الاطر القانونية للمفاوضات في مجال التعاقد باسلوب المناقصة

-دراسة مقارنه -

المدرس عبد اللطيف نايف

المقدمة

غالبا ما تقوم الادارة بالتعاقد مع الافراد من اجل تسيير مرفق عام او تنفيذ مشروع معين والادارة ليست حرة في اختيار هذا المتعاقد او ذاك وانما تكون هذه الحرية مقيدة في ظل قواعد القانون الاداري ، حيث ان القانون الاداري يحدد الاساليب التي يتوجب على الادارة اتباعها في اختيار المتعاقد ، ومن هذه الاساليب هي طريقة المناقصة .

والمناقصة هي مجموعة الاجراءات التي توجب القوانين واللوائح اتباعها بقصد الوصول الى المتعاقد الاحسن من الناحية المالية والفنية من بين جميع المرشحين للتعاقد [1]، وتهدف المناقصة الى ضمان حسن اختيار المتعاقد الذي يتقدم بافضل العروض من حيث الشروط الفنية ومن حيث مصلحة الخزينة ، وتخضع المناقصة لعدة ضوابط اهمها العلانية والمساواة والية الارساء ، وتمر بعدة خطوات ابتداءا من الاعلان، فتقديم العروض، ثم فحصها والبت فيها، وانتهاءا باجراءات التصديق والاعتماد من جانب السلطة الادارية المختصة ليكتمل بعد ذلك ابرام العقد .

وقد يمر التعاقد باسلوب المناقصة بمرحلة تفاوضية بحسب طبيعة وظروف التعاقد ، وتتم هذه الطريقة قبل ابرام العقد وبهدف التهيئة لمولد الرابطة العقدية ، وغالبا ما تجري هذه المفاوضات قبل تقديم العطاء مما قد ينتج عنه تعديل في العرض او العطاء المقدم من جانب راغبي التعاقد ، كما انه من الممكن ان تتم هذه المفاوضات بعد تقديم العطاء بهدف اقناع مقدم العطاء بالتنازل عن كل تحفظاته او بعضها . كاستثناء من قاعدة عدم جواز تعديل

(1) انظر د. محمد فؤاد مهنا ، القانون الاداري المصري والمقارن ، ج ١ ، مطبعة نصر ، مصر ، ١٩٥٨ ص ٧٣٤ . ومن الجدير بالذكر ان تنظيم اجراءات المناقصة في العراق تتم وفق تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية الصادرة من مجلس التخطيط بقراره المرقم ١٤ والمورخ في ١٩٧٥/١/١٩ والتعليمات الجديدة التي حلت محلها اعتبارا من ١٩٨٨/٢/١ .

العطاء بعد تقديمه . مما يجعل من شروط عطائه متفقا مع شروط المناقصة قدر الامكان. وتهدف الادارة الى مفاوضة مقدمي العروض بهدف الحصول على اقلها سعرا وافضلها شروطا من الناحية الفنية . ويأتي اختيارنا الموضوع ميدانا لهذا البحث لأهميته القانونية ، فالمفاوضات ليست مجرد عمل مادي يتم بموجبه تبادل وجهات النظر وانما يمثل مرحلة خطيرة لها نظامها القانوني الذي يتقرر في اطاره وجود العقد ومصيره .

اذ تعد المفاوضات من اهم مراحل العقد ، بل واكثرها خطورة حيث يتم في هذه المرحلة الاعداد والتحضير للعقد بما يتضمنه ذلك من بحث لكافة جوانبه الفنية والمالية والقانونية ، ومن ثم الوقوف على الصعوبات المتوقعة منه اثناء التنفيذ والعمل على ايجاد حلول مناسبة لها فضلاً عن التعرف على المتعاقد الاخر والتحقق من مدى كفاءته الفنية وقدراته المالية .

وقد تعلق الباحث بهذا الموضوع لعدم ظهوره في بحث خاص على الرغم من اهميته الكبيرة فهو موضوع لم تدرس جوانبه في الفقه العربي بما يمكن الباحث من بلورة نظام قانوني للمفاوضات بسهولة ، كما ان اغلب الدول خلت تشريعاتها من تنظيم التفاوض - ومنها العراق - وتركت ذلك للانظمة العقدية في القانون المدني . وسوف تتركز دراستنا لمرحلة المفاوضات في المناقصات في : النظام القانوني المصري مع محاولتنا الجادة – قدر الامكان – في القيام بدراسة مقارنة مع النظام القانوني في العراق على المستوى التشريعي والقضائي .

وقد تم طرح الموضوع وفق خطة انطوت على احدث المبادئ القانونية مع محاولتنا الجادة في الاجتهاد وبيان حلول جديدة لم يسبق طرحها .

وبناءا على ذلك فاننا سنتناول الموضوع وفق خطة بحثية اشتملت على مبحثين :-

المبحث الاول :- نتناول فيه ماهية المفاوضات ونقسمه الى ثلاث مطالب :

المطلب الاول :- نتناول فيه تعريف المفاوضات وبيان اهميتها .

والمطلب الثاني :- نبين فيه خصائص المفاوضات .

اما المطلب الثالث :- سنتكلم فيه عن التمييز بين المفاوضات والاوضاع القريبة منها .

المبحث الثاني :- نتكلم فيه عن التفاوض في مجال التعاقد باسلوب المناقصة ونقسمه الى مطلبين :-

المطلب الاول :- نتناول فيه المفاوضات قبل تقديم العطاء

والمطلب الثاني :- نتناول فيه المفاوضات بعد تقديم العطاء .

وسننهي البحث بخاتمة تتضمن اهم النتائج والتوصيات

بعون الله

المبحث الاول

ماهية المفاوضات

نتناول في هذا المبحث تعريف المفاوضات وبيان اهميتها في المطلب الاول ، ثم نبين خصائص المفاوضات في المطلب الثاني ، اما المطلب الثالث والاخير

فسنخصصه للتمييز بين المفاوضات والمراحل الاخرى القريبة منها .

المطلب الاول :- تعريف المفاوضات وبيان اهميتها

الفرع الاول :- تعريف المفاوضات

المفاوضة في اللغة العربية هي المساواة والمشاركة ، وهي مفاعلة من التفويض ، كأن كل واحد منهما رد ما عنده الى صاحبه ، وفوضه في امره اي جاراه ، وتفاوضوا الحديث اخذوا فيه ، وتفاوض القوم في الامر اي فاوض فيه بعضهم بعضا [١] .

وفي اللغة الفرنسية ، فأن كلمة (Negociation) واصلها في اللغة اللاتينية (negotiatio) ، تحتمل معنيين : المعنى الاول هو التجارة Commerce ، اي عملية الشراء والبيع لقيمة منقولة، او عملية تداول الاوراق التجارية ، والمعنى الثاني : هو (التفاوض) اي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف التوصل الى اتفاق بشأن صفقة معينة ، ومرادف كلمة Negociation اي تفاوض هو Pourparlers .

اما المفاوضات في الاصطلاح القانوني فلا يوجد تعريف محدد لها ، ولكن ثمة محاولات لإرساء تعريف لها نذكر منها المحاولات الاتية :

يذهب العميد Carbonnier الى تعريف المفاوضات بانها تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد ، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هنالك ايجاب بالعقد يمكن قبوله ، وانما هناك فحسب عروض وعروض مضادة [٢] ويذهب الفقيه Cornu الى تعريفها بانها

(١) ابن منظور : لسان العرب ، القاهرة ، دار المعارف ، باب فوض، ص ٣٤٨٦ .

(٢) J.CARBONNIER . Droit Civil ,4– Les Obligations , 20ed , PUF 1996 , n 28 – b,p 72

مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المباحثات والمساعي والمشاورات وتبادل وجهات النظر ، بهدف التوصل الى اتفاق [1] ويذهب البعض الى تعريفها بانها اتصال او تشاور او حوار بين طرفين او اكثر لغرض الوصول الى اتفاق نهائي وابرام عقد معين [2] في حين يذهب اخرون الى تعريفها بانها عملية يتم بموجبها تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يضعها اطراف العلاقة العقدية سوية او ينفرد احدهما بوضعها ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه للوصول الى افضل النتائج التي تحقق مصالحهما ، وللتعرف على ما يسفر عن الاتفاق بينهما من الحقوق والتزامات للطرفين [3] اما في اطار العقد الاداري فيعرفها البعض بانها اجراء مرحلي تقوم به السلطة الادارية مع الطرف الاخر الراغب في التعاقد بشأن الاعداد لابرام العقد او تسوية نقطة خلافية تتعلق بشروط العقد او تنفيذه [4]

[1] G.CORNU, Vocabulaire juridique , ASS.H.Capitant , PUF , 1996 , P . 535 .

[2] انظر د. هاني صلاح سرى الدين ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، دراسة مقارنة في القانون المصري والانكليزي ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٨٨ ، ص ١٠ ، انظر قرب المعنى ، سليمان براك الجميلي ، المفاوضات العقدية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ١٩٩٨ ،ص ٥ .

[3] انظر في هذا التعريف د. حسام الدين كامل الاهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي ، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية ، معهد قانون الاعمال الدولي ، القاهرة ، ٢-٣ يناير ١٩٩٣ ، ص ٣.

صابر محمد عمار ، المفاوضات في العقود التجارية الالكترونية ، بحث منشور على شبكة الانترنيت ، h tm منتدى المحامين fill.//A1 بتاريخ ٢٠٠٢/٢/٢٤، ص ٣-٤ .

[4] انظر د. محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٦ .

وعليه يمكن القول بان المفاوضات هي عبارة عن موقف تعبيري حركي قائم بين طرفين او اكثر حول قضية من القضايا يتم بموجبها التقريب بين وجهات النظر المختلفة لاطراف العلاقة التعاقدية عن طريق وضع مقترحات محددة وواضحة بهدف التوصل الى اتفاق لتبادل او تحقيق مصالح مشتركة .
ومن خلال هذا التعريف يمكننا ان نستخلص العناصر الاساسية للتفاوض [1] :-

اولا : الموقف التفاوضي

وفقا للتعريف السابق ، يعد التفاوض موقفاً ديناميكياً ، اي حركي يقوم على الحركة والفعل ورد الفعل ايجاباً و سلباً وتأثيراً وتأثراً ، وهو موقف مرن يتطلب قدرات هائلة للتكيف السريع والمستمر مع المتغيرات المحيطة بالعملية التفاوضية واتاحة القدرات التي تمكن من التغلب على المشاكل والعقبات التي تواجه العملية التفاوضية وتنشأ اثناءها .

ثانيا: اطراف التفاوض

يتم التفاوض في العادة بين طرفين وقد يتسع نطاقه ليشمل اكثر من طرفين نظراً لتشابك المصالح وتعارضها بين الاطراف المتفاوضة ، ومن هنا فان اطراف التفاوض يمكن تقسيمها الى اطراف مباشرة ، وهي الاطراف التي تجلس فعلاً الى مائدة المفاوضات وتباشر عملية التفاوض ، والى اطراف غير مباشرة وهي الاطراف التي تشكل قوى ضاغطة لاعتبارات المصلحة او التي لها علاقة قريبة او بعيدة بعمليةالتفاوض ويمكن ان تقوم بدور مؤثر بالسلب او بالايجاب على تطوير وسير العملية التفاوضية وعلى نتائجها .

[1] للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر د. محسن احمد الخضيري ، مبادئ التفاوض ، مجموعة النيل العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٢ – ٣٠ .

ثالثا:- القضية التفاوضية

فالتفاوض ايا كان نوعه ، وايا كان القائمون به ، او ايا كانت اطرافه ، لابد ان يدور حول قضية معينة او موضوع معين يمثل محور العملية التفاوضية وميدانها التي يتبارز فيه المتفاوضون ، او الاطار العام الذي تدور في نطاقه العملية التفاوضية ، وقد تكون القضية قضية انسانية عامة ، او قضية شخصية ، او تكون قضية اجتماعية ، او اقتصادية ، او سياسية ، او اخلاقية ... الخ .

رابعا:- الهدف التفاوضي

لا تتم عملية تفاوض بدون هدف اساسي تسعى الى تحقيقه او الوصول اليه وتوضع من اجله الخطط والسياسيات ، وتستخدم الادوات والتكتيكات ، وتستنفر من اجله الهمم ، وتحفز الجهود وتشحذ المواهب من اجله . فبناءا على الهدف التفاوضي يتم قياس الجهود التفاوضية في جلسات التفاوض وتعمل الحسابات الدقيقة .

ويتم تقسيم الهدف التفاوضي الى اهداف مرحلية وجزئية وفقاً لمدى اهمية كل منها ومدى اتصالها بتحقيق الهدف الاجمالي العام او النهائي .

الفرع الثاني :- اهمية المفاوضات

اصبح التفاوض اليوم صفة ملازمة لضروريات الحياة بل وامرا حتميا باعتباره يمثل البوابة والوسيلة لمعالجة القضية التفاوضية والحصول على حل للمشكلة المتنازع عليها .

ولم تعد المفاوضات في عالمنا المعاصر الذي يسوده التبادل التجاري

مجرد تبادل لوجهات النظر وانما تشمل على تخطيط ونفقات عامة للتهيئة لمرحلة العقد بل ان تحليل مضمون العقد وتقييم نتائجه يعتمد فقها وقضاءا على مرحلة ما قبل العقد .

وتؤمن المفاوضات لكل طرف من المتفاوضين الاطلاع على التفصيلات الدقيقة الخاصة بشروط العقد والموافقات الاساسية المتصلة بالمحل المفاوض بشأنه ، فكل طرف يعرض على الطرف الاخر ما لديه من نقاط وملاحظات تتطلب الحوار والنقاش بشأن الوصول الى اتفاق بصددها على اعتبار ان المفاوضات تكون عادة في مرحلة سابقة على قيام العقد [١] .

كما وتتأتى اهمية المفاوضات من ان التوازن الاقتصادي للعقد الذي تسفر عنه المفاوضات يعتمد بالاساس على حسن سيرها ، فكلما كانت المفاوضات رصينة وفنية ودقيقة كلما كان هناك ضمانة لصياغة نصوص العقد بشكل يمنع معه اثارة المشاكل والخلافات مستقبلا بشأن الالتزامات المتولدة عنه [٢] .

وفي مجال العقد الاداري تعتبر المفاوضات من الامور المنطقية فالعقد يعد وليدا للأرادة المشتركة لطرفيه مما يتيح مجالا للتنافس والتفاوض بقصد الوصول لافضل الاوضاع التي تحقق مصلحة الادارة دون اغفال لمصلحة المتعاقد معها.

---

(١) فؤاد العلواني ، د. عبد جمعة موسى الربيعي ، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد ، المطبعة الوطنية ، بغداد ، ٢٠٠٣ ، ص ١٣ .

(٢) سعد حسن عبد ملحم ، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنيت ، ط ١ ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠

اذ ان للمفاوضات تاثيراً على حياة العقد لان فيها تقع العوامل والاحداث التي من شانها ان تصيب رضا احد الاطراف كالاكراه والغلط والاستغلال ، ولذلك فان المفاوضات تعد بالنسبة للعقد بمثابة الاعمال التحضيرية بالنسبة للتشريع ، اذ انه يمكن الرجوع اليها في المستقبل كوسيلة لتفسير العقد اذا ما وجدت ضرورة لذلك . انظر د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مطابع الارز ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ٨٨ .

وتلجأ الادارة في المناقصات الى مفاوضة مقدمي العروض بهدف الحصول على اقلها سعرا ، فنجاحها في هذا الصدد من شأنه ان يخفف العبء عن الخزانة العامة ، ولا سيما ان المفاوضة تثير روح المنافسة بين مقدمي العروض هذا من جانب [1] ، ومن جانب اخر يمكنها من انتقاء العطاء الافضل شروطا من الناحية الفنية [2]

المطلب الثاني : خصائص المفاوضات [3]

يتصف التفاوض بمجموعة من الخصائص التي من شأنها ان تجعل منه فكرة قانونية مستقلة وقائمة بذاتها ، وسنعرض فيما يلي اهم هذه الخصائص :-

اولا:- لا يتم التفاوض إلا بوجود طرفين او اكثر

مما لاشك فيه ان التفاوض يكون دائماً ثنائي الجانب على الاقل ، بمعنى انه يتم بين جانبين فاكثر وليس من جانب واحد ، فالتفاوض لا يتحقق الا بحدوث نوع من الاتصال بين شخصين او اكثر وذلك اما بالنقاش او الحوار وجهاً لوجه ، او بطريقة المراسلة ، المهم ان يكون هناك شخصان على الاقل ، وعلة ذلك ان التفاوض في جوهره يقوم على التفاعل والتعاون والمشاركة ، ويحتاج

---

[1] انظر الباب الثالث المادة ٢٩ من القانون المصري الحالي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات ، اشارت بوضوح الى هذا الهدف بقولها :-
((تتولى اللجنة المشار اليها (اي لجنة البت) في المادة السابقة مفاوضة مقدمي العروض التي تتلائم واحتياجات الجهة الطالبة للتعاقد للوصول الى افضلها ... واقلها سعرا...)) .

[2] وتتمتع الادارة بسلطة تقديرية في الموازنة بين مصلحتها المالية والفنية وفقا لما تراه.
انظر المادة (١٧) والمادة (٣٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وكذلك حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٩ مايو سنة ١٩٥٩ والذي جاء فيه :
((.... من الاسس التي تقوم عليها تعاقد الادارة مع الافراد عن طريق المناقصات ... تتمثل في ارساء المناقصة على صاحب العطاء الارخص ... وكذا المصلحة الفنية ... وفي ترجيح اي المصلحتين تتمتع الادارة بسلطة تحددها القواعد المقررة في هذا الشأن)) ، منشور بمجموعة العقود ، المجموعة السابقة ، ص ٢٥٦ .

[3] انظر حول الموضوع : د. مصطفى محمود ابو بكر ، التفاوض الناجح ، مدخل استراتيجي سلوكي ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤-٢٠٠٥ ، ص ٣٧ – ٣٩ .
د. صديق محمد عفيف ، د. جرمين حزين سعد ، التفاوض الفعال في الحياة والاعمال ، مكتبة عين شمس ، الاسكندرية ، ط ٧ ، ٢٠٠٣ ، ص ١٦ -١٧ .

الى تضافر الجهود وتشابك الايدي حتى يؤتى ثماره ، وهذا لا يتصور حدوثه من شخص واحد وانما لابد من وجود شخصين على الاقل .

ثانيا :- التفاوض تصرف ارادي

ان من اهم خصائص التفاوض انه تصرف ارادي ، فهو يحدث دائماً برضا الطرفين ودون اي اجبار او اكراه ، فمن ناحية فان التفاوض لا يحدث الا عندما تتجه ارادة الطرفين الى الدخول في التفاوض بهدف ابرام عقد معين ، ومن ناحية اخرى فأن ارادة الطرفين تظل حرة تماماً طيلة مرحلة المفاوضات ، فلكل طرف الحرية الكاملة في الدخول في التفاوض او الاستمرار فيه او الانسحاب منه ، ويرجع ذلك الى هيمنة مبدأ حرية التعاقد في العملية التفاوضية .

ثالثا:- التفاوض يتم باتفاق الطرفين

ان اهم ما يميز التفاوض على العقد انه يتم باتفاق الطرفين ، سواء اكان هذا الاتفاق صريحاً ام ضمنياً ، مكتوباً ام شفوياً ، فعندما تتولد فكرة العقد لدى احد الاشخاص ، فانه يقوم بعرض هذه الفكرة على شخص اخر ، فاذا وافق الاخير على ابرام العقد من حيث المبدأ وكان هذا العقد بحاجة الى اعداد وتحضير ، فأن الطرفان يتفقا على الدخول بشأنه في مفاوضات لمناقشة شروطه وتحديد تفاصيله .

رابعا :- التفاوض يقوم على التبادل والأخذ والعطاء

ويتميز التفاوض كذلك بكونه يقوم على التبادل والاخذ والعطاء فبواسطته يتعاون الطرفان فيما بينهما للتقريب بين وجهات النظر المختلفة وذلك عن

طريق تبادل العروض والمقترحات ، ومن خلال ذلك يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه [1] ويعدل في الشروط والمطالب التي جاء بها ، حتى يتحقق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة

خامسا:- التفاوض ذو نتيجة احتمالية

ان النتيجة الطبيعية للتفاوض على العقد هي ان يتم بالفعل ابرام العقد المتفاوض عليه ، وذلك بأن ينجح الطرفان في التوصل الى اتفاق نهائي بشأن جميع الشروط الجوهرية في العقد ، ثم يقومان بابرام العقد نهائياً عن طريق تبادل ايجاب وقبول متطابقين ، او بالتوقيع نهائياً على وثيقة العقد .

إلا ان هذه النتيجة هي دائماً احتمالية [1] فقد تتحقق وقد لا تتحقق ، فليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة الى ابرام هذا العقد بالفعل ، وانما قد ينتهي التفاوض الى لا شئ .

سادسا:- التفاوض مرحلة تمهد لابرام العقد

يعتبر التفاوض مرحلة تمهيدية في الطريق الى ابرام العقد ، فهو يهدف الى الاعداد والتحضير لابرام العقد النهائي ، اذ لم يدخل الطرفان في التفاوض إلا بهدف التوصل الى اتفاق ليبرما على اساسه العقد النهائي .

فمن خلال التفاوض يقوم الطرفان بالتمهيد لابرام العقد ، وذلك بمناقشة شروطه ، واجراء الدراسة اللازمة بشأنه ، وكلما توصلا الى اتفاق حول بعض هذه الشروط فانهما يقومان ببلورتها الى اتفاق مرحلي .

[1] J. CEDRAS , L' obligation de negocier , RTD COM . 1985 , P 263 .

[1] د. حسام الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ط ٢، ١٩٩٥،رقم ٩٠، ص ٧٥ .

المطلب الثالث :- التمييز بين التفاوض والمراحل الاخرى القريبة منه

بعد ان تكلمنا عن اهم الخصائص المميزة للمفاوضات اصبح الان بمقدورنا ان نميز بينها وبين غيرها من الافكار التي تقترب منها ، وذلك لتحديد نطاق المفاوضات من جانب ، والدور الذي تلعبه في مجال العقود من جانب اخر .

الفرع الاول :- التمييز بين التفاوض ومرحلة ابرام العقد [1]

يرد بمرحلة ابرام العقد تلك المرحلة التي يتم فيها انعقاد العقد نهائياً ، وذلك عن طريق تبادل ايجاب وقبول متطابقين ، دون الخوض في نقاش حول شروطه [2] .

ووجه الشبه بينه وبين التفاوض هو ان كلاً منهما يعتبر مرحلة في الفترة قبل العقدية التي تسبق تمام العقد ، فهما مرحلتان في اتجاه العقد ، حيث يقوم كل منهما بدور معين في تكوينه واقامة بنيانه .

وبالرغم من ذلك فان التفاوض يختلف عن ابرام العقد من عدة وجوه :-

اولا :- ان مرحلة التفاوض تسبق مرحلة ابرام العقد ، وتلك مسألة بديهية ، ففي الترتيب الزمني للفترة قبل العقدية يأتي التفاوض في المقدمة دائماً ثم يليه ابرام العقد

[1] انظر بخصوص هذا الموضوع
J. SCHMIDT . Negociation et conclusion ,de contrats , 1981 , p 545 .

[2] د. حسام الدين كامل الاهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص ٣ وما بعدها .

ثانيا:- ان ارادة الطرفين تكون غير باته وغير نهائية في مرحلة التفاوض ، فليس ثمة ايجاب نهائي في مرحلة المفاوضات يصلح لان يقترن به قبول يتم به العقد ، وانما هناك فحسب مجرد عروض وعروض مضادة .
وفي المقابل فأن ارادة الطرفين تكون باته وعازمة على التعاقد في مرحلة ابرام العقد ، حيث تتجه ارادتهما الى ابرام العقد نهائيا ودون ادنى تردد .

ثالثا :- ان مرحلة التفاوض تستغرق عادة وقتا طويلا قد يتجاوز مداه الشهور والسنين ، وعلة ذلك ان التفاوض يحتاج الى اجراء مناقشات ثانية ودراسات مستفيضة وهي امور تستغرق وقتا طويلا حتى تؤتى ثمارها .
وعلى العكس من ذلك فان مرحلة ابرام العقد تكون عادة مرحلة قصيرة للغاية وذلك لان عملية ابرام العقد تكون في الغالب عملية فورية حيث يتم قبول الايجاب فور صدوره او بعد صدوره بوقت قصير .

الفرع الثاني :- التمييز بين التفاوض والدعوة للتعاقد

يقصد بالدعوة الى التعاقد تلك الدعوة التي يوجهها شخص الى اخر او الى افراد الجمهور بهدف حثهم على الاقبال عليه للتعاقد معه في الحال وفقا لشروط محددة سلفاً ولا يمكن النقاش فيها .
ووجه الشبه بين المفاوضة والدعوة الى التعاقد ان لكل منهما مقدمة للايجاب كخطوة نحو التعاقد النهائي هذا من زاوية ، ومن زاوية اخرى نجد انهما لا يقيدان القائم بهما
فيجوز لمن وجه الدعوة للتعاقد او القائم بالمفاوضة ان ينسحب او يتراجع عنها دون ادنى مسؤولية تعاقدية ، اللهم الا اذا توفرت في حقه اركان

المسؤولية التقصيرية [١] .
ومع ذلك فقد تتوافر بشأنهم بعض اوجه الاختلاف ، فالداعي الى التفاوض تتجه ارادته الى الدخول في مفاوضات تمهيدية مع من يستجيب لدعوته ، لمناقشة شروط العقد معه على قدم المساواة سعياً الى التوصل بشأنهما الى اتفاق يحضى برضائهما .
اما الداعي الى التعاقد فانه لا يقصد البته ان يتفاوض على العقد مع من يستجيب لدعوته ولكنه يهدف فحسب الى دعوة الناس اليه للتعاقد معه في الحال دون تفاوض ، بحيث لا يملك المستجيب لهذه الدعوى سوى قبول او رفض الايجاب الذي يعرضه عليه الطرف الداعي الى التعاقد دون اي نقاش في شروطه .
كما ان الدعوة للتعاقد تسبق – عادة – اجراء المفاوضات بشأن الاعداد للعقد وابرامه ، ومع ذلك فلا مانع ان يتم التفاوض حول موضوع التعاقد ثم تتم الدعوة اليه .

الفرع الثالث :- التمييز بين التفاوض والايجاب [٢]

يعرف الايجاب بانه العرض المقدم – بصورة صريحة او ضمنية – من شخص لاخر بقصد ابرام عقد من العقود .
ووجه الشبه بينه وبين التفاوض هو ان كلا منهما مرحلة سابقة على التعاقد النهائي ، هذا من جانب ، ومن جانب اخر فان المفاوضة ترتبط بالايجاب بالنظر الى انها تمثل مقدمة لهذا الاخير ، فالمفاوضات اذا كللت بالنجاح فانها تثمر عن تقديم الايجاب كخطوة اساسية نحو اكتمال العقد .

---

[١] د. محمد احمد عبد النعيم ، المصدر السابق ، ص ٨٠ -٨١ .
[٢] انظر عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٦٤ وما بعدها .
كذلك د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ٨٥-٩١ .

اما وجه الاختلاف بينهما فان الايجاب يعد ركناً اساسياً لا تبدأ العلاقة العقدية بدونه ، ويعد خطوة الى العقد اذا اقترن بقبول نهائي من الطرف الاخر اما التفاوض فلا يتجاوز كونه مجرد اجراء مرحلي للعقد ويهيئ لمولده ، ولا يترتب عليه بأي حال من الاحوال انعقاد العقد بصفة نهائية ، كما ان وجه الاختلاف يبرز من حيث درجة الالتزام ، اذ ان الموجب يلتزم بايجابه منذ وقت تصديره او تقديمه ، ويستمر هذا الالتزام قائماً لحين انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء او لحين البت ايهما اقرب .

وعلى خلاف ذلك ، فان العدول عن المفاوضات او قطعها في اي وقت جائز لدى اطراف المفاوضة دون قيود او ادنى مسؤولية عقديه ، اللهم الا اذا ترتب على قطع المفاوضة او الانسحاب منها ضرر وتوافرت مع باقي اركان المسؤولية التقصيرية .

الفرع الرابع :- التمييز بين التفاوض والمساومة

يتداخل مفهوم المساومة كثيراً مع مفهوم التفاوض حتى انه يكاد يكون واحداً من اكثر المفاهيم الرديفة للتفاوض تداخلاً معه [1] .

ولعل الصواب ان المفاوضة تختلف كثيرا عن المساومة ، فثمة فارق كبير بين الفكرتين ، اذ ان فكرة التفاوض اوسع بكثير من فكرة المساومة ، بل ان المساومة قد توجد في غياب المفاوضة ، واذا كان المتفاوضون يلجأون عادة الى المساومةاثناء التفاوض باعتبارها تكتيكاً تفاوضياً فعالاً ، الا ان ذلك لا يبرر الخلط بين الفكرتين [2]

[1] انظر بخصوص هذا الموضوع نبيل سعدون طه العذاري ، العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض ، رسالة ماجستير ، كلية الادارة والاقتصاد ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ١٠-١١ .

[2] في هذا المعنى د. امية الدهان ، ادارة المفاوضات وتنمية مهاراتها في المنظمة ، مجلة دراسات ، الجامعة الاردنية ، المجلد الثالث عشر ، العدد الثالث ، اذار ١٩٨٦ ، ص ١٢٣ .

ويمكن ابراز اوجه الخلاف بينهما في النقاط الاتية :-

اولا :- المساومة هي نشاط من جانب واحد ، حيث يمكن ان تقع ه الطرفين فحسب حتى لو لم تلقى اية استجابة من الطرف الاخر ، في ح التفاوض هو دائماً عمل ثنائي الجانب على الاقل ، اي انه عمل مشترك فيه كلا الطرفين .

ثانيا:- ترد المساومة على عنصر واحد من عناصر العقد وهو الثمن ، او المقابل المالي ، بينما يرد التفاوض على كل عناصر العقد ذلك عنصر الثمن ، ومن ثم فأن فكرة التفاوض على العقد تعتبر اوس من فكرة المساومة .

ثالثا:- تحدث المساومة بخصوص كافة انواع العقود ، سواء اكانت قابلة للتفاوض او عقوداً غير قابلة للتفاوض ، في حين ان المفاوضة ألا بخصوص عقد قابل للتفاوض .

المبحث الثاني
التفاوض في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة

سنتكلم في هذا المبحث عن المفاوضات قبل تقديم العطاء في الاول ، ثم نتكلم عن المفاوضات بعد تقديم العطاء في المطلب الثاني .

المطلب الاول :- المفاوضات قبل تقديم العطاء

القاعدة العامة في فرنسا ومصر هي حرية الادارة في اختيار مالم يلزمها المشرع باسلوب معين ، اما في العراق فأن القاعدة على

ذلك وهو التزام الادارة باتباع اسلوب المناقصة او المزايدة لابرام عقودها الا اذا اجاز لها النص غير ذلك [٢]

وتعد المناقصة الاسلوب الاساسي للتعاقد الاداري ، الا ان هذا الدور بدأ في التراجع نسبياً في فرنسا ومصر ، واية ذلك ما فرضه المشرع من تعديلات جديدة اتاحت توسعاً نسبياً لاساليب التعاقد الاخرى كالممارسة والاتفاق المباشر [٣] .

في حين ظل اسلوب المناقصة الاسلوب الاساسي للتعاقد الاداري في العراق الى جانب اسلوب المزايدة ، حيث نصت المادة الثالثة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ على ما يلي :-

((يجري تنفيذ المشاريع باحدى الطرق التالية :-

أ- **المناقصة العامة** : وتتم باعلان الدعوة الى جميع الراغبين في المساهمة بتنفيذ المشروع

ب- **الدعوة المباشرة (المناقصة الخاصة) :** وتتم بتوجيه دعوى مباشرة الى عدد معين من الاشخاص او الشركات او المؤسسات المعتمدة لقدراتها وكفاءتها الفنية والمالية ..)) .

وتخضع المناقصة كأسلوب للتعاقد الاداري لعدة مبادئ اساسية تحد من حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها ، ولعل من اهمها مبدأ آلية الارساء

(١) راجع د. ماهر صالح علاوي ، مبادئ القانون الاداري – دراسة مقارنة - ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٩٦ ، ص ٢٢٩ .

(٢) اضافت المادة الاولى من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المصري بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات ، الممارسة العامة كأسلوب اساسي بجانب المناقصة العامة ، فضلاعما اضافته المادة السابعة من نفس القانون من توسيع النطاق المالي للتعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر .

والذي يستمد قوته الالزامية من اقرار المشرع فضلا عن تمسك احكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري [١] .

اما في العراق فأن الادارة غير ملزمة بقبول اوطأ العطاءات ولها الحق تبعاً لتقديرها في قبول او رفض اي عطاء او في الغاء المناقصة دون ان يكون لمقدم العطاء حق المطالبة بأية تعويضات [٢] ، بمعنى اخر ان الإحالة تتم ليس على نحو آلي من حيث النظر الى الثمن الوارد بالعطاءات واختيار اقلها – كما اسلفنا القول في فرنسا ومصر – وانما من حيث الثمن والجودة في آن واحد ليكون العطاء المختار هو العطاء الافضل .

ويعتمد نظام المناقصات العامة على مجموعة من الاجراءات والاحكام التي تنظم سير عملية المناقصات بهدف اختيار المتعاقد الافضل من بين المتقدمين ، وهذه الاجراءات تبين كيفية التقدم الى المناقصات والقواعد التي يجب على الادارة اتباعها في هذه الحالة ومن ضمن هذه الاجراءات هو الاعلان عن المناقصة .

ويراد بالاعلان هو اعلام ذوي العلاقة عن المناقصة التي ستجري وعن كيفية الاطلاع على الشروط العامة والخاصة واطلاعهم على شروط العقد والخطط والمواصفات وقائمة الكميات والاسعار [٣]، وبهذا سيتمكن الافراد والشركات من التقدم الى المناقصة وهم على علم تام بجميع الشروط والمواصفات المطلوبة وعلى هذا الاساس سيتقدمون بعروضهم الى المناقصة مع بيان شروطهم ومقدار الاسعار التي يتناقصون او يزايدون على اساسها .

ويحقق مبدأ العلانية في المناقصات العامة مصلحة الادارة والافراد على حد

(١) اقرت المادة (٦١) من قانون المناقصات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ صراحة هذا المبدأ بقولها :

((... وارساء المناقصة على صاحب العطاء الافضل شروطاً والاقل سعراً ...))

ومن الاحكام التي اقرت هذا المبدأ في مصر

- حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٩ مايو سنة ١٩٥٩ ، الموسوعة الادارية الحديثة ، ج ١٨ ، قاعدة رقم ٤٨٦ ، ص ٧٥٦ .

(٢) انظر شروط المقاولة للاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية بقسمها الاول والثاني (تعليمات الى مقدمي العطاءات) الصادرة من وزارة التخطيط سابقاً ، فقرة ١٤ ، ص ١٠ .

(٣) د. محمد فؤاد مهنا / مصدر سابق / ص٧٣٧ .

سواء ، فبالنسبة للادارة يجلب لها اكبر عدد من المتنافسين الامر الذي يؤدي الى حصولها على انسب الاسعار ، وبالنسبة للافراد لأنهم يكونون مطمئنين من سلامة المناقصة وعدم وجود تواطو بين الادارة واحد المتنافسين [1]

يتضح لنا مما تقدم ان مبدأ العلانية يراد به توجيه دعوة فعلية للتعاقد الى كافة الافراد او الى فئة معينة والثابت في العقود المدنية ان المفاوضات تبدأ غالبا بدعوة يوجهها احد الطرفين الى الاخر تسمى بالدعوة الى التعاقد او التفاوض ، وتتضمن هذه الدعوة اقتراحا بالدخول في مفاوضات قد تسفر عن ابرام عقد دون ان تشمل تحديدا للعناصر الجوهرية لهذا العقد في بعض الاحيان .

وفي احيان اخرى يكون موضوع الدعوى الى التعاقد او التفاوض اقتراحا يتسم بدرجة من الوضوح فلا يقتصر على مجرد المفاوضة وانما ينصب على عقد محدد بنوعه او على جوانب من عناصره [2]

والعقد الاداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الاساسية لتكوينه لا يعدو ان يكون توافق ارادتين بايجاب وقبول لانشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي ، ولما كان المشرعان العراقي والمصري قد حرصا على اعطاء مهلة لراغبي التعاقد بأسلوب المناقصة

للتمهل ودراسة دعوة الادارة للتعاقد ، وذلك قبل تقديم عروضهم او قبل التقدم بالايجاب ، فانه يمكن من خلال هذه الفترة ان يتاح فيها اجراءات الاتصالات والمباحثات بين راغبي التعاقد والادارة بشأن التفاهم حول شروط التعاقد المعلن عنها او الواردة في كراسة الشروط .

(١) حيث ان الاعلان عن المناقصة يعتبر من الاجراءات الجوهرية فهو يضمن تحقيق المنافسة بين اكبر عدد ممكن من الراغبين في التعاقد ، وكذلك كفالة المساواة بينهم ، فضلا عن انه يعتبر دعوة عامة لكل من يرغب بالاشتراك في المناقصة ، لذا فان الاعلان عن المناقصة هو من المبادئ الاساسية واهماله يؤدي الى بطلان المناقصة. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر. نجيب خلف الجبوري ، سلطة الادارة في اختيار المتعاقد معها (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٧٦ .

(٢) د. محمد حسين عبد العال ،التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ،دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨، ص ٣٦ .

وقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الاداري المصرية الصادر في ٢٧ مايو سنة ١٩٦٢ ما يؤكد صحة ذلك حيث جاء فيه ((.... ان ما دار بين المصلحة والشركة من مفاوضات وهي اعمال تمهيدية لم تؤدي الى ابرام العقد مع الجهة التي لها ولاية ابرامه ..والشركة المدعية قد اقدمت على مفاوضة مصلحة السواحل والمصايد وحرس الجمارك وهي تعلم سلفا ان هذه المصلحة ليست هي الجهة المختصة بابرام عقد الالتزام وان ابرام هذا العقد يقتضي استئذان السلطة التشريعية في التعاقد معها ، ثم توقيع الوزير للعقد وهي جهات تملك في ذلك سلطة تقديرية واسعة في حدود المصلحة العامة ، ومجرد عدم موافقة الوزارة على السير في اتمام اجراءات التعاقد مع الشركة المدعية وغيرها ممن يتقدمون بعطاءاتهم لا ينطوي بذاته على خطأ يرتب مسؤوليتها قبل الشركة المذكورة ما لم يثبت ان تصرفها في هذا الشأن مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة ... وفضلا عن ذلك فانه ليس في الاوراق ما يفيد ان مصلحة السواحل والمصايد وحرس الجمارك قد اوقعت الشركة المدعية في الخطأ او دفعتها بموقفها خلال مرحلة المفاوضة الى تكبد مصاريف او نفقات ، واذا كانت المصلحة حريصة فيما ضمنته في مكاتباتها مع الشركة على ابراز ان ما تم من جانبها لا يخرج عن كونه موافقة مبدئية ...)) [1].

والذي يتضح لنا من تحليل حكم المحكمة اعلاه بان العقد الاداري يمكن ان يمر بمرحلة تمهيدية تجري فيها المفاوضات والمباحثات الا انها لا ترتب بذاتها التزامات تعاقدية ، كما ان الاجراءات التفاوضية التي تمت بين الادارة والافراد الراغبين بالتعاقد معها تجسدها في واقع الحال المكاتبات المتبادلة بينهم .

(١) حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في القضية رقم (١٥٥) لسنة ١٢ ق الصادر في ٢٧ مايو سنة ١٩٦٢ ، المنشور بمجموعة احكام السنوات الخمس ، مبدأ رقم ٢٤ ، ص ٨٩ .

اما في العراق فلم نجد في واقع الحال حكماً مماثلاً لمحكمة القضاء الاداري والقضاء العادي بهذا الخصوص .

وتهدف المباحثات والمفاوضات في المرحلة السابقة على تقديم العروض من جانب راغبي التعاقد الى تقريب وجهات النظر بين الاطراف ، فضلا عن اعطاء الفرصة كاملة بشأن دراسة شروط العقد المزمع ابرامه ، بل والوصول بالطرف الآخر الى التقدم بالايجاب في اطار الشروط المعلن عنها كخطوة نحو بدء الاجراءات الفعلية نحو التعاقد [1]، اضف الى ذلك فقد يكون فتح باب التفاوض من قبل احد المتعاقدين مع الادارة بهدف نيل فرصة التعاقد معها .

المطلب الثاني :- المفاوضات بعد تقديم العطاء

عند الاعلان عن المناقصة العامة او عند توجيه الدعوة الى عدد محدد من المناقصين [2] فانه من الطبيعي ان يتم تحديد مهلة معينة لمن يرغب بالاشتراك في هذه المناقصات وتبدأ هذه المدة عادة من تاريخ نشر الاعلان وتنتهي باجل معين تحدده الادارة ، والهدف من تحديد هذه المهلة هو فسح المجال لمن يرغب بالاشتراك في المناقصة للتفكير بصورة جيدة والموازنة بين العطاء الذي يقدمه وبين مقدرته المالية لتدبير امره ودفع حساباته وفق هذا التقرير وبعد ان يتم الاعلان عن المناقصة فان باستطاعة كل من يرغب بالاشتراك فيها ان يتقدم بعطائه ، والمقصود بالعطاء هو السعر الذي يقترعه المناقص والذي يرتضي على اساسه ابرام العقد فيما لو رست المناقصة عليه [3] .

(١) د. محمد احمد عبد النعيم ، المصدر السابق ، ص ١٠٢ .

(٢) دأبت الكثير من الدول الى تنويع المناقصات بغية منح الادارة اكبر قدر من الحرية لاختيار افضل المتعاقدين من حيث الكفاية المالية والخبرة الفنية ، فهناك المناقصة العامة المفتوحة التي لا تقتصر على اشخاص معينيين وانما يكون التناقص فيها عاما ، وهناك المناقصة المحدودة او المقيدة التي تكون فيها للادارة سلطة تقديرية في تحديد المتناقصين الذين يحق لهم الدخول في المناقصة ، وهناك المناقصة المحلية والتي يقتصر الاشتراك فيها على المقاولين والتجار المحلين المقيدة اسمائهم في السجل التجاري والتي تقرر الوزارة او الدائرة المختصة ادراج اسمائهم في القائمة التي تعدها لذلك ، اما المناقصة على اساس الموازنة بين السعر والجودة فيراد بها دعوة توجهها الادارة للاشتراك في المناقصة بقصد الوصول الى المناقص الذي يقدم اجود عينة باقل سعر ، للمزيد من التفاصيل بخصوص هذا الموضوع راجع نجيب خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٥٨ – ٧٢ .

(٣) د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الاداري الكويتي ، دارالنهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٩ ، ص ٤٨٣ .

وما ان يتقدم المناقص بعطائه فانه يرتبط به ولا يجوز له سحبه او تعديله قبل ان يبت فيه ، وبالرغم من ان التزام المتقدم بالبقاء على ايجابه التزام مصدره القانون [1] ، الا انه ليس من النظام العام لذا فانه يجوز الاتفاق في بعض الحالات على خلاف مضمونه او النص على خلاف ذلك في القوانين والانظمة ، ذلك ان تقرير هذا المبدأ هو في صالح الادارة [2].

وتمكينا للادارة من تحقيق هدفها الاساسي في الوصول لافضل العطاءات فقد اجاز المشرع المصري مرور التعاقد باسلوب المناقصة بمرحلة تفاوضية مع مقدم العطاء الاقل ولكن بشروط معينة .

فقد نصت المادة ١٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على انه ((لايجوز بعد فتح المضاريف الدخول في مفاوضات مع احد مقدمي العطاءات في شأن تعديل عطائه ، ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الاقل المقترن بتحفظ او تحفظات للنزول عن كل تحفظاته او بعضها مما يجعل عطائه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الاقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره الى مستوى اسعار السوق ، وتجري المفاوضة في الحالتين المشار اليها بقرار من السلطة المختصة)) .

(١) فقد نصت المادة (٣٩) من لائحة المناقصات والمزايدات المصرية رقم(٩) لسنة ١٩٨٣ على انه ((يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصلمه بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة المصلحة ...حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط .)) ، ومن الجدير بالذكر ان العطاء الذي يتقدم به المناقص يعتبر ايجابا بالرغم من ان الادارة هي التي تقوم بصياغة العطاء الاداري ووضع الشروط المطلوبة وبالرغم من استقلال الادارة بوضع هذه الشروط فان ارادة المتعاقد معها ليست غريبة عن تكوين العقد وابرامه وذلك لان المتقدم يطلع على هذه الشروط ويبدي ما يراه من تحفظات او ملاحظات على هذه الشروط ويرفقها مع عطائه عند تقديمه ، انظر. نجيب خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

(٢) فقد اجاز المشرع المصري للمتعاقد سحب عطائه قبل الموعد المحدد لفتح المضاريف ، ولكنه رتب على هذا الانسحاب اثرا هاما وهو فقدان صاحب العطاء الذي يسحب عطائه قبل الموعد المحدد لفتح المضاريف لتامينه دون حاجة الى اعذاره او الالتجاء الى القضاء او اتخاذ اية اجراءات او اقامة الدليل على حصول الضرر / المادة (٣٩) من لائحة المناقصات والمزايدات المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ .

اما في العراق فقد نصت المادة السادسة فقرة ٥ / ب من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية على انه [١] : ((للجهة المنفذة وبموافقة الوزير المختص التفاوض مع اي من المناقصين اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك على ان يتم الحفاظ على سرية المعلومات الواردة في عطاءات المناقصين وتفاصيل التفاوض مع اي منهم)) .

ومن تحليل نص المادة اعلاه والمادة (١٦) من قانون المناقصات المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ يتبين لنا ان هناك شروط معينة لامجال للتفاوض دون تحقيقها .

وبناءاً على ذلك سنتكلم عن الشروط الاساسية في الفرع الاول ، ثم نتكلم عن حالتي المفاوضة وشروط كل منهما في الفرع الثاني .

الفرع الاول :- الشروط الاساسية للتفاوض [٢]

اولا :- ان يتم اجراء المناقصة طبقا لاحكام القانون :

يجب ان تتم اجراءات المناقصة في ضوء احترام المبادئ الاساسية التي تحكمها واهمها مبدأ العلانية ، والمساواة ، وحرية المنافسة والية الارساء ، اضافة الى وجوب الالتزام بكراسة الشروط باعتبارها تمثل قانونا للتعاقد .

وبناءا على ما تقدم فان المفاوضة لا تتم بشأن مناقصة تمت بالمخالفة لاحكام القانون او ما جاء في كراسة الشروط ، فالمناقصة تصبح باطلة في هذا الفرض ولا يعتد بها ، وبالتالي فلا مجال للتفاوض بشأن الاثار المترتبة عليها [٣].

---

[١] انظر تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية الصادرة من وزارة التخطيط السابقة والتي حلت محل التعليمات الصادرة بموجب قرار مجلس التخطيط رقم (١٤) في ١٩٧٥/١/١٩ اعتباراً من ١٩٨٨/٢/١/٢/١ .

[٢] انظر د. محمد احمد عبد النعيم ، المصدر السابق ، ص ١٠٩ وما بعدها .

[٣] انظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٦٢ والذي جاء فيه :

((... وشروط المناقصة على هذا الوضع هي بمثابة قانون للتعاقد فلم توضع لمصلحة احد المتعاقدين ان شاء اخذ بها وان لم يشأ لا يأخذ بها ، وانما وضعها كان للمصلحة العامة فلا سبيل للفكاك منها ، وكل عمل يتم على خلافها لا يعتد به) .

ثانيا :- اجراء المفاوضات بعد تقديم العطاءات :

لا يجوز كقاعدة عامة اجراء المفاوضات بعد تقديم العرض وتحديدا بعد فتح المضاريف لما يسببه ذلك من اخلال بمبدأ المساواة بين اصحاب العروض ، او المساس بالمراكز القانونية والتي تكون قد تحددت بعد فتح المضاريف.

الا ان المشرع المصري في المادة (١٦) السالفة الذكر ابرز الطابع الاستثنائي لمرحلة المفاوضة بعد فتح المضاريف حيث اجاز للادارة مفاوضة مقدم العطاء الاقل وذلك بعد فتح المضاريف كاستثناء من المبدأ العام ، وتفسير ذلك يعود الى ان تحديد مقدم العطاء الاقل لا يتم الا بعد تقديم العطاءات وقيام الادارة بترتيبها وفقا لقيمتها المالية وقد استقرت احكام مجلس الدولة على الاتجاه ذاته [١] .

ثالثا:- ان يتم اجراء المفاوضات من قبل جهة مختصة مختصة

يقوم المشرع عادة بتخويل جهة مختصة للقيام بالتفاوض ، وغالباً ماتكون هذه الجهة هي لجنة البت لما تملكه من صلاحيات كبرى تصل الى ارساء المناقصة على مقدم العطاء الافضل من حيث الشروط والاقل سعرا ، كما ان التشكيل المتوازن للجنة من حيث العناصر القانونية والمالية والفنية يعطي لها القدرة على القيام بالمفاوضات واحاطتها باكبر قدر من الضمانات لتحقيق مبدأ المساواة بين مقدمي العطاءات اضافة الى تحقيق الصالح العام [٢].

---

[١] انظر واحد من اهم احكام المحكمة الادارية العليا المصرية الصادر في ٩ مايو سنة ١٩٥٩ والذي جاء فيه :-

((... الشارع رأى رغبة منه في تمكين الادارة من الحصول على اصلح العطاءات لخير المرفق وصيانة لاموال الدولة – اجاز المفاوضة بعد فتح المضاريف مع صاحب العطاء الاقل اذا كان مقترنا بتحفظ او تحفظات ، .... فاذا رفض جاز التفاوض مع من يليه ...)) .

[٢] انظر المادة ١٦ من قانون المناقصات المصري والذي جاء فيها ((... ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الافضل المقترن بتحفظات ... كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الاقل غير المقترن بتحفظات ...))

وهو ما عبرت عنه المادة السادسة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية اذ أجازت للجهة المنفذة مفاوضة المناقصين اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

رابعا:- موافقة السلطة المختصة على اجراء المفاوضات :

حيث نصت المادة (١٦) من قانون المناقصات المصري على ضرورة موافقة السلطة المختصة كشرط لاجراء المفاوضات ، وهو ما عبرت عنه بالقول ((... وتجري المفاوضات في الحالتين المشار اليها بقرار من السلطة المختصة .))

وقد حددت المادة (٣١) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣السلطة المختصة بقولها ((ترفع لجنة البت توصياتها الى السلطات التالية :-

(أ) المدير العام اذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد عن ٥٠,٠٠٠ (خمسين الف جنية).

(ب) رئيس الادارة المركزية المختص اذا لم تزيد قيمته عن ٢٠٠,٠٠٠ (مائتي الف جنيه) .

(ج) الوزير المختص او من يمارس سلطاته فيما يزيد عن ذلك)) .

ويمكن تفسير موقف المشرع باشتراطه موافقة السلطة المختصة على اجراء المفاوضات في ضوء ما يلي :-

١. الطابع الاستثنائي للمفاوضة بعد تقديم العطاءات وفتح المضاريف ، فقد قيد المشرع التفاوض في هذه المرحلة بضرورة توافر شروط معينة ، ومن ابرزها

٢. وجوب موافقة السلطة المختصة على ذلك ، وقد يفسر هذا الامر على اعتباره قيدا على عدم التوسع في تفسير هذا الاستثناء .

٣. ان ترك اجراء المفاوضة رهن مشيئة لجنة البت رغم تشكيلها المتوازن قد يوصي بمنحها سلطة مطلقة ، فهناك بعض الاعتبارات من اهمها الصالح العام تكون السلطة المختصة ذات رؤية اعمق وادق على تقييمها .

ولا يعني ذلك الاعتراف بسلطة مطلقة للسلطة المختصة باجراء المفاوضة وفقا لارادتها المنفردة وانما قيدها حدود اساءة استعمال السلطة .

وتطبيقا لذلك انتهى القضاء الاداري المصري الى بطلان اجراء المفاوضة اذا تمت دون احترام المبادئ العامة او دون الالتزام باحكام قانون المناقصات والمزايدات التي تمت المناقصة في ضوء احكامه [١].

٤. حسم الخلافات التي يمكن ان تثار حول اجراء المفاوضة بين لجنة البت وبعض مستويات السلطة الادارية المختصة .

اما في العراق فقد اكدت المادة السادسة من التعليمات المذكورة على ضرورة موافقة الوزير المختص كشرط اساسي لاجراء التفاوض مع اي من المناقصين وهو ما عبرت عنه بالقول ((للجهة المنفذة وبموافقة الوزير المختص التفاوض مع اي من المناقصين ...)) .

خامسا:- تقييد اجراء المفاوضة بفترة سريان العطاء :

ان تقديم العطاء من قبل المتقدم الى المناقصات يعني التزام المتقدم بالبقاء على ايجابه الى ان يتم ارساء المناقصة على احد المتقدمين ، فاذا رست

المناقصة تحرر المتقدمون من هذا الالتزام فيما عدا المتقدم الذي رسا عليه

[١] حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٩٢ ، مجموعة العقود / ص ٢١٧ – ٢١٨ والذي جاء فيه :←

← ((... وبالتالي يكون التفاوض مع شركة المقاولون العرب لتخفيض اسعارها لكي تصبح اقل من اسعار الجمعية المطعون ضدها يعتبر عملا مخالفاً للقانون لا يصبح سندا سويا للقرار المطعون فيه)) .

العطاء ، حيث يبقى ساري المفعول الى ان يتم اعتماد المناقصة [1] .

وقد ينص على تحديد مدة معينة يبقى فيها المتقدم ملتزما بعطائه وعلى الادارة ان تبت في هذا العرض خلال مدة سريان العطاء حيث ان انقضاء هذا الاجل يعني تحرر مقدم العطاء من عطائه .

وتمثل المفاوضة احدى خطوات مرحلة البت في العطاءات ومن ثم يجب ان تتم خلال فترة صلاحية العطاءات ، ولا شك ان ذلك يعد امرا منطقيا ، فالاختصاص باجراء المفاوضة يرتبط بسلطة لجنة البت وهي مقيدة باجراء عملية الفحص والتقييم واختيار العطاء الافضل خلال فترة سريان العطاء هذا من جانب ومن جانب اخر فان فترة سريان العطاء هي الفترة التي يلتزم فيها صاحب العطاء بعطائه ، ومن ثم فان المفاوضة معه بعد ذلك تصبح في غير محلها [2].

سادسا:- المحافظة على سرية المعلومات :

نصت المادة السادسة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية على انـــه ((للجهة المنفذة .. التفاوض مع اي من المناقصين ... على ان يتم الحفاظ على سرية المعلومات الواردة في عطاءات المناقصين وتفاصيل مع اي منهم)) .

يتبين من النص اعلاه ان المحافظة على سرية المعلومات خلال عملية التفاوض يعتبر شرطاً اساسياً لأتمام المفاوضات . وبذلك فأن على الجهة المنفذة المحافظة على سرية المعلومات الواردة في عطاءات المناقصين هذا من جانب ، ومن جانب اخر فأن على المتفاوض الامتناع عن الافضاء عن

[1] انظر د. احمد عثمان عبادة ، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣ ، ص ١٤٤ – ١٤٥ .

[2] د. محمد احمد عبد النعيم / مصدر سابق / ص ١١٤ .

المعلومات التي يطلع عليها من الطرف الاخر اثناء المفاوضات –استناداً الى احكام المسؤولية التقصيرية – فلا يقوم بأفشائها الى الغير ، ولا يعهد الى استغلالها لحسابه الخاص دون موافقة صاحبها .

الفرع الثاني :- حالات المفاوضة

لقد نصت المادة (١٦) من القانون المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ على انه

((... يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الاقل المقترن بتحفظ او تحفظات للنزول عن كل تحفظاته او بعضها مما يجعل عطاؤه متفقا مع شروط المناقصة قدر الامكان ، كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الاقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره الى مستوى اسعار السوق ...)) .

يتضح من النص اعلاه ان هناك حالتين للمفاوضة بعد تقديم العطاء في مجال التعاقد باسلوب المناقصة ، الاولى تتعلق بتعديل العطاء ، والثانية تتعلق بتعديل الاسعار .

الحالة الاولى :- المفاوضة بشأن تعديل العطاء

تطبيقا لنص المادة (١٦) السالفة الذكر ومن اجل تحقيق الصالح العام فانه من الضروري ان تمر اجراءات التعاقد باسلوب المناقصة بمرحلة تفاوضية وذلك قبل البت والأرساء بقصد اقناع مقدم العطاء الاقل بالتنازل كليا او جزئيا عن تحفظاته بما يجعل من عطاؤه متفقا مع الشروط الاساسية للمناقصة .

وعليه مما تقدم يمكن القول ان هناك شرطين للمفاوضة في هذه المرحلة .

الشرط الاول :- اجراء المفاوضة مع مقدم العطاء الاقل المقترن بتحفظات للنزول كليا او جزئيا عن تحفظاته .

وقبل ان نتكلم عن كيفية اجراء المفاوضة في هذا الشأن لابد لنا ان نبين تحديد مقدم العطاء الاقل اولا ثم المقصود بالتحفظات ثانيا.

اولا:-تحديد مقدم العطاء الاقل:-

بعد أن يتم التاكد من مطابقة العطاءات المقدمة للشروط والمواصفات في المناقصة وبعد ان يتم استبعاد العطاءات التي لا تتوفر فيها الشروط المطلوبة تقوم لجنة فتح المضاريف برفع اسماء المناقصين المؤهلين للاشتراك في المناقصة الى لجنة البت في العطاءات وهذه اللجنة بدورها تقوم بمهمة الفصل في العطاءات المرفوعة لاختيار افضلها في ضوء الاعتبارات المالية والفنية .

واختصاص لجنة البت في العطاءات اختصاص مقيد بقواعد عامة وضعت لصالح الادارة والافراد على حد سواء بهدف تحقيق مبدأ المساواة بين المتناقصين جميعا [1].

لذلك فاللجنة لا تملك تعديل شروط المناقصة وانما تصدر القرارات بقبول العطاءات او رفضها ذلك لان من حق اللجنة ان تستبعد اصحاب العطاءات الذين لا تتوفر فيهم شروط الكفاءة الفنية والمالية وحسن السمعة [2] .

وبناءا على ما تقدم يمكن القول بان لجنة البت في العطاءات تقوم بتحديد مقدم العطاء الاقل وفق معيار موضوعي مؤداه القيمة الرقمية للعطاءات في

---

[1] وهذا ما اكدته محكمة القضاء الاداري المصرية في حكم لها جاء فيه ((ان لجنة البت تختص باتمام الاجراءات المؤدية الى تعيين من ترسو عليه المناقصة بعد تحقيق شروطها توطئة لاضطلاع جهة الادارة بمهمتها الخاصة بابرام العقد ، واختصاص اللجنة في هذا اختصاص مقيد تجري فيه على قواعد وضعت لصالح الادارة والافراد على السواء بقصد كفاية احترام مبدأ المساواة بين المتناقصين جميعا .)) حكمها الصادر في ١٩٥٦/١٢/١٨ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري في (١٥) عام (١٩٤٦ – ١٩٦١) / ج ٢ / ص ١٩٠٦ .

[2] وهذا ما قضت به محكمة القضاء الاداري المصرية في حكم لها جاء فيه :-
((... للجنة ان تتحقق من شروط الكفاية المالية والفنية وحسن السمعة واستبعاد العطاءات التي لا تتوفر فيها هذه الشروط .)) انظر حكمها الصادر في ١٩٥٦/١٢/١٨ والذي سبقت الاشارة اليه .

ضوء احترام المبادئ الاساسية التي تقوم عليها المناقصة واهمها مبدأ المساواة بين مقدمي العطاءات

ثانيا-المقصود بالتحفضات :-

ان لكل مناقص الحق في ان يضمن عطائه ما يشاء من تحفظات واشتراطات خاصة تختلف عما تشترطه الادارة ، وهذه التحفظات والشروط قد يضمنها مقدم العطاء في عطائه او يبعث بها بكتاب قبل فتح المضاريف .

والمقصود بالتحفظ هو ايراد شروط او اشتراطات في العطاء تخالف الشروط المعلن عنها للدخول في المناقصة [1]

ومن الجدير بالذكر فأن المشرع العراقي لم يورد قيوداً تُذكر على ارادة الراغب في التعاقد فيما يتعلق بارفاقه لما يراه من تحفظات على الشروط العامة للتعاقد الاداري ، وهذا ما اكدته صراحة المادة ٩ فقرة (هـ) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطة التنمية القومية بقولها ((... واذا رغب مقدم العطاء وضع اشتراطات او تحفظات فيجب تثبيت ذلك في كتاب يرفق مع العطاء على ان يشير الى هذا الكتاب في العطاء نفسه)) .

ويعتبر ايراد تحفظات تعديلا من المناقص لشروط العطاء يخول لجنة البت التفاوض مع صاحب العطاء ليتنازل عن كل تحفظاته او بعضها مما يجعل عطائه متفقا وشروط المناقصة [2] .

والتحفظات في الواقع استثناء من القواعد العامة ،فالاصل في العقد الاداري ان الايجاب يوجه على اساس الشروط العامة المعلن عنها ، الا انه اذا كان للمتعاقد الاخر شروط خاصة تناقض او تحد من الشروط العامة المعلن عنها

---

[1] انظر . نجيب خلف الجبوري ، مصدر سابق ، ص ٩٤ .

[2] انظر المادة (١٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ .

فقد استقر الرأي على انه اذا كانت الشروط او التحفظات لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلن عنها ففي هذه الحالة للادارة ان تتفاوض مع صاحب العطاء الاقل للنزول عن كل او بعض تحفظاته [٣].

ولما كان الاستثناء لا يتقرر الا بنص ، فقد اقرته صراحة المادة (١/١٦) من القانون المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ .

الشرط الثاني :- اجراء المفاوضة بهدف التوفيق بين العطاء الاقل وشروط المناقصة .

ان هذا الشرط يعكس الغاية الاساسية للمفاوضة وهو تحقيق صالح المرفق العام بارساء المناقصة على صاحب اقل العطاءات سعرا وافضلها شروطا بعد اقناعه بالتنازل كليا او جزئيا عما ارفقه من تحفظات بعطائه مما يوفق بين عطائه وشروط المفاوضة قدر الاستطاعة ويجعله اصلح من العطاء الاقل غير المقترن باي تحفظ ، فعلى سبيل المثال اذا اورد مقدم العطاء الاقل تحفظا اشترط حصوله مقدما على دفعات من قيمة المناقصة قبل التنفيذ ، فلا مانع من ان يتم التفاوض معه لاقناعه بتخفيض قيمة الدفعات المطلوبة او تاجيل هذا الامر الى مرحلة لاحقة وذلك بالصورة التي لا تتعارض مع شروط المناقصة .

والاصل ان صاحب العطاء الاقل يحظى بحرية التنازل او عدم التنازل عن تحفظاته ، وفي حالة الرفض يجوز لجهة الادارة او ممثلها في لجنة البت ان

[٣] فتوى الجمعية العمومية المصرية للفتوى والتشريع في ١٣ ابريل سنة ١٩٨٥ ، منشور بمجموعة العقود ، ص ٢٦٧ _ ٢٦٨ .

تقبل التعاقد معه على هذا الاساس ، او تتفاوض مع من يليه في الترتيب[١].

الحالة الثانية :- المفاوضة بشأن تعديل الاسعار

تضمنت المادة (١٦ / ٢) من القانون المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ هذه الحالة بقولها ((... كما يجوز للجنة مفاوضة اصحاب العطاء الاقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره الى مستوى اسعار السوق ...)) .

ومن تحليل نص المادة اعلاه يمكن القول بان اجراء المفاوضة بشأن تعديل الاسعار يتطلب توافر الشروط التالية :-

اولا :- ان يكون العطاء الاقل غير مقترن بتحفظات :

يشترط بالنسبة للمفاوضة في هذا المجال ان يكون العطاء الاقل غير مقترن بتحفظات او اشتراطات مخالفة للشروط العامة للمناقصة .

ثانيا :- تجاوز قيمة العطاء الاقل لمستوى اسعار السوق :

يراد بهذا الشرط ان تكون القيمة الرقمية لأقل عطاء تزيد عن اسعار السوق فاذا كانت مساوية لهذه الاسعار او اقل فلا جدوى من المفاوضة في مثل هذه الحالة .

وعليه يجب على اللجنة عند المفاضلة بين العطاءات في المناقصة ان تسترشد بالاثمان والاسعار السابقة على التعامل بها محليا او خارجيا مع بيان هذه الاسعار في جدول المقارنة [١] .

كما ويجب الاسترشاد باسعار السوق ايضا لما لذلك من اهمية كبرى في العطاء في اعطاء صورة شاملة للادارة الراغبة في التعاقد عن موقف السوق ومن ثم تفادي التعاقد مع سعر اعلى من سعر السوق [٢].

[١] وقد جرى مجلس الدولة المصري على ترديد هذا المعنى في جانب من احكامه الصادرة في ٩ مايو ١٩٥٩ والذي سبقت الاشارة اليه .

[١] انظر المادة (٦٨) من لائحة المناقصات والمزايدات المصري لسنة ١٩٨٣ .

[٢] انظرفي هذا المعنى الفقرة (ج) من المادة (٢٠) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطة التنمية القومية في العراق رقم ١٤ لسنة ١٩٧٥

ثالثا :- اجراء المفاوضة بشأن النزول بقيمة العطاء الاقل الى مستوى اسعار السوق :

يجسد هذا الشرط الهدف الاساسي من المفاوضة وهو تحقيق المصلحة المالية للادارة وذلك بتمكينها من ارساء المناقصة على افضل العطاءات شروطا واقلها سعرا وذلك عن طريق مفاوضة مقدم العطاء الاقل غير المقترن بتحفظات للنزول بقيمة العطاء الاقل الى مستوى اسعار السوق .

يتضح لنا مما تقدم بان الادارة تلجأ الى اسلوب المفاوضات بعد تقديم العطاء اما بهدف اقناع مقدم العطاء بالتنازل عن كل تحفظاته او بعضها اذا كان عطائه مقترناً بتحفظات او تقوم بمفاوضة صاحب العطاء الاقل للنزول بسعره الى مستوى اسعار السوق اذا كان عطاؤه غير مقترن بتحفظات ، وتعتمد الادارة تعاقدها في هذا المجال بالاعتماد على نتيجة المفاوضات وما تؤول اليه ، فاذاكان هناك قبول من مقدم العطاء بالنزول عن تحفظاته فهنا تلجأ الادارة الى التعاقد معه باعتباره المرشح الاول ولا يجوز لها التعاقد مع غيره ، اما اذا رفض النزول عن تحفظاته فهنا تكون الادارة امام عدة خيارات :-

الاول :- ان تلجأ الادارة الى التعاقد معه رغم وجود هذه التحفظات .

الثاني :- ترفض التعاقد معه وتسعى الى التعاقد مع من يليه في الترتيب .

الثالث والاخير :- فيتمثل في الغاء المناقصة والتحضير لاجراء مناقصة جديدة .

الخاتمــة

نخلص من هذا البحث الى النتائج والتوصيات التالية :-

١.تعد المناقصة احد اساليب التعاقد الاداري التي تستند الى مبادئ معينة وتهدف الى حماية المصلحة المالية للادارة من خلال التعاقد مع مقدم العرض الافضل من حيث الشروط والاقل من حيث السعر ، مما يفهم معه ان هذا الاسلوب يقيد حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها لما يفرضه مبدأ آلية الارساء من قيود في هذا المجال .

٢.قد يمر التعاقد باسلوب المناقصة بمرحلة تفاوضية تجري فيها المناقشات والمشاورات بما يمهد لابرام العقد والتهيئة لمولده مما يتيح للراغبين في التعاقد في مناقشة معظم الامور المتعلقة بالعقد المزمع عقده .

٣.غالبا ما تتم هذه المفاوضات قبل تقديم العطاء مما قد ينتج عنه تعديل في العرض او العطاء المقدم من جانب راغبي التعاقد .

٤.وقد تجري المفاوضات بعد تقديم العطاء بهدف اقناع مقدم العطاء بالتنازل عن كل تحفظاته او بعضها مما يجعل من عطائه متفقا مع شروط المناقصة قدر الامكان . وتمثل المفاوضات في هذا الشأن استثناءا من قاعدة عدم جواز تعديل العطاء بعد تقديمه .

٥.تهدف الادارة من اجراء المفاوضات الى تحقيق صالح المرفق العام والوصول الى افضل العطاءات والعروض المقدمة مع مراعاة عدم الاخلال بمصلحة الطرف الاخر .

٦.ان الاجراءات التي تتم بين الادارة والافراد خلال مرحلة المفاوضات لا تنشئ بذاتها اية التزامات تعاقدية ، مع الاخذ بنظر الاعتبار المسؤولية الخاصة التي تنشئ بسبب الاضرار التي تصيب احد الاطراف من جراء خطأ يرتكبه الطرف الاخر .

٧.الافتقار الى وجود قواعد موضوعية خاصة لتنظيم عملية التفاوض في معظم القوانين المعاصرة ومنها القانون العراقي ، لذا نوصي المشرع بضرورة وضع تنظيم خاص بالمفاوضات وخاصة في ظل سياسة الخصخصة التي تنتهجها الدولة .

والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

اولا : المراجع العربية

أ- الكتب

١- ابن منظور ، لسان العرب ، القاهرة ، دار المعارف ، باب فوض .

٢- د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣ .

٣ - د. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥ .

٤- د. سعد حسن عبد ملحم ، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنيت ، ط١ ، بغداد ، ٢٠٠٤

٥- د. صديق محمد عفيف ، د.جرمين حزين سعد ، التفاوض الفعال في الحياة والاعمال ، مكتبة عين شمس ، الاسكندرية ، الطبعة السابعة ، ٢٠٠٣ .

٦- د. عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع

٧- د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الاداري الكويتي ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٩ .

٨- د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري محمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ،ط ١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مطابع الارز ، عمان ، ٢٠٠٠ .

٩- فؤاد العلواني و د. عبد جمعة موسى الربيعي ، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد ، المطبعة الوطنية ، بغداد ، ٢٠٠٣ .

١٠- د. ماهر صالح علاوي ، مبادئ القانون الاداري – دراسة مقارنة - ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٩٦ .

١١- د. محسن احمد الخضيري ، مبادئ التفاوض ، مجموعة النيل العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣

١٢- د.محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .

١٣- د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية - دراسة تحليلية مقارنة - ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ .

١٤- د. محمد فؤاد مهنا ، القانون الاداري المصري المقارن ، ج ١ ، مطبعة نصر ، مصر ، ١٩٥٨ .

٤- د. هاني صلاح سرى الدين ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية – دراسة مقارنة – في القانون المصري والانكليزي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ .

د - القوانين والتعليمات

١- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .
٢- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .
٣- تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية العراقي الصادر بموجب قرار مجلس التخطيط رقم ١٤ في ١٩٧٥/١/١٩ .
٤- تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية التي حلت محل التعليمات اعلاه اعتبارا من ١٩٨٨/٢/١ .
٥- شروط المقاولة للاعمال الهندسة الكهربائية الميكانيكية بقسميها الاول والثاني (تعليمات الى مقدمي العطاءات) صادرة عن وزارة التخطيط سابقا ، بدون سنة طبع .

ثانيا : المراجع الاجنبية

1- J.CARBONNIER . Droit Civil ,4– Les Obligations , 20ed , P.U.F 1996 .
2- J. SCHMIDT . Negociation et conclusion ,de contrats , Dalloz ,1981
3- G.CORNU, Vocabulaire Juridique , ASS.H.Capitant , P.U.F , 1996 .
4- J. CEDRAS , L' obligation de negocier , RTD COM . 1985

١٥- د. مصطفى محمود ابو بكير ، التفاوض الناجح ، مدخل استراتيجي سلوكي ، الدار الجامعية الاسكندرية ، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥ .

ب- الرسائل الجامعية

١- سليمان براك الجميلي ، المفاوضات العقدية – دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق /جامعة النهرين ، ١٩٩٨ .
٢- نجيب خلف الجبوري ، سلطة الادارة في اختيار المتعاقد معها – دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد ، ١٩٨٤ .
٣- نبيل سعدون العذاري ، العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد / جامعة بغداد ، ٢٠٠١ .

ج- البحوث والمقالات

١- د. امية الدهان ، ادارة المفاوضات وتنمية مهاراتها في المنظمة ، مجلة دراسات الجامعة الاردنية ، المجلد الثالث عشر ، اذار ، ١٩٨٦ .
٢- د. حسام الدين كامل الاهواني ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي ، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية ، معهد قانون الاعمال الدولي ، القاهرة ، ٢-٣ يناير ، ١٩٩٣ .
٣- صابر محمد عمار ، المفاوضات في العقود التجارية الالكترونية ، بحث منشور على شبكة الانترنيت ، htm منتدى المحامين fill.//A1 بتاريخ ٢٠٠٢/٢/٤ .