شروط مقدم العطاء في المناقصات العامة طبقاً للقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ في دولة الكويت

إعداد

د/ عبد الله حباب الرشيدى
مستشار بإدارة الفتوى والتشريع
بمجلس الوزراء - الكويت

تمهيد وتقسيم:

نظم المشرع في قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بالفصل الأول من الباب الرابع منه ، القوائم والتسجيل ولجنة التصنيف واختصاصاتها حيث ألزمت المادة (٢٤) من ذات القانون الأمانة العامة للجهاز بتسجيل الموردين والمقاولين والمتعهدين والفنيين المصنفين لدى الجهاز في قوائم بالشروط المنصوص عليها في القانون وكذلك وضع سجل لقيد أسماء الممنوعين من التعامل سواء أكان المنع بنص القانون أم بموجب قرارات إدارية . [١].

وحددت المادتان (٢٥) و(٢٦) لجنة متخصصة تتولى تصنيف المقاولين ؛ ويعاد تشكيلها كل ثلاث سنوات وتحدد اللائحة التنفيذية ضوابط وشروط عمل هذه اللجنة [٢].

---

(١) تنص المادة (٢٤) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة علي أنه " تقوم الأمانة العامة للجهاز بتسجيل الموردين والمقاولين والمتعهدين والفنيين المصنفين لدى الجهاز في قوائم تعدها لذلك ،ويشترط في من يسجل في هذه القوائم أن تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية.كما يعد سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات العامة، سواء كان المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقاً لأحكامه، ويحظر التعاقد مع المقيدين في هذا السجل، ويتولى الجهاز نشر هذه السجلات بطريق النشرات الداخلية، وعلى الموقع الإلكتروني للجهاز .وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات ومواعيد تقديم طلبات التسجيل واعتمادها من المجلس وإجراءات التظلم من القرارات الصادرة بشأنها . "

(٢) تنص المادة (٢٥) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ علي أنه " تشكل لجنة بقرار من الجهاز المركزي للمناقصات تتولى تصنيف متعهدي المقاولات العامة، تؤلف من :

١- عضو من المجلس ينتخبه أعضاء المجلس ويكون رئيساً للجنة التصنيف .

٢- ممثل لوزارة الكهرباء والماء .

٣- ممثل لوزارة الأشغال العامة .

٤- ممثل للمؤسسة العامة للرعاية السكنية .

٥- ممثل لمؤسسة البترول الكويتية .

=

كما بينت المواد (٢٧) و(٢٨) و(٢٩) أعمال لجنة التصنيف حيث تقوم بتسجيل المقاول في الفئة التي تتفق ومركزه المالي والفني . [١].

=

٦- ممثل لوزارة المالية .

تنص المادة (٢٦) من ذات القانون علي أنه " تقوم لجنة التصنيف بتصنيف متعهدي المقاولات العامة إلى أربع فئات حسب قدراتهم المالية والفنية ، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون مواعيد تقديم طلبات وإجراءات التسجيل والتصنيف ، وشروط كل منهم، وفئات التصنيف، والنظر فيها، ومواعيد وإجراءات التظلم من القرارات الصادرة بشأنها، ويعاد النظر في التصنيف دورياً . كما أن التصنيف لا يغني عن إجراءات التأهيل للمناقصين. وعلى الجهة صاحبة الشأن اتخاذ هذه الإجراءات للتأكد من أن المناقصين مؤهلين لتنفيذ العقد .ويجب على الجهات الحكومية تزويد الجهاز بتقارير الإنجاز النهائي للعقود التي تم إبرامها عن طريق الجهاز

٧- ممثل عن الهيئة العامة لتنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات .

ولا تقل درجة أي منهم عن وكيل وزارة مساعد، وللجنة التصنيف أن تستعين في أعمالها بمن ترى من الفنيين والخبراء في مختلف أجهزة الدولة ، ويعاد تشكيل لجنة التصنيف كل ثلاث سنوات ، ويعين الجهاز أمين سر لهذه اللجنة. "

(١) تنص المادة (٢٧) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ علي أنه " تقوم لجنة التصنيف بتسجيل المقاول في الفئة التي تتفق ومركزه المالي والفني وسابق ما قام به من أعمال. وعليها أن تصدر قرارها خلال شهر من تقديم طلب التصنيف، ويعتبر مرفوضاً كل طلب لم يصدر فيه قرار من لجنة التصنيف خلال هذه المدة، وتخطر لجنة التصنيف الطالب بقرارها خلال أسبوع من صدوره . وله أن يتظلم أمام لجنة التصنيف من قرار التصنيف القاضي برفض تسجيله أو بتصنيفه في فئة أقل من التي يطلبها ، وذلك خلال أسبوعين من تاريخ إخطاره بالقرار .وفي حالة رفض اللجنة لطلبه له أن يتظلم أمام المجلس خلال أسبوع من تاريخ إخطاره ويكون قرار المجلس نهائياً " . كما تنص المادة (٢٨) من ذات القانون علي أنه " لا يسمح للمناقص - ما لم يكن من مقاولي الفئة الأولى - أن يتعاقد على مقاولات عامة يزيد مجموع قيمتها على الحد الأقصى المرخص له به ، كما لا يجوز أن ترسى عليه مناقصات - إذا أضيفت قيمتها إلى ما بقى عنده من أعمال عند فتح المظاريف - جاوز مجموعها الحد الأقصى . " والمادة (٢٩) علي أنه " لا يجوز لشخص واحد أو لمجموعة من الأشخاص مجتمعين أن يسجل عند التصنيف بأكثر من اسم واحد ، أو أن يتقدم في مناقصة بأكثر من عطاء واحد وهذا ما عدا العطاءات البديلة حيث تسمح شروط المناقصة بتقديمها .أما الشخص الذي له نصيب في شركات منفصلة بعضها عن بعض وتستقل كل شركة بشخصيتها المعنوية وماليتها =

وأجازت المادة (٣٠) للمقاول بعد مرور سنة من تصنيفه أن يطلب إعادة تصنيفه ورفعه إلى فئه أعلى على أن المدة اللازمة للانتقال من الفئة الثانية إلى الفئة الأولى تكون خمس سنوات . (١).

كما حددت المادة (٣١) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ الشروط العامة الواجب توافرها في المتعاقد .

وعلي ذلك نستعرض هذا البحث ببيان الشروط الشخصية في المترشح للمناقصات العامة (مبحث أول) والشروط المالية في المترشح للمناقصات العامة (مبحث ثاني) والشروط الخاصة بالكفاءة الفنية في المترشح للمناقصات العامة (مبحث ثالث)علي النحو الاتي : -

=

ومهندسيها وموظفيها وجهازها الإداري العام ، فيجوز له عند التصنيف ، أن يسجل نفسه وأن يسجل كلاً من شركاته المستقلة .ويعتبر عطاء المناقص المخالف لهذه المادة لا غياً حكماً " .

(١) تنص المادة (٣٠) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ علي أنه " يجوز للمقاول بعد مرور سنة من تصنيفه أن يطلب من لجنة التصنيف إعادة النظر في الفئة التي ينتمي إليها ورفعه إلى فئة أعلى. وتكون المدة اللازمة للانتقال من الفئة الثانية إلى الفئة الأولى خمس سنوات على الأقل " .

المبحث الأول

الشروط الشخصية في المترشح للمناقصات العامة

تمهيد وتقسيم:

نعرض للشروط الشخصية للمترشح في المناقصات العامة من خلال بيان وجوب توافر شرط حسن السمعة في المتعاقد (مطلب أول) و أن يكون كويتياً – فرداً أو شركة – تاجراً مقيداً بالسجل التجاري (مطلب ثاني) وأن يكون مقيداً بسجل التصنيف بالنسبة لمتعهدى المقاولات العامة (مطلب ثالث) وعدم توافر حالة من حالات الحظر الخاصة بسبب الوظيفة أو المنصب (مطلب رابع) علي النحو الاتي : -

المطلب الأول

شرط حسن السمعة

شرط حسن السيرة والسمعة هو من الشروط التي توجبها الأصول العامة بغير حاجة إلي نص خاص.

فيشترط دائما فيمن يتقدم بعطائه أن يكون متمتعا بحسن السمعة، وهو قيد مقرر لمصلحة المرفق وتسييره.

وسكوت قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ عن إيراده جاء تأكيدًا لاستقراره كأصل عام من الأصول العامة، كما هو الشأن في مجال الوظيفة العامة أو مباشرة الحقوق السياسية

وإثبات سوء السيرة والسمعة لا يستوجب صدور أحكام جزائية بإدانة صاحبها، ويجوز لجهة الإدارة استبعاد من لا يتوافر فيه هذا الشرط متى ثبت لديها بالقرائن والأدلة الجادة قيام شبهات في جانبه، وحق الإدارة في هذا الشأن لا يحده سوي عيب إساءة استعمال السلطة، ويمكن الاعتماد على مجموعة من الاعتبارات التي تحدد مدى توافر حسن السمعة من عدمه في إطار العملية التعاقدية منها سلوك الشركة، أو الشخص الطبيعي فى تنفيذ أعمال سابقة سواء مع هذه الجهة أو غيرها، وسبق تطبيق غرامات تأخير على الشركة قبل ذلك فى عمليات أخرى.

فكل هذه الاعتبارات وغيرها تحدد مركز الشركة، وتبين سمعتها فى الوسط الذى تعمل فيه.

فلا يكفى فى المتعاقد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمادية بل يجب أن يتوفر إلى ذلك حسن السمعة.

وللإدارة فى هذا الشأن الحق فى استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدى إلى احتمال التعاقد مع صاحب عطاء لا يتوافر فيه حسن السمعة.

المطلب الثاني

أن يكون المتقدم كويتياً فرداً أو شركة

مقيداً بالسجل التجاري

لقد أوردت المادة (٣١) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ الشروط العامة في المتعاقد وقد جري نصها علي أنه: "مع مراعاة أحكام القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ والقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ المشار إليهما وما تقرره

الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، يشترط فيمن يتقدم بعطاء في المناقصة العامة أو المحدودة أو في حالات الممارسة والتعاقد المباشر ما يلي:

أولًا: أن يكون كويتيًا - فردًا أو شركة - مقيدًا في السجل التجاري.

ثانيًا: أن يكون مسجلًا في سجل الموردين أو المقاولين أو حسب طبيعة المناقصة أو الممارسة أو التعاقد المباشر. ويجوز أن يكون مقدم العطاء أجنبيًا، وفي هذه الحالة لا تسري في شأن مقدم العطاء أحكام كل من البند (١) من المادة (٢٣) وأحكام المادة (٢٤) من المرسوم بالقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ المشار إليه...."

وعلي ذلك يتعين مراعاة القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات التجارية، والقانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت في شأن تحري الشروط العامة للتعاقد وفقًا لقانون المناقصات رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦[١].

وجدير بالملاحظة أنه ووفقًا للقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٢ بالموافقة علي الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون[٢]. فإنه يجوز لمواطني دول

---

(١) جدير بالتنويه أنه تم نشر القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات التجارية فى (الجريدة الرسمية) الكويت اليوم ملحق العدد ١٢٧٣ - السنة الثانية والستون الاثنين ٢٢ ربيع الآخر ١٤٣٧هـ - الموافق ٢٠١٦/٢/١م . كما نُشر القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت فى الجريدة الرسمية الكويت اليوم العدد ١١٣٦ - السنة التاسعة والخمسون الأحد ٧ شعبان ١٤٣٤هـ - الموافق ٢٠١٣/٦/١٦م.

(٢) جدير بالتنويه أنه القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٢ بالموافقة علي الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون ، تم نشره فى (الجريدة الرسمية) - الكويت اليوم العدد ١٤٤٣ – السنة الثامنة والعشرون.

مجلس التعاون ممارسة أعمال المقاولات في دول الكويت على أن يخضعوا في هذا الصدد إلي ذات الشروط الواجب توافرها في المواطن الكويتي لمزاولة هذه الأعمال، بالنسبة لتسجيل المقاول من قبل لجنة التصنيف بما يتفق ومركزه المالي والفني وسابق ما قام به من أعمال.. فضلًا عن الشروط الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون.

وبالبناء علي ذلك يشترط فيمن يتقدم بعطاء في المناقصة العامة أو المحدودة أو في حالات الممارسة والتعاقد المباشر أن يكون المتقدم إلى المناقصة كويتيًا - فردًا أو شركة، وأجازت أن يكون مقدم العطاء أجنبيًا استثناءً من القيد الوارد بقانون التجارة [١].

وإضافة لما تقدم يشترط في التاجر – فردًا كان أو شركة – أن يكون مقيدًا فى السجل التجاري[٢].

(١) تنص المادة (٢٣) من المرسوم بالقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ بشأن قانون التجارة في البند (١) علي أنه: "لا يجوز لغير الكويتي الاشتغال بالتجارة في الكويت إلا إذا كان له شريك أو شركاء كويتيون، ويشترط ألا يقل رأس مال الكويتيين في المتجر المشترك عن ٥١% من مجموع رأس مال المتجر ". كما تنص المادة (٢٤) من ذات المرسوم بقانون علي أنه: "لا يجوز لشركة أجنبية إنشاء فرع لها في الكويت، ولا يجوز أن تباشر أعمالا تجارية في الكويت إلا عن طريق وكيل كويتي".

(٢) تنص المادة الأولى من المرسوم رقم (١) لسنة ١٩٥٩ بشأن نظام السجل التجارى على أنه: "يعد فى إدارة المالية – وزارة المالية – دفتر يسمى السجل التجارى يقيد فيه أسماء التجار الكويتيين والأجانب أفرادًا أو شركات سواء كان لهم فى دولة الكويت محل رئيسى، أو مركز عام للشركة، أو فرع أو وكالة ويدون فى السجل المذكور جميع البيانات المنصوص عليها فى هذا القانون، ويؤشر فيه بكل تغيير أو تعديل يطرأ عليها، ويتولاه قسم خاص بهذه الإدارة – الوزارة – يسمى قسم السجل التجارى ". وطبقًا لأحكام القانون الصادر سنة ١٩٥٩ فى شأن غرفة تجارة وصناعة الكويت فإنه يجب على كل تاجر فردًا كان أو شركة الانتساب إلى الغرفة التجارية. ولا يجوز تسجيلهم فى السجل التجارى إلا بعد أن يسجلوا فى الغرفة، ولا تقبل المعاملات المقدمة منهم إلى الجهات الرسمية إلا إذا ثبت قيدهم بسجل الغرفة.

كما أنه يجوز للشركات الأجنبية أن تتقدم للمناقصة خلال الأجل المحدد سواء بنفسها أو عن طريق وكلائها. وينبني علي ذلك أنه إذا ما قامت الشركة بعزل الوكيل الذي تقدمت للمناقصة عن طريقه، وعينت آخر بدلا منه، فإن حقها في الاشتراك في المناقصة يظل باقيا [1].

(١) وفي هذا الشأن قررت إدارة الفتوي والتشريع بأنه: ".. ومن حيث إن عقد الوكالة يتميز بأنه عقد غير لازم، وأنه يجوز كقاعدة عامة للموكل أن يعزل الوكيل بإرادته المنفردة سواء كان العزل صريحا أم ضمنيا. وعلى ذلك فإنه يجوز لهذه الشركات أن تقوم بعزل وكلائها الأول والاشتراك في المناقصة عن طريق وكلاء جدد شريطة أن يكون هؤلاء تجارا كويتيين، وأن تكون وكالتهم ثابتة في عقد رسمي موثق، ويتعين قبول العطاءات المقدمة من هذه الشركات عن طريق وكلائها الجدد متى كانت هذه العطاءات مستوفاة جميع الشروط المنصوص عليها في قانون المناقصات العامة. ولا يغير من هذا ما يثار من أن الوزارة قد حددت للتقدم لهذه المناقصة أجلا محددًا، وأنه لا يجوز للوكلاء الجدد التقدم لهذه المناقصة بعد انتهاء هذا الأجل. ذلك أن الأجل المشار إليه ممنوح أصلا للشركات الأجنبية والمحلية للتقدم خلاله بنفسها، أو عن طريق وكلائها لهذه المناقصة، وأنه متى ثبت أن الشركات المشار إليها قد تقدمت للمناقصة خلال الأجل المحدد فإنه يحق لها الاشتراك فيها، ولا يؤثر في ذلك قيامها بعزل الوكيل الذي تقدمت للمناقصة في بادئ الأمر عن طريقه، وتعيين آخر بدلا منه. وكذلك فإنه لا يعني الوزارة التحقق من مدى استقرار علاقة الوكالة بين هذه الشركات وبين وكلائها الجدد، ويكفي لقبول هذه العلاقة والتعامل مع هؤلاء الوكلاء التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في المادة الخامسة من قانون المناقصات العامة سالفة الذكر في شأنهم " راجع فتوى إدارة الفتوي والتشريع رقم: ٣٠٣٤/٧ بتاريخ: ١٩٧٨/٨/٢٨ منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها الفتوى والتشريع ـ من أول أكتوبر ١٩٧٧ حتى آخر سبتمبر ١٩٧٨ـ المجموعة الرابعة ـ صفحة رقم: ٢١٠. كما تقرر أن: "اشتراك شركة أجنبية في المناقصات العامة عن طريق وكيل كويتي –تقدم الشركة بعطائها في مناقصة عن طريق وكيل كويتي آخر ـ اعتبار ذلك عزلا ضمنيا للوكيل الأول ـ قبول العطاء المقدم عن طريق الوكيل الجديد ". راجع فتوى رقم: ٢٧٧٣/٢ بتاريخ: ١٩٧٧/١٠/١٠ منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها الفتوى والتشريع ــ من أول أكتوبر ١٩٧٧ حتى آخر سبتمبر ١٩٧٨ ـ المجموعة الرابعة ـ صفحة رقم: ٧.

وأخيرًا يجوز أن يكون الطرح مقتصرًا على الشركات الوطنية في أحوال الأعمال النمطية، أو التي يتوافر فيها تخصصات كافية في السوق المحلي.

كما يجوز أن يكون الطرح مقتصرًا على الشركات الأجنبية حال طلبت الجهة صاحبة الشأن، وذلك عند الحاجة لتنفيذ أعمال تتطلب تخصصات فنية غير متوافرة في العدد الكافي محليًا وبشكل تصعب معه المنافسة الجيدة ".

المطلب الثالث

أن يكون مسجلًا في سجل الموردين أو المقاولين

أنشأ المشرع بالقانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ في شأن المناقصات العامة، لجنة تصنيف تسجل المقاولين فى الفئة التى تتفق ومراكزهم المالية والفنية وسابقة ما قاموا به من أعمال.

وقد قررت المادة (٩٥) من ذات القانون حكما وقتيًا مقتضاه وجوب العمل بالتصنيف الموجود حاليًا إلى أن يتم تصنيف المقاولين، وتسجيل الموردين بشرط ألا تجاوز المدة ستة أشهر من تاريخ تشكيل المجلس وفقًا لأحكام هذا القانون[1].

(١) تنص المادة (١٥) من المرسوم رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن إجراءات ومواعيد تقديم طلبات التسجيل واعتمادها، علي أنه: "مع مراعاة أحكام المادة (٩٥) من القانون، تقوم الأمانة العامة للجهاز بتسجيل الموردين والمقاولين والمتعهدين والاستشاريين والفنيين المصنفين لدى الجهاز في قوائم تعدها لذلك، وذلك وفقًا للشروط والإجراءات التالية:
١ـ طلبات التسجيل للشركات المحلية:
ـ صورة الترخيص التجاري.
ـ عقد التأسيس الخاص بالشركة وأي تعديل قد يطرأ عليه ونظامها الأساسي إن وجد.
=

كما انتظم المشرع في الفصل الأول من الباب الرابع القوائم والتسجيل ولجنة التصنيف واختصاصاتها، فألزمت المادة (٢٤) من ذات القانون الأمانة العامة للجهاز بتسجيل الموردين والمقاولين والمتعهدين والفنيين المصنفين لدى الجهاز في قوائم بالشروط المنصوص عليها في القانون، وكذلك وضع سجل لقيد أسماء الممنوعين من التعامل سواء أكان المنع بنص القانون أم بموجب قرارات إدارية[1].

=

- شهادة تسجيل من غرفة تجارة وصناعة الكويت باللغتين العربية الإنجليزية.
- صورة السجل التجاري.
- كتاب موجه من طالب التسجيل إلى الجهاز موضحًا به عنوان الشركة وفروعها تفصيلًا وأرقام الهاتف والفاكس والبريد الإلكتروني.
- التفويض بالتوقيع معتمد من غرفه تجارة وصناعة الكويت.
- شهادة صادرة من الهيئة العامة للقوى العاملة توضح نسبة العمالة الوطنية.

٢- طلبات التسجيل للشركات الأجنبية، أو فروع الشركات الأجنبية المرخص لها بالعمل وفقًا لأحكام القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت:

أ - طلب التسجيل متضمنًا (اسم الشركة – العنوان – الهاتف – الفاكس – البريد الإلكتروني – اسم المسئول ومسماه الوظيفي)

ب - رخصه الشركة معتمده ومصدق عليها من سفاره دولة الكويت ببلد المركز الرئيسي للشركة وفقًا للإجراءات المتبعة في هذا الشأن.

ج – التفويض بالتوقيع معتمدًا وفقًا للإجراءات المعمول بها لدى الجهات الحكومية.

وتقدم جميع المستندات سالفة الذكر باللغتين العربية والإنجليزية

٣ - طلبات تسجيل الأفراد الكويتيين

أ - صورة السجل التجاري.

ب - بيان ملكية الأصول المرتبطة بنوع النشاط.

ج - شهادة تسجيل من غرفة تجارة وصناعة الكويت.

(١) تنص المادة (٢٤) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ علي أنه: "تقوم الأمانة العامة للجهاز بتسجيل الموردين والمقاولين والمتعهدين والفنيين المصنفين لدى الجهاز في قوائم تعدها لذلك، ويشترط فيمن يسجل في هذه القوائم أن تتوافر فيه الشروط

=

=

المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية. كما يعد سجلًا لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات العامة، سواء كان المنع بنص القانون، أو بموجب قرارات إدارية تطبيقًا لأحكامه، ويحظر التعاقد مع المقيدين في هذا السجل، ويتولى الجهاز نشر هذه السجلات بطريق النشرات الداخلية، وعلى الموقع الإلكتروني للجهاز. وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات ومواعيد تقديم طلبات التسجيل واعتمادها من المجلس وإجراءات التظلم من القرارات الصادرة بشأنها".

وإذ صدرت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٢٠١٦/٤٩ بالمرسوم رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية فقررت المادة (١٦) أنه: "تتولي الأمانة العامة للجهاز استقبال طلبات التسجيل يوميًا خلال ساعات الدوام الرسمي والقيام بفحصها، والتأكد من استيفاء المستندات والبيانات ومخاطبة المتقدمين لاستكمال أي نقص فيها، وتعرض طلبات التسجيل المستوفاة على المجلس لاعتمادها، ويخطر الطالب بقرار المجلس ". كما تكفلت المادة (١٧) من ذات المرسوم ببيان مواعيد تقديم طلبات وإجراءات وشروط وفئات التصنيف والتظلم منها فقررت أنه: "تتولى لجنة تصنيف متعهدي المقاولات العامة تصنيف المقاولين المتقدمين إلي أربعة فئات كل حسب مركزه المالي والفني وسابقة أعماله، وذلك على الوجه التالي:

١) الفئه الأولى:

تشمل متعهدي المقاولات القادرين على القيام بالمشروعات الكبرى، أو ذات المستوى الهندسي العالي والتي تزيد تقديراتها المبدئية على عشرة ملايين دينار كويتي.

٢) الفئه الثانية:

تشمل متعهدي المقاولات ذوي القدرة الفنية والمالية الذين يجوز لهم الاشتراك في مناقصات لا تقل تقديراتها عن خمسة ملايين دينار كويتي، ولا تزيد على مائة مليون دينار كويتي.

٣) الفئه الثالثة:

تشمل متعهدي المقاولات الذين يسمح لهم بالاشتراك في المناقصات التي لا تقل تقديراتها عن مليون دينار كويتي ولا تزيد على عشرة ملايين دينار كويتي.

٤) الفئه الرابعة:

تشمل متعهدي المقاولات المحليين الذين يسمح لهم بالاشتراك في المناقصات التي لا تزيد تقديراتها على مليوني دينار كويتي. ولا يجوز أن ترسى على متعهد المقاولات العامة أعمال إذا أضيفت قيمتها إلى ما بقى عنده من أعمال جاوزت الحد الأقصى المقرر له ويضع مجلس إدارة الجهاز قواعد وفئات وإجراءات تصنيف مقدمي الخدمات والخبراء والاستشاريين والفنيين، وتحديد الجهة المختصة بالجهاز التي تتولى تصنيفهم. ويعاد النظر في التصنيف دوريًا".

=

وحددت المادتان (٢٥) و(٢٦) من قانون المناقصات العامة، لجنة متخصصة تتولى تصنيف المقاولين؛ ويعاد تشكيلها كل ثلاث سنوات، وتحدد اللائحة التنفيذية ضوابط وشروط عمل هذه اللجنة [١].

=

كما بينت المادة (١٨) أن: "تقدم طلبات التصنيف خلال الأسبوع الأول من كل شهر إلى أمانة سر لجنة التصنيف على أن يحدد المتقدم الفئة التي يطلب تصنيفه بها، وتحال هذه الطلبات إلى لجنة التصنيف لبحث الطلب، وتقييم المركز المالي والفني للمتقدم وسابق ما قام به من أعمال ومدى كفاية هذه المقدرة والأعمال لتصنيفه بأحدي الفئات المحددة وذلك كله بعد استيفائه للشروط المطلوبة. وتصدر الأمانة العامة للجهاز قرارها في طلب التصنيف خلال شهر من تاريخ تقديم الطلب، ويعتبر مرفوضًا كل طلب لم يصدر بشأنه قرار من لجنة التصنيف خلال هذه المدة، وتخطر لجنة التصنيف الطالب بقرارها خلال أسبوع من صدوره ".

(١) تنص المادة (٢٥) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ علي أنه: "تشكل لجنة بقرار من الجهاز المركزي للمناقصات تتولى تصنيف متعهدي المقاولات العامة، تؤلف من:

١- عضو من المجلس ينتخبه أعضاء المجلس ويكون رئيسًا للجنة التصنيف.

٢- ممثل لوزارة الكهرباء والماء.

٣- ممثل لوزارة الأشغال العامة.

٤- ممثل للمؤسسة العامة للرعاية السكنية.

٥- ممثل لمؤسسة البترول الكويتية.

٦- ممثل لوزارة المالية.

تنص المادة (٢٦) من ذات القانون علي أنه: " تقوم لجنة التصنيف بتصنيف متعهدي المقاولات العامة إلى أربع فئات حسب قدراتهم المالية والفنية، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون مواعيد تقديم طلبات وإجراءات التسجيل والتصنيف، وشروط كل منهم، وفئات التصنيف، والنظر فيها، ومواعيد وإجراءات التظلم من القرارات الصادرة بشأنها، ويعاد النظر في التصنيف دوريًا. كما أن التصنيف لا يغني عن إجراءات التأهيل للمناقصين. وعلى الجهة صاحبة الشأن اتخاذ هذه الإجراءات للتأكد من أن المناقصين مؤهلين لتنفيذ العقد. ويجب على الجهات الحكومية تزويد الجهاز بتقارير الإنجاز النهائي للعقود التي تم إبرامها عن طريق الجهاز.

٧- ممثل عن الهيئة العامة لتنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات.

=

كما بينت المواد (٢٧) و(٢٨) و(٢٩) من قانون المناقصات العامة، أعمال لجنة التصنيف حيث تقوم بتسجيل المقاول في الفئة التي تتفق ومركزه المالي والفني[١].

وقد أجازت المادة (٣٠) للمقاول بعد مرور سنة من تصنيفه أن يطلب إعادة تصنيفه ورفعه إلى فئه أعلى على أن المدة اللازمة للانتقال من الفئة الثانية إلى الفئة الأولى تكون خمس سنوات[٢].

=

ولا تقل درجة أي منهم عن وكيل وزارة مساعد، وللجنة التصنيف أن تستعين في أعمالها بمن ترى من الفنيين والخبراء في مختلف أجهزة الدولة، ويعاد تشكيل لجنة التصنيف كل ثلاث سنوات، ويعين الجهاز أمين سر لهذه اللجنة".

(١) تنص المادة (٢٧) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ علي أنه: " تقوم لجنة التصنيف بتسجيل المقاول في الفئة التي تتفق ومركزه المالي والفني وسابق ما قام به من أعمال. وعليها أن تصدر قرارها خلال شهر من تقديم طلب التصنيف، ويعتبر مرفوضًا كل طلب لم يصدر فيه قرار من لجنة التصنيف خلال هذه المدة، وتخطر لجنة التصنيف الطالب بقرارها خلال أسبوع من صدوره. وله أن يتظلم أمام لجنة التصنيف من قرار التصنيف القاضي برفض تسجيله، أو بتصنيفه في فئة أقل من التي يطلبها، وذلك خلال أسبوعين من تاريخ إخطاره بالقرار. وفي حالة رفض اللجنة لطلبه له أن يتظلم أمام المجلس خلال أسبوع من تاريخ إخطاره، ويكون قرار المجلس نهائيًا ". كما تنص المادة (٢٨) من ذات القانون علي أنه: "لا يسمح للمناقص - ما لم يكن من مقاولي الفئة الأولى - أن يتعاقد على مقاولات عامة يزيد مجموع قيمتها على الحد الأقصى المرخص له به، كما لا يجوز أن ترسى عليه مناقصات - إذا أضيفت قيمتها إلى ما بقى عنده من أعمال عند فتح المظاريف - جاوز مجموعها الحد الأقصى". ونصت المادة (٢٩) علي أنه: "لا يجوز لشخص واحد أو لمجموعة من الأشخاص مجتمعين أن يسجل عند التصنيف بأكثر من اسم واحد، أو أن يتقدم في مناقصة بأكثر من عطاء واحد وهذا ما عدا العطاءات البديلة حيث تسمح شروط المناقصة بتقديمها.أما الشخص الذي له نصيب في شركات منفصلة بعضها عن بعض، وتستقل كل شركة بشخصيتها المعنوية وماليتها ومهندسيها وموظفيها وجهازها الإداري العام، فيجوز له عند التصنيف، أن يسجل نفسه، وأن يسجل كلًا من شركاته المستقلة. ويعتبر عطاء المناقص المخالف لهذه المادة ملغى حكمًا".

(٢) تنص المادة (٣٠) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ علي أنه: "يجوز للمقاول بعد مرور سنة من تصنيفه أن يطلب من لجنة التصنيف إعادة النظر في الفئة التي =

=

ينتمي إليها ورفعه إلى فئة أعلى. وتكون المدة اللازمة للانتقال من الفئة الثانية إلى الفئة الأولى خمس سنوات على الأقل ".

وقد فصل المرسوم رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية ببيان الإجراءات والشروط والمستندات المطلوبة لتقديم طلب التصنيف، أو رفع فئة التصنيف فقررت المادة (١٩) أنه:-

أولًا: إجراءات تقديم طلب التصنيف لأول مرة أو رفع فئة التصنيف:

١ ـ الحصول على نموذج طلب التصنيف أو رفع الفئة والمرفق بهذه اللائحة شاملًا إيصال متضمنًا اسم المستخدم وكلمة السر التي يمكن لمقدم الطلب من خلالها التقدم بطلبه، وذلك بعد سداد الرسوم المطلوبة.

٢ ـ تعبئة نموذج طلب التصنيف أو الرفع وتقديمه للجنة التصنيف بالجهاز، وللجهاز تحديد حالات التقديم الكترونيا من خلال الموقع الرسمي للجهاز.

ثانيًا: الشروط الواجب توافرها في المتقدم لطلب التصنيف لأول مرة أو رفع فئة التصنيف:

١ ـ أن يكون المتقدم كويتيًا فردًا أو شركة مقيدًا بالسجل التجاري.

٢ ـ أن يكون قد مضى على تأسيس الشركة أو ممارسة النشاط بالنسبة للأفراد ثلاث سنوات، وأن يقدم الميزانية الخاصة للشركة (لثلاث سنوات) (أصلية) مدققة من مكتب تدقيق حسابات ومعتمدة من الجهات الحكومية المختصة.

٣ـ أن يكون الجهاز الفني للشركة أو للأفراد متخصصًا في أعمال التصنيف المطلوب.

٤ـ أن يكون النشاط المحدد في الترخيص التجاري يسمح بمزاولة نشاط التصنيف المطلوب.

٥ ـ أن تكون الشركة أو الفرد قد شارك أو نفذ مشاريع حكومية داخل دولة الكويت في مجال الاختصاص عن طريق الجهاز أو الجهات الحكومية الأخرى أو الشركات والمؤسسات التابعة للحكومة بدولة الكويت، ما عدا الفئة الرابعة فيسمح له أن يقدم أعمالًا منفذه بغير القطاع الحكومي شريطة أن يقدم صورة تراخيص البناء حتى يقوم الجهاز بتقييم هذه الاعمال والنظر في مدى كفايتها لمنح المتقدم فئة التصنيف المطلوبة من عدمه.

٦ ـ ألا يقل رأس مال الشركة أو الأصول المملوكة للفرد عن:

أـ الفئة الأولى (-/١٠٠٠٠٠٠٠) عشرة ملايين دينار كويتي.

ب ـ الفئة الثانية (-/٥٠٠٠٠٠٠) خمسة ملايين دينار كويتي.

ج ـ الفئة الثالثة (-/١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار كويتي.

د ـ الفئة الرابعة (-/١٠٠٠٠٠) مائة الف دينار كويتي.

=

=

٧ ـ في حال تقديم عقود منفذة من الباطن يجب تقديم كتاب صادر من الجهة المختصة بالعقد الرئيسي يتضمن الموافقة على إسناد هذا العمل لمقدم الطلب كمقاول من الباطن.

٨ ـ توقيع إقرار تعهد بصحة البيانات والمستندات المقدمة والمرفقة مع الطلب.

وتستثنى من أحكام البندين (٢، ٥) المشار إليهما الشركات الكويتية المرخص لها بالاستثمار وفقًا لأحكام القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، وذلك بشرط تقديم الترخيص للجنة التصنيف بالجهاز.

ثالثًا: الأوراق والمستندات المطلوب تقديمها من الشركات أو الأفراد المتقدمين بطلب التصنيف لأول مرة أو رفع فئة التصنيف:

١ ـ صورة شهادة التسجيل الصادرة من الجهاز.

٢ ـ صورة الترخيص التجاري.

٣ ـ صورة شهادة غرفة التجارة والصناعة.

٤ ـ صورة السجل التجاري الخاص بالشركة أو الفرد.

٥ ـ صورة عقد تأسيس الشركة وأي تعديل قد يطرأ عليه، والنظام الأساسي بالنسبة للشركات المساهمة.

٦ ـ شهادة صادرة من الهيئة العامة للقوى العاملة توضح نسبة العمالة الوطنية، وكذلك مدى التزامه بأحكام قانون العمل في القطاع الأهلي والقرارات الصادرة له (صالحة لمدة عام).

٧ ـ صورة الهيكل التنظيمي للشركة موضحًا فيه الاسم والمسمى الوظيفي لشاغلي الوظائف المحددة بالهيكل.

٨ ـ كشف بالمعدات والآليات التي يمتلكها المقاول صادر من الإدارة العامة للمرور (إن وجدت).

٩ ـ صور عقود المشاريع المنفذة.

١٠ ـ تقديم شهادة لمستوى الأداء للمشاريع الحكومية بما يفيد تمام تنفيذها.

ويجب أن تكون جميع الوثائق والمستندات المرفقة باللغة العربية.

أما بالنسبة للشركات الأجنبية فيجب أن تكون جميع الوثائق والمستندات موثقة ومعتمدة من قبل سفارة دولة الكويت ببلد المركز الرئيسي الشركة ومصدق عليها وفقًا للإجراءات المتبعة في هذا الشأن كما تكفلت المادة (٢٠) من ذات المرسوم ببيان خطوات التظلم من قرارات لجنة التصنيف علي أنه: "يجوز لكل ذي شأن التظلم من القرارات الصادرة عن لجنة التصنيف أمامها، وذلك خلال أسبوعين من تاريخ إخطاره. ويكون التظلم بطلب مكتوب

=

ويجدر التنويه بأن القرار الصادر من لجنة التصنيف بتسجيل المقاول في الفئة التي تتفق ومركزه المالي والفني وسابق ما قام به من أعمال يجوز لذوى الشأن التظلم منه، ومخاصمته بدعوي الإلغاء بوصفه قرارًا إداريًا، نزولًا علي أحكام المرسوم بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدلة بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية.

وأخيرًا فإنه طبقًا لنص المادة (٣٢) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة: " لا يعتبر المناقص مؤهلا لترسية المناقصة عليه، أو للاشتراك في المناقصة في حالة إجراء تأهيل مسبق للمناقصين، إلا إذا استوفى الشروط التي ينص عليها في وثائق المناقصة، أو ضمن متطلبات التأهيل المسبق. وتحدد اللائحة التنفيذية ضوابط التأهيل وإجراءاته".

وطبقًا لنص المادة الأولي من المرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية فإن وثائق التأهيل المسبق هي جميع الوثائق المتعلقة بالتأهيل المسبق وتشمل الدعوة للمشاركة في التأهيل ومتطلبات وأسس التأهيل(١).

=

متضمنا الأسباب التي بني عليها. وتصدر لجنة التصنيف قرارها في التظلم مسببًا خلال أسبوعين من تاريخ تقديمه، ويعتبر عدم رد اللجنة على التظلم خلال هذه المدة بمثابة رفضه. وللمتظلم في حالة الرفض أن يتظلم أمام المجلس خلال أسبوع من تاريخ إخطاره أو عدم الرد عليه، ويكون قرار المجلس نهائيًا ".

(١) وقد تناولت المادة (٢١) من المرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية، ضوابط التأهيل المسبق وإجراءاته، وجري نصها علي: - "

١ - على الجهة صاحبة الشأن مخاطبة الجهاز للحصول على الموافقة للبدء بإجراءات التأهيل المسبق.

٢ - يتم التأهيل المسبق لعملية واحدة أو لمدة محددة بحسب متطلبات التأهيل المسبق، وفي حالة التأهيل لعملية واحدة يجب تقديم طلبات التأهيل قبل موعد الاشتراك في المناقصة بأسبوع على الأقل.

=

=

٣ ـ تعد الجهة صاحبة الشأن كراسة التأهيل متضمنة كافة الوثائق والنماذج المطلوبة لعملية التأهيل المسبق، والتي يجب أن تتضمن البيانات الخاصة بالمتقدم ونشاطه ونوعية المواد والخدمات التي يرغب في التأهيل لتوريدها، وسابقة أعماله، والبيانات المالية والفنية والإدارية، وعليها إجراء عملية التأهيل المسبق لإعداد قوائم المقاولين، أو الموردين، أو مقدمي الخدمات المعتمدين المؤهلين للاشتراك في المناقصة بما يتوافق مع طبيعتها.

٤ ـ تقوم الجهة صاحبة الشأن بالبدء بإجراءات التأهيل طبقًا للمعايير والضوابط والأسس المعتمدة، وتعد قوائم بمن يجتاز التأهيل في الأنشطة المؤهل لها.

٥ ـ تعرض القوائم علي الجهاز لإقرارها أو تعديلها، مع بيان الأسس والمعايير التي استندت الجهة إليها عند تأهيلهم، وذلك عند طلب الموافقة علي طرح المناقصات علي القوائم.

٦ ـ يعلن الجهاز عن أسماء الشركات والأفراد الفائزة في التأهيل في الجريدة الرسمية والموقع الإلكتروني للجهاز، كما يتم إخطار الفائزين وغير الفائزين بنتيجة التأهيل كتابة.

٧ ـ يجب أن تكون شروط ومتطلبات التأهيل ومعايير التقييم تحقق الشفافية والعدالة بين المتقدمين.

٨ ـ يجوز للجهة صاحبة الشأن أن تستبعد في أي مرحلة أي مناقص إذا تبين لها عدم صحة البيانات أو الوثائق المقدمة منه، أو إذا فقد شرط من شروط التأهيل بيانات الدعوة للتأهيل المسبق وللاشتراك في المناقصة العامة. وحالات النشر بلغة أجنبية واحدة بجانب اللغة العربية "

كما أوجبت المادة (٢٢) من ذات المرسوم: "أن تشمل الدعوة للتأهيل المسبق أو للاشتراك في المناقصة العامة، البيانات التالية:

ـ الجهة المختصة بالشراء وعنوانها.

ـ طبيعة الأصناف أو مقاولات الأعمال أو الخدمات المطلوبة.

ـ أماكن الحصول على وثائق المناقصة، أو التأهيل ومقابل الحصول عليها.

ـ طريقة تقديم طلبات التأهيل المسبق أو العطاءات، بما في ذلك المكان والموعد النهائي لذلك.

مادة (٢٣)

يُنشر الإعلان عن الدعوة إلى المناقصة أو طلبات التأهيل بلغة أجنبية واحدة (على الأقل) بجانب اللغة العربية في الحالتين التاليتين:

أ ـ إذا كانت المناقصة أو الممارسة خارجية.

=

المطلب الرابع

عدم توافر حالة من حالات الحظر

الخاصة بسبب الوظيفة أو المنصب

تنص المادة (١٢١) من الدستور على أنه: "لا يجوز لعضو مجلس الأمة أثناء مدة عضويته أن يعين فى مجلس إدارة شركة، أو أن يسهم فى التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة. ولا يجوز له خلال تلك المدة كذلك أن يشترى أو يستأجر مالًا من أموال الدولة، أو يؤجرها، أو يبيعها شيئًا من أمواله أو يقاضيها عليه، ما لم يكن ذلك بطريق المزايدة أو المناقصة العلنيتين، أو بالتطبيق لنظام الاستملاك الجبرى ".

كما تنص المادة (١٣١) من الدستور على أنه: " لا يجوز للوزير أثناء توليه الوزارة أن يلى أي وظيفة عامة أخرى، أو أن يزاول ولو بطريق غير مباشر مهنة حرة أو عملًا صناعيًا أو تجاريًا أو ماليًا، كما لا يجوز له أن يسهم فى التزامات تعقدها الحكومة، أو المؤسسات العامة، أو أن يجمع بين الوزارة والعضوية فى مجلس إدارة أي شركة.

ولا يجوز له خلال تلك المدة كذلك أن يشترى أو يستأجر مالًا من أموال الدولة ولو بطريق المزاد العلني، أو أن يؤجرها أو يبيعها شيئًا من أمواله أو يقاضيها عليه ".

وعلي ذلك يكون الحرمان الوقائي بنص القانون فى حالة ما إذا قدر القانون ضرورة منع أشخاص محددين بصفاتهم من دخول المناقصات العامة والمزايدات وذلك =

ب - إذا كان الطرح مقصورًا على الشركات الأجنبية".

حمايـة للمـصلحة العامـة ، ومـن ذلـك دخـول المـوظفين العمـوميين ومـوظفى الجهـاز المركزي للمناقصات العامة، بهدف حماية المصلحة العامة، ويعتبر هذا الحظر موقوتًا، يزول بزوال سببه، وهو انفصام الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. كما قد يكون صادرًا عن الإدارة لاعتبارات تقدرها تحقيقًا للمصلحة العامة.

وواضح مما تقدم من نصوص أن الحظر بالنسبة للمناقص يوجز في أربع حالات هي:

الحالة الأولي: ألّا يكون عضواً فى المجلس أو موظفاً فيه:-

يحظر على أعضاء مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة أن يكون لهم مصلحة فى أي من الأعمال التي يتم طرحها، ومناط الحظر يتحقق متي وجدت مصلحة للعضو أو الموظف، ويقصد بالمصلحة المباشرة أن يكون العضو أو الشخص أو زوجه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية هو مقدم عطاء في المناقصة، أو يملك حصة فيه، أو يكون عضو مجلس إدارة الجهة مقدمة العطاء أو موظفًا فيها أو وكيلًا عنها أو كفيلًا لها، أو شريكا أو مساهما أو عضو مجلس إدارة أو وكيلًا تجاريًا أو بالعمولة فى الشركة المتقدمة للمناقصة، وتعين عليه أن يمتنع عن المشاركة في جميع إجراءات المناقصة أو الممارسة أو الأمر المباشر.

والحكمة من هذا الحظر ظاهره وهي ضمان الوصول إلى قرار الترسية على المناقص الفائز بعيدًا عن أي مؤثرات ودرءًا لأي شبهات قد تلحق هذا القرار، تبعده عن الحيدة والنزاهة.

وعلي ذلك فإن العبرة في ترتيب الأثر القانوني يكون من وقت إعلان عن المناقصة الممارسة أو الأمر المباشر، فإذا عين المناقص عضوا في مجلس إدارة

الجهاز المركزي للمناقصات العامة، أو موظفًا بعد تقديم عطائه فلا أثر لذلك؛ لأن مناط الحظر هو ألا يكون المناقص عضوا بالمجلس أو موظفًا فيه وقت طرح المناقصة العامة، فإذا حدث أن عين عضوا فيه أو موظفًا بالمجلس، فإنه لا يحرم من حقه الطبيعي في إرساء المناقصة عليه إذا تبين أن اللجنة قطعت شوطًا بعيدًا في ترسية المناقصة، وتوافرت فيه كافة الشروط المتطلبة قانونًا، والقول بغير ذلك يُعد من قبيل مصادرة الحقوق التي لم يعنها القانون[١].

الحالة الثانية: أن لا يكون موظفاً بالجهة الحكومية طالبة المناقصة:-

هذا الحظر ورد فى نص المادة (٨٢) من القانون رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة، لمنع تضارب المصالح يلتزم بها جميع المشاركين في اتخاذ القرارات بشأن اختصاصات الجهاز، أو ما يدخل في اختصاصات الجهات صاحبة الشأن مباشرة، وأحال في تفصيله إلي اللائحة التنفيذية، وقررت أنه في حال المخالفة يكون العقد قابلًا للإبطال [٢].

---

(١) قرب من هذا المعني يراجع فتوي إدارة الفتوي والتشريع رقم: ف ت/٧٤٦/٢ (٢٥ يوليو ١٩٦٦) منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها الفتوى والتشريع خلال عشر سنوات - من ١٥ سبتمبر سنة ١٩٦٠ إلى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٧٠ - صفحة رقم:٢٥٥

(٢) نصت المادة (٨٢) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة علي أنه: "تضمن اللائحة التنفيذية نظام وضوابط لمنع تضارب المصالح، يلتزم بها جميع المشاركين في اتخاذ القرارات بشأن اختصاصات الجهاز، أو ما يدخل في اختصاصات الجهات صاحبة الشأن مباشرة، ويتولى نشرها على موقعه الإلكتروني، وبوسائل النشر الأخرى المتاحة، وتتضمن هذه اللائحة على وجه الخصوص ما يلي:- إلزام عضو المجلس وموظفي الجهاز وموظفي الجهات العامة صاحبة الشأن، أو أي شخص يشارك في أعمال المناقصات بالامتناع عن المشاركة في جميع إجراءاتها إذا كانت له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في العملية المطروحة. ويقصد بالمصلحة المباشرة أن يكون العضو أو الشخص أو زوجه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية هو مقدم عطاء في المناقصة، أو يملك حصة فيه، أو يكون عضو مجلس إدارة الجهة مقدمة العطاء أو موظفًا فيها أو وكيلًا عنها أو كفيلًا لها. سريان ذات الحظر على العقود التي تبرم بطريق الممارسة أو الأمر المباشر. وفي حال المخالفة فضلًا عن المساءلة التأديبية من الجهة التي يتبعها المخالف، يكون العقد قابلًا للإبطال إذا تمت الترسية على العطاء المشار إليه =

ولاريب أن هذا الحظر يسري على المناقص سواءًا كان بصفته الشخصية أو لكونه شريكًا أو مساهمًا فى الشركة المتقدمة أو وكيلًا عنها أو وصيًا أو قيمًا أو وكيلًا عن أشخاص طبيعيين، حتى وإن لم يكن طرفًا فى العقد(١).

=

مع إلزام المخالف بالتعويض عن الأضرار التي تلحق الجهة صاحبة الشأن أو الغير من جراء إبطال العقد ".

كما بينت المادة (٤٥) من المرسوم رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧ بإصدار اللائحة التنفيذية، "نظام وضوابط منع تضارب المصالح "، ونصت علي أنه: "

١- يعد تضاربًا للمصالح توافر مصلحة مباشرة أو غير مباشرة لأي من المشاركين في اتخاذ القرارات في العملية المطروحة.

٢- يُعد من قبيل المشارك في اتخاذ القرارات، أو أعمال المناقصات، أو الممارسات، أو الأمر المباشر التي تدخل في اختصاصات الجهاز أو الجهات صاحبة الشأن كل من يباشر أي إجراء من الإجراءات التي تستلزمها تلك الأعمال، أو إصدار القرار، أو الأمر أو التعاقد أو إبداء الرأي فيها قبل اتخاذها سواء كان المشارك من العاملين بالجهة، أو بالجهاز أو عضوًا بمجلس الإدارة أو لجنة التظلمات، أو لجنة الشراء الجماعي بوزارة المالية.

٣- تتوافر المصلحة المباشرة إذا كان شخص المشارك أو زوجه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية هو الجهة المناقصة أو الممارسة أو المقاولة أو الموردة أو المتعهدة منفردة أو بالاشتراك مع الغير، أو يملك حصة فيها، أو يكون عضو مجلس إدارة هذه الجهة، أو موظفًا فيها أو وكيلًا عنها أو كفيلًا لها.

٤- تتوافر المصلحة غير المباشرة إذا كان المشارك في وضع يترجح فيه شبهة حصوله على منفعة خاصة أو ميزة ولو محتملة.

٥- يتعين على من قام لديه أي تضارب في المصالح بصفة مباشرة أو غير مباشرة أن يفصح كتابة للسلطة المختصة بالجهاز أو الجهة صاحبة الشأن عن وجه المصلحة، وأن يمتنع فورًا عن المشاركة في اتخاذ القرار أو الأعمال".

٦- كل من يخالف الضوابط المتقدم بيانها يتم مساءلته تأديبيًا في الجهة التابع لها فضلًا عن تصحيح الإجراءات، ويكون العقد الذي يبرم مع صاحب المصلحة قابلًا للإبطال دون الإخلال بحق الجهة صاحبة الشأن في المطالبة بالتعويض.

٧- ينشر الجهاز هذه الضوابط على موقعه الإلكتروني وما يراه مناسبًا من وسائل تقنية المعلومات المتاحة.

(١) قرب من هذا المعني يراجع فتوى إدارة الفتوي والتشريع رقم: ٢/٢٠٠٠/٩٣ – ٢٨٢ بتاريخ: ١٩٩٤/٢/٨منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع =

الحالة الثالثة: أن لا يكون موظفاً فى أية جهة حكومية أخرى:-

حظرت المادة (٢٥) من القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٩ بشأن الخدمة المدنية على الموظف أن تكون له مصلحة بالذات، أو بالواسطة فى أعمال أو مقاولات أو مناقصات، أو عقود تتصل بأعمال أية جهة حكومية.

وهو حظر عام على الموظف العام يستغرق جميع الجهات الحكومية.

ووفقًا له يحظر علي الموظف أن تكون له مصلحة فى أى أعمال أو عقود تتصل بأعمال أية جهة حكومية في مناقصة، أو ممارسة، أو مزاد لأى جهة حكومية حتى وإن كانت هذه الجهة غير متصلة بعمله.

وهذا الحظر يرد عليه سواء تقدم بصفته الشخصية أو حال كونه شريكًا، أو مساهمًا فى الشركة المتقدمة، أو وكيلًا عنها، أو وصيًا، أو قيمًا أو وكيلًا عن أشخاص طبيعيين حتى وإن لم يكن هو طرفًا فى العقد.

والحكمة من ذلك أيضًا تنزيه الموظف العام عن مواطن الريبة والشك والشبهات، وصونًا للوظيفة العامة التي يشغلها وتوفير الطمأنينة للمتقدمين. [1].

=

يناير ١٩٩٠– ديسمبر ٢٠٠٢ الأحرف (م، ن، هـ، و) عدا الموظف –الوظيفة العامة الجزء الرابع أكتوبر٢٠٠٧صـ٣٨٣. وراجع أيضًا فتوي رقم:٢ /٩٢/١٢٢ بتاريخ:١٩٩٢/٨/١٨ منشور في مجموعة مبادئ إدارة الفتوى والتشريع - المجموعة العاشرة - صفحة رقم: ٢٩٤. وقرب من ذلك أيضًا: فتوى رقم ٣٤٧٣/٢ فى ١٩٧٩/١٢/١٠ منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها الفتوى والتشريع - من أول أكتوبر سنة ١٩٧٩ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٨٠ - المجموعة السادسة - صفحة رقم:٤٢.

(١) قرب من هذا المعني يراجع فتوي رقم:٢ / ٣٣٦ بتاريخ:١٥/ ٩ /١٩٨٢ منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع من أول أكتوبر سنة ١٩٨١ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٨٢- المجموعة الثامنة - صفحة رقم: ٣٨٣.

الحالة الرابعة: أن لا يكون وزيراً عضواً بمجلس الوزراء:

حظر الدستور على الوزير " عضو مجلس الوزراء " الإسهام فى أي التزامات تعقدها الحكومة، أو المؤسسات العامة والهيئات العامة، سواء داخل وزارته أو خارجها فيحظر عليه الدخول مع الحكومة فى أي عقد، مباشرة أو مستترًا وراء شخص اعتباري كشركة من الشركات، أو مساهمًا فيها، ويدخل فى مفهوم ذلك أن يكون وصيًا أو قيمًا أو وكيلًا عن شخص طبيعي أو معنوي، وبالإجمال ألا تكون له مصلحة فى التقدم بالعطاء.

غير أن الدستور فى المادة (١٢١) منه، قد خفف من القيود المفروضة على عضو مجلس الأمة، بالنظر لما للتجارة مكان الصدارة فى أعمال المواطنين بدولة الكويت، وأن الحكومة تتدخل إلى حد كبير فى المشروعات وأوجه النشاط الاقتصادي لذلك تم التخفيف من قيود العضوية فى هذا الخصوص بحيث لا يمنع العضو من مزاولة مهنته الحرة، أو عمله الصناعي أو التجاري أو المالي.

كما لم يحظر عليه التعامل مع الدولة بطريق المزايدة أو المناقصة العلنيتين أو بالتطبيق لنظام الاستملاك الجبري، وذلك مراعاة لأن النظام الجبري القانوني، يكفل عدم استغلال النفوذ، وينفى مظنة الانحراف؛ إذ إن العلنية فى كل من المزايدة أو المناقصة تمنع المحاباة واستغلال السلطة بالنسبة لعضوية مجلس الأمة.

والعبرة بسريان الحظر يبدأ من تاريخ الإعلان عن المناقصة إلى حين انتهاء إجراءات البت فى المناقصة بصدور قرار الإرساء وإبلاغ المناقص الفائز بها. وليس من تاريخ التقدم بها، منعًا للتحايل وحتى لا يلجأ من توافرت بشأنه حالة من حالات الحظر إلى تعديل صفته ووضعه ما بين الإعلان والتقدم إلى المناقصة.

وتجدر الملاحظة فى تطبيق شروط وحالات الحظر المتقدم، أن الزوجة ذات ذمة مالية مستقلة عن الزوج، ولا تتأثر بالحظر الوارد على الزوج، كما أن الشقيق أو الوالد أو الابن البالغ، لا يؤثر كل منهم على الآخر إذا كان كل منهم كامل الأهلية القانونية.

إلا أنه مراعاة لمبدأ الشفافية إذا تصادف أن المناقص المتقدم تربطه بأحد أعضاء مجلس إدارة الجهاز المركزي للمناقصات العامة صلة قرابة أو مصاهرة أو معاشرة أو صداقة، فإنه لدواعى الحيدة والشفافية يتعين على عضو اللجنة التنحي عن أعمال اللجنة.

ومما تقدم ، يتبين أن المشرع توخى سلامة إجراءات المناقصة من جهة وكفالة مبدأ تكافؤ الفرص بين المتنافسين من جهة أخرى باستبعاد كل مناقص قد تقوم فيه مظنة استغلال مركزه للحصول على معلومات عن ظروف المناقصة وملابساتها قد لا تتوافر لغيره من الأفراد، أو التأثير على سير إجراءات المناقصة بما يحقق مصالحه الشخصية. ولا شك أن هذه الاعتبارات تقتضى استبعاد أي عطاء يتحقق فى مقدمه موجبات هذا الحظر وأسبابه، بأن يصدق فى حقه وصف المناقص، وهو وصف ينصرف إلى الشخص بدءا من مرحلة التقدم بالعطاء، ويظل ملازما له فى كل مراحل المناقصة إلى أن تنتهى إجراءات البت بصدور قرار الإرساء وإبلاغ المناقص به [1].

وأخيرًا فإن الحرمان الوقائى كما يكون بنص القانون، فإنه قد يكون بقرار يصدر عن الإدارة بما تملك من سلطة تقديرية تمارسها تحت رقابة القضاء الإدارى الذى يضمن عدم إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة وانحرافها عن الهدف الأساسى الذى حدده القانون وهو حماية المصلحة العامة.

---

(١) حول هذا المعني راجع: فتوى إدارة الفتوي والتشريع رقم ٣٥٣٤/٢ فى ١٩٨٠/١/١٦ منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها الفتوى والتشريع - من أول أكتوبر سنة ١٩٧٩ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٨٠ - المجموعة السادسة - صفحة رقم:٥٨.

المبحث الثاني

الشروط المالية في المترشح للمناقصات العامة

نستعرض هذا المبحث من خلال بيان خطاب الضمان (مطلب أول) والشيك (مطلب ثاني) علي النحو الاتي : -

المطلب الأول

خطاب الضمان

خطاب الضمان هو خطاب صادر عن أحد البنوك يتعهد فيه، بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ نقدى معين، أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب دون اعتداد بأى معارضة.

ووفقًا للمادة (٤٥) من القانون ٤٩ لسنة ٢٠١٦، فإنه يشترط فى خطاب الضمان:

"١- أن يصدر الخطاب من أحد البنوك المعتمدة لدي دولة الكويت.

٢- ألا يقترن الخطاب بقيد أو شرط.

٣- أن يلتزم البنك بأن يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغا يوازى التأمين الأولي، وأنه مستعد لأدائه بأكمله، أو تجديد مدة سريانه لمدد أخرى حسبما

تـراه الجهـة الـصادر لـصالحها التـأمين عنـد الطلـب دون التفـات إلـى أيـة معارضـة من مقدم العطـاء؛ فـالتزام البنـك تجـاه الإدارة يعد التزامًـا بـصفته أصيلا، وليس بصفته نائبا عن العميل.

ومعلوم أن خطاب الضمان ليس أداة وفاء مثل الشيك، وإنما أداة ضمان فقط، وبالتالى فإنه لا يجوز الحجز عليه.

وطبقًا لنص المادة (٣٨٢) من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي فإن: " خطاب الضمان تَعَهَّد يصدر من بنك بناءً على طلب عميل له (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله".

ومفاد النص المتقدم أن خطاب الضمان هو تَعَهُّد شخصي ونهائي، ينشئ بذاته في ذمه البنك التزامًا أصليًا مجردًا ومباشرًا بأداء قيمته للمستفيد متى طلب ذلك خلال المدة المبينة فيه، وهذا الالتزام يقوم على استقلال كل من العلاقة بين البنك والعميل، وتلك التي بين الأخير والمستفيد، وبالتالي لا يجوز للعميل المطالبة بقيمته أو تغيير المستفيد إلا بموافقة الأخيرة(١).

(١) وقد قررت إدارة الفتوي والتشريع في هذا الشأن أن ".. البين من سياق نص المادة (٣٨٢) من قانون التجارة أن خطاب الضمان هو تعهد شخصي ونهائي يصدر من البنك بناءً على طلب العميل، ينشئ بذاته في ذمة البنك التزامًا أصليًا مجردًا مباشرًا بأداء قيمته للمستفيد متى طلب ذلك خلال المدة المبينة فيه،وهو التزام يقوم على استقلال عن كل من علاقة البنك والعميل، وتلك التي بين الأخير والمستفيد وصدور خطاب الضمان بناءً على طلب العميل لا ينشىء له حقًا على قيمته؛ لأن البنك لم يتعهد بأدائها له، وإنما بضمانه في حدودها، ومن ثم فإن العميل لا يستطيع المطالبة بها، ولا تدخل ذمة المستفيد المالية إلا إذا =

وعلى ذلك فإن عملية إصدار خطابات الضمان يفيد منها المستفيد ذاته، فصدور خطاب ضمان من بنك معتمد يعد ضمانا، لا يقل عما يؤديه المودع لديه، خاصة وأنها تتطلب فى خطاب الضمان شروطا تجعله قابلا للدفع من جانب البنك دون قيد أو شرط أو حتى رغم اعتراض العميل. وقبول الجهات المستفيدة لخطابات الضمان يجعلها فى الواقع تتجنب المشاكل التى قد تنتج عن إيداع المبالغ لديها وإعادة سحبها فى نهاية المدة التى قد تطول أو تقصر حسب نوع كل عملية على حدة.

ويشترط فى خطاب الضمان أن يصدر الخطاب من أحد المصارف المحلية المعتمدة، وألا يقترن الخطاب بقيد أو شرط، وأن يلتزم البنك بأن يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغا يوازى التأمين المؤقت، وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة

=

طلبها هو شخصيًا في حدود التزام البنك ووفقًا للشروط المبينة في الخطاب. وتأسيسًا على ما تقدم ولئن كانت الوزارة قد أفادت أن شركة.. للتجارة والمقاولات قد قامت بتنفيذ جميع الأعمال موضوع العقد وحصلت على كافة مستحقاتها المالية إلا أن الثابت في الأوراق أن هذا العقد ما زال قائمًا إذ أنه يعتبر مستمرًا حتى نهاية علم ١٩٩٩ لحين إتمام أعمال الصيانة ضد أعمال الخرير التي تكون جزاءً من التزامات المقاول التي يجب عليه الوفاء بها، ومن ثم فإنه لا يجوز للوزارة مطالبة البنك بصرف قيمة الكفالة الخاصة بأعمال الصيانة المنوه عنها نقدًا لصرف مستحقات المقاول من الباطن لدى هذه الشركة، وإنما تستمر الكفالة باقية حتى يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية. ومن حيث إنه بالنسبة لمدى جواز الحجز على خطاب الضمان المقدم من الشركة فإنه لما كانت المبالغ التي يمثلها خطاب الضمان تعتبر أموالًا مملوكة للبنك وبالتالي لا تدخل في ذمة العميل، ولا تمثل حقًا للعميل لدى المستفيد، وبالتالي فإنه لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز عليها تحت يد البنك. لكل ما تقدم نرى ما يلي: عدم جواز صرف قيمة خطاب الضمان المقدم من الشركة.. للتجارة والمقاولات المشار إليه لصرف مستحقات شركة.. للتجارة والمقاولات. وأنه لا يجوز لدائني الشركة المذكورة توقيع الحجز التحفظي تحت يد الوزارة على خطاب الضمان المقدم من الشركة ". راجع فتوى رقم: ٢/١٣٦/٩٨-٢٩٨٩ بتاريخ: ١٩٩٨/١١/١ وفي ذات المبدأ فتوى رقم ٢/٤٦/٢٠٠٠ – ٩٣٩ في ٢٠٠٠/٤/٤ منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع في الفترة من يناير ١٩٩٠ ولغاية ديسمبر ٢٠٠٢ - الجزء الثالث يونيو/٢٠٠٧ ص ٣٣٢.

سريانه لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب دون التفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء؛ فالتزام البنك تجاه الإدارة يعد التزامًا بصفته أصيلا وليس بصفته نائبا عن العميل(١).

وجدير بالذكر أن عملية إصدار خطاب الضمان تتضمن تسهيلا ائتمانيا وخدمات يمنحها البنك لعملائه مكتفيا بالثقة والسمعة المالية بتقديم غطاء جزئي مقابل إصداره (وديعة نقدية أو عينية) بحيث يبقى جزء من قيمة الضمان مكشوفا. ولا ريب بأن البنك يستفيد من إصداره لمثل هذه الخطابات بتقاضي عموله مقابل إصدار هذا الخطاب تتناسب وقيمة الضمان وأجله، علي أن نوع العملية المطلوب تقديم خطاب الضمان لا تسدد قيمتها للمستفيد فى أغلب الأحوال، ولا تكلف البنك فى إصدارها إلا نفقات إدارية بسيطة إذا ما قورنت بالعمليات المصرفية الأخرى، مثل: فتح الحسابات الجارية وتقديم القروض، فضلًا عن البنك لا يتحمل خسارة إذا دفع قيمة الخطاب، فهو يحتفظ دائمًا وأبدًا بغطاء وتعهدات

(١) وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز بأنه ".. من المقرر أن خطاب الضمان هو تعهد شخصي ونهائي ينشئ بذاته في ذمة البنك التزاما أصليا مجردا ومباشرا بأداء قيمته للمستفيد متى طلب ذلك خلال المدة المبينة فيه، وهو التزام يقوم على استقلال عن كل من العلاقة بين البنك والعميل، وتلك التي بين الأخير والمستفيد، وصدور خطاب الضمان بناء على طلب العميل الذي لا ينشئ له حقًا على قيمته، لأن البنك لم يتعهد بأدائها له وإنما بضمانه في حدودها، كما لا تمثل حقًا للعميل لدى المستفيد، بما تعتبر معه المبالغ التي يمثلها الخطاب أموالا مملوكة للبنك إلى أن يتم صرفها للمستفيد، ومن ثم فإن العميل لا يستطيع المطالبة بها، ولا يجوز لدائنيه توقيع الحجز تحت يد البنك أو لدى المستفيد، ولا تدخل في ذمة الأخير المالية، إلا إذا طلبها هو شخصيا في حدود التزام البنك وشروطه المبينة في الخطاب " راجع حكمها في الطعن رقم ٢١١/١٩٩٤ تمييز تجاري جلسة ١٩٩٥/٠١/٣ منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ٢٣ الجزء الاول - ص ١٩. وفي ذات المبدأ يراجع أيضًا الطعن رقم ١٩٨٩/٢٦٣ تمييز تجاري جلسة ١٩٩٠/٠١/٢١ منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ١٨ - الجزء الأول - ص٦٣. والطعن رقم ١٩٨٥/٧٦ تمييز تجاري جلسة ١٩٨٦/٠١/٨ منشور فى مجلة القضاء والقانون السنة ١٤ - العدد الأول - ص ٣٧.

كافية تضمن له سداد هذه القيمة، وتكفل له الرجوع على العميل هذا فضلا عن أن كل أموال العميل لدى البنك تكون ضامنة لتصرف البنك[١].

(١) هذا وقد اختلف الرأي حول التكييف القانوني لخطاب الضمان وعرض هذا الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري (فتوى رقم ٥٤٤ بتاريخ ١٩٦٤/٦/٢٠) فقررت أنه: "تفرقت وجوه الرأي فى شأن كتاب البنك الذى تقبله جهة الإدارة كتأمين نهائي؛ فذهب رأى إلى أن هذا الكتاب يتضمن عقد كفالة بمقتضاه يكفل البنك المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزامه بالتوريد المتفق عليه فى العقد المبرم بينها، وبين المتعاقد معها على ذلك إذا أخل هذا الأخير بالوفاء بهذا الالتزام، وأنه بهذه المثابة يكون التزام البنك - وهو على ما سلف كفيل – التزاما تابعا لالتزام المتعاقد المشار إليه، فيكون له من ثم أن يدفع فى مواجهه جهة الإدارة بكل الدفوع التى يمكن أن يدفع بها المتعاقد معها، ولكن هذا الرأى غير صحيح إذ الكفالة - قانونا - هى عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذ لم يف به المدين (م٧٣٣ من القانون المدنى). فخطاب الضمان ليس إلا تنفيذا لالتزام المتعاقد مع جهة الإدارة بتقديم التأمين النهائى عن طريق البنك الذى يحل محل المتعاقد مع الإدارة فى هذا الإلتزام على أن يكون ذلك عند طلبها منه، وبذلك يكون البنك هو الملتزم بهذه القيمة تطالبه بها الإدارة ابتداء إن شاءت ذلك إذ هو بتقديمه خطاب الضمان المشار إليه قد أصبح مدينها بالالتزام باداء القيمة المبينة فى الخطاب عند الطلب ولا يخل ذلك بالتزام باداء القيمة المبينة فى الخطاب عند الطلب، ولا يخل ذلك بالتزام المتعاقد مع الادارة نفسها بهذا الإلتزام إذ هو لا يبرأ منه إلا إذا وفى البنك بالتزامه هذا، وبذلك يكون لجهة الإدارة فى هذه الحالة مدينان هما المتعاقد مع الإدارة والبنك، يلتزم كل منهما بإداء قيمة التأمين النهائى نقدا عند طلبه، ويقوم التزام الثانى إلى جانب التزام الأول. ومصدر التزام الأول معروف وهو العقد المبرم مع الإدارة، وهو مصدر التزاماته قبلها أما مصدر التزام البنك فليس للعقد المشار إليه، وإنما هو عقد آخر بمقتضاه وقع الإتفاق بين جهة الإدارة والمتعاقد معها والبنك على أن يعتبر هذا الأخير مدينا بقيمة التأمين النقدى يلتزم بوفاء هذه القيمة مكان المتعاقد معها، وبهذا يكون التزام البنك قبل جهة الإدارة التزاما أصليا مباشرا أو مستقلا عن التزام المتعاقد معا، ويتضمن الأمر فى هذه الحالة إنابة للبنك فى الوفاء بالدين الذى لجهة الإدارة قبل المتعاقد معها (قيمة التأمين) مكان المتعاقد المشار إليه مع استمرار قيام هذا المتعاقد بالدين المذكور إلى جانب التزام البنك به، وهذه هى الإنابة القاصرة التى أشار إليها القانون المدنى فى المادتين (٣٥٩ و٣٦٠) فقرة ثانية حين نص على أنه تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين هذا المدين الأجنبى (م ٣٥٩) ولا يفترض التجديد (تجديد الدين بتغير المدين) فى الإنابة. فإذا لم يكن هناك إتفاق على =

وأخيرًا فإن خطاب الضمان ليس أداة وفاء مثل الشيك، وإنما أداة ضمان فقط، فلا يجوز تقديمه من شخص أجنبي لا تربطه علاقة قانونية بالمتعاقد. بحسب خطاب الضمان لا يجوز الحجز عليه، أو تظهيره إلي الغير أو التنازل عنه بأي طريق فليست له قيمة ذاتية إلا لشخص المستفيد[1].

=

التجديد قام الإلتزام الجديد إلى جانب الإلتزام الأول. ولذلك يكون الرأى الصحيح فى شأن تكييف خطاب الضمان فى مثل هذه الأحوال أنه لا يعتبر كفالة، وإنما هو من قبيل الإنابة القاصرة المعروفة فى القانون المدنى وبه ينشأ فى ذمة البنك التزام مجرد بأداء قيمة التأمين عند طلب جهة الإدارة ذلك منه. وعلى مقتضى التكييف القانونى المتقدم إيضاحه للتعهد الذى يشتمل عليه خطاب الضمان الذى تقدمه البنوك بدلا من التأمين النقدى الذى تلزم العقود التى تبرمها جهة الإدارة المتعاقدين معها بأدائه متى قبلت عطاءاتهم، فإن هذا التعهد تحكمه الشروط المنصوص عليها فيه، والتى تقضى بالتزام البنك بأداء القيمة المبينة فى خطاب الضمان عند طلب جهة الإدارة ذلك منه ودون التفات إلى أية معارضة فى ذلك تصدر من التعاقد مع جهة الإدارة. وهذا لا يعدو أن يكون أيضا نتيجة تترتب على ما سلف تقريره من أن تعهد البنك بأداء القيمة المشار إليها إلى جهه الإدارة هو تعهد مجرد إذ يستتبع ذلك بحسب الرأى الذى تراه الجمعية العمومية أولى بالترجيح فى هذا الخصوص – عدم جواز احتجاج البنك على جهة الإدارة بأية دفوع مما يمكن أن يحتج بها المتعاقد قبلها فيما يتصل بحق الجهة المذكورة فى اقتضاء قيمة التأمين = =المشار إليه. ومن ثم فلا يقبل من البنوك عند مطالبتها بدفع قيمة التأمين المبينة فى خطاب الضمان التى تصدر منها التحدى بأن ثمة منازعة من جانب المتعاقد مع جهة الإدارة فى شأن استحقاق هذه الجهة لاقتضاء قيمة التأمين، وإنما يتعين عليها أن يؤدى هذه القيمة وفاء لالتزامها الناشئ عن خطاب الضمان أصلا ومباشرة، والذى بمقتضاه تعهدت بدفع القيمة المشار إليها عند الطلب ودون التفات إلى أية معارضة ترد على التعاقد مع جهة الإدارة. وبناء على هذا التكييف القانونى فقد إنتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى ذات الفتوى السابقة إلى أن البنك الذى أصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمة هذا الخطاب نقدا عند أول طلب للجهة الإدارية خلال الأجل المحدد لسريان الخطاب؛ إذ إن سداد هذه القيمة ليس معلقا على رغبة المتعاقد المضمون، وإنما هو التزام مفروض على البنك بصرف النظر عن أية معارضة من المتعاقد ما دامت المطالبة بالتجديد أوبدفع القيمة نقدا قد وقعت خلال مدة سريان مفعول الخطاب.

(١) قرب من هذا المعني راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٩ ق بجلسة ١٩٦٣/٧/٢٠ مجموعة المكتب الفني فى عشر سنوات ١٩٥٥ – ١٩٦٥ ص =

المطلب الثاني

الشيك

وفقا للمادة (٤٥) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة، فإنه تقبل الشيكات على البنوك المعتمدة لدي دولة الكويت إذا كان مؤشرا عليها بالقبول من المصرف المسحوب عليه؛ كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة.

=

٤٤٢. كما قضت ذات المحكمة بأن ".. خطاب الضمان هو تعهد يلتزم بموجبه البنك بناء على أمر عمليه بدفع مبلغ نقدى معين أو قابل للتعيين للمستفيد بمجرد طلب هذا الأخير له خلال مدة معينة، وغنى عن البيان أن خطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين النقدى إلا أنه ليس أداة وفاء كالشيك أو بقية الأوراق التجارية، وإنما هو أداة ضمان فقط، وعادة ما تطلب البنوك ضمانات كافية من عملائها نظير خطابات الضمان أو فتح الإعتمادات، وتسمى هذه الضمانات فى حالة خطابات الضمان بالغطاء، ويتنوع هذا الغطاء فقد يكون قد أوعينا وقد يتخذ صورة تنازل العميل عن حقوقه الناشئة قبل المستفيد عن العملية الصادر بشأنها خطاب الضمان، ويعتبر التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان قبل المستفيد التزاما ناشئا بالإدارة المنفردة، وهو أمر مستقل عن علاقة العميل بالمستفيد، أو علاقة البنك بالعميل، ويترتب على إصدار خطاب الضمان للمستفيد وإخطاره به تحديد حقوقه وفقا للشروط الواردة بالخطاب والتى يتعين على المستفيد احترامها فإذا حدد بالخطاب حدًا أقصى للمبلغ أو فترة محدودة يحق استخدامه خلالها فيجب احترام هذه الشروط وإلا جاز للبنك أن يتحلل من تنفيذ التزامه المستمد من الخطاب، وينقضى التزام البنك بانقضاء الأجل المحدد فى خطاب الضمان دون استعماله، أو مد فترته بالإتفاق مع العميل حيث لا يجوز أن يصدر الامر بامتداد خطاب الضمان من المستفيد، ويسقط التزام البنك إذ لم تصل إليه مطالبه المستفيد بالدفع قبل حلول الأجل". راجع حكمها في الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٩٠/١/٩.

المبحث الثالث

الشروط الخاصة بالكفاءة الفنية

للمترشح في المناقصات العامة

تمهيد وتقسيم :

بينت المادة (٧٣) من قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ طرق نشر القرارات الخاصة بالترسية أو الإلغاء أو الاستبعاد بأن " يعلن الجهاز أسباب القرارات الخاصة بالترسية أو الإلغاء أو استبعاد العطاءات في الجريدة الرسمية والموقع الإلكتروني للجهاز "

واستبعاد العطاء في حقيقة قراراً إدارياً فردياً باستبعاد عطاء معين وبمناسبة مناقصة معينة ينطوي علي إجراء موضوعي موضوعه عطاء تقدم به شخص معنوى أو طبيعى يهدف إلى استبعاده من السير فى إجراءات المناقصة فقد يكون نتيجة لتخلف شرط حسن السمعة الذي سبق بحثه (مطلب أول) ، أو لتوافر حالة من حالات الحرمان (مطلب ثاني) وأخيراً قد يكون الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية (مطلب ثالث) .

المطلب الأول

الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة

شرط حسن السمعة نصت عليه المادتان (٤٨ ، ٢٥٨) من تقنين العقود الإدارية فى فرنسا[1].

(1)De LAUBADERE (A.de) , F. Moderne P. Delvolve, Traite des contrats administratifs, T. 1, 1983. p 51.

ويقصد بحسن السمعة مجموعة من الصفات التى يتحلى بها الشخص، فيحوز علي الاحترام الواجب ويكتسب الثقة، وقد سبق القول إن شرط حسن السيرة والسمعة هو من الشروط التي توجبها الأصول العامة بغير حاجة إلي نص خاص.

وسكوت قانون المناقصات العامة رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ عن إيراد شرط حسن السمعة ، كما سلف ، قد جاء تأكيدًا لاستقراره كأصل عام من الأصول العامة التي لا تحتاج إلي نص كما هو الشأن في مجال الوظيفة العامة أو مباشرة الحقوق السياسية.

وفى مجال المناقصات يمكن الاعتماد على مجموعة من الاعتبارات التي تحدد مدى توافر حسن السمعة من عدمه، أهمها: سلوك الفرد أو الشركة فى تنفيذ أعمال سابقة سواء مع هذه الجهة أو غيرها، وسابقة إهماله فى التنفيذ أو كان التنفيذ على غير الوجه المتفق عليه فى العقد، فهذه الاعتبارات وغيرها تحد مركز الشركة وسمعتها فى الوسط الذى تعمل فيه، فيكون لجهة الإدارة أن تقرر – وفقا للظروف الموضوعية، ولمقتضيات المصلحة العامة – استبعاد العطاء المقدم من قبل هذه الشركة أو هذا الشخص، لعدم توافر شرط حسن السمعة.

وغالبًا ما تحرص كراسات الشروط على اشتراط تقديم شهادة حسن السمعة. وذلك للتأكد من أهلية المتقدم للمناقصة العامة.

المطلب الثاني

الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرارات الحرمان

سبق البيان أن الإدارة تملك توقيع الحرمان الجزائي أو الوقائي بموجب قرارات إدارية من التقدم فى المناقصات العامة.

ويترتب على ذلك اعتبار الشخص المحروم ممنوعًا من التقدم إلى المناقصات

العامة، فإذا تقدم هذا الشخص بعطائه إلى المناقصة التي أعلنت عنها الإدارة، فإنها تكون حينئذ ملزمة باستبعاده ولو توافرت فيه الشروط الواردة فى كراسة الشروط[١].

ويثور التساؤل عن قبول الإدارة لعطاء فرد أو شركة لا يجوز له التقدم بعطائه إلى المناقصة نتيجة سبق حرمانه من دخول المناقصات العامة. ثم قامت بإبرام التعاقد معه باعتباره الأفضل، وتبين لها أن هذا الشخص لا يجوز له التقدم بعطائه إلى المناقصة نتيجة سبق حرمانه من دخول المناقصات العامة.

وللإجابة علي ذلك يتعين التفرقة بين فرضين، الفرض الأول: أن يكون الحرمان من دخول المناقصات العامة نتيجة لنص قانوني آمر يتعلق بمقتضيات المصلحة العامة، يمتنع علي الإدارة مخالفته. أما الفرض الثاني: بأن يكون الحرمان مقرر لصالح الإدارة فقط، ففي هذه الحالة أن إرساء العطاء وإبرام العقد بمثابة قرار ضمني بإلغاء قرار الحرمان. ويذهب البعض إلي صحة هذا التعاقد[٢].

---

(١) وقد قضت المادة (٢٤) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة بأن: " تقوم الأمانة العامة للجهاز بتسجيل الموردين والمقاولين والمتعهدين والفنيين المصنفين لدى الجهاز في قوائم تعدها لذلك، ويشترط فيمن يسجل في هذه القوائم أن تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية. كما يعد سجلًا لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات العامة، سواء كان المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقًا لأحكامه، ويحظر التعاقد مع المقيدين في هذا السجل، ويتولى الجهاز نشر هذه السجلات بطريق النشرات الداخلية، وعلى الموقع الإلكتروني للجهاز. وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات ومواعيد تقديم طلبات التسجيل واعتمادها من المجلس وإجراءات التظلم من القرارات الصادرة بشأنها".

(2)Quancard (M.) ,L'adjudication des marches public, thèse, Sirey, Paris, 1945.

المطلب الثالث

الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو المالية

التزاما بمبدأ المنافسة يتعين إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيه الشروط للتقدم للمناقصة، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق لغير سبب قانونى، غير أنه يحد من هذا المبدأ قيدان:

يتعلق الأول منهما: بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة.

ويتعلق الثاني: بما هو مقرر للإدارة من حق استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لهم عدم قدرتهم الفنية، والمالية لأداء الأعمال المطلوبة[1]. وبناء علي ذلك لا يجوز استبعاد شركة من الدخول في مناقصة لمجرد قيام نزاع بينها، وبين الجهة الطالبة حول

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف العليا – دائرة التمييز – في بواكير أحكامها بأنه: " من المقرر أن تعاقد الإدارة مع الأفراد أو الهيئات عن طريق المناقصات العامة هو من الأعمال التي تندرج تحت مدلول العقد الإداري، ومن الأسس التي يقوم عليها التعاقد خضوعه لاعتبارات عديدة، منها: تحقيق المصلحة المالية للإدارة وهي تتمثل في إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعرا،وكذا مصلحتها الفنية التي تقتضي اختيار المناقص الأكثر كفاية فنيا وحسن السمعة وإذ كانت المناقصة العامة يحكمها مبدأ المساواة بين المقاولين إلا أن ذلك يجب ألا يؤدي إلى الانتقاص من سلطة الإدارة في اختيار المناقص الأفضل على هدى اعتبارات تقدرها وتحقيقا لحماية الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية في الدولة ". راجع حكمها في الطعن رقم ١٩٦٧/٤٢٨ تجاري جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٩ منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ١ - الجزء ٢ - ص٣٧. وتقرر إدارة الفتوي والتشريع في هذا الشأن بأن: " استبعاد الشركة على أساس غير مقبول يخول لها استرداد مقدم ما دفع ثمنًا لوثائق المناقصة " راجع: فتواها رقم: ٢/٢٥٥-٩٩-١١١ بتاريخ: ٢٠٠١/١/١٥ منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع يناير ١٩٩٠– ديسمبر ٢٠٠٢ الأحرف (م، ن، هـ، و) عدا الموظف –الوظيفة العامة - الجزء الرابع أكتوبر ٢٠٠٧ ص ٤٥٦.

تنفيذ عقد آخر؛ إذ يتعين كأصل عام أن ترسى المناقصة على أقل العطاءات سعرًا إذا كان هذا العطاء مطابقًا للشروط والمواصفات التي تتطلبها المناقصة.

وعلى هذا المقتضى فإنه لا يجوز استبعاد أي عطاء إلا إذا تخلف في شأنه شرط من الشروط المنصوص عليها سواء في وثائق المناقصة أو في القانون[1].

ويكون للإدارة أن تستبعد عطاء الشخص المتقدم للمناقصة إذا رأت أن هذا الشخص غير كفء سواء من الناحية الفنية، أو من الناحية المالية، ومسألة الكفاءة هنا تطبيق محض للسلطة التقديرية وفقًا لمقتضيات الصالح العام ويتعين النظر بشأنها لاعتبارات عديدة، مثل: ملاءة الشخص المتقدم بعطائه سواء أكان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا – وقدرته الفنية وأيضا بالنظر إلى طبيعة المشروع موضوع التعاقد ، وما يتطلبه من قدره تمويلية وخبرة فنية، بشرط ألا تسىء استعمال هذه السلطة التقديرية. فلا يصح في المنطق والقانون أن تعترف جهة الإدارة بكفاءة شركة مثلا لتنفيذ عملية تتكلف قيمتها رأس مال الشركة مثلًا.

والإدارة وهى بصدد تقييم الموقف المالي والفني للمقاول غالبًا ما تأخذ فى اعتبارها عوامل عديدة، فمن الناحية المالية تنظر فى مقدار رأس المال مثلًا، ومن الناحية الفنية فإن الإدارة تراجع سوابق الأعمال التي سبق له القيام بها، وعدد العمالة المسجلين لديه ومدى تخصصه فى الموضوع المطروح للتعاقد.

وترتيب الشركة دوليًا فى نطاق المناقصات الدولية، وسمعتها فى نطاق الشركات المتخصصة فى موضوع المناقصة.

---

(١) راجع: فتوى إدارة الفتوي والتشريع رقم: ٩٨/٢٩١/٢ – ٢٩٤٧ بتاريخ: ١٩٩٨/١٠/٢٧ منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع يناير ١٩٩٠– ديسمبر ٢٠٠٢ الأحرف (م، ن، هـ، و) عدا الموظف –الوظيفة العامة الجزء الرابع أكتوبر ٢٠٠٧ ص ٤٣٢.