إلى استبعاده، بل إنّ قبول عرض من المتنافس الذي لا تتوفر فيه جميع الاشتراطات المطلوبة من باب تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص يعارض وبشكل مباشر مبدأ المساواة بين المتنافسين ومبدأ نظامية أعمال المتنافس. كما أنّه قد يخلّ بشكل مباشر وسلبّي على تنفيذ الأعمال محلّ التعاقد، ومما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد هو وجوب سريان هذه الشهادات والسجلات عند التقديم على المنافسة فقط، حيث إنّ انتهاء صلاحية هذه الشهادات أو السجلات بعد التقديم وقبل الترسية لا يؤثر على المتنافس، ولا يستبعد بناءً عليه من المنافسة، فالعبرة بسريانها عند التقديم على المنافسة.

ونستنتج من ذلك: أنّ عدم إرفاق الشهادات والسجلات ابتداءً يترتب عليه الاستبعاد الوجوبي للعرض المقدم، في حين أنّ انتهاء صلاحيتها بعد التقديم لا يحقّ للجهة الحكومية التي طرحت المنافسة أن تستبعد المتقدم، إلاّ أنّه في حال إرساء المنافسة على من انتهت إحدى سجلاته أو شهاداته يترتب عليها طلب تجديدها فقط.

الضابط الرابع: استبعاد من لم يجتز التأهيل المسبق:

يُعَدُّ التأهيل المسبق أحد آليات فرز الأشخاص الراغبين في التعاقد مع الجهة الحكومية^(٦٧).

(٦٧) أحمد محمد العجمي، "الوجيز في العقود الإدارية في النظام السعودي". مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٦٨) انظر: المادة (١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٦٩) انظر: المادة (٢٠) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية حيث نصّت على الضوابط الآتية: القدرة الفنية/المالية/الإدارية.

إضافة إلى حجم الالتزامات القائمة والمنجزة والخبرات ونتائج التقييمات السابقة.

(٦٦) انظر: المادة (٧٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

مئويّة عن أقلّ العروض المقدّمة، وجب على الجهة الحكومية استبعاده من المنافسة.

فنصّت الفقرة الثالثة من المادّة الثانية والثمانين من اللائحة التنفيذية للنظام على أن "يستبعد العرض الذي يكون مبنياً على تخفيض نسبة مئويّة أو قدر معيّن من أقلّ العروض"^(٧١). فالجهة الحكومية في هذه الحالة سلطتها مقيّدة، واستبعادها للعرض المبني على تخفيض نسبة مئويّة يكون وجوبياً، وهذا الاستبعاد يحمي مبدأ تكافؤ الفرص المفترض إعماله بالتساوي بين جميع المتقدّمين.

الضابط السابع: إذا قلّ تصنيف المقاول عن التصنيف المحدّد للمنافسة المعلن عنها أو عن المجال الخاصّ به:

يعدّ تصنيف المقاول من أهمّ الاشتراطات الموجبة للاستبعاد متى كان هناك تفاوت بين تصنيف المقاول والتصنيف المحدّد في المنافسة المعلن عنها. ويقصد بالتصنيف: "تقويم إمكانيات المقاول: المالية، والفنية، والإدارية، والتنفيذية؛ لوضعه في المجال والنشاط والدرجة المستحقّة"^(٧٢). إلّا أنّ هذا التصنيف قد حصره نظام تصنيف المقاولين في مجالات محدّدة، وهي مجال تقنية المعلومات، التطوير العقاري، التشييد والبناء، التشغيل والصيانة والخدمات، المعارض والمؤتمرات، الاتصالات، التغذية والإعاشة^(٧٣). ويتّمّ التصنيف بناءً

(٧١) انظر: المادة (٣/٨٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٧٢) انظر: المادة (١) من نظام تصنيف المقاولين الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم م/٩ وتاريخ ١٨/١/١٤٤٣هـ. ويقصد بالدرجة المستحقّة "النتيجة التي يحصل عليها المقاول عند تصنيفه".

(٧٣) انظر: المادة (١/٤) من اللائحة التنفيذية لنظام تصنيف المقاولين. الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٤٥٠٠٤٦٥٥٢٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٥هـ

الضابط الخامس: استبعاد المنافس إذا عدّل أو أبدى أيّ تحفّظ أو شطب لأيّ بند من بنود المنافسة أو مواصفاتها:

تفترض المنافسة المعلن عنها التزام كلّ المتقدّمين بجميع المواصفات والبنود المطلوبة في المنافسة، فإذا ما أخلّ أحد المتقدّمين بعروضهم؛ وذلك بشطب أحد بنود المنافسة، أو تعديل بعض شروطها، أو أبدى تحفّظاً عليها، أو غيرها من الأفعال المشابهة، فإنّه يجب على الجهة الحكومية استبعاد هذا العرض المقدّم.

والحقيقة أنّ هذا الاستبعاد له ما يبرّره، فقيام أحد مقدّمي العروض بأحد هذه الأفعال يخلّ بالتوازن بينه وبين المتنافسين الآخرين في مقدار الالتزامات، فنجد أنّ المنظّم السعودي ألزم الجهة الحكومية باستبعاد المنافس الذي يقوم بمثل هذه الممارسات، وممّا لا شكّ فيه أنّ هذا الاستبعاد يفرضه حسن إعمال مبدأ تكافؤ الفرص.

الضابط السادس: تقديم عطاء مبنيّ على تخفيض نسبة مئويّة معيّنة:

تعتمد الجهات الحكومية عند إصدار قرار الترسية على أفضل العروض من الناحية الفنيّة والأقلّ تكلفة من الناحية الماليّة، وعليه يلزم نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أن تُحدّد الأسعار الإجماليّة على جميع العروض المقدّمة للجهة الحكومية؛ نظراً لتأثير السعر بشكل كبير على اختيار من سيُتعاقد معه. فإذا ما قام أحد المتقدّمين بعروضهم بالاعتماد على تخفيض نسبة

(٧٠) عرّف نظام المنافسات والمشتريات الحكومية التأهيل اللاحق (المادة ١) بأنّه: تحقق الجهة الحكومية -بعد اختيار أفضل عرض- من توفر المؤهلات والقدرات اللازمة لدى مقدّم العرض لتنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات قبل الترسية عليه.

العروض وفق سلطتها التقديرية متى ما وصل لقناعتها عدم مقدرة المتنافس على تنفيذ العقد بناءً على تقييم العروض، أو لوجود متنافس آخر يتفوق عرضه المقدم عن بقية العروض المقدمة من المتنافسين الآخرين.

فمن حالات الاستبعاد التقديرية لجهة الإدارة: الحالة التي تكون فيها فئات الأسعار التي جرى عليها التعديل أو المحو أو الطمس أكثر من نسبة عشرة بالمائة من قائمة الأسعار أو من القيمة الإجمالية للعرض. كما أن عدم وضع المتنافس أسعاره في بعض البنود يُعطي الحق لجهة الإدارة في استبعاد العرض^(٧٥)، إلا أن الإشكالية في الحالات السابقة تكمن في عدم وجود ضابط محدد للاستبعاد، وهذا يؤثر بدوره على مبدأ تكافؤ الفرص.

ومع أن الاستبعاد التقديرية للجهة الحكومية لا يؤخذ على إطلاقه، فلا يحق للجهة الحكومية الاستبعاد بشكل مباشر إلا بعد الالتزام بما ذكره النظام من حلول لمعالجة الأخطاء والمخالفات الحاصلة من مقدم العطاء؛ وذلك وفق ما ذكر آنفاً في الضمانات لحماية مبدأ تكافؤ الفرص وعدم الاستبعاد المباشر للعروض. ففي حال التزام جميع المتنافسين بأحكام النظام وشروط المنافسة الخاصة، واجتيازهم جميع المعايير الشكلية والفنية للعقد؛ تبرز السلطة التقديرية للإدارة ويتجلى دورها في استبعاد العروض، والإبقاء على عرض واحد لترسية عليه، فالأصل في المنافسة أن ترسى على متعاقد واحد فقط^(٧٦)، فدور الجهة الحكومية في هذه الحالة اختيار متنافس واحد من بين المتقدمين بعطاءاتهم.

على معايير عدة: كالقدرة المالية والإدارية والفنية، إضافة إلى نوع المشاريع وقيمتها أثناء تقديم طلب التصنيف للجهة المختصة.

وعليه يجب على الجهة المعلنة للمنافسة وجوباً استبعاد من يخالف تصنيفه ودرجته بالتصنيف والدرجة المعلن عنها في المنافسة.

المطلب الثاني: الاستبعاد التقديرية للعرض المقدم (السلطة التقديرية لجهة الإدارة)

أشرنا سابقاً إلى أن من أهم القواعد العامة في القوانين الإدارية: قاعدة المساواة أمام المرافق العامة، والتي من مقتضياتها إعطاء فرص متكافئة للمتنافسين الراغبين في التعاقد معها. كما أن القاعدة العامة الأخرى: تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد خلال تسيير عمل الإدارة^(٧٤)، والتي من مقتضياتها اختيار أفضل العطاءات المقدمة من المتنافسين؛ وذلك بعد دراسة العروض المقدمة من جميع نواحيها القانونية والفنية والمالية.

وفي مجال المنافسات والمشتريات الحكومية؛ نجد أن الجهة الحكومية ملزمة من حيث الأصل بتفعيل مبدأ تكافؤ الفرص، والمساواة بين المتنافسين في منافساتها المطروحة، كما أنها بذات الوقت ملزمة بتقديم المصلحة العامة للمرفق على المصلحة الخاصة للمتنافسين. بالإضافة إلى أن الجهة الحكومية عند اختيار المتعاقدين تلتزم باختيار أفضل العروض من الناحية الفنية والناحية المالية. وبناءً عليه فإن للجهة الحكومية استبعاد

(٧٥) انظر: المادة (١/٧٩) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٧٦) مع ملاحظة إمكانية تجزئة بعض المنافسات وفق ضوابط خاصة.

(٧٤) محمد محمد عبد إمام، "فكرة المصلحة العامة وتعلقها بالنظام العام في القانون الإداري" (بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي الثالث لكلية الشريعة والقانون، طنطا، ٢٠١٩م)، ص ٢٩٢.

العطاء الموافق للمتطلبات متى كانت الأسعار الموضوعة مبالغاً فيها. وفي هذه المرحلة يكون لدى الجهة الحكومية سلطة تقديرية عالية جداً.

وعليه ينبغي تأكيد ضرورة أن تُعدّ الجهات الحكومية وثائق المنافسة وكراسة الشروط والمواصفات بجودة عالية؛ وذلك من خلال تأهيل الكوادر المختصة لإعدادها، فعدم قيام الجهة الحكومية بإخراج وثائق المنافسة بشكلٍ مثالي قد يترتب عليه بعض النتائج السلبية ومن أهم هذه النتائج السلبية: عزوف كثير من المتنافسين الراغبين بالتقديم على هذه المنافسة المطروحة خشية الوقوع في التزامات لم تكن واضحة بشكلٍ مثالي في كراسة الشروط والمواصفات، وهذا بدوره سيؤثر على مبدأ تكافؤ الفرص وإن لم يكن بطريق مباشر.

ثانيهما: قد يؤثر عدم وضوح كراسة الشروط والمواصفات ووثائق المنافسة إلى أن تقوم الجهة الحكومية الطارحة لهذه المنافسة إلى استبعاد عروض بحسن نية بسبب عدم التكافؤ بين الشروط الفنية، وبين ما تقدم به المتنافس، وقد يكون الخلل في أصله عدم الوضوح في وثائق المنافسة، وكراسة الشروط والمواصفات بشكلٍ خاص.

المطلب الثالث: الحرمان الواقع على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين ومنع التعاقد معهم

إنّ مبدأ تكافؤ الفرص المؤكّد في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لا يؤخذ على إطلاقه، وإنّما هو محدودٌ بضوابط واستثناءات. فكما وضحنا في المبحث الثاني: صلاحية جهة الإدارة في استخدام أسلوب استثنائي من أساليب التعاقد. والمبحث الثالث في مطلبيهما الأول والثاني: إمكانية الاستبعاد من قبل جهة

وغالباً ما تكون الموازنة بمعيّار أفضل العروض من الناحية الفنية أولاً، ثم الأقلّ سعراً من بين العروض الفنية المقبولة هو من يقع عليه الاختيار.

ف نجد أنّ النظام قدّم المعايير الفنية على المعايير المالية عند الاختيار من بين المتأهلين، فذكر في المادة السادسة والأربعين من النظام ما نصّه: "... يجب فحص العروض الفنية دون المالية، وتستبعد العروض الفنية غير المقبولة، وتردّ لهم العروض المالية دون فتحها..."^(٧٧). إلّا أنّه استثنى من ذلك الأعمال الفنية التي لا تتطلب قدرات فنية عالية أو معقّدة، فجعل فيها أساس الاختيار هو الأقلّ سعراً^(٧٨).

وختاماً: نستطيع القول إنّ الاستبعاد التقديرى هو مقيّد في أصله، فلا يكون إلّا بعد المرور بمرحلتين:

المرحلة الأولى: مدى إمكانية تعديل الخطأ الذي سنّبي عليه الجهة الحكومية قرار الاستبعاد، فلو كان الخطأ قابلاً للتصحيح أو التعديل أو غير مؤثّر وفق ما ذكر آنفاً في الضمانات، فتكون سلطة الإدارة مقيّدة، ويجب عليها قبول العرض. وإن كان الخطأ غير قابل للتصحيح أو التعديل ولا يؤثر على المبادئ العامة للعقود الإدارية أو المنصوص عليها نظاماً؛ فتكون سلطة الاستبعاد تقديرية لجهة الإدارة.

المرحلة الثانية: الالتزام بمعيّار الأفضلية في العطاءات المقدّمة من الناحيتين الفنية والمالية، وذلك وفق ما ذكر آنفاً، وعليه يستبعد العطاء غير الموافق للمتطلبات من غير الحاجة للنظر إلى العرض السعري. كما قد يستبعد

(٧٧) انظر: المادة (٦١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٧٨) انظر: المادة (١/٢٩) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المنافسات نوعاً من تعارض المصالح، أو خللاً في مبدأ تكافؤ الفرص؛ بسبب إمكانية حصول الموظف على معلومات يفترض عدم علم المتنافسين بها، وغيرها من الأسباب الأخرى التي جعلت المنظم يمنع التعاقد مع موظفي الدولة.

كما أن النظام^(٨٠) منع التعامل مع المفلسين والمتعثرين ومن ثبتت إعسارهم، أو صدر أمر قضائي بوضعهم تحت الحراسة القضائية، بالإضافة إلى الشركات التي جرى حلها أو تصفيتها، وأخيراً نجد أن النظام منع التعاقد مع من لم يبلغ الثامنة عشرة وناقص الأهلية؛ نظراً لما يؤديه من إخلال في شروط العقد.

ويُعدّ الحرمان النظامي نوعاً من الحرمان الوقائي على جميع المنافسات المطروحة والمستمرّ لحين زوال علته، فعلى سبيل المثال: انتهاء علاقة العمل بين الموظف وجهة عمله الحكومية؛ يزول بسببها الحرمان الواقع عليه، ويحقّ له التقدم للمنافسات المعلن عنها متى ما حقق شروط التقدم لها. كما أن الحرمان في هذه الحالة حرمان عام يقع على جميع ما تطرحه الجهات الحكومية من منافسات^(٨١).

ثانياً: الحرمان الإداري

لوزارة المالية ممثلةً بلجان النظر في الشكاوى والمخالفات والتظلمات - أن تصدر قراراتها بمنع التعامل مع أشخاص طبيعيين أو معنويين؛ حيث إنّ لهذه اللجان الصلاحية في إصدار قرارات منع التعاقد من التعامل مع الجهات الحكومية؛ وذلك من غير إخلال بأيّ عقوبة

الإدارة، سواء الاستبعاد الجوهري أو التقديري وفقاً لضوابطهما.

نأتي في هذا المطلب على حالات الاستثناء على مبدأ تكافؤ الفرص بسبب الحرمان الوارد على المتنافسين، وهذا الحرمان يقع على الأشخاص ويقع على كلّ ما يقومون بتقديمه من عطاءات.

ويمكن تقسيم الحرمان الواقع على الأشخاص إلى ثلاثة أنواع، هي: الحرمان النظامي، والحرمان الإداري، والحرمان القضائي. كما سيتبين.

أولاً: الحرمان النظامي

إنّ المنظم في المملكة العربية السعودية حدّد وصفاً للأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين لا يحقّ للجهة الحكومية التعاقد معهم، فالحرمان في هذه الحالة حرمان مصدّر النظام. والمنظم عندما حدّد الأشخاص الذين لا يحقّ لهم التعاقد مع جهة الإدارة؛ كان ذلك لاعتبارات وأسباب مختلفة تهدف في مجملها إلى الصالح العام، وتحقيق أقصى درجات الضمانة في عدم تعثر المتعاقد مع الجهة الحكومية، كما تهدف إلى تحقيق أعلى درجات النزاهة.

ف نجد أنّ النظام منّع موظفي الدولة من الدخول في أيّ منافسة، سواء بشكل مباشر أو عن طريق التعاقد بالباطن، مع متعاقد رئيسي فيما يخص الأعمال المتعاقد عليها مع الجهة الحكومية^(٧٩)، ولهذا الحرمان ما يُبرّره، فقد يشكّل السماح لموظفي الدولة بالحق في الدخول في

(٧٩) انظر: المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث إنّها نصّت على أنّه يجوز التعامل مع موظفي الدولة استثناءً في الحالات الآتية: أ- تكليفهم بأعمال فنية. ب- شراء مصنّعاتهم أو أيّ من حقوق الملكية الفكرية. ج- الأعمال غير التجارية إذا رخص لهم بمزاولةها.

(٨٠) انظر: المادة (١٤) والفقرة (٦،٥،٤،٣،٢) من اللائحة التنفيذية لنظام

المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٨١) إذا ما أخرجنا الحالات الاستثنائية التي يحقّ للموظف الحكومي المشاركة

فيها: كالأعمال المتعلقة بالملكية الفكرية.

فرص التقدّم بعروضه في جميع المنافسات المعلن عنها بعد صدور قرار المنع، فيستمر المنع إلى حين انتهاء مدّته أو زوال سببه، وهذا النوع من الحرمان لا يؤثر على مبدأ تكافؤ الفرص لوجود ما يبرّره، كما أنّ التظلم منه هو حقّ لمن وقع عليه هذا الحرمان كما ذكرنا سالفًا.

ثالثًا: الحرمان القضائي

يُقصد بالحرمان القضائي: الحرمان الذي يقع بناءً على حكم قضائي يقضي بمنع التعامل مع الشخص، طبيعياً كان أو معنوياً لوجود سبب يقتضيه. ومن أبرز الأمثلة لهذا الحرمان ما تضمّنه نظام مكافحة الرشوة^(٨٥)، حيث ذكر في المادة التاسعة عشرة منه حقّ الجهة القضائية المختصة في إصدار عقوبة الحرمان "...من الدخول مع الوزارات والمصالح الحكومية أو الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة في عقود لتأمين مشترياتها وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها... على أية شركة أو مؤسسة خاصة وطنية أو أجنبية أدين مديرها أو أحد منسوبيها في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام إذا ثبت أنّ الجريمة قد ارتكبت لمصلحتها...". ويُعدّ هذا النوع من الحرمان حرماناً جزائياً. هذا النوع من الحرمان لا يمنع من طلب إعادة النظر فيه من قبل مجلس الوزراء؛ وذلك بما لا يقلّ عن خمس سنوات من صدور الحكم^(٨٦).

إلاّ أنّه في الوقت ذاته يجب عدم إغفال دور الرقابة القضائية على مبدأ تكافؤ الفرص، فعلى الرغم من وجود أساليب متنوعة من الرقابة الإدارية على أعمال الجهات الحكومية المتعلقة بترسية العقود وتنفيذها كرقابة الجهة

أخرى تفرضها الأنظمة الأخرى^(٨٢). فقد يكون قرار المنع صادراً بسبب تباطؤ المتعاقد في تنفيذ الأعمال السابقة، أو قد يكون ذلك بسبب إخلاله في عقود تمثّ ترسيتهما عليه مسبقاً. كما قد يكون تعاقد المتعامل مع الجهة الحكومية بالباطن مع متعاقد آخر في العقد نفسه سبباً في المنع من التعامل مع الجهات الحكومية، إضافةً إلى ذلك قد يكون حصول المقاول على تقييم أداءٍ لأقلّ من (٧٠٪) في ثلاثة عقود متتالية سبباً في منعه من التعامل مع الجهات الحكومية. ولم يحصر نظام المنافسات والمشتريات الحكومية هذه اللجان من إصدار قرارات المنع في حالاتٍ محدّدة، وعليه سلطة اللجان في تقدير منع بعض الأشخاص من التعاقد مع الجهات الحكومية هي سلطة تقديرية، إلّا أنّ النظام أجاز لمن تضرّر بصدور قرار المنع عليه حقّ التظلم أمام اللجان المختصة وأمام ديوان المظالم^(٨٣).

ومما يجب التنبيه عليه أنّ قرارات المنع من التعامل مع الجهات الحكومية قد تصدر عقوبةً جزائيةً على الأشخاص، وقد تكون صادرة لسببٍ وقائيٍّ كما هو الحال إذا حصل الصادر ضده قرار المنع على تقييم أقلّ من (٧٠٪) في مستوى الأداء لثلاثة عقود متتالية، إلّا أنّ قرارات المنع الصادرة من هذه اللجان يجب ألاّ تتجاوز في أقصاها خمس سنوات^(٨٤).

وجدير بالذكر أنّ صدور قرار بمنع التعامل مع المتعاقد مع الجهة الحكومية يقضي بالضرورة منعه من جميع

(٨٢) انظر: المادة (٨٨) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٨٣) انظر: المادة (٧٨) من النظام، والمادة (١٤٠) من اللائحة التنفيذية

لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٨٤) انظر: المادة (٣/٨٨) و(٥/١٤٠) الفقرة (٣) من اللائحة التنفيذية لنظام

المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٨٥) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٦) بتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩ هـ.

(٨٦) انظر: المادة (١٩) من نظام مكافحة الرشوة.

لكونه أفضل العروض المُقدّمة فنيًا وماليًا. وعليه بدأ المدّعي بالاستعدادات لتنفيذ المشروع، ثمّ تفاجأ لاحقًا بصور قرارٍ من وزير البيئة والمياه والزراعة بالموافقة على توصية لجنة فحص العروض اللاحقة بإلغاء المنافسة، وقرارٍ آخر من وكيل الوزارة بإلغاء المنافسة، وقرارٍ آخر بطرح المنافسة مرّةً أخرى؛ وذلك بنقسيهما على أربعة متعاقدين. فطلّب المدّعي إلغاء هذه القرارات، إضافةً إلى إلغاء قرار الوزارة السلبي؛ وذلك بعدم استكمال إجراءات المنافسة الأولى. واستندت المدّعي عليها على أنّ إلغاء المنافسة كان للمصلحة العامّة؛ حيث إنّ ترسية كامل العقد على مشغلٍ واحدٍ يشكّل خطرًا في حال إخفاق المشغل في تنفيذ العقد. فجاء في حيثيّات الحكم القضائي ما يأتي:

أولاً: إنّ السبب في الإلغاء لا يمكن الاستناد عليه؛ نظرًا لأنّ المدّعي هو المشغل خلال الفترة السابقة، ولم يكن هناك أيّ إشكالياتٍ في التنفيذ، بل إنّ حصل على تكريمٍ من أمير المنطقة ومن الجهة المدّعي عليها. وحيث إنّ قيام لجنة فحص العروض بالتوصية بإلغاء المنافسة مخالفٌ لصريح النظام، وإنّما اختصاصها يكمن بالتوصية بالترسية فقط، وليس من اختصاصاتها التوصية بإلغاء المنافسة. "ولمّا كان نظام المنافسات والمشتريات الحكوميّة يهدف إلى تنظيم إجراءات المنافسات والمشتريات وتعزيز النزاهة والمنافسة وتوفير معاملة عادلة للمنافسين، وتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص، وما كانت المدّعي عليها قد خالفت كلّ ذلك بإجراءات ثبت للدائرة حيدتها عن الطريق النظامي الصحيح، فإنّ ذلك يصبُّ امتناعها عن استكمال إجراءات المنافسة بعيب مخالفة

الإداريّة نفسها أو الجهات الرقابية الأخرى، إلّا أنّ هذه الأنواع من الرقابة قد لا تحقّق المأمول منها لعدّة أسباب: أولها: قد يتراخى المسؤولون عن تفعيل الرقابة الإداريّة في حال اشتراكهم في ممارسات الفساد.

وثانيها: قد يصعب على المدّعي المتضرّر من إخلال الجهة الحكوميّة إثبات المخالفات التي وقعت منها.

ثالثًا: يضعف جانب النزاهة والحياد في الرقابة الإداريّة إذا ما قارنها بالرقابة القضائية، فاللجان التي تبت في تظلمات وشكاوى المتعاملين مع الجهة الحكوميّة ما هي إلّا جزء من السلطة التنفيذية.

وفي معرض بحثنا: نجد أنّ قرارات الاستبعاد أو الحرمان من القرارات التي تصدر قبل ترسية العقد الإداري، كما أنّها تأتي في مقدّمة القرارات التي قد تُخلّ بمبدأ تكافؤ الفرص بين المتقدمين لتنفيذ العقود الإداريّة. فما هو مدى الرقابة القضائية عليه؟ وهل للجهة الحكومية سلطة تقديرية تمنع القضاء من التدخل لإلغاء القرارات الإداريّة المتعلّقة بالحرمان أو الاستبعاد؟

وللإجابة عن هذا التساؤل: حاولنا استقراء بعض من أحكام القضاء الإداري - ديوان المظالم - لمعرفة مدى المراقبة التي تفرضها على هذه القرارات، وحدود السلطة التقديرية المعطاة للجهة الحكوميّة. ففي معرض بحثنا وجدنا أنّ الرقابة القضائية تبحث في موضوع تكافؤ الفرص، وتتأكّد من تحقّقه، وتردّ كلّ ما يؤثّر عليه سلبيًا.

ففي إحدى القضايا التي تتلخّص وقائعها في أنّ المدّعي صاحب مؤسسة خاصّة بتشغيل أشياح المياه، قام بالتقدّم بعرضه لتشغيل إحدى محطات أشياح المياه، وعليه تمّت التوصية على عرضه من قبل لجنة فحص العروض لتوافق العرض مع شروط المنافسة ومتطلباتها، بالإضافة

النظم واللوائح، ويجعله حرياً بالإلغاء، وهو ما تحكم به الدائرة^(٨٧).

ففي الحكم السابق لم تكتفِ المحكمة بما أوردته جهة الإدارة من أن الإلغاء يهدف إلى المصلحة العامة، بل إنها بحثت في الوقائع لتتحقق من مدى سلامة القرار الطعين بما لها من سلطة لبحث الوقائع المكوّنة للقرار، والسبب الذي جعل جهة الإدارة تصدر هذا القرار، حيث قرّرت أن ما استندت إليه الجهة من أسباب لإصدار القرار ينافي الواقع لما ذكر من أسباب، وأن ما قام به الوزير المختص بتأييد التوصية الصادرة من لجنة فحص العروض يفتقد لركن الاختصاص، حيث إن اللجنة غير مختصة بإصدار توصية بالإلغاء، وإنما دورها يقف بالتوصية بقبول العروض فقط، وما قام به الوزير لا يصبغ عليها بالمشروعية. أخيراً بسط القضاء سلطته أيضاً على القرار السلبي للوزارة المتمثل في امتناعها عن استكمال إجراءات المنافسة وذلك بإلغائه.

وعلى النقيض من القضية السابقة، نجد أن الرقابة القضائية قد تؤيد ما يصدر من جهة الإدارة - لجان منع التعامل مع المقاولين - بمنع بعض الراغبين في التعاقد متى ما كانت هناك أسباب فعلية قد تؤثر على المصلحة العامة وحسن سير الإدارة بانتظام وأطراد، حتى مع وجود بعض المخالفات الشكلية في القرار الصادر من اللجنة. ومما قضى به ديوان المظالم في هذا الشأن في إحدى القضايا التي طالبت فيها المدعية إلغاء قرار لجنة النظر في طلبات التعويض ومنع التعامل مع المقاولين والمتعهدين، والذي صدر بمنع التعامل مع المدعية لمدة خمس سنوات وذلك لكثرة المشاريع المسحوبة منها والتي

تجاوزت الأربعين مشروعاً، بسبب إخلال المدعية في التزاماتها التعاقدية. حيث أيد القضاء ما قامت به اللجنة مع كون القرار الصادر من اللجنة قد أخلّ به بعض الإجراءات الشكلية ومما أوردته الدائرة القضائية في هذه القضية "...أن المدعية قد استوفت دفعها أمام هذه الدائرة دون ضررٍ عليها ما تكون معه الغاية من إعطاء المدعية حقها لتقديم دفعها قائمة، وعليه فلا ترى الدائرة تأثير ذلك موجباً لإلغاء القرار لتحقيق الغاية المنشودة من الإجراء الشكلي محل الطعن، مما ترى معه الدائرة صحة القرار الطعين، وسلامة ما انتهى إليه..."^(٨٨)

وفي قضية أخرى تتصل بقرارات لجان المنع من التعاقد، والتي تتلخص وقائعها في الآتي:

إن شركة تعترض على صدور قرار بمنع التعامل معها لمدة سنتين؛ وذلك بسبب انهيار مبانٍ حديدية نُقِذت عن طريق مؤسسة أخرى، وحيث تبين من وقائع الدعوى، وبناءً على تقارير الدفاع المدني ورأي الخبير أن المباني الحديدية نُقِذت بطريقة خاطئة، وبما أن الثابت أن المؤسسة طلبت من الشركة تزويدها بالأيدي العاملة لإسراع عملية التنفيذ للمشروع والذي قُوبِلَ بالموافقة، وحيث إنّه لا يلزم لقيام العلاقة التعاقدية وجود عقد مكتوب بين أطرافه، فقد ثبت للمحكمة أن الشركة تعتبر مقاولاً من الباطن، وعليه تكون مسؤولة بالتضامن مع المؤسسة عما يترتب على تنفيذه، وانتهت الدائرة إلى صحة ما انتهت إليه لجنة النظر في طلبات التعويض ومنع التعامل مع المقاولين والمتعهدين.

(٨٨) قضية رقم/ ٢٨٠ لعام ١٤٤١هـ، والصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

(٨٧) قضية رقم/ ٥٣١٠/ق/ لعام ١٤٣٩هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

ففي الحكم القضائي المذكور أيدت المحكمة قرار اللجنة بمنع التعامل مع الشركة لمدة سنتين، كونها دعمت المؤسسة المتعاقدة بشكل مباشر مع الجهة الحكومية بالأيدي العاملة، فلم يحل عدم وجود عقد مكتوب بين المؤسسة والشركة، ولا عدم وجود مقابل مالي - باستثناء التزام المؤسسة بدفع رواتب العمالة - من إصدار هذا القرار ضد الشركة. وعليه فقرارات المنع لا ينحصر وقوعها على المتعاقد الأساسي، بل قد تقع على المتعاقد من الباطن، حتى وإن لم يكن هناك عقد مكتوب بين أطرافه^(٨٩). وهذا ما أكدته الحكم القضائي؛ وذلك بتأييد اللجنة على قرارها، فالقضاء الإداري في المملكة العربية السعودية له سلطة واسعة في مراقبة قرارات لجان المنع من التعاقد والصادرة بناءً على سلطتها التقديرية، فقد يؤيد القضاء الإداري قرار اللجنة أو يلغيه.

ومن جانب آخر، يُعدّ إلغاء الترسية ومصادرة الضمان الابتدائي من الإشكاليات التي قد تقع فيها جهة الإدارة بعد طرح المنافسة، التي تؤثر بشكل سلبي على من كان مرشحاً بترسية العقد عليه. فبعد الترسية أو الإعلان عن العرض الفائز تصبح العروض السعيرية مكشوفة لجميع من تقدم للمنافسة. إلا أن الإشكالية تكمن عند قيام جهة الإدارة بإلغاء منافسة ثم إعادة طرحها من جديد. فمن الأسباب التي تؤدي إلى إلغاء المنافسة هو عدم صحة البيانات الموجودة في كراسة الشروط والمواصفات أو وجود بعض الأخطاء فيها، إلا أن هذا يجب أن لا يؤثر بشكل سلبي على المتعاقدين مع جهة الإدارة. ومما قضى به ديوان المظالم في هذا الشأن حيث ألغى قرار جهة الإدارة المتضمن إلغاء منافسة ومصادرة الضمان

الابتدائي بسبب عدم حضور المدعية لتوقيع العقد. إلا أن السبب الذي حدا بالمدعية عدم التوقيع هو كون الموقع الموصوف في كراسة الشروط والمواصفات لا يطابق الطبيعة بناءً على التصوير الجوي للموقع المطروح للاستثمار؛ مما جعل الجدوى الاقتصادية للعقار محل الاستثمار تختلف عن تصور المدعية للموقع الفعلي وتأثيره المباشر على العرض المالي المقدم للاستثمار. فالمتقدم للمنافسة لا يتحمل خطأ الجهة الإدارية. وفي معرض التسبب ذكر القاضي الإداري التالي "...أن بيانات الموقع الواردة في كراسة الشروط والمواصفات للمنافسة محل النزاع لم تتصف بالدقة والانضباط، وأنه كان على الجهة أن توصف موقع العقار وصفاً نافياً للجهالة..."^{٩٠}

ومع أن الرقابة القضائية لا تُغفل المراحل التمهيدية للتعاقد كما هو الحال في القضية السابقة، إلا أن الدور الأكبر يقع على عاتق الجهة الإدارية وذلك بالتأكد من صحة ودقة الشروط والمواصفات الموضوعة بكراسات الشروط والمواصفات. حيث إن وضوح الكراسات يرتبط بشكل مباشر بمبدأ تكافؤ الفرص. فوجود معلومات مبهمّة قد تحرم بعض الأشخاص من دخول المنافسة خشية الوقوع بإشكاليات مع جهة الإدارة، ومن أهمها حجز الضمان لفترات طويلة أو مصادرة الضمان الابتدائي. وعلى النقيض من ذلك وضوح كراسات الشروط والمواصفات يحفز كثيراً من أصحاب الأعمال لدخول المنافسة مما يعزز مبدأ تكافؤ الفرص.

ومما يجدر الإشارة إليه أنَّ الرقابة القضائية وحق القاضي الإداري في إلغاء القرار الإداري الصادر

(٩٠) قضية رقم/١٦٥٧ لعام ١٤٤٣هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

(٨٩) قضية رقم/٢٧٣٤/ق لعام ١٤٤٠هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

تعيين ما هو الأنسب في تسيير عمل جهة الإدارة هو غلٌ لديها في ممارسة عملها الموكلة به، ويقتصر نظر الدائرة على ملائمة القرار للأنظمة واللوائح الصادر على ضوئها. والمستقر فقهاً وقضاً أن لجهة الإدارة سلطةً تقديريةً في اتخاذ القرارات الإدارية التي تكفل سير العمل المنوط بها أدائه، مراعيةً الصالح العام، وبما يحقق العدل، ولما كانت المدعى عليها قد مارست سلطتها وفق اختصاصها، وبالشكل الذي يوافق النظام ولم تخالفه^(٩٢).

وختاماً نستطيع القول: إن في المنع من التعاقد مع الجهات الحكومية واستبعاد المتعاقدين مساساً خطيراً بمبدأ تكافؤ الفرص؛ ولذلك فإن الرقابة القضائية توازن بين الأسباب التي بنت عليها الجهة الحكومية أو اللجنة المختصة قرارها بالاستبعاد أو الحرمان أو إلغاء المنافسة بعد الإعلان عن العرض الفائق، وبين الآثار الناتجة عن هذا القرار.

الخاتمة:

وختاماً نستطيع القول: إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد قد أحدث نقلة نوعية في مجال العقود الإدارية إجمالاً، كما أنه وضع مزيداً من الضمانات؛ تأكيداً منه على أهمية ما يتعلق بمبدأ تكافؤ الفرص بشكل خاص. ونوجز أهم النتائج فيما يأتي:

أولاً: إن تأكيد مبدأ تكافؤ الفرص ينطلق ابتداءً من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، ثم من المبادئ العامة للقانون الإداري، وهو مبدأ المساواة أمام المرافق العامة. كما أنه يرتبط بشكل وثيق مع المبادئ الإدارية التي نص عليها النظام كمبدأ المساواة والعلانية، ووجوب التزام المتنافسين بما نص عليه من اشتراطات.

باستبعاد أو حرمان بعض المتنافسين؛ لا يعني عدم إعطاء الجهة الحكومية السلطة التقديرية في الاستبعاد متى ما كان مبنياً على أسباب صحيحة، فالقضاء الإداري ينظر في الوقائع التي بُني عليها قرار الاستبعاد أو الحرمان.

وفي تأكيد لذلك قد يؤيد القضاء موقف الجهة الحكومية بعدم الترسية على صاحب العطاء الأقل متى ما كان مبنياً على سبب صحيح، ففي إحدى القضايا الإدارية التي طالب المدعى فيها بإلزام جامعة المجمعة بترسية مشروع تشغيل برنامج اللغة الإنجليزية لطلاب السنة التحضيرية على شركته، وإلغاء القرار القاضي بترسية المشروع على شركة أخرى. حيث جاء في الحكم: "الثابت كون المدعية وقت تقديم العرض قائمة على تشغيل برنامج مشابه للبرنامج محل الدعوى لعدد كبير من طلاب إحدى الجامعات، تضمن النظام منح جهة الإدارة سلطة تقديرية في عدم المضي في إتمام إجراءات التعاقد مع المتنافس الأقل عطاءً، متى ظهر أن حجم التزاماته التعاقدية قد أصبح مرتفعاً على نحو يفوق قدراته المالية والفنية بما يؤثر على تنفيذه لالتزاماته التعاقدية: كحال المدعية... سلامة موقف المدعى عليها باستبعاد عرض المدعية؛ وبالتالي صحة القرار الصادر منها، أثر ذلك رفض الدعوى^(٩١).

وفي تأكيد للقضاء الإداري أهمية إعطاء الجهة الحكومية سلطة تقديرية في الاستبعاد، وذلك مع عدم إغفال رقابتها على أركان القرار والتأكد من صحة الأسباب التي بُني عليها القرار: فقضت محكمة الاستئناف الإدارية في إحدى القضايا المعروضة أمامها بالآتي: "وحيث إن

(٩٢) قضية رقم/٣٥٢٦/ق/لعام ١٤٣٩هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

(٩١) قضية رقم/١٢٨٤٩/ق/لعام ١٤٣٩هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

عطاءً في منافسةٍ معيّنة، كما أنّ سلطة اللجنة في المنع هي سلطةٌ تقديريةٌ غالباً.

ثامناً: الحرمان الواقع على الأشخاص قد يكون حرماناً نظامياً أو قضائياً أو إدارياً، فالحرمان النظامي -غالباً- نوعٌ من الحرمان الوقائي، والحرمان القضائي نوعٌ من الحرمان الجزائي، أمّا الحرمان الإداري يجمع بين الحرمان الوقائي والجزائي.

تاسعاً: الرقابة القضائية توازن بين الأسباب التي بنت عليها الجهة الحكومية أو اللجنة المختصة قرارها بالاستبعاد أو الحرمان وبين الآثار الناتجة عن هذا القرار.

التوصيات:

أولاً: نوصي الجهات الحكومية بوضع مزيدٍ من الجهود خلال إعداد وثائق المنافسة حتى تخرج لجميع الراغبين بالتعاقد بشكلٍ مثاليٍّ وواضحٍ؛ وذلك لإسهامه بشكلٍ مباشرٍ في زيادة المتنافسين، وبالتالي تحقّق مبدأ تكافؤ الفرص.

ثانياً: اقتراح بإنشاء لجانٍ خاصةٍ بوزارة المالية، تقوم باستقبال طلبات الجهات الحكومية المتعلقة بالحالة العاجلة، ثمّ إصدار الموافقة أو رفضها بشكلٍ عاجلٍ، وذلك لضمان التحقّق والتأكّد من تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص.

ثالثاً: القيام بدراسةٍ تفصيليةٍ لمشتريات الجهات الحكومية بأسلوب المنافسة المحدودة وفق معيار السقف المالي من تاريخ تفعيل هذا الأسلوب، ثمّ التأكد من توفيرها عن طريق منصّة اعتمادٍ إن أمكن، وذلك لتضييق نطاق استخدام معيار السقف المالي في المنافسة المحدودة. أو الاستغناء عنها والاكتفاء بالسقف المالي المنصوص عليه

ثانياً: يتجلى مبدأ تكافؤ الفرص بأبهى صورهِ في مجال المنافسة العامة، ويتذبذب بنسبٍ متفاوتةٍ في أساليب التعاقد الاستثنائية، بل إنّ بعض المبادئ العامة للنظام تُخلّ بمبدأ تكافؤ الفرص، كمبدأ الأولوية للمنشآت الصغيرة والمتوسطة، ولهذا التفضيل ما يبرّره.

ثالثاً: ينعدم تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص للراغبين في التعاقد في بعض الأساليب؛ وذلك في سبيل تحقيق مصلحةٍ أعمّ وأشمل، وهي الحفاظ على السلامة والأمن والصحة العامة.

رابعاً: حدد المنظّم العديد من الضوابط التي تضمن حماية مبدأ تكافؤ الفرص. فمن محاسن النظام الحالي إلزام الجهة الحكومية لتصحيح ما يمكن تصحيحه قبل استبعاد العروض متى ما كان ذلك الخلل شكلياً وغير مؤثّر، وهذا يحقّق بدوره ضماناً لتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص.

خامساً: سلطة الجهة الحكومية في الاستبعاد هي سلطةٌ موضوعيةٌ تتعلّق بالعرض المقدم لها، وتكون سلطةً مقيّدةً في حالات الاستبعاد الوجوبي، وسلطةً تقديريةً وذلك في حالات الاستبعاد الجوازي، وذلك وفق ما ذكر من الضوابط.

سادساً: تبرز السلطة التقديرية للإدارة في الاستبعاد عند التزام جميع المتقدّمين بأحكام النظام وشروط المنافسة، مع التأكيد أنّ الاستبعاد التقديرية مقيّد في أصله، فلا يكون إلّا بعد المرور بمرحلتين:

أولاً: إمكانية تصحيح الخطأ. وثانياً: الالتزام بمعيار الأفضلية من الناحية الفنية والمالية.

سابعاً: سلطة لجان المنع من التعاقد هي سلطةٌ شخصيةٌ تتعلّق بشخص المتعاقد لا بما قدّمه للجهة الحكومية من

في الشراء المباشر، أو العودة للأصل وهي المنافسة العامة.

رابعاً: وضع آليةٍ لمدةٍ توقّفٍ قصيرةٍ في حال الشراء المباشر؛ لإعطاء كلّ ذي مصلحةٍ حقّ الاعتراض متى ما لاحظ باقي المهتمون في التعاقد أنّ الجهة الحكومية لا تتيح الفرصة لأكبر عددٍ ممكنٍ من المتعاملين.

خامساً: إلغاء أسلوب المنافسة على مرحلتين، حيث إنّ جهة الإدارة يُفترض أنّ تكون قادرةً على تحديد احتياجاتها قبل طرح المنافسة للعموم، كما أنّ لها أنّ تستعين بمختصّين لتحديد الاحتياجات بشكلٍ دقيقٍ ومدرّوسٍ.

سادساً: تقتقد بعض حالات الاستبعاد لضوابط محدّدة وفّق ما ذكر آنفاً، ونوصي بتحديد ضوابطٍ دقيقةٍ للاستبعاد، والذي سيؤثّر بدوره على مبدأ تكافؤ الفرص.

المراجع

- أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٧هـ، ج١.
- أحمد محمد العجمي، الوجيز في العقود الإدارية في النظام السعودي، دار الاجادة، ط ١، ٢٠٢٠م
- أحمد محمد سلامة، الوسائل الحديثة في إبرام العقود الإدارية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ٢٠١٩م.
- جبير، د. مطيع علي حمود، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م
- الحديثي، إبراهيم محمد، التعاقدات بين الجهات الحكومية تكييفه وآثاره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الحادية والستون، يوليو ٢٠١٩م.

حمدي محمد العجمي، المرجع في العقود الإدارية، مركز البحوث والدراسات، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤٣٩هـ.

د. عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس كلية الحقوق ١٩٩٣م.

سالم أحمد راشد المصلي، التحكم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، ١٩٩٨م.

سالم المطوع، الأسئلة والأجوبة القانونية حول العقود والمنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ.

سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٩٩١م.

صباح المصري، العقود الإدارية، دار الكتاب الجامعي. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

محمد براك الفوزان، "العقد الإداري السعودي على ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد". (ط ٣، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠٢٢م).

محمد محمد عبد إمام، فكرة المصلحة العامة وتعلقها بالنظام العام في القانون الإداري، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي الثالث لكلية الشريعة والقانون بطنطا، ٢٠١٩م.

محمود حمدي عبد الواحد، "حالات إلغاء المنافسة في النظام السعودي"، (الرياض، معهد الإدارة العامة، مجلة التنمية الإدارية، ١٤٤١هـ).

ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، انعقاد العقد، ط ١ دار وائل، الأردن، ج ١، مج ١.

النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية.
الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) بتاريخ ٢٧ / ٨ / ١٤١٢ هـ.

نظام المنافسات والمشتريات الحكومية. الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠ هـ.
نظام تصنيف المقاولين واللائحة التنفيذية له، والصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/٩) وتاريخ ١٨/١/١٤٤٣ هـ
نظام الاستثمار الأجنبي الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١ بتاريخ ٥/١/١٤٢١ هـ.

نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٦ بتاريخ ٢٩ / ١٢ / ١٤١٢ هـ.
اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.
الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٣٤٧٩ وتاريخ ١١/٨/١٤٤١ هـ.

اللائحة التنفيذية لنظام تصنيف المقاولين الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٤٥٠٠٤٦٥٥٢٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٥ هـ.

قضية رقم / ١٦٥٧ لعام ١٤٤٣ هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

قضية رقم / ٢٨٠ لعام ١٤٤١ هـ، والصادر من محكمة الاستئناف الإدارية

قضية رقم/٢٧٣٤/ق/ لعام ١٤٤٠ هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

قضية رقم/٥٣١٠/ق/ لعام ١٤٣٩ هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

قضية رقم ١٢٨٤٩ هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية بتاريخ ١٧/٣/١٤٤٠ هـ.

قضية رقم/٣٥٢٦/ق/ لعام ١٤٣٩ هـ، الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية.

منظمة الشفافية الدولية

<https://www.transparency.org/en/about>

منصة اعتماد التابعة لوزارة المالية في المملكة العربية السعودية

<https://portal.etimad.sa/arsa/aboutetimad/indexwhoarewe>