جامعة عين شمس
كليـة الحقوق
قسم القانـون العـام

الرقابـة علـى إبـرام العقد الإداري بطريـق المناقصـة العامـة

دراسة مقارنة (مصر – العراق)

رسالة مقدمةلنيل درجة الدكتوراه في القانون العام

إعداد الباحث

دريد عيسى إبراهيم

لجنة الحكم والإشراف على الرسالة:

أ.د .محمد أنس جعفر (رئيساً)

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة بني سويف

ومحافظ بني سويف الأسبق.

أ.د .عمر حلمي فهمي (مشرفاً وعضواً)

أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق جامعة عين شمس الأسبق.

المستشار د.محمد ماهر أبو العينين (عضواً)

نائب رئيس مجلس الدولة

أ.د . محمد سعيد حسين أمين (مشرفاً وعضواً)

أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية حقوق جامعة عين شمس.

٢٠١٦

كليــة الحقوق
قسم القانـون العـام

صفحة العنـوان

اسم البـاحث : دريد عيسى إبـراهيم

عنوان الرسالة : الرقـابـة على إبـرام العقد الإداري بطريـق المنـاقصـة العـامة "دراسة مقارنة" (مصر – العراق)

الدرجة العلمية : الدكتوراه.

القسم التـابع له : القانون العام

اسم الكلية : الحقوق.

الجامعة : جـامعة عين شمس.

سنة التخرج :

سنة المنح : ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦ م.

كليــة الحقوق
قسم القانــون العـام

رسالة دكتوراه

الرقابة على إبرام العقد الإداري بطريق المناقصة العامة
دراسة مقارنة (مصر – العراق)

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون العام

من الباحث

دريد عيسى إبراهيم

لجنة الحكم والإشراف على الرسالة:

أ.د .محمد أنس جعفر (رئيساً)

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة بني سويف ومحافظ بني سويف الأسبق.

أ.د .عمر حلمي فهمي (مشرفاً وعضواً)

أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق جامعة عين شمس الأسبق.

المستشار.الدكتور/محمد ماهر أبو العينين (عضواً)

نائب رئيس مجلس الدولة

أ.د . محمد سعيد حسين أمين (مشرفاً وعضواً)

أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية حقوق جامعة عين شمس.

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أُجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَاتَّقُواْ يَوْماً تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَسَبَتْ وَهُمْ لاَ يُظْلَمُونَ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة الآية (١٨٨)

الإهداء

إلى من ألتمس رضا الله من رضاها ، رمز الحنان والعطاء في حياتي ، أمي " ليبارك الله "٠

إلى زائري في كل لحظاتي ، عرفاناً بفضله ووفاءً ، أبي " رحمك الله "٠

إلى زوجتي المخلصة التي عاشت معي مشوار الحياة فكانت بحق رفيقة الدرب " إعترافاً بأنها خير متاع الدنيا "٠

إلى أولادي، قناديل عمري وأملي في باقي الحياة - أماني ، مرثد ، يوسف "حفظكم الله "٠

إلى إخوتي وأخواتي الذين يشدون من عزيمتي "حماكم الله "٠

إلى كل من جعل هواه تبعاً لمرضاة الله٠

إليكم أُهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

الشكر والثناء

الحمد لله الذي لا يبلغ مدحه القائلون. ولا يحصي نعماءه العادون. ولا يؤدي حقه المجتهدون. الحمد له فطر الخلائق بقدرته. وساق الغمام برحمته. أحمده على ما أعطى إستتماماً لشكر نعمته. وإنقياداً لعزة عظمته. وأتوكل عليه إستعصاماً من معصيته. وأستعينه فاقة إلى كفايته. أنه لا يضل من هداه.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له. شهادة نسأله إخلاصها. والتمسك بها أبداً ما أبقانا. وندخرها لهول ما يلقانا. وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله، أرسله بالحق والعلم المأثور، وبعثه بالكتاب المسطور، تصديقاً لما سبق من الرسالات، كشفاً للشبهات وتبياناً تحذيراً بالآيات إستقامة للحياة.

أما بعـــــد:

وقد قدر الله لهذه الرسالة أن تبصر النور، فأن واجب العرفان يشدني لشكر كل ذي إحسان، فأتقدم بخالص شكري وعظيم إمتنانى وتقديري إلى الكوكب الساطع من فقه القانون العام، معالي الاستاذ الدكتور **(محمد أنس قاسم جعفر)** أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة بني سويف ومحافظ بني سويف الأسبـــــــق، فقد كان من توفيق الله أن يكون سيادته رئيس لجنة المناقشة والحكم.

ويطيب لي أن أتقدم بالشكر الجزيل أيضاً الى العالم الجليل الأستاذ الدكتور **(عمر حلمي فهمي)** أستاذ القانون العام وعميد الكلية الأسبق، صاحب الخلق الرفيع، فأسرني بدايةً بسعة علمه ورقة تعامله وتعهدني بتقديم النصيحة والمشورة وحباني بجزيل علمه وسخي جهده فلم يبخل بعلم وجهد، فله مني كل الشكر وعظيم الامتنان، ومتعه الله بدوام العافية.

كما إن واجب الاعتراف بالجميل يدفعني أن أقدم ثناءً ممزوجا بوافر الاحترام والتقدير الى المستشار الدكتور **(محمد ماهر أبو العينين)** نائب

رئيس مجلس الدولة المصري على تكرمه بالموافقة على الاشتراك في لجنة مناقشة والحكم.

ويملي عليَ الواجب والحق أن أقدم شكري إلى من رعوه جهداً حتى أستوى على سوقه وأثمر، أستاذي الذي شرفني بقبول الإشراف على هذه العالم الجليل صاحب الخصال الحميدة وسجاياه الجميلة الأستاذ الدكتور **(محمد سعيد حسين أمين)** أستاذ ورئيس قسم القانون العام بالكلية، والذي كلما زادت مشاغله وعظمت مسؤولياته إزداد وقته لطلبته واتسع صدره لهم، وحنى قلبه مودة، فجزاه الله تعالى عني وعن طلبته كلهم خيراً، ومتعه الله بموفور الصحة والعافية والهناء.

ثم الشكر إلى من دعت لي بالخير والفلاح والسداد ولازالت، مرفأ الحنان والدتي الحانية العطوف، وإلى زوجتي التي تحملت عناء مشوار كتابة هذه الرسالة فكانت لي في هذه الدنيا خير المتاع، والى أولادي الذين إنصرفت عنهم وقتاً طويلاً وما انصرفوا عن شدهم لعزيمتي في مواصلة المشوار.

وفي الختام أُقدم شكري وإمتناني لكل من أسهم في هذه الثمرة ولو بشق حرف.

الباحث

المقدمة

تعد العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة للقيام بنشاطها، ومن ثم فهي تمثل الركن الأساس في التقدم الاقتصادي والاجتماعي للدولة، لذلك يعمد المشرع إلى وضع النظام القانوني لإبرام هذه العقود بما يكفل تحقيق كل تلك الأهداف.

ولا غلو في القول أن المناقصات العامة كانت أهم الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة في إختيار المتعاقد معها، فهي توجب على الإدارة مجموعة من الإجراءات وسلسلة من القرارات تتخذها بإرادتها المنفردة، ومن شأن تلك القرارات – كما هو الحال في القرارات الإدارية– أن تنشأ مراكز قانونية للمناقصين المتنافسين، أو تحدث تغييراً في هذه المراكز، ويكون لزاماً على الإدارة أن تتوخى سبيل القواعد القانونية في نشاطها هذا، ومن ثم فإن قراراتها في إطار المناقصات العامة لا تنفك عن خضوعها للرقابة بأوجهها المختلفة بشكل ينسجم مع مفهومها وغاياتها.

ومن هنا فقد أضحت المناقصات العامة ذات نطاق قانوني متميز بخصائصه وشروطه ونطاقه وآثاره، يهيمن على حرية الإدارة عند لجوئها إلى أسلوب المناقصة لاختيار المتعاقد معها اعتباران أساسيان يفضيان إلى نتائج متعارضة[1]، أولهما: ضرورة المحافظة على المال العام؛ مما يرتب على الإدارة الالتزام باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية، وثانيهما: مراعاة المصلحة الفنية للإدارة بما يمكنها من اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة بصرف النظر عن الاعتبارات المالية، وبديه أن الاعتبار الأول يقيد حرية الإدارة إلى مدى بعيد، بينما يمنحها الاعتبار الثاني بعض الحرية في اختيار المتعاقد معها.

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص٢٢٥-٢٢٦.

فإن صح القول أن العقود الإدارية أصبحت وسيلة أساسية لتنفيذ وتحقيق برامج التنمية في الدولة، إلا أنه في مقابل ذلك يصح القول أيضاً أنها أصبحت الصورة الأكثر تعبيراً والأوضح أثراً للدلالة عن تنامي ظاهرة الفساد وتعـــدد صور استشرائه في مجال الوظيفة العامة.

والحقيقة أن ظاهرة الفساد في العقود الإدارية وأن كانت تتجلى في مرحلتي الإبرام والتنفيذ، غير أن الواقع والمنطق يوضح لنا بتجلٍ دقيق أن مرحلة الإبرام هي الأكثر استيعاباً لمفهوم الفساد، أو لنقل هي البوابة التي ينطلق منها الفساد والمفسدون.

فالقاعدة المنطقية تقضي أن البدايات الصحيحة تقود إلى نتائج سليمة، ومن هنا لا بد من أن نتجنب وقوع مرحلة الإبرام في حومة الفساد لنصل إلى التنفيذ السليم للعقد المبرم، وذلك يعود كله على سلامة تحقيق برامج الدولة في التنمية وتطوير حياة شعبها.

فالفساد يرتبط أيما ارتباط في مراحل المناقصة العامة المتعددة، إبتداءً من إدراج موضوع التعاقد ضمن خطط الجهة الإدارية عبر إدراج احتياجات غير حقيقية وغير فعلية، وإعداد جداول الكميات والأسعار بشكلٍ مجافٍ للإحتياج المنطقي وللقيمة السائدة في الأسواق، وتوفير التخصيص أو الاعتماد المالي، مروراً بصياغة الدعوة للمناقصة وإعداد الوثائق والإعلان، والذي قد يتضمن شروطاً للمناقصة يقصد بها أحد المتنافسين بالذات، وكذلك في استلام العطاءات، انتهاءً بمرحلة تقييمها على وفق معايير تقوم على تفرقة، قد تعبر أو تنطوي على محاباة لهذا أو ذاك من المتنافسين، وصولاً إلى إحالة المناقصة على وفق رغبات شخصية، على المتنافس الأكثر استجابة لتلك الرغبات.

وتأسيساً على ذلك فلا بد من توحيد الجهود وتظافرها من أجل اجتناب تفشي ظاهرة الفساد وضياع المال العام في نطاق العقود الإدارية، وهذا الأمر يتطلب تحليلاً منطقياً وقانونياً لإجراءات الرقابة على إبرام هذه العقود وتنفيذها على حدٍ سواء، كما يتطلب الأمر أيضاً تحليلاً بالصفة ذاتها للأجهزة التي

تتولى الرقابة داخل الدولة، والدور الذي يلعبه القضاء في مجال الرقابة، وحجم هذا الدور على ضوء النصوص القانونية والاجتهادات القضائية.

أهمية الدراسة:

من خلال ما تقدم أضحى واضحاً أهمية دراسة الرقابة على المناقصات العامة للأسباب الاتية:-

١- حرص أغلب التشريعات العربية والعالمية على اعتماد المناقصة العامة أصلاً عاماً في التعاقد الإداري، فضلاً عما قرره القانون النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات (الأونسيترال) الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في هذا الشأن.

٢- حجم الأموال العامة التي توظف في نطاق العقود الإدارية مما يجعلها مجالا خصبا لتواجد الفساد وتناميه وظهوره بصور مختلفة.

٣- إن انزلاق الموظف العام والقائمين على موضوع المناقصة العامة في المخالفات العمدية وغير العمدية، يمثل اعتداءً على المال العام الواجب صيانته.

٤- خضوع عملية التعاقد الإداري في العراق إلى التأثيرات السياسية والحزبية على نطاق واسع، حيث وفرت تلك التأثيرات مظلة حماية للقائمين على هذه العملية.

٥- الطبيعة الخاصة للقرارات الإدارية التي تصدر في نطاق عملية التعاقد الإداري، ما بين قرارات تقبل الانفصال عن هذه العملية وأخرى لا تقبل ذلك.

٦- الطبيعة الخاصة لآثار أحكام الإلغاء التي تصدر عن القضاء في مجال تقاضي المتنافسين مع الإدارة بشأن قراراتها الصادرة في عملية التعاقد برمتها.

٧- قلة الدراسات القانونية التي تناولت الرقابة على المناقصات العامة تحديداً، أو تشتتها؛ مما يندر معه وجود دراسة تضم في ثناياها مجمل