استبعاد العروض في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي «دراسة تحليلية»

د.حمود عاطف مبارك القحطاني

أستاذ قانون الأنظمة المشارك بكلية العلوم والدراسات الإنسانية بالقويعية جامعة شقراء

(أرسل إلى المجلة بتاريخ 21/4/ 2024م، وقبل للنشر بتاريخ 18/6/ 2024م)

المستخلص:

إن المنافسة العامة يحكمها عدد من المبادئ هي: العلانية، وحرية المنافسة، والمساواة، والشفافية وتكافؤ الفرص؛ وأن مبدأ حرية المنافسة وان كان مقتضاه ألا يجوز استبعاد شخص وحرمانه من الدخول في المنافسة، فإن المصلحة العامة تستوجب منح الإدارة سلطة في استبعاد العروض في أحوال معينة؛ وإذا ما تم الاستبعاد في نطاق الحدود النظامية فإنه لا يخل بمبدأ حرية المنافسة؛ لأن ذلك تفرضه المصلحة العامة. كما أن هناك ضمانات نظامية يكفلها النظام للمتنافسين في مقابل منح الإدارة هذه السلطة، ومنها حق التظلم لجهة الإدارة وأمام اللجان الإدارية المختصة، كما بيّن النظام الآثار المترتبة على قبول التظلم أو إلغاء قرار الاستبعاد بالنسبة للمتنافسين وبالنسبة لجهة الإدارة.

الكلمات المفتاحية: استبعاد، العروض، نظام المنافسات.

Exclude offers In the Saudi Competition and Government Procurement Law « Analytical Study»

Dr. Hamoud Atef Mubarak Al-Qahtani

Assistant Professor of Systems Law at the College of Sciences and Humanities in Al-Quwayiyah, Shaqra University

(Sent to the magazine on 4/21/2024 AD, and accepted for publication on 6/18/2024 AD)

Abstract:

Public competition is governed by a number of principles: openness, cultural competitiveness, equality, transparency, and opportunities. Although freedom of participation requires that the person not be excluded or prevented from entering the competition, general French requires granting the administration the authority to exclude bids in certain circumstances. If the distancing takes place within the framework of the border system, it does not begin with the competitiveness of diversity, because that has become common. There are also legal guarantees that the system guarantees to the competitors in exchange for this administration, including the right to appeal to the administration and the new administrative fees. The effective system also indicated that the administration approves the injustice or cancels the decision to exclude competitors completely.

key words: Exclusion, offers, system, competitions.

مقدمة:

تُعد العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية للسلطة الإدارية، وهي محكومة بضوابط وإجراءات تعد من النظام العام، والأصل في إبرام عقود السلطة الإدارية أن يتم وفق أسلوب أساسي، وهو المنافسة العامة، وإن كان النظام قد استحدث عددًا من الأساليب الأخرى وحدد أحوال معينه لاستخدامها في تنفيذ الأعمال والمشتريات الحكومية. وأن المنافسة العامة يحكمها مبادئ أساسية، وهي: مبدأ العلانية، ومبدأ حرية المنافسة، والمساواة، والشفافية وتكافؤ الفرص.

ومن البديهي أن يتم الإعلان عن المنافسة وفق الشكل النظامي، وإلا ما أمكن إجراء منافسة عامة، كذلك يجب أن تلتزم الإدارة بمبدأ المساواة بين المتنافسين وفق الحدود والضوابط القانونية، وأخيرًا يجب أن تلتزم الإدارة بتمكين من يرغب في الدخول في المنافسة من الاشتراك فيها، وهذا يقتضي عدم جواز منع أي شخص من الدخول في المنافسة، إلا أن هذا الحق يجب أن يقيد للمصلحة العامة وبما لا يتعارض مع مبدأ حرية المنافسة؛ لذلك فقد منحت الإدارة سلطة استبعاد العروض من المنافسة.

وتتباين هذه السلطة من حيث نطاقها بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة؛ فمنها السلطة المقيدة بحيث تفرض على الإدارة وجوبًا استبعاد العرض، ومنها السلطة التقديرية التي تمنح فيها لجهة الإدارة حق تقدير الاستبعاد أو عدمه.

ولضمان حقوق المتنافسين؛ فقد تم تنظيم إجراءات الاعتراض على قرار السلطة الإدارية باستبعاد العروض، وذلك من خلال كفالة حق التظلم خلال فترة التوقف الوجوبية، وكذلك تحديد الآثار القانونية المترتبة على التظلم وكذلك الآثار المترتبة على قبوله.

ثانيًا: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في بيان مدى التوازن ما بين مبدأ حرية المنافسة وتحقيق المصلحة العامة التي تستوجب منح الإدارة سلطة في استبعاد العروض في أحوال معينة، والإجابة عن تلك التساؤلات:

1. ما هو مفهوم استبعاد العروض وعلاقته بمبدأ حرية المنافسة؟
2. ما هي حالات استبعاد العروض ونطاق سلطة الإدارة بشأنها؟
3. هل استبعاد العروض في نطاق الحدود النظامية يخل بمبدأ حرية المنافسة؟
4. ما هي الآثار المترتبة على إلغاء قرار الاستبعاد بالنسبة للإدارة والمتنافسين؟

ثالثًا: الأهمية العلمية للموضوع:

تكمن الأهمية العلمية لموضوع هذا البحث في العناصر الآتية:

1. وضع إطار عام لمفهوم استبعاد العروض من المنافسة.
2. بيان حالات استبعاد العروض ونطاق سلطة الإدارة بشأنها.
3. تسليط الضوء على النصوص النظامية المتعلقة باستبعاد العروض من المنافسة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.
4. بيان الآثار المترتبة على إلغاء قرار الاستبعاد بالنسبة للإدارة والمتنافسين.

رابعًا: أهداف البحث:

1. توضيح آراء فقهاء القانون لمفهوم استبعاد العرض من المنافسة.
2. دراسة النصوص النظامية المتعلقة بسلطة الإدارة في استبعاد العروض وضمانات المتنافسين.
3. تحديد الآثار المترتبة على استبعاد العرض، وكذلك آثار التظلم من هذا القرار والآثار المترتبة على قبوله.
4. معالجة الإشكاليات العملية المتعلقة ببيان مدى مشروعية سلطة الاستبعاد وعدم تعارضها مع مبدأ حرية المنافسة.

خامسًا: أسباب اختيار الموضوع:

هناك العديد من الأسباب الشخصية والعلمية التي ترتبط بإشكالية البحث وأهميته، منها:

1. الرغبة في بحث الموضوع، والرغبة في وضع الحلول للإشكاليات العلمية التي يطرحها.
2. الرغبة في الإسهام بإضافة جديدة إلى الدراسات السابقة التي تناولت الموضوع.
3. الوقوف على مبدأ حرية المنافسة ومبدأ تحقيق المصلحة العامة وإيضاح التوازن بينهما.
4. إفادة الباحثين في هذا المجال من خلال جمع شتات الموضوع من كتب الفقه القانوني، والمدونات القضائية في بحث واحد.

سادسًا: حدود البحث:

1. حدود البحث الموضوعية:

تتمثل حدود البحث الموضوعية في دراسة موضوع استبعاد العروض في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، مع التقيد في ذلك بالتقسيم الموضوعي للخطة ومنهج البحث، وسوف تشمل هذه الدراسة الأنظمة التالية:

1. نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (128/م) وتاريخ 1440/11/13هـ.
2. اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (3479) في 1441/8/11هـ.

2. حدود البحث المكانية:

تتمثل حدود البحث المكانية في المملكة العربية السعودية باعتبارها مجال التطبيق للحدود الموضوعية المذكورة سلفًا.

3. حدود البحث الزمانية:

في هذا البحث أقوم بدراسة الموضوع بناءً على ما ورد في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والتطبيقات المعاصرة لصدور نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (128/م) وتاريخ 1440/11/13هـ، ولائحته التنفيذية والتطبيقات القضائية إن وجدت.

سابعًا: الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى بعنوان: حالات استبعاد العروض للدكتور إبراهيم الحديثي، منشور على موقع جامعة الملك سعود، عبارة عن ست صفحات تكلم فيها عن حالات استبعاد شكلية وموضوعية بحسب تقسيمه، وكان ذلك وفق نظام المنافسات والمشتريات السابق- الملغي- رقم م / 58 وتاريخ 1427/9/4هـ.

ويتميز هذا البحث عنه بأن إجراءه وفق نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد رقم (128/م) وتاريخ 1440/11/13هـ، الساري والمطبق حاليًا، كما أنه يتضمن إضافة جديدة تتمثل في ضمانات المتنافسين تجاه هذه القرارات وحق الطعن عليها، والربط ما بين استبعاد العروض من المنافسة ومبادئ المنافسة العامة.

الدراسة الثانية بعنوان: أحكام منازعات القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي الجديد «دراسة تحليلية مقارنة» حمدي محمد العجمي، بدون تاريخ. وقد تناول فكرة القرارات المنفصلة عن العقد الإداري بشكل عام والتظلم منها والاعتراض عليها وفق نظام المنافسات الجديد رقم (128/م) وتاريخ 1440/11/13هـ، وتمثل إحدى صور القرارات المنفصلة عن العقد، قرارات استبعاد العرض من المنافسة، إلا أنه لم يتطرق في بحثة لقرارات استبعاد العروض من المنافسة وصورها تحديدًا، ولم يتطرق إلى علاقتها بمبادئ المنافسة العامة.

ثامنًا: منهج البحث:

سوف أتبع –بإذن الله تعالى– في كتابة هذا البحث المنهج التحليلي، مع شرح وتأصيل الفكرة وبيان الآراء المختلفة ونقدها، ومن ثم استخلاص النتائج وترتيب التوصيات، مع اتباع المنهجية الآتية:

1. الرجوع إلى المصادر القانونية في جمع المادة العلمية، وتحريرها وتوثيقها من الأنظمة السعودية.
2. الاعتماد على المراجع الأصلية، في التحرير والتوثيق، مع ذكر المراجع الحديثة حسب مقتضيات البحث.
3. تدعيم المادة العلمية –قدر الإمكان– بالأحكام القضائية الصادرة من محاكم المملكة العربية السعودية والمبادئ التي أقرتها محاكم الاستئناف وهيئة التدقيق فيما يتعلق بموضوع البحث، مع تناول هذه الأحكام والمبادئ القضائية بالبحث والتحليل في إطار موضوع البحث.
4. التركيز على موضوع البحث، وتجنب الإطالة والاستطراد في شرح ما يخرج عن صلب الموضوع، باستثناء ما يقتضيه البحث، وبالقدر الملائم لإيضاحه، دون إبهام أو غموض في أي من جوانبه.
5. التقيد بقواعد اللغة العربية وعلامات التنصيص والترقيم وسلامة اللغة في الكتابة واللفظ والصياغة.
6. كتابة الخاتمة في نهاية البحث بحيث تتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها، ثم إعداد الفهارس.

تاسعًا: خطة البحث:

يشتمل هذا البحث على مقدمة، ومبحثين، وخاتمة.

المقدمة: وتشتمل على التمهيد ومشكلة البحث والأهمية العلمية للموضوع وأهدافه، وأسباب اختياره، وحدود البحث، ومنهج البحث، والخطة.

المبحث الأول: مبادئ المنافسة العامة ومفهوم استبعاد العروض من المنافسة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المبادئ الأساسية التي تحكم المنافسة العامة.

المطلب الثاني: مفهوم استبعاد العروض من المنافسة، وتكييفه النظامي.

المبحث الثاني: حالات استبعاد العروض بحسب سلطة الإدارة بشأنها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حالات الاستبعاد الوجوبي للعروض.

المطلب الثاني: حالات الاستبعاد الجوازي للعروض.

المبحث الثالث: الضمانات النظامية لحرية المنافسة عند استبعاد العروض، وآثار إلغاء قرار الاستبعاد، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تقيد الإدارة بالمشروعية الشكلية والموضوعية لقرار استبعاد العرض.

المطلب الثاني: الاعتراض على قرار استبعاد العرض

المطلب الثاني: الآثار النظامية المترتبة على إلغاء قرار استبعاد العرض.

الخاتمة: وتتضمن نتائج وتوصيات البحث.

المبحث الأول

مبادئ المنافسة العامة ومفهوم استبعاد العروض من المنافسة

تمهيد:

نظرًا لأن مشكلة البحث تكمن في بيان مدى التوازن ما بين مبدأ حرية المنافسة وتحقيق المصلحة العامة التي تستوجب منح

الإدارة سلطة في استبعاد العروض في أحوال معينة، وهو ما يقتضي بيان المبادئ الأساسية التي تحكم المنافسة، ثم بعد ذلك أبين مفهوم استبعاد العروض من المنافسة وتكييفه النظامي، وذلك من خلال المطالب الآتية.

المطلب الأول: المبادئ الأساسية التي تحكم المنافسة العامة

إن المنافسة العامة تعد الوسيلة الأساسية لتنفيذ الأعمال والمشتريات الحكومية؛ لذلك حدد النظام إجراءاتها وضوابطها والمبادئ الأساسية التي تحكمها.

وتعرف المنافسة: بأنها مجموعة من الإجراءات التي تتخذها الإدارة في سبيل الحصول على أفضل الأسعار إما زيادة أو نقصانًا، أما فضل الأسعار للإدارة في المناقصة فهو أقل الأسعار وأفضل الأسعار في المزايدة وهو أعلى الأسعار (المطوع، 1429هـ).

وتعد المنافسة أفضل وسيلة لتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة والشافية الإدارية وضمان لحماية المال العام (شطناوي، 1435)؛ لذلك تضمن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي (1440) في المادة السادسة منه النص على «تخضع المنافسة العامة لمبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص» (مرسوم128).

كما تضمن قانون تنظيم التعاقدات (2018) التي تبرمها الجهات العامة المصري في المادة السادسة من أيضًا علة «تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص» (قانون 182).

وإن كان نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي لم ينص بشكل صريح على مبدأ حرية المنافسة مثل نص القانون المصري، فإنه يمكن استخلاصه؛ كونه لازمًا ومتكاملًا مع المبادئ التي تحكم المنافسات العامة التي ورد النص عليها في النظام، ومنها المبادئ الآتية: وتقوم على: العلانية، وحرية المنافسة، والمساواة، والشفافية، وتكافؤ الفرص.

أولًا: مبدأ حرية المنافسة:

تعني حرية المنافسة حرية دخول المنافسة التي تعلن عنها الإدارة في الحدود التي يحددها القانون، ومبدأ حرية المنافسة بهذا المعنى يعد من الإجراءات الحاكمة لنظام المنافسات العامة (نصار، د.ت).

وترتيبًا على ذلك؛ فإن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المؤسسات في الدخول إلى المنافسة التي أعلنت عنها طالما أن المتقدم قد استوفى الشروط التي يتطلبها النظام، وقد ورد النص في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي (1440) على «لا يجوز قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقًا لأحكام النظام» (رقم128).

وحرية التقدم في المنافسة يؤدي إلى ضرورة ضمان حرية المنافسة في إجراءاتها، فكل إجراء يؤدي إلى تقييد حرية التقديم في المنافسة، يؤدي في الوقت ذاته إلى النيل من حرية المنافسة (نصار، د.ت).

كما أن حرية الإدارة في اختيار الشخص المتعاقد معها مقيده بالعديد من القيود والضوابط التي تكفل عدم إساءة استخدام السلطة المختصة لصلاحيتها القانونية لما ينطوي عليه ذلك من تفريط بالمصلحة العامة (شطناوي، 1435هـ).

وتضمنت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (1441) التأكيد على استهداف المصلحة العامة بشكل أساسي عند تأمين الأعمال والمشتريات؛ حيث نصت على أنه «يجب أن يكون تأمين الأعمال والمشتريات مبنيًا على تحقيق المصلحة العامة والاحتياج الفعلي للجهة، وأن تراعى الجودة وتحقيق الكفاءة الاقتصادية في تلك الأعمال والمشتريات، وأن يتم الأخذ في الاعتبار الجوانب التنموية والخطط الاستراتيجية المعتمدة» (مادة2).

ومبدأ حرية المنافسة، وإن كان يعني حرية دخول المنافسة التي تعلن عنها الإدارة، فإن الأمر لا يعني أن هذه الحرية مطلقة، فثمة قيود قد نص عليها القانون أو أن الإدارة تضعها بما لها من سلطة تقديرية تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو المشروعات من دخول

المناقصات العامة، ودون أن يعد ذلك إخلالًا بمبدأ حرية المنافسة الواجب توافره في إجراء المنافسة (نصار، د.ت).

ثانيًا: مبدأ العلانية:

إن مبدأ العلانية يعني وضع مبدأ حرية المنافسة موضوع التطبيق؛ إذ يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراءً أساسيًا وجوهريًا بالنسبة للمنافسة العامة، ومقتضاه توجيه الدعوة إلى كافة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التقاعد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة والتنافس على أساسها (نصار، د.ت).

كما أن الإعلان عن المنافسة يترتب عليه تحقيق تكافؤ الفرص وإتاحة الفرص لجميع الراغبين من الأفراد والشركات للتقاعد مع الإدارة شريطة استيفاء الشروط القانونية المطلوبة؛ حيث يتحقق العلم لجميع الأفراد والشركات برغبة الإدارة بالتقاعد خلال فترة زمنية كافية ومعلومة للجميع (شطناوي، 1435).

وعلى ذلك، فإن تحقيق مبدأ العلانية من شأنه تطبيق مبدأ حرية المنافسة، وكذلك تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص.

وقد تضمن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي (1441) النص على «يتم الإعلان عن المنافسة العامة في البوابة، وفقًا لما توضحه اللائحة» (مادة29).

كما تضمنت اللائحة التنفيذية من نظام المنافسات والمشتريات (1441) النص الآتي:

تعلن الجهة الحكومية عن المنافسة العامة وفقًا للإجراءات الآتية:

1. يكون الإعلان عن جميع المنافسات العامة في البوابة، على أن يستمر الإعلان حتى الموعد النهائي لتقديم العروض، وللجهة الحكومية –بالإضافة إلى الإعلان في البوابة– أن تعلن في موقعها الإلكتروني أو الجريدة الرسمية أو أي وسيلة أخرى تراها مناسبة.

2. يتم الإعلان خارج المملكة للأعمال والمشتريات التي تتم في الخارج وتلك التي لا يتوفر لها أكثر من متعهد أو مقاول واحد داخل المملكة، وذلك بالإضافة إلى الإعلان عنها في الداخل وفقًا للمشار إليه في الفقرة (1) من هذه المادة.

3. يكون الإعلان خارج المملكة في المواقع الإلكترونية الإعلانية في البلد المراد تنفيذ الأعمال والمشتريات فيه، وفي الموقع الإلكتروني لسفارة المملكة إن وجد. ويجوز للجهة الحكومية أن تضيف على تلك الوسائل أي وسيلة أخرى تراها مناسبة؛ على أن يكون الإعلان باللغتين العربية والإنجليزية ولغة البلد المعلن فيه وأي لغة أخرى ترى الجهة الحكومية مناسبتها.

4. يجب أن يتضمن إعلان المنافسة العامة البيانات الآتية كحد أدنى:

أ– اسم الجهة المعلنة.

ب– رقم المنافسة ووصفها وغرضها.

ج– مجال التصنيف إن وجد.

د– تكاليف وثائق المنافسة ومكان دفعها.

هـ– آخر موعد لاستقبال العروض، وتاريخ فتح العروض.

5. في حال تعذر نشر إعلان المنافسة العامة في البوابة لأسباب فنية، يعلن عنها في الجريدة الرسمية وموقعها الإلكتروني، والموقع الإلكتروني للجهة صاحبة المشروع، على أن تقوم الجهة بنشر الإعلان في البوابة عند عودتها للعمل ما لم تنتهي مدة تلقي العروض. (مادة33).

كما بينت اللائحة التنفيذية الحد الأدنى لمدة الإعلان والنشر في البوابة الالكترونية؛ إذ تضمن اللائحة التنفيذية النص على: يجب ألا تقل المدة من تاريخ نشر الإعلان في البوابة وحتى الموعد النهائي لتقديم العروض عن الآتي:

أ– (خمسة عشر) يومًا للأعمال والمشتريات التي تبلغ كلفتها التقديرية (خمسة ملايين) ريال فأقل.

ب- (ثلاثون) يومًا للأعمال والمشتريات التي تبلغ كلفتها التقديرية أكثر من (خمسة ملايين) ريال وتقل عن (مائة مليون) ريال.

ج- (ستون) يومًا للأعمال والمشتريات التي تبلغ كلفتها التقديرية (مائة مليون) ريال فأكثر.» (مادة34).

ثالثًا: مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص:

تضمن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي النص على مبدأ المساواة «يعطى جميع الأشخاص الراغبين في التعامل مع الجهة الحكومية، ممن تتوافر فيهم الشروط التي تؤهلهم لهذا التعامل؛ فرصًا متساوية ويعاملون على قدم المساواة.» (نظام المنافسات، 1440، مادة4).

كذلك تضمن نظام المنافسات (1440) التأكيد على مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص حيث نص على «تُوفَر للمتنافسين معلومات واضحة وموحدة عن الأعمال والمشتريات المطلوبة، ويمكّنون من الحصول عليها في وقت محدد» (مادة5).

فإذا كانت المساواة تعني وحدة العاملة عند تماثل الظروف، فلا يتنافى مع مبدأ المساواة تحديد الأشخاص أو الشركات التي يسمح لها بالاشتراك في المناقصة شريطة أن يكون هذا التحديد موضوعيًا؛ أي يستند إلى معايير موضوعية بحتة، وكان يقتصر حق التقديم لبعض المنافسات على الوطنيين فقط، أو أن يقتصر حق التقدم لبعض مناقصات الأشغال العامة على بعض شركات المقاولات من شركات الفئة الأولى مثلًا، كما لا يتنافى مع مبدأ المساواة مع التعامل مع فئات معينة من الأفراد والشركات لأسباب ذاتية خاصة بكل فئة من الفئات المستبعدة (شطناوي، 1435هـ).

رابعًا: الشفافية الإدارية:

الشفافية الإدارية تعني: العلانية والتصريح الواضح للبيانات والآليات والواردات والصادرات والمصروفات الحكومية والإدارية من خلال وسائل الإعلام والوسائل الرقابية الأخرى؛ مما يتيح للمجتمع المدني والإعلام والقضاء والمواطنين كافة معرفة مجريات الأعمال الإدارية والحكومية (المهايني، 2009). وتعرف أيضًا بأنها: آلية الكشف والإعلان من جانب الدولة عن أنشطتها كافة في التخطيط والتنفيذ (مطر، 2011).

وتعد الشفافية الإدارية من أهم المبادئ التي تحكم المنافسات العامة باعتبارها أحد أساليب إبرام العقود الإدارية، فهي أحد أهم أهداف النظام التي يتعين تحقيقها؛ حيث نص نظام المنافسات السعودي (1440) في الفقرة (4) على أنه يهدف إلى «ضمان الشفافية في جميع إجراءات الأعمال والمشتريات» (مادة2). كما يتضمن النظام أيضًا على أن مبدأ الشفافية من المبادئ التي تحكم المنافسة.

المطلب الثاني: مفهوم استبعاد العروض من المنافسة، وتكييفه النظامي

الفرع الأول: مفهوم استبعاد العرض من المنافسة:

لم يرد في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي (1440) تعريفًا لمفهوم استبعاد العرض من المنافسة؛ ولكن هناك من شراح الأنظمة من تطرق إلى بيان المقصود بذلك الإجراء، وقد بين أن الاستبعاد هو قرار تصدره الإدارة، ويتضمن استبعاد أحد العروض التي قدمت في المنافسة لأسباب يحددها القانون (نصار، د.ت).

ويُعد قرار الاستبعاد قرارًا موضوعيًا لا ينصب على شخص المتنافس، وإنما يوجه للعرض في ذاته، وهو إجراء فردي ينطبق على حاله معينة بذاتها، فهو يستبعد عرضًا معينًا بالذات مقدمًا في منافسة معينة (عياد، 1973).

وهنا يجب التفرقة ما بين استبعاد العرض المنصب على العرض ذاته، وشخص مقدم العرض؛ إذ يمكن أن يكون استبعاد العرض لأسباب تتعلق بشخص مقدِّمه، كان يكون مقدم العرض من الأشخاص الممنوعين من التعامل مع الجهات الحكومية، أو أن مقدم العرض لم يجتاز متطلبات التأهيل لمنافسة معينه، فإن ذلك لا يغير الطبيعة الموضوعية لقرار الاستبعاد.

وعلى ذلك، فإن قرار الاستبعاد يمتاز بخاصيتين أساسيتين هما: الموضوعية، والغائية. فيقصد بالموضوعية أنه لا ينصب على شخص المتنافس، وإنما يوجه للعرض في ذاته، فيستبعد عرضًا معينًا بالذات مقدمًا في منافسة معينة. كما يقصد بالغائية أنه يستهدف تحقيق المصلحة العامة؛ أي يستهدف حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد (شطناوي، 1435هـ).

إلا أن النظام السعودي يلزم الجهة الحكومية بإعلان نتائج المنافسة وإشعار بقية المتنافسين بذلك؛ حيث تضمن نظام المنافسات (1440) النص على «على الجهة الحكومية إعلان نتائج المنافسة، وإشعار بقية المتنافسين بذلك، وفقًا لما توضحه اللائحة» (مادة49).

كما تضمن اللائحة التنفيذية (1441) النص على إلزام الجهة الحكومية بإبلاغ المتنافسين –خلاف العرض الفائز– بنتائج المنافسة وأسباب استبعادهم؛ حيث تضمنت النص على « 2. يُبلغ المتنافسون الآخرون بنتائج المنافسة، وأسباب استبعادهم بما في ذلك الدرجات الفنية لعروضهم» (مادة85).

ويمكن أن نستنتج من هذه المادة أن النظام واللائحة التنفيذية يستوجبان إبلاغ المتنافسين بنتائج المنافسة، وعلى وجه الخصوص أسباب استبعادهم بما في ذلك الدرجات الفنية لعروضهم.

الفرع الثاني: التكييف النظامي لاستبعاد العرض من المنافسة:

القضاء الإداري يعتبر قرار جهة الإدارة المتضمن استبعاد العرض من القرارات القابلة للانفصال، والتي تعرف بأنها:

تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها –أو السلطات العامة بصفة عامة– في إطار عملية مركبة مع إمكان تجنيب هذه التصرفات لتمثل على حده قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية، ودون أن يؤثر في كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية (أبو العينين، 2004، ص ص120–122).

وعلى ذلك يمكننا تعريف استبعاد العرض من المنافسة بأنه: «قرار موضوعي منفصل عن العملية التعاقدية التي تنفذها الإدارة؛ متضمن استبعاد عرض مقدم في منافسة لأسباب معينه حددها النظام تجيز لجهة الإدارة إصداره».

المبحث الثاني

حالات استبعاد العروض بحسب سلطة الإدارة بشأنها

في هذا المبحث أبين حالات استبعاد العروض بحسب طبيعة سلطة الإدارة؛ فهناك حالات تكون سلطة الإدارة فيها مقيدة ويكون الاستبعاد وجوبيًا، وهناك حالات تكون سلطة الإدارة فيها تقديرية، وهنا يكون الاستبعاد جوازيًا. ونبين ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: حالات الاستبعاد الوجوبي للعروض

إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية قد حدد حالات يستوجب فيها على الإدارة استبعاد العرض استنادًا إلى سبب معين يوجب عليها ذلك، وعليه، فإن الاستبعاد الوجوبي يعني أنه على لجنة فحص العروض استبعاد العروض المخالفة وجوبًا، وبذلك لا تتمتع اللجنة بصلاحية تقديرية، بل إن صلاحياتها مقيدة (شطناوي، 1435).

وبناءً على ذلك، فإن سلطة الإدارة حيال الاستبعاد الوجوبي هي سلطة مقيدة، يقصد بالسلطة المقيدة أن لا تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه، فالقانون يفرض عليها عن توفر شروط صعبة أو قيام عناصر واقعية محددة وإصدار قرار معين، وقد يحدد الهدف الذي يتعين على الإدارة تحقيقه في الوقت المناسب (راضي، 2012).

وتختص لجنة فحص العروض بشكل مباشر باستبعاد العروض المشوبة بأحد المبررات النظامية التي توجب عليها استبعاده، وذلك دون اقتضاء التوصية لصاحب الصلاحية في الترسية باستبعاد هذا العرض؛ حيث يسهل على الإدارة تطبيقها، وكذلك بسهل على الأفراد التمسك بها؛ حيث يكفي أن يثبت الفرد الشروط المادية التي يتطلبها القانون؛ لكي يتحتم على الإدارة أن تستجيب لطلباته، فإذا انحرفت عن الطريق الصحيح فالقضاء هو الذي يردها، دون أن يكون لها درع تستتر خلفه؛ لهذا وسعت القوانين الحديثة من نطاق السلطات المقيدة، ولكن الإسراف في تقييد الإدارة تقييدًا كبيرًا يؤدي إلى عواقب وخيمة؛ لذلك فالسلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة (الطماوي، 2014).

وقد ورد النص في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي (1440) على حالات الاستبعاد الوجوبي، وهي:

أولًا: عدم تقديم الضمان الابتدائي:

حيث تضمن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية (1440) النص على وجوب تقديم الضمان الابتدائي؛ حيث تضمن «يُقدم المتنافس مع عرضه ضمانًا ابتدائيًا بنسبة تتراوح من (1%) إلى (2%) من قيمة العرض. ويستبعد العرض الذي لم يقدم معه الضمان» (مادة41).

كما تضمنت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (1441) النص على:

لا يجوز قبول العرض الذي يقدم بدون ضمان ابتدائي، ويجب على الجهة الحكومية قبول الضمان الناقص متى كانت نسبة النقص لا تتجاوز (10%) من قيمة الضمان المطلوب، وفي هذه الحالة، على لجنة فحص العروض – قبل التوصية بالترسية على مقدم الضمان الناقص– أن تطلب منه استكمال النقص في الضمان خلال مدة تحددها اللجنة لا تزيد عن (عشرة) أيام عمل، وإلا عدّ منسحبًا ولا يعاد له الضمان الابتدائي. (مادة70).

وبالتالي فإن عدم تقديم الضمان الابتدائي يترتب عليه وجوبًا استبعاد العرض وعدم قبوله، ويستثني من ذلك الآتي:

–1 حالة نقص قيمة الضمان بما لا يتجاوز 10%، على أن يمنح مقدمه فرصة لإكماله لا تتجاوز 10 أيام وإلا عدّ منسحبًا.

–2 الحالات المعفاة من تقديم الضمان الابتدائي وهي كل من: (الشراء المباشر –المسابقة– تعاقدات الجهات الحكومية فيما بينها – التعاقد مع مؤسسة أو جمعية أهلية أو كيان غير هادف إلى الربح –التعاقد مع المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية).

ويلحظ أن نظام المنافسات الجديد قد وازن ما بين وجود أخطاء حسابية في المشروع بنسبه لا تتجاوز 10% من قيمته ولا تبرر الاستبعاد، وبين احتمال وجود نقص في قيمة الضمان الابتدائي بمقدار هذه القيمة؛ وعليه أستثني النظام ذلك من حالات الاستبعاد الوجوبي، وسمح بقبول العرض مع منح مهلة لإكمال الضمان، وهو ما لم يكن متضمنًا لنظام المنافسات الصادر عام 1427هـ القديم الملغي.

ثانيًا: عدم اجتياز التأهيل المسبق:

التأهيل المسبق هو: تحقق الجهة الحكومية من توافر المؤهلات والقدرات اللازمة لتنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات لدى المتنافسين قبل تقديمهم العروض.

وتنص اللائحة التنفيذية (1441) على «للجهة الحكومية إجراء التأهيل المسبق في المشاريع الكبرى أو المعقدة، أو ذات التكلفة المرتفعة التي تزيد تكلفتها التقديرية عن (خمسين) مليون ريال، وذلك لغرض تحديد المتنافسين المؤهلين قبل دعوتهم لتقديم العروض.» (مادة15).

ويتم إجراء التأهيل المسبق وفق معايير محددة؛ حيث تضمن النظام (1440) النص على «يجب أن تكون معايير التأهيل المسبق

أو اللاحق موضوعية وقابلة للقياس ومتعلقة بالقدرات الفنية والمالية والإدارية ومقدار الالتزامات التعاقدية للمتنافسين، وبما يتناسب مع طبيعة المشروع أو العمل وحجمه وقيمته.» (مادة20).

ويلزم على الجهة الحكومية إبلاغ المتنافس –مقدم العرض– بنتيجة تأهيله بما في ذلك أسباب استبعاده في حال عدم اجتيازه للتأهيل، وتتم دعوة من اجتاز التأهيل المسبق لاستكمال إجراءات المنافسة (لائحة نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، 1441، مادة19).

وقد استحدث نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد هذه الحالة ضمن حالات الاستبعاد الوجوبي؛ حيث لم تكن موجودة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر عام1427هـ الملغي؛ وذلك لضمان حصول الجهة الحكومية على أفضل العروض من حيث المواصفات والكفاءة الفنية.

ثالثًا: استبعاد العرض المقدم من المتضامنين في حال انسحاب أحدهما:

في حال تقدم عرض من متنافسين متضامنين، وانسحاب أحدهما، فإنه يجب على الإدارة استبعاد العرض الآخر؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية (1441) على «ثالثًا: على الجهة الحكومية استبعاد العرض المقدم من المتضامنين في حال انسحاب أحدهما أو إخلاله بشروط المنافسة أو أحكام النظام وهذه اللائحة، ما لم يكن المتضامن الآخر مؤهلًا للقيام بتلك الأعمال منفردًا بعد أخذ موافقته كتابيًا» (مادة31).

رابعًا: مخالفة الشروط والمواصفات وجداول الكميات المعتمدة أو تعديلها:

تضمنت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (1441) النص على الاستبعاد الوجوبي للعرض المقدم بخلاف شروط المنافسة ومواصفاتها وجداول الكميات كالآتي: «يجب على المتنافس تقديم سعره وفقًا للشروط والمواصفات وجداول الكميات المعتمدة، ولا يجوز له إجراء أي تعديل أو إبداء أي تحفظ عليها أو شطب أي بند من بنود المنافسة أو مواصفاتها، ويستبعد العرض المخالف لذلك» (مادة69).

إن كان الاستبعاد وجوبيًا في هذه الحالة فإنه يرد عليه استثناء مقيد بكون المخالفة شكلية وغير مؤثرة في قدرة صاحب العرض على التنفيذ وفق الشروط والمواصفات المطلوبة؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية (1441) على «يستبعد العرض المخالف للشروط والمواصفات ووثائق المنافسة، وللجنة فحص العروض أن ترى خلاف ذلك في حال كانت المخالفة شكلية وغير مؤثرة على قدرة صاحب العرض على الالتزام بالشروط والمواصفات.» (مادة64).

كما أيدت هيئة التدقيق (1322) حكم المحكمة الإدارية برفض الدعوى المتضمنة اعتراض المدعي على قرار استبعاد عرضه المقدم منه وعدم التفاوض معه؛ «إذ إن مبدأ التفاوض يكون مع صاحب العطاء الأقل سعرًا والمطابق للشروط والمواصفات،... وبناءً على ذلك يجب استبعاد أي عطاء مخالف لذلك لا أن يتم التفاوض معه» (رقم 1/214/ق).

خامسًا: عدم توافر الشهادات والوثائق المطلوبة:

يجب على مقدم العرض الراغب في الدخول في المنافسة تقديم الوثائق المطلوبة والمحددة بالمادة الثالثة عشرة من اللائحة التنفيذية (1441)، وهي:

1. يجب أن تتوافر لدى الراغبين في التعامل مع الجهات الحكومية لتنفيذ مشترياتها وأعمالها – بموجب النظام وهذه اللائحة– الوثائق التالية:

أ– السجل التجاري، أو التراخيص النظامية في مجال الأعمال المتقدم لها متى كان المتنافس غير ملزم نظامًا بالقيد في السجل التجاري.

ب- شهادة سداد الزكاة أو الضريبة، أو كليهما متى كان المتنافس ملزمًا نظامًا بسداد الزكاة والضريبة.

ج- شهادة من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بتسجيل المنشأة في المؤسسة وسداد الحقوق التأمينية.

د- شهادة الانتساب إلى الغرفة التجارية، متى كان المتنافس ملزمًا نظامًا بالانتساب إلى الغرفة.

هـ- شهادة تصنيف في مجال الأعمال المتقدم لها، إذا كانت تلك الأعمال مما يشترط لها التصنيف.

و- شهادة الانتساب إلى الهيئة السعودية للمقاولين، إذا كانت الأعمال المتقدم لها متعلقة بالإنشاءات والمقاولات.

ز- شهادة الانتساب إلى الهيئة السعودية للمهندسين، إذا كانت الأعمال المتقدم لها أعمالًا هندسية.

ح- ما يثبت أن المنشأة من المنشآت الصغيرة والمتوسطة المحلية، إذا كانت المنشأة من تلك الفئة، وذلك حسب ما تقرره الهيئة العامة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة.

ط- شهادة تحقيق النسبة المطلوبة لتوطين الوظائف.

ي- أي وثائق أخرى تطلبها الجهة الحكومية حسب طبيعة المشروع.

2. يجب أن تكون الوثائق المشار إليها في الفقرة (1) من هذه المادة سارية المفعول عند فتح العروض.

3. يشترط في التعامل مع المؤسسات أو الجمعيات الأهلية أو الكيانات غير الهادفة للربح أن تكون حاصلة على شهادة تسجيل تثبت أنها مؤسسة أو جمعية أهلية أو كيان غير هادف للربح من الجهة المختصة.

وفي حال عدم توفر أي منها لدى مقدم العرض فإنه يستبعد وجوبًا، واستثناء من ذلك يجوز قبل الاستبعاد منحه مهلة لاستكمال الشهادات أو تجديدها، فإذا لم يستكملها أو يجددها فإنه يتم استبعاد العرض، وقد نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات (1441) على ذلك:

إذا لم تتوافر لدى صاحب العرض أي من الشهادات المطلوبة المشار إليها في المادة (الثالثة عشرة) من هذه اللائحة، أو كانت تلك الشهادات منتهية الصلاحية، فيمنح صاحب العرض مدة تحددها لجنة فحص العروض على ألا تزيد عن (عشرة) أيام عمل لاستكمال تلك الشهادات، فإن لم يقدمها في الوقت المحدد؛ يستبعد من المنافسة ويصادر ضمانه الابتدائي (مادة77).

حيث قضت محكمة الاستئناف الإدارية (1430) بتأييد الحكم الصادر برفض دعوى الطعن على قرار استبعاد العطاء المقدم لعدم استيفاء شروط المنافسة؛ «حيث تضمنت شروط المنافسة شرط تقديم شهادة الأيزو في بداية التقديم مع إمهالها مدة ثلاثة أيام ومن ثم يكون عطاؤها غير مستوفي للشروط» (رقم1654/1/ق).

سادسًا: إذا كان العرض مبنيًا على تخفيض نسبه أو قد معين من أقل العروض:

حيث تضمنت اللائحة التنفيذية (1441) النص على الاستبعاد الوجوبي للعرض المتضمن تخفيض نسبه مئوية أو قد معين من أقل العروض. ولعل العلة واضحة في استبعاد مثل هذا العرض؛ كونه يخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

سابعًا: استبعاد العرض لعدم تسعير بعض الأصناف في عقود التوريد:

حيث تضمنت اللائحة التنفيذية (1441) النص على «في عقود التوريد، يعتبر المتنافس كأن لم يقدم عرضًا بالنسبة إلى الأصناف غير المسعرة، ويستبعد عرضه إذا لم تجز شروط المنافسة التجزئة» (مادة2).

وقد تضمنت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (1441) شروط تجزئة المنافسة مع مراعاة ما ورد في المادة (السادسة والعشرين) من النظام، يشترط لتجزئة المنافسة ما يلي:

ألا يكون الهدف من التجزئة التحول إلى أساليب الشراء الأخرى.

تضمين وثائق المنافسة أسلوب التجزئة، والبنود المزمع تجزئتها، وآلية ترستيها.

أن تكون طبيعة الأعمال والمشتريات قابلة للتجزئة فعليًا من حيث القيمة والمدة والبنود والعناصر.

في حال اقتضت المصلحة تجزئة البنود المتماثلة؛ فيجب الحصول على موافقة مركز تحقيق كفاءة الإنفاق قبل طرح المنافسة.

أن يكون في تجزئة المنافسة تحقيقًا للمصلحة العامة (مادة30).

ويلحظ أن شرط الاستبعاد هنا خاص بعقود التوريد فقط، أما غيرها من العقود فإن عدم تقديم عرض سعر لبعض البنود يمكن اعتبارها محملة على بنود أخرى أو استبعاده جوازًا (اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، 1441).

حيث قضت هيئة التدقيق (1419، رقم 1/1/1211ق) بتأييد الحكم الصادر برفض دعوى الطعن على قرار استبعاد العطاء الأقل سعرًا لإغفال تسعير بعض البنود.

ثامنًا: رفض المتنافس إعادة التسعير الذي قامت به لجنة فحص العروض:

حيث تضمنت اللائحة التنفيذية (1441) النص على «للجنة فحص العروض إعادة تسعير البنود، إذا تبين لها أنها وضعت بشكل غير مدروس ولا تمثل السعر الحقيقي للبنود، على ألا يؤثر ذلك في السعر الإجمالي للعرض، فإذا رفض المتنافس إعادة التسعير، يستبعد من المنافسة ويرد له ضمانه» (مادة82، فقرة2).

وعلى ذلك، فإن لجنة فحص العروض هنا تبدأ باستخدام سلطتها التقديرية لتقدير مناسبة تسعير مقدم العرض لبنود المنافسة، فإن تبين لها أن تسعيره للبنود كان على أساس غير مدروس، فهنا يجوز للجنة إعادة تسعير هذه البنود. والشرط النظامي لصحة هذا الإجراء هو عدم تأثر السعر الإجمالي للعرض بإعادة التسعير؛ لكن إذا رفض مقدم العرض إعادة التسعير فإن لجنة فحص العروض لا تملك سلطه تقديرية بشأن استبعاد العرض أو عدم استبعاده، وإنما يجب في هذه الحالة استبعاد العرض، ويعد ذلك من حالات الاستبعاد الوجوبي حتى وإن كان الأساس في ذلك أن الإدارة استخدمت سلطتها التقديرية في النظر في مناسبة الأسعار وتعديل أسعار البنود.

المطلب الثاني: حالات الاستبعاد الجوازي للعروض

الاستبعاد الجوازي للعرض مجرد إجراء وقائي؛ إذ يكون العرض مستوفيًا للشروط الموضوعية والشروط الشكلية التي نصت عليها دفاتر الشروط أو قررتها القوانين واللوائح، ويكون مقدمه غير محروم من التقدم للمناقصات العامة، ومع ذلك يجوز للإدارة استبعاد عرضه كإجراء وقائي لصالح المرفق ولضمان حسن تنفيذ العقد (عياد، 1973).

وعلى ذلك، فإن المعيار الفاصل بين الاستبعاد الوجوبي للعروض والاستبعاد الجوازي هو مدى ما تتمتع به لجان فحص العروض من صلاحية قانونية، فنكون بصدد استبعاد وجوبي إذا كانت اللجان ملزمة قانونيًا باستبعاد العروض المخالفة، ويكون الاستبعاد جوازيًا إذا كانت اللجان تتمتع بصلاحية قبول أو استبعاد العروض المختلفة (شطناوي، 1435هـ).

ولا تصدر لجنة فحص العروض قرارها بالاستبعاد لتنتهي إلى التوصية بالترسية، ومن ثم الرفع لصاحب الصلاحية باعتماد الترسية مثل ما يتم في حالات الاستبعاد الوجوبي، وإنما الأمر يختلف؛ إذ تصدر لجنة فحص العروض التوصية لصاحب الصلاحية باستبعاد العرض الذي تتحقق فيه إحدى الحالات التي تجيز استبعاد العرض ليتقرر الاستبعاد باعتماد صاحب الصلاحية. ويظهر ذلك أن خلال بيان حالات الاستبعاد الجوازي الآتية:

أولًا: تدني سعر العرض بأكثر من 25% عن التكلفة التقديرية:

إن الأصل في المنافسة هو السعي إلى تحقيق أفضل قيمة للمال العام وتنفيذ الأعمال والمشتريات بأقل الأسعار وبقيمة تنافسية

عادلة، والمرجع في ذلك القيمة التقديرية للأعمال التي تحددها الجهة الحكومية، وتكون سرية لا تفتح إلا من لجنة فحص العروض.

إلا أن هناك حدًا من الأسعار المنطقية المقبولة، فإن كان العرض منخفضًا عنها، فإن ذلك ربما يكون منعكسًا على مستوى جودة الأعمال؛ ولذلك احتاط المشرّع لهذا الأمر، وتقرر النص على:

لا يجوز استبعاد أي عرض بسبب تدني أسعاره إلا إذا قل بنسبة (25%) فأكثر عن التكلفة التقديرية والأسعار السائدة في السوق، بشرط أن تقوم لجنة فحص العروض بعد مراجعة الأسعار التقديرية بمناقشة صاحب العرض المنخفض، وأن تطلب منه كتابيًا تقديم تفاصيل للعناصر المكوّنة لعرضه وشرح أسباب انخفاضه، وفي حال عدم اقتناع اللجنة بمقدرته على تنفيذ العقد، فيجوز لها التوصية باستبعاد العرض (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، 1440، مادة48).

وهذا النص يعمل على الموازنة ما بين المصلحة العامة ومستوى جودة الأعمال المطلوبة من جانب، ومن جانب آخر تحقيق أهداف النظام المتمثلة في تنفيذ الأعمال والمشتريات بقيمة تنافسية عادلة، وتحقيق أفضل قيمة للمال العام؛ حيث تضمنت اللائحة التنفيذية (1441) النص على:

يجب على لجنة فحص العروض عند مناقشة صاحب العرض الذي تقل أسعاره بنسبة (٢٥٪) فأكثر عن التكلفة التقديرية وفقًا لما تنص عليه المادة (الثامنة والأربعون) من النظام؛ أن تأخذ في الاعتبار كفاءة صاحب العرض كما لو سبق وأن أجري له تأهيل مسبق، أو خضع عرضه الفني للتقييم إذا كانت المنافسة تتطلب عرضين فني ومالي، كما يجب على لجنة فحص العروض مراعاة طبيعة الأعمال المطلوبة، وألا يؤثر تدني الأسعار على تنفيذها؛ كما في عقود التوريد وما شابهها (مادة84).

وقد كان نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/58) لعام 1427هـ – الملغي بموجب النظام الجديد– ينص على: أنه لا يجوز استبعاد العرض إلا إذا تدنت أسعاره بنسبه تجاوز (35%) عن الأسعار التقديرية، وهذا يترتب عليه الإضرار بمشاريع النفع العام التي تنفذها الدولة، ويؤثر على المواصفات والكفاءة الفنية؛ نظرًا لإمكان ترسية المشروع بناءً على عرض يتدنى سعره بنسبة كبيرة تتجاوز ثلث الأسعار التقديرية.

وقد قضت محكمة الاستئناف الإدارية في القضية رقم 1811/7/ق (1433) بتأييد الحكم الصادر برفض دعوى المدعي المتضمنة الطعن على قرار استبعاد العرض المقدم منه في المنافسة لتدني العرض بنسبة (35,39%) عن تقديرات الجهة صاحبة المشروع.

ويلاحظ هنا أن تدني الأسعار بأكثر من 25% لا يجيز للجنة فحص العروض استبعاد العرض، وإنما يلزم فحص العرض ومراجعة الأسعار، فإذا لم تقتنع لجنة فحص العروض بمقدرة المتنافس على التنفيذ فإنها لا تقرر الاستبعاد من تلقاء نفسها، وعليها أن توصي بذلك لصاحب الصلاحية.

ثانيًا: تجاوز الأخطاء الحسابية لنسبة 10% من قيمة العرض بعد تصحيحها:

تختص لجنة فحص العروض بفحص العروض فنيًا وماليًا، ولها أن تراجع جداول الكميات وعروض الأسعار، وتتأكد من مطابقتها وصحتها، ولها أن تصحح الأخطاء الحسابية إن وجدت.

إلا أنه في حال تجاوزت الأخطاء الحسابية حدًا معينًا يقدر بـ10% من قيمة العرض زيادة أو نقصًا، فإنه يجوز لها التوصية لصاحب الصلاحية باستبعاد هذا العرض؛ حيث تضمنت اللائحة التنفيذية (1441):

1. على لجنة فحص العروض مراجعة جداول الكميات والأسعار الواردة في العرض –سواء في مفرداتها أو مجموعها– وإجراء التصحيحات الحسابية اللازمة في العرض.

2. إذا وجد اختلاف بين السعر المبين كتابة والسعر المبين بالأرقام، يؤخذ بالسعر المبين كتابة، وإذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة وسعر مجموعها، فيؤخذ بسعر الوحدة، إلا في حال وجود أخطاء مادية بالسعر المبين بالأرقام أو سعر مجموع الوحدات – مثل وضع

علامة عشرية في غير موضعها– فللجنة فحص العروض الأخذ بتلك الأسعار.

3. يجوز للجنة فحص العروض التوصية باستبعاد العرض إذا تجاوزت الأخطاء الحسابية في الأسعار بعد تصحيحها وفقًا لأحكام هذه المادة أكثر من (١٠٪) من قائمة الأسعار أو إجمالي قيمة العرض زيادة أو نقصًا (مادة81).

ولعل الغاية من ذلك هو أن كثرة الأخطاء الحسابية تدل على عدم دقة مقدم العرض أو أن عرضه غير مدروس بشكل صحيح، وهو ما يمكن أن يؤثر على مستوى جودة التنفيذ.

ثالثًا: إغفال تسعير بعض البنود «في غير منافسات التوريد»:

سبق أن بينّا أن إغفال تسعير بعض البنود في منافسات التوريد يترتب عليه وجوبًا استبعاد العرض ما لم تجز شروط المنافسة تجزئتها، إلا أنه في العقود الأخرى –غير عقود التوريد– فإن عدم تسعير بعض البنود لا يوجب استبعاد العرض، وإنما يجيز لجهة الإدارة اعتبار البند غير المسعر محملًا على القيمة الإجمالية للعرض أو استبعاد العرض بكامله؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات (1441) على «1. إذا أغفل المتنافس وضع أسعار لبعض البنود، جاز للجنة فحص العروض استبعاد عرضه أو اعتبار البنود غير المسعرة محملة على القيمة الإجمالية للعرض، ويعتبر المتنافس موافقًا على هذا الشرط عند تقديمه للعرض» (مادة79).

رابعًا: إذا بلغت فئات الأسعار التي جرى عليها التعديل أكثر من 10% من قائمة الأسعار أو القيمة الإجمالية للعرض:

يجب على المتنافس أن يقدم عرضه وفق الشروط والمواصفات وجداول الكميات المعتمدة، وهذا لا يعني أنه يمتنع على المتنافس مراجعة وتصحيح عرضه وتعديل أسعاره قبل تقديم عرضه، إلا أنه في حال تجاوزت فئات الأسعار التي جرى عليها التعديل والطمس والتصحيح ما يتجاوز 10% من قائمة الأسعار أو القيمة الإجمالية لعرض السعر فإنه يجوز استبعاد هذا العرض؛ حيث تضمنت اللائحة التنفيذية (1441) النص على: «يجوز استبعاد العرض إذا بلغت فئات الأسعار التي جرى عليها التعديل أو المحو أو الطمس أكثر من نسبة (١٠٪) من قائمة الأسعار أو من القيمة الإجمالية للعرض» (مادة69).

المبحث الثالث

الضمانات النظامية لحرية المنافسة عند استبعاد العروض، وآثار إلغاء قرار الاستبعاد

إذا كان النظام قد منح جهة الإدارة سلطة نظامية لأجل تحقيق المصلحة العامة، وهذه السلطة تمكنت جهة الإدارة من استبعاد العرض المقدم في المنافسة، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة وانما مقيدة بأسباب نظامية وردت حصرًا في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية.

وقد تضمن نظام المنافسات (1440) الأثر النظامي المترتب على مخالفة أحكامه بشكل عام، بما في ذلك مخالفة نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث تضمن النص على:

كل مخالفة لأي حكم من أحكام النظام تعرِّض الموظف المسؤول عنها للمساءلة التأديبية، وفقًا لأحكام نظام تأديب الموظفين ونظام العمل وغيرها من الأحكام الجزائية الأخرى المطبقة على الموظفين والعاملين، وللجهة الحكومية الحق في إقامة الدعوى المدنية على المخالف عند الاقتضاء (مادة94).

وعلى ذلك يلزم أن تتقيد جهة الإدارة بمبدأ المشروعية من الناحية الشكلية والموضوعية، ومن جانب آخر تتوفر ضمانة أخرى وهي حق الاعتراض على قرار الاستبعاد.

وأخيرًا يلزم بيان الآثار المترتبة على إلغاء قرار الاستبعاد؛ حيث تضمّن نظام المنافسات ولائحته التنفيذية بيانًا لجانب من الآثار النظامية.

وعلى ذلك أُقسّم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ الأول عن تقيد الإدارة بالمشروعية الشكلية والموضوعية، والثاني أبين فيه حق الاعتراض على قرار الاستبعاد، والثالث أبين فيه الآثار النظامية لإلغاء قرار الاستبعاد، وذلك على التفصيل الآتي:

المطلب الأول: تقيد الإدارة بالمشروعية الشكلية والموضوعية لقرار الاستبعاد

من أهم وأولى الضمانات لقرار استبعاد العروض، هو تقيد الإدارة بالمشروعية الشكلية والموضوعية؛ بحيث تلتزم بكافة الضوابط المقررة نظامًا، وعلى ذلك أبين من خلال هذا المطلب في الفرع الأول المشروعية الشكلية لقرار استبعاد العرض، وفي الفرع الثاني منه أبين المشروعية الموضوعية لقرار الاستبعاد.

الفرع الأول: المشروعية الشكلية لقرار استبعاد العرض:

تتمثل المشروعية الشكلية لقرار استبعاد العرض في ضرورة التقييد بكافة القواعد الملزمة لإصدار قرار استبعاد العرض، وتتمثل في الاختصاص والشكل والإجراءات.

أولًا: الاختصاص بإصدار قرار الاستبعاد:

يقصد بالاختصاص القدرة على مباشرة عمل إداري معين أو تحديد مجموعة الأعمال والتصرفات التي يكون للإدارة أن تمارسها قانونًا وعلى وجه يعتد به (فهمي، 1979).

وفيما يتعلق بقرار استبعاد العرض، فإن الاختصاص بالاستبعاد الوجوبي يكون للجنة فحص العروض؛ حيث تضمنت النصوص النظامية التي وردت في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية وكذلك اللائحة التنفيذية ما يفيد استبعاد العرض في الحالات الوجوبية من قبل الجهة المختصة بفحص العروض؛ بينما في حالات الاستبعاد الجوازي، فإنه يحق لجهة الإدارة استبعاد العرض بناءً على توصية لجنة فحص العروض (الخولي، 2023)، وصدور قرار صاحب الصلاحية في الترسية بذلك؛ حيث تضمن النص في نظام المنافسات (1440) على:

3. من م45: تصدر لجنة فحص العروض توصياتها، وتدوّن التوصيات في محضر مع بيان الرأي المخالف -إن وجد- وأسباب كل رأي، وجميع ما قامت به من أعمال واتخذته من إجراءات، ويعرض المحضر على صاحب الصلاحية للبت في الترسية بما يتفق مع أحكام النظام. (مادة45).

ثانيًا: الشكل والإجراءات:

الشكل هو المظهر الخارجي أو الإجراءات التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تعبر عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وفي هذه الحالة يجب أن يتخذ القرار الشكلية المقررة لصدوره، كأن يشترط القانون ضرورة أن يكون القرار مكتوبًا أو استشارة جهة متخصصة قبل إصداره أو تسببيه إلى غير ذلك من أشكال أخرى (فهمي، 1979).

ويشترط في قرار استبعاد العرض أن يكون مسببًا، كما يشترط إبلاغ مقدمه بهذه الأسباب (شطناوي، 1435هـ).

الفرع الثاني: المشروعية الموضوعية لقرار استبعاد العرض:

تتمثل المشروعية الموضوعية لقرار استبعاد العرض في ضرورة التقييد بكافة القواعد النظامية الملزمة لإصدار قرار استبعاد العرض، وتتمثل في المحل، والسبب، والغاية.

أولًا: السبب:

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة لإصداره، فالسبب عنصر خارجي موضوعي

يبرر للإدارة التدخل بإصدار القرار، وليس عنصرًا نفسيًا داخليًا لدى من أصدر القرار (راضي، د.ت).

ويشترط لصحة قرار الاستبعاد أن يكون مبنيًا على أحد الأسباب التي تبرر استبعاد العرض سواءً كان من الأسباب الوجوبية أو من الأسباب الجوازية.

ثانيًا: المحل:

يقصد بمحل القرار الإداري الأثر الحال والمباشر الذي يحدثه القرار مباشرة سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه، ويجب أن يكون محل القرار ممكنًا وجائزًا من الناحية القانونية، فإذا كان القرار معيبًا في فحواه أو مضمونه كان الأثر القانوني المترتب على القرار غير جائز أو مخالف للقانون (راضي، د.ت).

ومحل القرار هو استبعاد العرض وفق ما يسمح به نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية.

ثالثًا: الغاية:

يقصد بالغاية من القرار الإداري الهدف الذي يسعى هذا القرار إلى تحقيقه، وغاية القرارات الإدارية كافة تتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، فإذا انحرفت الإدارة في استعمال سلطتها هذه بإصدار قرار لتحقيق أهداف تتعارض مع المصلحة العامة فإن قراراها يكون مشوبًا بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

فلا يكفي أن يكون للقرار الإداري سببًا ومحلًا مشروعين، وإنما يلزم أن تهدف الإدارة من إصداره إلى تحقيق المصلحة العامة (راضي، 2012).

المطلب الثاني: الاعتراض على قرار استبعاد العرض

إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الملغي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/58) لعام 1427هـ لم يكن يتضمن إجراءات التظلم أو الاعتراض على قرارات الاستبعاد أو القرارات الأخرى السابقة على قرار الترسية، إلا أن النظام الجديد الصادر بموجب بالمرسوم الملكي رقم (128/م) وتاريخ 1440/11/13هـ، استحدث النص على إجراءات التظلم من قرار الترسية وكافة القرارات السابقة عليه، والمتعلقة بالمنافسة ومن تلك القرارات قرار استبعاد العرض، كما بين ميعاد التظلم والأثر المترتب على تقديم التظلم وإجراءات الفصل فيه، وهي كالآتي:

الفرع الأول: بدء سريان ميعاد التظلم من قرار الاستبعاد:

إن بدء سريان ميعاد التظلم من أي قرار إداري لابد أن يرتبط باتصال علم المتظلم بذلك القرار وتبليغه للمخاطبين به، إلا أن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية يسمح بتقديم التظلم من القرارات التي اتخذتها جهة الإدارة قبل الترسية، اعتبارًا من تاريخ صدور القرار أو خلال فترة التوقف؛ حيث تضمن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية (1440) النص على:

لكل متنافس الحق في التظلم أمام الجهة الحكومية من أي قرار اتخذته، قبل قرار الترسية، وذلك خلال (خمسة) أيام عمل من تاريخ صدور القرار، وله كذلك التظلم أمام الجهة الحكومية على قرار الترسية، وذلك خلال فترة التوقف المشار إليها في المادة (الثالثة والخمسين) من النظام (مادة87).

وقد تضمن نظام المنافسات (1440) النص في المادة الثالثة والخمسين على: «تلتزم الجهة الحكومية بعد صدور قرار الترسية والإعلان عنه، بفترة توقف لا تقل عن (خمسة) أيام عمل ولا تزيد على (عشرة) أيام عمل؛ لا يجوز خلالها اعتماد الترسية وتوقيع العقد؛ وذلك لتمكين المتنافسين من التظلم من قرار الترسية».

وحيث تضمنت اللائحة التنفيذية (1441) النص على أن فترة التوقف الجائز تقديم التظلمات خلالها تبدأ من تاريخ صدور

قرار الترسية والاعلان عنه؛ حيث نصت على الآتي:

يجب على الجهة الحكومية الالتزام بفترة التوقف وفقًا للضوابط الآتية:

1. يجب ألا تقل فترة التوقف عن (خمسة) أيام عمل ولا تزيد عن (عشرة) أيام عمل من تاريخ صدور قرار الترسية والإعلان عنه، وتلتزم الجهة بالإعلان عنها في البوابة الإلكترونية.

2. في حال تعذر الإعلان في البوابة أو موقع الجهة الحكومية لأسباب فنية، يبلغ المتنافسين بذلك عبر البريد الإلكتروني (مادة87).

وعلى ذلك، فإن الإعلان عن نتائج المنافسة في البوابة الإلكترونية الموحدة للمشتريات الحكومية هو المجري لميعاد التظلم من قرار الترسية والقرارات الأخرى المتعلقة بالمنافسة السابقة على قرار الترسية، ومنها قرار استبعاد العرض.

الفرع الثاني: ميعاد الاعتراض على قرار الترسية والقرارات السابقة عليه:

إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية قد أعطى الحق للمتنافس الحق في التظلم أمام الجهة الحكومية من أي قرار اتخذته قبل صدور قرار الترسية خلال خمسة أيام عمل من تاريخ صدور هذا القرار، إضافة إلى حقه في التظلم من قرار الترسية خلال فترة التوقف (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، 1440).

وعلى ذلك، فإن التظلمات التي يمكن أن تقدم خلال فترة التوقف يجوز أن تشمل قرار الترسية وغيره من القرارات السابقة عليه المكونة للعملية التعاقدية التي بني عليها قرار الترسية.

وتعرف فترة التوقف في نظام المنافسات (1440) بأنها «فترة تبدأ من تاريخ إخطار المتنافسين بالعرض الفائز من أجل النظر في التظلمات التي يقدمونها» (مادة1)؛ حيث تلتزم الجهة الحكومية بعد صدور قرار الترسية والإعلان عنه، بفترة توقف لا تقل عن (خمسة) أيام عمل، ولا تزيد على (عشرة) أيام عمل، لا يجوز خلالها اعتماد الترسية وتوقيع العقد؛ وذلك لتمكين المتنافسين من التظلم من قرار الترسية (مادة53).

كما يلزم أن تعلن الجهة الحكومية عن تلك الفترة ومدتها، ويكون الإعلان عن ذلك مصاحبًا للإعلان عن قرار الترسية (مادة87).

يبدأ سريان فترة التوقف من اليوم التالي للإعلان عن نتائج المنافسة وقرار الترسية، وتستمر إلى نهاية اليوم الأخير المحدد بالإعلان عن تلك الفترة؛ وذلك تماشيًا مع القواعد العامة في احتساب المدد والمواعيد، ووفقًا لما هو مقرر في نظام المرافعات الشرعية (1435)؛ حيث ينص على «إذا كان الميعاد مقدرًا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم الإعلان أو اليوم الذي حدث فيه الأمر المعتبر في نظر النظام مجريًا للموعد، وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان يجب أن يحصل فيه الإجراء» (مادة22).

خلال تلك الفترة فإن الجهة الحكومية تستقبل التظلمات المقدمة من المتنافسين عبر البوابة الإلكترونية، ولا يجوز للجهة أن تستقبل أي تظلمات بعد انتهاء تلك الفترة (نظام المنافسات، 1440، مادة87).

وخلال فترة التوقف فإن الجهة الحكومية تلتزم بعدم اعتماد الترسية واستكمال إجراءات التعاقد وإبرام العقد خلال فترة التوقف المعلن عنها، والتي يمكن أن يمتد إلى الانتهاء من الفصل في التظلمات (اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات، 1441، مادة87).

الفرع الثالث: الاختصاص بالفصل في التظلمات:

إن التظلم من قرار الترسية أو أي من الإجراءات والقرارات التي تم اتخاذها من قبل الجهة الحكومية بتاريخ سابق عليه، يمكن التظلم منها على مرحلتين، وذلك وفق الآتي:

المرحلة الأولى: اختصاص الجهة الحكومية بالفصل في التظلم:

تقدم التظلمات للجهة الحكومية من خلال البوابة الموحدة للمشتريات الحكومية ((اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات، 1441)،

وعلى الجهة الحكومية البت فيها خلال خمسة عشر يوم عمل من تاريخ ورودها إليها، فإن مضت تلك المهلة دون البت في التظلم عد ذلك رفضًا له (نظام المنافسات، 1440، مادة87).

وقد منح النظام للجهة الحكومية سلطة تقديرية في تحديد الإجراءات المتبعة لديها لدراسة التظلم والفصل فيه، إلا أن ذلك مقيد بمدة خمسة عشر يوم عمل لا يجوز للجهة الحكومية أن تتجاوزها، فإن مضت تلك المدة لا يمكن للجهة الحكومية تمديدها، وعد ذلك رفضًا للتظلم.

المرحلة الثانية: اختصاص لجنة النظر في التظلمات:

حيث تضمن نظام المنافسات (1440) النص على: «تشكل لجنة أو أكثر بقرار من وزير المالية، لا يقل عدد أعضائها عن خمسة من المختصين، ويحدد في القرار رئيس اللجنة ونائبه وعضو احتياطي على أن يعاد النظر في تشكيل هذه اللجان كل ثلاث سنوات» (مادة86).

يبدأ عمل هذه اللجنة بعد انتهاء دور الجهة الحكومية بالبت في التظلم بالرفض الصريح أو الضمني- بمضي مدة خمسة عشر يومًا دون البت في التظلم- حيث يجوز للمتظلم أن يتقدم مجددًا بتظلمه إلى تلك اللجنة في خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ إبلاغه من الجهة الحكومية برفض تظلمه أو مضي مدة خمسة عشر يومًا من تاريخ تظلمه لها دون الفصل فيه (نظام المنافسات، 1440، مادة87).

وعلى المتظلم أن يرفق بتظلمه ضمانًا يساوي نصف قيمة الضمان الابتدائي ساري لمدة ثلاثين يومًا (مادة86)، ولا يجوز النظر في التظلم ما لم يكن مصحوبًا بتقديم الضمان وكذلك في حالة تقديم ضمان أقل من المطلوب، ولا يلتزم المتظلم بتجديد الضمان في حال انتهاء سريانه دون البت في تظلمه (153).

ويجب على اللجنة البت في التظلم وإبلا غ صاحب الشأن في خلال خمسة عشر يوم عمل من تاريخ ورود التظلم إليها (مادة87)، ويجوز لها التمديد لمدة مماثلة بحد أقصى؛ فإذا انتهت تلك المدة دون أن تبت اللجنة في التظلم فإن ذلك يعتبر رفضًا له ومن ثم يجوز للجهة استكمال إجراءات التعاقد(مادة87).

ويلاحظ أنه يمتنع نهائيًا على الجهة الحكومية إبرام العقد خلال فترة التوقف وإلى حين الفصل نهائيًا في التظلمات المقدمة، وفي حال قيام الجهة الحكومية بإبرام العقد دون الالتزام بفترة التوقف فإن العقد يعد باطلًا بطلانًا مطلقًا؛ وذلك لأن القواعد القانونية المقررة لإبرام العقود الإدارية تتعلق بالصالح العام (الطماوي، 2011).

المطلب الثاني: الآثار النظامية المترتبة على إلغاء قرار استبعاد العرض

إن نظام المنافسات (1440) قد حدد الأثر المترتب على قبول التظلم في قرار الترسية والإجراءات والقرارات السابقة عليه؛ حيث نص على:

في حال ورود تظلم وقبوله؛ يتم تصحيح ما تم اتخاذه من إجراءات مخالفة لأحكام النظام إن أمكن وإلا فتلغَ المنافسة. وفي حال صححت الجهة الحكومية ما اتخذته من إجراءات مخالفة لأحكام النظام، ونتج عن ذلك فوز عرض آخر؛ فيجب منح صاحب العرض المستبعد دون غيره فرصة لتقديم تظلمه من ذلك التغيير إلى الجهة الحكومية خلال مدة مماثلة لمدة التوقف، ويسري في شأن تظلمه حكم هذه المادة (مادة87).

وعلى ذلك فإن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي (1440) قد عالج ثلاث فرضيات:

الفرضية الأولى: إمكان تصحيح الإجراءات وبقاء صاحب العرض الفائز دون أن يتغير:

وهنا يفترض أن الجهة الحكومية قد بدأت بتصحيح الإجراء، ومن ثم السير في الإجراءات من المرحلة التي تقرر عدم صحتها وصولًا

إلى قرار الترسية دون أن يسفر ذلك عن تغيير من تم الترسية عليه، وفي هذه الحالة تقوم الجهة باستكمال إجراءات التعاقد وابرام العقد.

الفرضية الثانية: وهي إمكان تصحيح الإجراءات وإعادتها بدءًا من المرحلة التي تقرر عدم صحتها وصولًا إلى قرار الترسية:

وترتب على ذلك التصحيح استبعاد من تم الترسية عليه قبل تصحيح الإجراءات، وفي هذه الحالة يتعين منح صاحب هذا العرض المستبعد- دون غيره- فرصة لتقديم تظلمه خلال مدة مماثلة لفترة التوقف، فإذا لم يتقدم بتظلم يتم استكمال إجراءات التعاقد، أما إذا قدم تظلم فيتبع بشأنه الإجراءات السابقة.

الفرضية الثالثة: وهي حالة عدم إمكان تصحيح الإجراءات:

ففي هذه الحالة يلزم إلغاء المنافسة، ولا يخل ذلك بحق الجهة الحكومية في تقرير إلغاء المنافسة من تلقاء نفسها دون حاجه إلى تظلم متى تبين للجهة الحكومية اتخاذ إجراء مخالف للنظام أو اللائحة لا يمكن تصحيحه؛ حيث إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية (1440) قد منح لجهة الإدارة سلطه في ذلك(مادة51).

ويلاحظ أن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لم بين الآثار النظامية في حال إلغاء قرار الاستبعاد بعد إبرام العقد.

وهذه الحالة تفترض أن تكون الجهة الحكومية ومن بعدها لجنة النظر في التظلمات -إن كان المتظلم قد استكمل إجراءات التظلم إليها- قد استنفدت ولايتها النظامية في نظر التظلم بالبت فيه، ومن ثم زال الشرط الواقف لاعتماد ونفاذ قرار الترسية وأصبح القرار معتمدًا ونافذًا، وأُستوفي الطاعن شرط التظلم، ومن ثم يجوز له الطعن أمام القضاء بالإلغاء على قرار الترسية وما سبقه من إجراءات.

فإذا ما نظرت المحكمة الدعوى وصدر الحكم بإلغاء القرار قبل إبرام العقد فإنه يمكن تنفيذه باعتبار أن الحكم الصادر بالإلغاء حجة على الكافة، ويلزم تصحيح الإجراءات أو إلغاء المنافسة متى تعذر التصحيح.

كذلك لا يلزم إتاحة الفرصة لصاحب العرض المستبعد -في حال ترتب على التصحيح استبعاد العرض الفائز- إذ إن إتاحة التظلم تتعلق بقرارات الجهة الحكومية ولجنة النظر في التظلمات، أما حكم الإلغاء فهو حجه على الكافة.

أما إذا صدر الحكم بإلغاء قرار الترسية -أو غيره من القرارات التي بني عليها ومن ذلك قرار استبعاد العرض- لاحقًا على إبرام العقد الإداري، فإن هناك جانبًا من الفقه القانوني يرى أن إلغاء القرار الإداري الذي أسهم في تكوين العملية القانونية المركبة يؤدي إلى إلغاء العملية بتمامها ويترتب عليه بطلان العقد، تأسيسًا على أن ما بني على باطل فهو باطل، وبالتالي كون من غير المقبول عقلًا أن يهدم الأساس الذي بني عليه العقد، ومع ذلك يظل العقد قائمًا، كما أن الأخذ بهذا الرأي هو النتيجة المنطقية لكون الحكم بالإلغاء حجة على الكافة. (الطماوي، 2011؛ أبو العينين، 2004).

وفي تقديري أنه يمكن التمييز ما بين إلغاء قرار الاستبعاد لأسباب شكلية لا يترتب عليها أحقيته بالتعاقد مع جهة الإدارة، وفي هذه الحالة فإن تنفيذ الحكم يقتصر على الناحية الإجرائية الشكلية فقط، ويمكن تصحيحها وفق منطوق الحكم. أما إذا كان إلغاء قرار الاستبعاد يترتب عليه استحقاق التعاقد فإن إلغاء قرار الاستبعاد بعد إبرام العقد يتعذر تنفيذه وإعمال آثاره؛ وذلك لأن تنفيذه لا يتعلق بإرادة جهة الإدارة وحدها، وإنما يتعلق بالمتعاقد معها أيضًا، وبالتالي يكون له الحق في طلب التعويض عن الفرصة الفائتة، التي نوصي بأن تحدد في النظام بنسبة معينة من قيمة العقد.

الخاتمة:

تتمثل الإشكالية العلمية لهذا البحث في بيان مدى التوازن ما بين مبدأ حرية المنافسة وتحقيق المصلحة العامة التي تستوجب منح الإدارة سلطة في استبعاد العروض في أحوال معينة والإجابة عن عدد من التساؤلات المتعلقة بمفهوم استبعاد العروض وحالاته بحسب سلطة الإدارة والضمانات والآثار المترتبة على ذلك، وقد نتج عن هذا البحث عدد من النتائج والتوصيات:

أولًا: النتائج:

يعرف استبعاد العرض من المنافسة بأنه: «قرار موضوعي منفصل عن العملية التعاقدية التي تنفذها الإدارة؛ متضمن استبعاد عرض مقدم في منافسة لأسباب معينه حددها النظام تجيز لجهة الإدارة إصداره».

يقتضي تحقيق المصلحة العامة من خلال تنفيذ الأعمال والمشتريات للجهات الحكومية وضع قيود نظامية على الإدارة أو سلطتها التقديرية، وهذه القيود يمكن أن تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو المشروعات من دخول المناقصات العامة ودون أن يعد ذلك إخلالًا بمبدأ حرية المنافسة الواجب توافره في إجراء المنافسة، طالما كان في نطاق تحقيق المصلحة العامة.

أن الاستبعاد الوجوبي يرتبط بأسباب جوهرية تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإن سلطة جهة الإدارة مقيدة بشأنها، وتملك سلطة تقديرية في إبقاء العرض.

الاستبعاد الجوازي للعرض مجرد إجراء وقائي؛ إذ يكون العرض مستوفيًا للشروط الموضوعية والشروط الشكلية التي نصت عليها دفاتر الشروط أو قررتها القوانين واللوائح، ويكون مقدمه غير محروم من التقدم للمناقصات العامة، ومع ذلك يجوز للإدارة استبعاد عرضه كإجراء وقائي لصالح المرفق ولضمان حسن تنفيذ العقد.

تختص لجنة فحص العروض بشكل مباشر باستبعاد العروض المشوبة بأحد المبررات النظامية التي توجب عليها استبعاده، وذلك دون اقتضاء التوصية لصاحب الصلاحية في الترسية باستبعاد هذا العرض، بينما في حالات الاستبعاد الجوازي يتعين عليها التوصية باستبعاد العرض لصاحب الصلاحية بالترسية وبعد إجازة التوصية يمكن تطبيق الاستبعاد.

يجيز نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/128) وتاريخ 1440/11/13هـ الاعتراض على قرار الاستبعاد وغيره من القرارات خلال خمسة أيام من تاريخ صدورها أو خلال فترة التوقف، وذلك بالتظلم إلى الجهة الحكومية.

لم يبين نظام المنافسات ولائحته التنفيذية الأثر المترتب على إلغاء قرار الاستبعاد وقرار الترسية المبني عليه، وذلك في حال ما إذا تم إلغاء القرار بعد إبرام العقد.

لم يبين النظام مقدار التعويض المترتب على إلغاء قرار الاستبعاد من القضاء، وكان من شأن تنفيذ حكم الإلغاء أن يترتب عليه استحقاق العقد.

ثانيًا: التوصيات:

مراجعة الفقرة الأولى من المادة 87 من نظام المنافسات على أن يتم النص على بدء سريان ميعاد التظلم من القرارات التي تسبق الترسية من تاريخ العلم بها وليس من تاريخ صدورها.

ضرورة النص في النظام على الآثار المترتبة على إلغاء قرار استبعاد العرض من القضاء في حال ما إذا تم إلغاء القرار لاحقًا على إبرام العقد.

التوصية بالنص في النظام على مقدار التعويض عن الفرصة الفائتة في العقود في حال ما إذا كان إلغاء قرار الاستبعاد من شأن تنفيذه أن يترتب عليه استحقاق العقد، على أن يكون مقدار التعويض هو نسبة محددة من قيمة العقد.

المراجع:

الخولي، عمر. (2023). *الوجيز في العقود الإدارية*. الرياض: المركز السعودي للبحوث والدراسات القانونية.

راضي، مازن ليلو. (د.ت). *القانون الإداري*. (ط2). د.م.

راضي، مازن ليلو. (2012). *النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية*. الإسكندرية: منشأة المعارف.

شطناوي، على خطار. (1435). *النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودي*. (ط1). الرياض: مكتبة الرشد.

الطماوي، سليمان محمد. (2011). *الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة*. القاهرة: دار الفكر العربي.

الطماوي، سليمان محمد. (2014). *نظرية التعسف في استعمال السلطة*، دراسة مقارنة. القاهرة: دار الفكر العربي.

أبو العينين، محمد ماهر. (2004). *العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004م*. دار الكتب القانونية.

عياد، عثمان أحمد. (1973). *مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية*. القاهرة: دار النهضة العربية.

فهمي، مصطفى أبو زيد. (1979). *القضاء الإداري ومجلس الدولة*. الإسكندرية: منشأة المعارف.

قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري. (2018). رقم182.

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (3479) في 1441/8/11هـ.

مطر، عصام عبد الفتاح. (2011). *الفساد الإداري*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

المطوع، سالم بن صالح. (1429). *العقود الإدارية على ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي*. (ط2).

المهايني، محمد خالد. (2009). آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري. ورقة عمل مقدمة في الملتقي العربي الثالث بعنوان: آليات حماية المال والحد من الفساد الإداري، المملكة المغربية، الرباط.

نصار، جابر جاد. (د.ت). *العقود الإدارية*. القاهرة: دار النهضة العربية.

نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (1/م) بتاريخ 1435/1/22هـ.

نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (128/م) وتاريخ 1440/11/13هـ.

Arabic References:

al-Khūlī, ‘Umar. (2023). al-Wajīz fī al-‘uqūd al-Idārīyah. al-Riyāḍ: al-Markaz al-Sa‘ūdī lil-Buḥūth wa-al-Dirāsāt al-qānūnīyah.

Rāḍī, Māzin Līlū. (D. t). al-qānūn al-idārī. (ṭ2). D. M.

Rāḍī, Māzin Līlū. (2012). al-naẓarīyah al-‘Āmmah llqrārāt wa-al-‘Uqūd al-Idārīyah. al-Iskandarīyah: Munsha’at al-Ma‘ārif.

Shaṭanāwī, ‘alá Khaṭṭār. (1435). al-naẓarīyah al-‘Āmmah lil-‘uqūd al-Idārīyah fī al-Mamlakah al-‘Arabīyah al-Sa‘ūdī. (Ṭ1). al-Riyāḍ: Maktabat al-Rushd.

al-Ṭamāwī, Sulaymān Muḥammad. (2011). al-Usus al-‘Āmmah lil-‘uqūd al-Idārīyah dirāsah muqāranah. al-Qāhirah: Dār al-Fikr al-‘Arabī.

al-Ṭamāwī, Sulaymān Muḥammad. (2014). Naẓarīyat al-ta‘assuf fī isti‘māl al-Sulṭah, dirāsah muqāranah. al-Qāhirah : Dār al-Fikr al-‘Arabī.

Abū al-‘Aynayn, Muḥammad Māhir. (2004). al-‘uqūd al-Idārīyah wa-qawānīn almzāydāt wālmnāqṣāt fī

Qaḍā' w'ftā' Majlis al-dawlah ḥattá 'ām 2004m. Dār al-Kutub al-qānūnīyah.

Ayyād, 'Uthmān Aḥmad. (1973). maẓāhir al-Sulṭah al-'Āmmah fī al-'uqūd al-Idārīyah. al-Qāhirah : Dār al-Nahḍah al-'Arabīyah.

Fahmī, Muṣṭafá Abū Zayd. (1979). al-qaḍā' al-idārī wa-Majlis al-dawlah. al-Iskandarīyah : Munsha'at al-Ma'ārif.

Qānūn tanẓīm alt'āqdāt allatī tubrimuhā al-jihāt al-'Āmmah al-Miṣrī. (2018). rqm182.

al-Lā'iḥah al-tanfīdhīyah li-niẓām al-munāfasāt wa-al-mushtarayāt al-ḥukūmīyah al-ṣādirah bi-al-qarār al-wizārī raqm (3479) fī 11/8 / 1441h.

Maṭar, 'Iṣām 'Abd al-Fattāḥ. (2011). al-fasād al-idārī. al-Iskandarīyah : Dār al-Jāmi'ah al-Jadīdah.

al-Muṭawwi', Sālim ibn Ṣāliḥ. (1429). al-'uqūd al-Idārīyah 'alá ḍaw' Niẓām al-munāfasāt wa-al-mushtarayāt al-Sa'ūdī. (ṭ2).

al-Muhāyinī, Muḥammad Khālid. (2009). ālīyāt Ḥimāyat al-māl al-'āmm wa-al-Ḥad min al-fasād al-idārī. Waraqah 'amal muqaddimah fī al-Multaqá al-'Arabī al-thālith bi-'unwān : ālīyāt Ḥimāyat al-māl wa-al-Ḥad min al-fasād al-idārī, al-Mamlakah al-Maghribīyah, al-Rabāṭ.

Naṣṣār, Jābir Jād. (D. t). al-'uqūd al-Idārīyah. al-Qāhirah : Dār al-Nahḍah al-'Arabīyah.

Niẓām al-murāfa'āt al-shar'īyah al-ṣādir bi-al-marsūm al-Malakī raqm (1 / M) bi-tārīkh 22/1 / 1435h.

Niẓām al-munāfasāt wa-al-mushtarayāt al-ḥukūmīyah al-ṣādir bi-al-marsūm al-Malakī raqm (128 / M) wa-tārīkh 13/11/1440h.

Biographical Statement

Dr. Hamood Atef AL-Qahtaney is a/ an Assistant Professor of Systems Law, Department of Law, College of Sciences and Human Studies, Al-Quwaiyah, Shaqra University, (Kingdom of Saudi Arabia). He holds a doctorate in systems from the Islamic University of Medina in 1439 AH. His research interests revolve around legal issues, the direction of administration, and societal issues.

معلومات عن الباحث

د. حمود عاطف القحطاني، أستاذ قانون الأنظمة المشارك، قسم القانون، بكلية العلوم والدراسات الإنسانية بالقويعية، جامعة شقراء، (المملكة العربية السعودية) حاصل على درجة الدكتوراه في الأنظمة من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة عام ١٤٣٩هـ، تدور اهتماماته البحثية حول قضايا قانونية ووجهة الإدارة والقضايا المجتمعية.

Email: h.atef@su.edu.sa