

أحكام المناقصة في الفقه الإسلامي

إشراف الدكتور

أسامة الحموي

إعداد طالب الدكتوراه

إبراهيم محمد شاشو

كلية الشريعة

جامعة دمشق

الملخص

تعدُّ المناقصات ذات أهمية كبيرة في التعاملات المالية المعاصرة، إذ تعدُّ إحدى الطرائق الشائعة في الشراء وتنفيذها المشاريع الكبيرة للمؤسسات الحكومية والخاصة. وتهدف المناقصات في حقيقتها إلى تحقيق مصلحة الجهة المعلنة عنها بتأمين احتياجاتها من المواد والسلع وإجاز المشاريع الكبيرة كالمدارس والمستشفيات بأقل الأسعار وأخفض الأجر مع الأخذ بالحسبان أفضلية الشروط والمواصفات. كما تتضمن المناقصات أنواعاً من الشروط والضمانات التي يراد بها ضمان حسن التنفيذ في الوقت المحدد دون نكول أو تأخير. وهذا البحث يدرس أحكام المناقصات في الفقه الإسلامي، ويبحث في أنواعها ومراحل تكوينها وتكييفها الفقهي، كما يبيِّن بعض الأحكام الفقهية المتعلقة بالمناقصات كدفتر الشروط والضمان الابتدائي والنهائي وغرامات التأخير.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد: فتعدُّ المناقصات ذات أهمية كبيرة في التعاملات المالية المعاصرة، إذ تعدُّ إحدى الطرائق الشائعة في شراء المشاريع الكبيرة وتنفيذها للمؤسسات الحكومية والخاصة.

وقد اتجهت الشركات والمؤسسات الكبرى إلى تأمين احتياجاتها من السلع والمواد كالأجهزة والآلات ووسائل النقل وإنجاز المشاريع المهمة كالمستشفيات والمدارس عن طريق المناقصة نظراً إلى ما توفره المناقصة من تلبية الاحتياجات بأرخص الأسعار وأفضل المواصفات حيث يتنافس الراغبون من الموردين والمقاولين بعرض عطاءاتهم بسعر أقل للمواصفات والشروط المطلوبة.

أمَّا الدراسات السابقة فقد عرض بعض الباحثين والمعاصرين أحكام المناقصات ضمن بحوثهم في العقود الإدارية كعقود التوريد والمقاولات كونها تبرم بطريق المناقصة بوصفه وسيلة من وسائل التعاقد، ومن هذه الدراسات:

- مناقصات العقود الإدارية- عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، للدكتور رفيق يونس المصري.
 - الأسس العامة للعقود الإدارية للدكتور سليمان الطماوي.
 - بيع المزايدة للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان.
- وركزت دراسة الدكتور المصري على الناحية الفنية للمناقصة مع الحكم الشرعي لبعض عناصرها من وجهة نظر الباحث دون التطرق للدراسة التأصيلية للمناقصة وأحكامها الفقهية. أمَّا الدكتور الطماوي فقد تناول في كتابه الأحكام القانونية للعقود الإدارية بشكل عام ومنها المناقصة دون التطرق لأحكام المناقصة الفقهية.
- أمَّا بحث الدكتور أبو سليمان (بيع المزايدة) فقد بحث فيه أحكام المزايدة في الفقه الإسلامي، إلا أن العلاقة بين المناقصة والمزايدة علاقة تضاد، كما تشترك معها في بعض الأحكام على ما سنبينه من خلال البحث.

وتبرز مشكلة البحث من حيث كون المناقصة من القضايا المعاصرة والمستجدة وتتداخل فيها كثير من الإجراءات، وتتضمن فيها العديد من العقود، وتختلف مآلاتها بحسب موضوع العقد، مما يتطلب بذل مجهود كبير، ودراسة علمية تأصيلية معمقة لوضع تصور فقهي يتطابق مع حقيقة المناقصة. أمَّا منهج الباحث في هذه الدراسة فقد قمت بدراسة أحكام المناقصة في الفقه الإسلامي ضمن مرحلتين، الأولى تشتمل بيان مفهوم المناقصة لغة واصطلاحاً وذكر أنواعها وعرض إجراءاتها ومراحل تكوينها، مع ما يتضمن ذلك من الشروط والضمانات التي تشترط عادة في المناقصات.

والمرحلة الثانية تشتمل دراسة أحكام المناقصة في الفقه الإسلامي من حيث مشروعية المناقصة وتكييفها الفقهي وبيان حكم مصادرة الضمان وبيع دفتر الشروط والشرط الجزائي وأثر الظروف الطارئة في الالتزامات في المناقصة.

كما راعيت المنهجية العلمية في البحث من حيث عرض المسائل وذكر الخلاف -إن وجد- مع ذكر الأدلة وعزوها إلى مصادرها المعتمدة، ثم المناقشة والترجيح مبيناً أسبابه ما أمكن ذلك، مع الالتزام بشروط النشر في المجلة.

خطة البحث:

المبحث الأول: المناقصة فنياً

المطلب الأول: تعريف المناقصة لغةً واصطلاحاً

المطلب الثاني: أنواع المناقصات

المطلب الثالث: مبدأ المساواة والمنافسة في المناقصة

المطلب الرابع: مراحل تكوين المناقصة

المبحث الثاني: المناقصة فقهيّاً

المطلب الأول: التكييف الفقهي للمناقصة

المطلب الثاني: العلاقة بين المناقصة والمزايدة

المطلب الثالث: الإيجاب والقبول في المناقصة

المطلب الرابع: حكم بيع دفتر الشروط

المطلب الخامس: حكم الضمان في المناقصة

المطلب السادس: حكم الشرط الجزائي في المناقصة

المطلب السابع: أثر الظروف الطارئة في الالتزامات في المناقصة

خاتمة: نتائج البحث

المبحث الأول: المناقصة فنياً

المطلب الأول - تعريف المناقصة لغةً واصطلاحاً:

المناقصة لغةً على وزن مفاعلة، وهي من صيغ المبالغة التي تفيد التكرار، وهي مشتقة من الفعل نَقَصَ ينقُصُ نقصاً ونقصاناً ونقيصةً.

كما يأتي النقص بمعنى الحط من الشيء أو التقليل منه، فيقال: استنقص المشتري الثمن أي استحطه، والنقص أيضاً ضعف العقل.⁽¹⁾

والمعنى المراد هنا هو النقص بمعنى الحط من الشيء والتقليل منه. خاصة وأن المناقصة قائمة على التنافس بين من يحط أو يقلل أكثر من الثمن. فالمناقصة إذاً هي الحط من الشيء والتقليل منه، ولا تكون إلا بتفاعل أكثر من طرف لأنها على وزن مفاعلة التي تقتضي المشاركة وهي هنا مشاركة أطراف متعددة.

أما المناقصة اصطلاحاً: فقد وردت للمناقصة تعريفات عدة لبعض العلماء المعاصرين الباحثين في المعاملات المالية المعاصرة والقانون الإداري.

فقد عرفها الدكتور رفيق يونس المصري بقوله: (المناقصة طريقة نظامية (خاضعة لنظام محدد) لشراء سلعة أو خدمة تلتزم فيها الإدارة (الجهة الإدارية) بدعوة المناقصين لتقديم عطاءاتهم (عروضهم) وفق شروط ومواصفات محددة لأجل الوصول إلى أرخص عطاء بافتراض تساوي العطاءات في سائر المواصفات والشروط).⁽²⁾

وهذا التعريف قصر المناقصة على الإدارة أو الجهة الإدارية مع أن المناقصة تكون بدعوة من الجهة الإدارية العامة وتكون أيضاً من الجهات الخاصة كالشركات والمؤسسات الخاصة.

وعرفها الدكتور سليمان الطماوي بقوله: (طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقب معها شروطاً، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها).⁽³⁾

واعترض على هذا التعريف الدكتور رفيق يونس المصري لأنَّ الأفضلية من ناحية الخدمة المطلوب أدائها أو ما يسمى بالناحية الفنية سبباً من أسباب المفاضلة بين المتقدمين للمناقصة لأن ذلك يسمح بالتلاعب بإرساء المناقصة على غير صاحب الأفضلية من الناحية المالية بدعوى أفضليته من ناحية الخدمة المطلوب أدائها.

ويرى أن الصواب في عدِّ الأفضلية إما تكون من الناحية المالية فقط، لأن الفرض أن الذين جرت المفاضلة بين عطاءاتهم متساوون من الناحية الفنية (مطابقة الشروط والمواصفات) أي من حيث تحقق الغرض الفني.⁽⁴⁾

(1) لسان العرب 101/7 - 101، القاموس المحيط ص 817.

(2) مناقصات العقود الإدارية ص 9، والعطاء هو ترجمة للمصطلح الفرنسي soumission ويرادفه العرض وهو ما يقدمه المشترك في المناقصة من سعر للسلعة أو الشيء المطلوب.

(3) الأسس العامة للعقود الإدارية ص 226.

(4) مناقصات العقود الإدارية ص 10.

أما المناقصة في القانون الإداري فقد عرفها الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله: (المناقصة هي مجموعة من الإجراءات التي تلتزم الإدارة بمقتضاها باختيار أفضل المتقدمين شروطاً وأقلهم سعراً لإيجاز أعمال مطلوبة).⁽⁵⁾

ويعترض على هذا التعريف أيضاً بأنه جعل مقياس الاختيار هو الأفضلية من حيث الشروط ومن حيث السعر الأقل، بينما تهدف المناقصة للوصول إلى العرض الأقل سعراً على فرض تساوي المتقدمين جميعهم من حيث الشروط والمواصفات طبقاً لدفتر الشروط.

- التعريف الراجح للمناقصة: بعد استعراض التعريفات السابقة أرجح التعريف الآتي للمناقصة:

(المناقصة هي إجراء تلتزم بمقتضاه الجهة المعلنة عنه بالتعاقد مع صاحب العرض الأقل سعراً

مقابل الوفاء بما التزم به طبق المواصفات والشروط المقررة).

وهذا التعريف يعدّ جامعاً مانعاً يحدد حقيقة المناقصة وغايتها ومقياس الاختيار فيها.

- شرح التعريف وبيان عناصره:

- إجراء: لفظ يشمل كل إجراء، سواء كان إجراءً تعاقدياً أو غير تعاقدي، وسواء تضمن التزاماً أو لم يتضمن.

- تلتزم بمقتضاه الجهة المعلنة عنه: وهذا القيد يخرج من التعريف كل إجراء لا يتضمن التزاماً، ويبقى على الإجراءات التي تقتضي الالتزام، سواء كان التزاماً مستقلاً عن إرادة الآخرين والتزاماتهم، أو مرتبطاً بها، وإسناد الالتزام إلى الجهة المعلنة بيان لأحد أركانها، سواء كانت هذه الجهة إدارية أو غير إدارية.

- بالتعاقد: وهذا القيد يخرج كل إجراء يتضمن التزاماً مستقلاً عن إرادة الآخرين؛ لكونه غير تعاقدي، ويبقى على الإجراءات التي يرتبط فيها الالتزام بإرادة الآخرين؛ لأن العقد إما هو ارتباط بين إرادتين من طرفين، وهذا يشمل إجراءات التعاقد كلها سواء كانت مناقصات أو مزادات أو غير ذلك.

- مع صاحب العرض الأقل سعراً: وهذا القيد يخرج المزادات، ويبقى على المناقصات فقط؛ لأن التعاقد في المزادات يكون مع صاحب العرض الأعلى وليس الأقل، وصاحب العرض الأقل هو الركن الآخر في المناقصة.

- مقابل الوفاء بما التزم به طبق المواصفات والشروط المقررة: وهذا القيد لبيان أن العوض الذي تقدم به صاحبه إنما هو مقابل ما التزم به، سواء كان هذا الالتزام توريداً أو مقاوله أو غير ذلك، ويشترط أن يكون هذا الالتزام مطابقاً للشروط والمواصفات التي قررتها الجهة المعلنة مسبقاً.

- ولكل مناقصة أربعة أركان:

1- الجهة طارحة المناقصة: وهي المؤسسة أو الشركة الراغبة بالتوريد أو الإنشاء.

(5) الوسيط في شرح القانون المدني 226/1.

2- المناقص: وهو الذي يتقدم بعرضه مصحوباً بالسعر (العطاء).

3- العطاء: وهو السعر الذي يقدمه المناقص كبديل للأشياء المراد تنفيذها أو توريدها.

4- العمل أو السلعة المراد تقديم سعر أدنى لها: وهي موصوفة في دفتر الشروط الذي يرافق طرح المناقصة.

المطلب الثاني: أنواع المناقصات

أولاً - أنواع المناقصات من حيث اعتبار نوع المشتركين فيها وعددهم

1 - مناقصة عامة أو مفتوحة: وهي التي يسمح بالاشتراك فيها لعدد غير محدود من المناقصين، وتلتزم الجهة المعلنة عنها باختيار صاحب السعر الأقل من عروض المتقدمين فيها للتعاقد معه، وتتبع إجراءات النشر في الصحيفة الرسمية تحقيقاً لمبدأ المنافسة والعلانية والمساواة. والمناقصات العامة تعدُّ الأصل والقاعدة في التعاقد لشراء المنقولات وتقديم الخدمات وأعمال المقاولات والتوريدات، أمَّا المناقصات الأخرى فتعدُّ استثناءً من هذه القاعدة.

ويلجأ إلى هذا النوع من المناقصات عندما يتوقع أن يكون عدد المناقصين كبيراً.⁽⁶⁾

2 - مناقصة محدودة أو مقيدة: وهي التي يسمح ويقتصر الاشتراك فيها على عدد محدد من الموردين بشرط ثبوت كفاءتهم المالية والفنية وتوفر حسن السمعة.

ويلجأ إلى هذه المناقصة استثناءً لتحقيق مصلحة مالية وفنية، ولذلك ينبغي أن يكون هناك مسوغ لإجرائها حتى لا تعدُّ مخلة بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين المتوقع أن يكون عددهم قليلاً، وتوجه في هذه المناقصة خطابات رسمية لمن تتوافر فيهم الأهلية للاشتراك في المناقصة.⁽⁷⁾

ثانياً: أنواع المناقصات من حيث الإعلان عنها

1 - مناقصة علنية: وهي المناقصة التي يحضر فيها المناقصون إلى الجهة صاحبة المناقصة لتقديم أسعارهم بصورة علنية، ويتناقصون في السعر إلى أن ترسو العملية على صاحب السعر الأقل، فهي تشبه المزايعة العلنية أو المزاد العلني.⁽⁸⁾

والغاية من المناقصة العلنية هي الوصول إلى أقل سعر من خلال التنافس بين المناقصين المشتركين فيها، لأن أسعارهم تكون علنية ومكشوفة ويتناقصون وهم على بيئة من أمرهم؛ وكل عرض يقدمه المناقص يكون ناقضاً للعرض السابق قياساً على ما يقع في المزايعة العلنية.⁽⁹⁾

(6) الأسس العامة للعقود الإدارية د. سليمان الطماوي ص 44. مناقصات العقود الإدارية د. رفيع المصري ص 20.

(7) مناقصات العقود الإدارية د. رفيع المصري ص 20-21.

(8) الوسيط في شرح القانون المدني د. عبد الرزاق السنهوري 42/7، مناقصات العقود الإدارية د. المصري ص 22.

2 - مناقصة سرية: وهي الأصل في المناقصات، فالقاعدة العامة أن تكون المناقصة سرية بحيث تتم بطرائق تقديم المناقصين عروضهم وأسعارهم المكتوبة ضمن مظاريف مختومة بالشمع الأحمر وموقعة، وتوضع هذه المظاريف في صندوق العطاءات المزود بقفل دون إمكان استعادته منها، وعلى هذا لا يجوز لأحد الاطلاع عليها قبل موعد فتح المظاريف.⁽¹⁰⁾

ثالثاً: أنواع المناقصات من حيث اعتبار بلد المناقصين

- 1 - مناقصات خارجية: وهي المناقصات التي لا يقتصر الاشتراك فيها على الموردين المحليين بل يشترك فيها أيضاً موردون من خارج البلاد، ويتم الإعلان عنها داخل البلاد وخارجها. ويلجأ إلى هذا النوع من المناقصات في الحالات التي تبلغ فيها قيمة المناقصة حداً كبيراً، كما في عقود الإنشاءات الضخمة التي تتطلب إمكانيات كبيرة على مستوى الشركات العالمية.
- 2 - مناقصات داخلية: وتعرف أيضاً بالمناقصات المحلية، وهي التي يقتصر فيها على الموردين المحليين أي في داخل البلاد؛ ويكتفى فيها بالإعلان في الصحف المحلية. ويلجأ إلى هذا النوع في الحالات التي لا تزيد فيها قيمة المناقصة على حد معين، وهذا يختلف من دولة إلى أخرى.⁽¹¹⁾

رابعاً: أنواع المناقصات من حيث النظر إلى الغرض منها:

- 1 - مناقصة توريد: وهي المناقصة التي يكون الغرض منها توريد سلع أو خدمات أو أشياء منقولة من مستلزمات الجهة طارحة المناقصة.
- 2 - مناقصة مقاولية: وهي المناقصة التي يكون الغرض منها إنشاء مبانٍ أو منشآت أو صيانة أو ترميم مبانٍ ومنشآت، فمحلها الأشياء غير المنقولة، وغالباً ما تتعلق بالعقارات والأشياء الثابتة.

المطلب الثالث: مبدأ المساواة والمنافسة في المناقصة

إن تحقيق مبدأ المساواة بين المناقصين وتكافؤ الفرص بينهم يعدُّ من أهم المبادئ التي تقوم عليها المناقصة، وهذا يستوجب إتاحة الفرصة لأكبر عدد ممكن من المناقصين في المشاركة وذلك عن طريق الإعلان عن المناقصة في الصحف ووسائل الإعلام على نطاق واسع حتى يصل خبرها إلى أكبر عدد ممكن.

(9) مصادر الحق في الفقه الإسلامي د. السنهوري 62/3 - 68.

(10) الوسيط في شرح القانون المدني د. السنهوري 42/7، مناقصات العقود الإدارية د. رفيع المصري ص 23.

(11) مناقصات العقود الإدارية د. رفيع المصري ص 21. الأسس العامة للعقود الإدارية د. الطماوي ص 63.

كما يفترض وجود لجان مراقبة لعملية فتح المظاريف وتحديد صاحب العطاء الأقل، وهذه اللجان تقوم بمراقبة فعالة لمنع أي تجاوز أو محاباة أو رشوة أو تسريب معلومات قبل فتح المظاريف والبت فيها.⁽¹²⁾ وإن هذا التكافؤ والتقارب في الفرص والمساواة في النظر والمعاملة ركن من أركان المنافسة الحرة الذي يقوم عليها الاقتصاد الإسلامي.⁽¹³⁾

المطلب الرابع: مراحل تكوين المناقصة

تصوير طبيعة المناقصة ومراحل تكوينها له أهميته من الناحية الفقهية، إذ هو يعطي صورة مفصلة عن المناقصة وطبيعتها وكيفية إجرائها مما يعين على التكييف الفقهي الصحيح للمناقصة، ومن المعروف أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره. تمر المناقصة بالمراحل الآتية:⁽¹⁴⁾

- أولاً - مرحلة طرح المناقصة: وهذه المرحلة تبدأ من الحاجة إلى طرح المناقصة لتأمين شراء مستلزمات أو سلع أو إنجاز مشروع ما لحاجة الجهة طارحة المناقصة، ويجري هذا عبر خطوتين:
- الأولى: إعداد مستندات المناقصة: تُعدّ مستندات المناقصة عن طريق تحديد الحاجة الفعلية من توريد السلع أو إنجاز المشروع وتوافر الاعتماد المالي اللازم في الموازنة.
 - ثم يشرع بإعداد مواصفات تفصيلية وتصميم ورسومات وجداول تتعلق بموضوع المناقصة، وبناء على ذلك يمكن تقدير القيمة المالية التقريبية لعقد المناقصة.
 - ويتوافق ذلك مع تحديد الشروط والتعليمات اللازمة للمشاركين في المناقصة والإجراءات الواجب اتباعها لتنفيذ العقد؛ مع بيان الجزاءات المترتبة على الإخلال بأحكام العقد وشروطه.
 - ثم يضمن كل ذلك في دفتر خاص يسمى بـ (دفتر الشروط) ويطرح مع بدء التقدم للمناقصة مع تحديد سعر خاص لهذا الدفتر يدفعه كل من يرغب بالاشتراك في المناقصة.
- الثانية: مرحلة الإعلان عن المناقصة: تجري المناقصة بالإعلان في الصحف ووسائل الإعلام لإتاحة المجال لتقدم الراغبين في التعاقد معها ولضمان وصول الإعلان إلى أكبر عدد ممكن من الموردين، والإعلان يقتصر على الصحف المحلية إن كانت المناقصة داخلية، أمّا إن كانت المناقصة خارجية فيجب الإعلان عنها في الصحف الأجنبية أيضاً.

(12) الأسس العامة للعقود الإدارية - لائحة المناقصات ص 814، مناقصات العقود الإدارية د. رفیق یونس المصري ص 17

(13) أصول الاقتصاد الإسلامي د. رفیق یونس المصري ص 58.

(14) عقد التوريد د. المطلق ص 46-50، مناقصات العقود الإدارية د. المصري ص 11، الأسس العامة للعقود الإدارية ص 246

ويجب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة الأمور الآتية: تحديد العمل المراد تنفيذه، مدة تقديم العروض، ثمن دفتر الشروط، وقيمة الضمان الابتدائي والنهائي، ومدة سريان العرض.⁽¹⁵⁾ هذا ما يتعلق بالمناقصات العامة، أما المناقصات الخاصة أو المحدودة فالدعوة لتقديم العروض يجري بموجب كتب رسمية تتضمن البيانات التي تتضمنها المناقصات العامة كلها، وتوجه هذه الخطابات إلى أصحاب العلاقة التي ترغب الجهة بالتعاقد معهم.

ثانياً - مرحلة تقديم العروض: بعد أن يحصل الراغبون في الاشتراك في المناقصة على دفتر الشروط، وبعد أن يقوموا بدراسة موضوع المناقصة ومواصفاتها وشروطها، فإن وجدوا في أنفسهم القدرة والرغبة في التعاقد مع الجهة المعلنة يتقدم الراغب بالاشتراك في المناقصة بعبئانه إلى الجهة طارحة المناقصة بعد أن يودع مبلغ الضمان الابتدائي ومقداره 1-2% من قيمة العقد.⁽¹⁶⁾ وينبغي الإشارة إلى أن العطاءات المقدمة ملزمة للمناقصين المقدمين لها بمجرد تقديمها ولا يمكن سحبها أو تغيير أسعارها، أو إجراء أي شطب أو تعديل في وثائق المناقصة ومستنداتها.

ثالثاً - مرحلة فحص العروض والبيت فيها: ويقصد بهذه المرحلة اختيار أفضل المتقدمين مع الجهة المعلنة، وتبدأ أولاً بفتح المظاريف وكشف العروض.

وتتولى ذلك لجنة فتح المظاريف فتتخذ لذلك ويبدأ عملها في الموعد الذي حدّد في الإعلان عن المناقصة؛ وتمثل مهمتها في فتح صندوق العروض والتأكد من سلامة أختام المظاريف وفتح المظاريف وإعلان القيمة الإجمالية لكل عرض بعد التوقيع عليه. ويحق لهذه اللجنة استبعاد أي عطاء لم يكن مستوفياً للشروط أو مخالفاً لأحكام المناقصة. ثم تتولى لجنة البيت التحقق من مطابقة العرض للشروط والمواصفات، وفحص العروض واختيار العرض الأقل سعراً بعد أن تقوم بالمفاضلة بين العطاءات التي أحيلت إليها من لجنة الفحص، ثم ترفع توصياتها بقبول العطاء الأفضل إلى جهة تختص بإبرام العقد.⁽¹⁷⁾

رابعاً - مرحلة إبرام العقد: بعد البيت في العروض وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل من الناحية المالية تقوم الجهة المختصة بإبرام العقد بإخطار الفائز بالمناقصة. ويتعين على صاحب العلاقة من رست عليه المناقصة تقديم الضمان النهائي قبل توقيع العقد. والضمان النهائي يراوح من 5 إلى 10% تقريباً من قيمة العقد.

(15) الأسس العامة للعقود الإدارية د. الطماوي ص 247.

(16) الأسس العامة للعقود الإدارية ص 272، مناقصات العقود الإدارية د. المصري ص 12-13.

(17) مناقصات العقود الإدارية د. المصري ص 14، عقد التوريد د. المطلق ص 48.

ويهدف هذا الضمان إلى ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته الناتجة عن العقد، إذ لا يُعاد هذا الضمان لصاحبه إلا بعد أن يتم وفاء الملتمزم بالتزاماته المتعاقد عليها.

فإذا أودع المناقص مبلغ الضمان النهائي يوقع عقداً بينه وبين الجهة صاحبة المناقصة، ويلتزم الطرفان بمضمون العقد وشروطه.

وهذا الإجراء الشكلي توثيق للعقد الذي تم بالإيجاب والقبول الصادرين سابقاً عن الطرفين، حيث عبر المورد بعرضه عن الإيجاب، وعبرت الجهة طارحة المناقصة بقبولها العرض وإرساء المناقصة عليه عن القبول، بحيث لو تخلف المورد عن تقديم الضمان النهائي أو عن توقيع العقد كان لهذه الجهة الحق في أن تنفذ العقد على حسابه وترجع على المورد بالتعويضات عن طريق مصادرة الضمان الابتدائي أو النهائي.⁽¹⁸⁾

المبحث الثاني: المناقصة فقهيًا

المطلب الأول: التكيف الفقهي للمنافسة

سبق أن ذكرنا أن المناقصة من الإجراءات المعاصرة التي عرفت كطريقة لتأمين مشتريات المؤسسات والشركات وإنجاز المشاريع عن طريق عقود التوريد والمقاولات.

ولذلك لا يوجد في مراجع الفقه القديمة ما يشير إلى التكيف الفقهي للمنافسة، إلا أن العلماء المعاصرين الذين تعرضوا للمنافسات اجتهدوا في تكيفها الفقهي واستنبطوا أحكامها من أقرب المعاملات شبيهاً بها وهي المزايمة.

وعلى هذا القول تكون أحكام المناقصة هي أحكام المزايمة، وإجراءات المزايمة وآثارها يمكن تطبيقها على المناقصة دون أي اختلاف.

وإلى هذا التخريج ذهب كل من الدكتور رفيق يونس المصري والدكتور علي السالوس والدكتور سعود الثبيتي والدكتور عبد الوهاب أبو سليمان والشيخ محمد المختار السلامي.⁽¹⁹⁾

- أمّا المزايمة: فهي أن يعرض البائع السلعة على جمهور الناس فيزيد في السعر من يشاء ثم يستقر البيع على الشخص الذي يعرض آخر سعر.⁽²⁰⁾

(18) الأسس العامة للعقود الإدارية ص 311، عقد التوريد د. المطلق ص 50 .

(19) مناقصات العقود الإدارية د. رفيق المصري ص 42، مداخلات الأساتذة المذكورين في أثناء مناقشة موضوع المناقصات

منشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 541/8، 9، 887/، 891، 901.

(20) القوانين الفقهية لابن جزي ص 175.

أما مشروعيتهما: فما جاء في السنة عن أنس بن مالك t أن رسول الله r باع حلساً وقدحاً وقال: من يشترى هذا الحلس والقدح؟ فقال رجل: أخذتها بدرهم، فقال النبي r من يزيد على درهم؟ من يزيد على درهم؟ فأعطاه رجل درهماً فباعهما منه.⁽²¹⁾

ومن الآثار ما روي عن عطاء بن رباح t قوله: أدركت الناس لا يرون بأساً ببيع المغنم فيمن يزيد.⁽²²⁾ وما روي عن مجاهد قوله: لا بأس ببيع من يزيد كذلك كانت تباع الأحماس.⁽²³⁾

ولهذا اتفق الفقهاء على مشروعية بيع المزايدة.⁽²⁴⁾

المطلب الثاني: العلاقة بين المناقصة والمزايدة

وبهذا يتبين أن العلاقة بين المناقصة والمزايدة هي علاقة تضاد من حيث الغاية إلا أن أحكامهما مشتركة؛ فالمناقصة تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء، ويكون ذلك إذا أرادت الشركة أو المؤسسة شراء ما تحتاجه من مستلزمات ومنتجات أو إنجازها.

أما المزايدة فتتعلق إلى التعاقد مع الذي يقدم أعلى سعر؛ وذلك في حال رغبت الشركة أو المؤسسة أن تبيع أو تؤجر شيئاً من ممتلكاتها.⁽²⁵⁾

المطلب الثالث: الإيجاب والقبول في المناقصة

قد يُظن أن طرح المناقصة من قبل الجهة صاحبة المناقصة هو الإيجاب، والتقدم بالعطاء من قبل المناقص هو القبول، إلا أن هذا التفصيل غير سديد؛ إذ إن طرح الصفقة في المناقصة لا يعدو كونه دعوة المناقصين للتعاقد عن طريق التقدم بعطاء.

ويمكن عدُّ الإيجاب هو تقدم المناقص بعطائه في المناقصة، وهذا الإيجاب الصادر منه ملزم له لا يرجع عنه حتى ترسو المناقصة على غيره.⁽²⁶⁾

وقد يمتد الالتزام بالإيجاب حتى بعد انقضاء مجلس المزايدة مدة يحددها العرف أو الشرط.⁽²⁷⁾

(21) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع - باب ما جاء في بيع من يزيد 522/3 رقم 1218، وقال حديث حسن، وأبو داود في كتاب الزكاة - باب ما تجوز فيه المسألة 120/2 رقم 1641، وابن ماجه في كتاب التجارات - باب بيع المزايدة 740/2 رقم 2198، وأحمد في مسنده 114/3 رقم 12155. والحلس: ما يوضع على ظهر الدابة.

(22) صحيح البخاري كتاب البيوع - باب المزايدة 753/2.

(23) مصنف ابن أبي شيبة 286/4.

(24) فتح القدير 479/6، المقدمات الممهدة 138/2، الحاوي الكبير 770/5، المغني 149/4.

(25) الأسس العامة للعقود الإدارية د. الطماوي ص 213.

(26) الوسيط للسنهوري 226/1، مصادر الحق للسنهوري 61/2.

(27) مواهب الجليل للحطاب 239/4، حاشية الدسوقي 5/3.

وهذا الحكم مأخوذ من بيع المزايدة الذي ذهب فيه الفقهاء إلى أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها وليس له الرجوع عما زاد في السلعة.
أمَّا البائع في المزايدة فمخبر في إمضاء البيع لمن شاء للمزايد الأعلى أو الأقل مع بقاء الموجب ملتزماً بإيجابه ولو زاد غيره عليه.

فيجوز للبائع إذاً أن يعقد البيع على غير المزايد الأعلى وهذا في المزايدة.⁽²⁸⁾
أمَّا القبول في المناقصة فإرساء المناقصة على صاحب العرض الأقل سعراً يعدُّ قبولاً مبدئياً لا يكتمل ويأخذ حكم القبول النهائي إلا بعد إبرام العقد مع المناقص الذي رست عليه المناقصة.⁽²⁹⁾
وعلى هذا هل تلتزم الجهة طارحة المناقصة بإرساء المناقصة على أنقص عطاء؟
المناقص ملزم بعرضه حتى إرساء المناقصة على أفضل العروض، كذا الجهة صاحبة المناقصة ملزمة بإرساء المناقصة على صاحب أقل عطاء، وسبب ذلك وجود الالتزام بين الأطراف المتناقصة على إرساء العقد على أفضل العروض في أثناء الدخول في المناقصة؛ وهذا يعني عدم جواز اختيار غير صاحب العرض الأفضل بحجة من الحجج لمنافاته لمبدأ العدل والمساواة المفروض في المناقصة.
وهذا المبدأ -إرساء المناقصة على أقل العروض - قد قبل به الأطراف كلهم وأقدموا عليه؛ فتكون ملزمة للطرفين حسب الأدلة الشرعية في وجوب الوفاء بالشروط والالتزامات.

المطلب الرابع: حكم بيع دفتر الشروط

دفتر الشروط (CAHIER DES CHARGES) يتكون من مستندات ووثائق المناقصة التي تحوي المواصفات التفصيلية والتصاميم والرسومات والجداول المتعلقة بموضوع المناقصة، كما تتضمن الشروط والتعليمات اللازمة والإجراءات الواجب اتباعها من قبل المشتركين في المناقصة، وتبين الجزاءات والغرامات المترتبة على الإخلال بالشروط والمواصفات المطلوبة.
وهذا الدفتر تقوم الجهة طارحة المناقصة بإعداده بعد دراسة دقيقة يقوم بها أهل الاختصاص.
وهذا الدفتر تتكبد الجهة التي تعدُّ نفقات ومصاريف تشمل الأمور الآتية:

- 1- المجهود الذهني المبذول في دراسة المشروع وإعداده.
- 2- تكاليف إعداد الرسوم والمخططات اللازمة للمشروع.
- 3- تكاليف الخدمات الاستشارية الهندسية.
- 4- قيمة الأوراق المتعلقة بالمشروع.
- 5- مصاريف إدارية.⁽³⁰⁾

(28) مواهب الجليل 237/4.

(29) مناقصات العقود الإدارية د. المصري ص 24-25.

(30) مناقصات العقود الإدارية د. المصري ص 51. عقد المزايدة د. عبد الوهاب أبو سليمان ص 118.

وتقوم الجهة طارحة المناقصة بحساب مقدار كل هذه المصاريف والنفقات، ولهذا يباع دفتر الشروط عادة بثمن معين في أثناء طرح المناقصة، وهذا الثمن أكبر بكثير من قيمة الأوراق والوثائق التي تحويه؛ وذلك الثمن يكون مقابلاً لكل المصاريف المذكورة وغالباً ما يكون بنسبة ربح بسيطة.

وقد بحث العلماء المعاصرون حكم بيع دفتر الشروط وخلصت آراؤهم إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: بذل دفتر الشروط بالمجان وعدم بيعه بأي ثمن لمن يطلبه، ولا مانع من أن يؤخذ من المشترك تأمين نقدي بسيط مقابل إعطائه الدفتر ضماناً لجديّة المتقدم، ويعاد إليه هذا المبلغ إذا ألغيت المناقصة أو لم ترسُ المناقصة عليه إذا رد هذا الدفتر.

ومفاد هذا أن تكاليف دفتر الشروط تتحملها الجهة صاحبة المناقصة دون غيرها.

وإلى هذا القول ذهب الدكتور رفيع المصري.⁽³¹⁾

وعلى هذا بأن الجهة صاحبة المناقصة هي المستفيد من اختيار طريقة الشراء بالمناقصة لأن هذه الطريقة ستحقق لها مصلحة بأدنى ثمن، ومن ثم فالتكاليف والمصاريف التي أنفقت في إعداد الدفتر تختص بالجهة صاحبة المناقصة ويجب أن تقع عليها.

القول الثاني: تحميل تكاليف دفتر الشروط لمن رست عليه المناقصة دون غيره.

وبه قال الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان.⁽³²⁾

ووجه هذا القول أن دفتر الشروط يوفر على المناقص كثيراً من الجهد والمال، وهو المستفيد الوحيد من المناقصة حيث يوفر عليه إعداد الدراسات ولا يحتاج إلا للتنفيذ عندما ترسو عليه المناقصة، فهو الأولى بتحملها ويمكن احتسابها من تكلفة المشروع.

فلو لم تقم الجهة صاحبة المناقصة بإعداد دفتر الشروط لتكبد المناقص تكاليف إعدادها.

القول الثالث: تحميل تكاليف دفتر الشروط للمشاركين كلهم في المناقصة سواء رست عليه المناقصة أو لم ترسُ عليه.

وبهذا قال جمهور العلماء المعاصرين منهم الدكتور وهبة الزحيلي والشيخ محمد السلامي والشيخ محمد علي التسخيري والشيخ عبد الله بن منيع والقاضي تقي الدين العثماني.⁽³³⁾

وهو اختيار مجمع الفقه الإسلامي في قراره في دورته الثامنة المنعقدة في بروناي - دار السلام 1414 / 1993، فنص على أنه: (لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول (قيمة دفتر الشروط) بما لا يزيد على القيمة الفعلية لكونه ثمناً له).

(31) مناقصات العقود الإدارية د. المصري ص 53.

(32) عقد المزايدة د. عبد الوهاب أبو سليمان ص 118.

(33) انظر مناقشات علماء المجمع لموضوع المزايدة والمناقصة في مجلة المجمع العدد 623/8، 880/9.

ووجه قول الجمهور في جواز بيع دفتر الشروط لكل المتقدمين أن اشتراط الحصول على دفتر الشروط بثمن ليس القصد منه بيع دفتر الشروط نظراً إلى تفاهة قيمته بالنسبة إلى قيمة المشروع وإنما القصد منه جعل المناقص يشترك في المناقصة وهو على بينة من شروط العقد وآثاره مما يحقق له مصلحة وفائدة معتبرة ؛ ويؤكد حديثه في التعاقد مع الجهة المعلنة. وهذا القول يرجحه الباحث ويذهب إليه لأن الجهة تبيع شيئاً ذا قيمة ومنفعة وبذلت في إعداده الجهد والوقت والمال فيمكن بيعه كما يباع كتاب مؤلف.

المطلب الخامس: حكم الضمان في المناقصة

تتضمن المناقصة أنواعاً من الضمانات التي يقدمها المناقص تهدف في مجموعها إلى ضمان تنفيذ الالتزامات المترتبة على المناقص وإتمامها على النحو المتفق عليه في المناقصة.

وغالباً ما يكون هذا الضمان مكوناً من نوعين من أنواع الضمان هما:

1 - الضمان الابتدائي أو التأمينات الأولية: ويكون عادة من 1-5% من قيمة العرض المحدد من قبل الجهة طارحة المناقصة، والغرض منه ضمان جدية المناقصين في الاشتراك بالمناقصة والتأكد من التزام المناقص بالتعاقد في حال رسو المناقصة عليه.

ويدفع المناقص هذا الضمان في أثناء التقدم للمناقصة، ويكون من حق الجهة صاحبة المناقصة مصادرة هذا الضمان أو التأمينات الأولية في حال عدم التزام المناقص بالتعاقد مع الجهة طارحة المناقصة بعد رسو المناقصة عليه؛ أو إذا سحب المناقص عرضه قبل ميعاد البت في العروض.

ويرد هذا الضمان إلى أصحاب العروض غير المقبولة أي الذين لم ترس عليهم المناقصة بعد فسخ العروض ومعرفة الفائز في المناقصة، أما الذي رست عليه المناقصة فيقدم ضماناً آخر هو الضمان النهائي أو التأمينات النهائية ويرد إليه الضمان الابتدائي أو يستكمل الضمان الابتدائي بما يساوي الضمان النهائي.

أما إذا ألغيت المناقصة قبل فتح المظاريف والبت في العطاءات فإن هذا الضمان الابتدائي يرد إلى المناقصين جميعهم. (34)

2- الضمان النهائي أو التأمينات النهائية: ويكون عادة 10% من قيمة العرض أو قيمة العقد يقدمه المناقص الذي رست عليه المناقصة في مدة محددة من تاريخ إخطاره برسو المناقصة عليه.

والغرض من هذا الضمان هو ضمان وفاء المناقص بالتزاماته في العقد المبرم مع الجهة صاحبة المناقصة بصورة نهائية ؛ كما يقصد منه أيضاً ضمان حسن أداء المعقود عليه خلال مدة معينة تحدد في العقد حسب حال المعقود عليه.

(34) مناقصات العقود الإدارية د. المصري ص 54، الأسس العامة للعقود الإدارية د. الطماوي ص 279. عقد المزايدة د. عبد الوهاب أبو سليمان ص 119.

ويصادر هذا الضمان في حال تخلف المناقص عن تنفيذ التزاماته؛ فينفذ العقد على حسابه مع التعويض عن الأضرار، كما يردّ هذا الضمان لصاحبه بعد تنفيذ العقد بصورة نهائية أو بعد التنفيذ بمدة محددة تحدد بسنة غالباً، وذلك بعد التأكد من سلامة المعقود عليه في خلال هذه المدة.⁽³⁵⁾

- حكم مصادرة الضمان الابتدائي والنهائي في المناقصة:

الضمان مشروع في الشريعة الإسلامية، وذلك حفاظاً على حرمة أموال الناس وأنفسهم.⁽³⁶⁾ فلا مانع شرعاً من أخذ ضمانات من المناقصين للدخول في المناقصة على أنها تأمينات أولية أو نهائية لضمان تنفيذ المناقصين لالتزاماتهم بالاستمرار في المناقصة، ولضمان تنفيذ المناقص الذي رست عليه المناقصة لالتزاماته في العقد الذي تم توقيعه مع الجهة صاحبة المناقصة.

أمّا مصادرة هذا الضمان فيجب التمييز في الحكم بين نوعي الضمان الابتدائي والنهائي: أمّا مصادرة الضمان الابتدائي الذي يكون الغرض منه ضمان جدية المناقص في الاشتراك بالمناقصة، والتأكد من التزامه بالتعاقد في حال رسو المناقصة عليه؛ فالمناقص يتقدم بهذا الضمان قبل مرحلة التعاقد، لذا يمكن تكييفه على أساس الشرط الجزائي الذي أجازه العلماء استناداً إلى حديث النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً).⁽³⁷⁾

وما رواه البخاري أيضاً من قول شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه.⁽³⁸⁾ أمّا اشتراط فقدان المناقص حقه في استرداد مبلغ الضمان النهائي في حال تخلفه عن الاستمرار في المناقصة؛ أو في حال تخلفه عن الوفاء بالتزاماته بعد إبرام العقد؛ فهذا يستند حكمه إلى مسألة أخذ العربون عند الفقهاء.

وللفقهاء في حكم العربون قولان:⁽³⁹⁾

الأول: عدم جواز أخذ العربون: وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد، وهو مروى عن ابن عباس والحسن *y*.⁽⁴⁰⁾

(35) مناقصات العقود الإدارية د. المصري ص 55. عقد التوريد د. المطلق ص 58. الأسس العامة للعقود ص 279.

(36) النظريات الفقهية د. فتحي الدريني ص 226.

(37) أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة كتاب الأفضية باب في الصلح 304/3 رقم 3594، وأخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف كتاب الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس 634/3 رقم 1352 وقال: هذا حديث حسن صحيح

(38) أخرجه البخاري في كتاب الشروط معلقاً 981/2.

(39) ويبيع العربون هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع مبلغاً من المال على أنه إن أخذ السلعة احتسب هذا المدفوع من الثمن وإن لم يأخذها فذلك المدفوع للبائع المغني 160/4. روضة الطالبين 397/3، المجموع 317/9

(40) المغني 160/4، القوانين الفقهية ص 171، المجموع 317/9، حاشية الدسوقي 63/3، سيل السلام 17/3، نيل الأوطار 251/5، مغني المحتاج 250/5.

واستدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العربان.⁽⁴¹⁾
 الثاني: جواز أخذ العربون وهو المشهور عند الحنابلة والمروى عن الإمام أحمد وعمر بن الخطاب
 وابن عمر وابن سيرين ومجاهد وزيد بن أسلم y وهو اختيار ابن القيم.⁽⁴²⁾
 قال الإمام أحمد: لا بأس به، وقال ابن سيرين: لا بأس إذا كره السلعة أن يردّها ويرد معها شيئاً،
 وقال أحمد: وهذا في معناه.⁽⁴³⁾

كما استدلووا بالآثار الواردة في جوازه ومنها:

- 1- ما رواه زيد بن أسلم y أنه سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأخذه.⁽⁴⁴⁾
 - 2- ما روي عن نافع بن عبد الحارث - عامل عمر بن الخطاب t على مكة - أنه اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب t بأربعة آلاف درهم واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له؛ وإن لم يرض فلصفوان أربعمئة درهم⁽⁴⁵⁾
 - وقد أخذ أحمد بظاهر هذه الرواية وقال: لا بأس ببيع العربون لأن عمر فعله.⁽⁴⁶⁾
 - وقال الأثرم: قلت لأحمد تذهب إليه؟ قال أي شيء أقول هذا عمر t.⁽⁴⁷⁾
 - 3- ما أخرجه البخاري عن ابن سيرين t قال: قال رجل لكرية: أرجل ركابك فإن لم أرجل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه.⁽⁴⁸⁾ قال الإمام أحمد: هذا في معناه، أي في معنى بيع العربون.⁽⁴⁹⁾
- فهذه الآثار تنهض بمشروعية أخذ العربون وجواز مصادرتة إذا ما نكل المتعاقد أو المناقص عن تنفيذ التزاماته المتفق عليها.

(41) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة - باب في العربان 283/3 رقم 3502، وابن ماجه في كتاب التجارات - باب بيع العربان 738/2 رقم 2192، وأحمد في مسنده 183/2 رقم 6723، ومالك في الموطأ 609/2. وفيه راو لم يسم وسمي في رواية ضعيفة لابن ماجه عن عبد الله بن عامر الأسلمي، وقيل هو ابن لهيعة وهما ضعيفان. انظر: تلخيص الحبير 17/3، سبل السلام 17/3، نيل الأوطار 250/5.

(42) المغني 160/4، إعلام الموقعين 389/3، نيل الأوطار 251/5، كشف القناع 195/3، الإنصاف للمرداوي 357/4.

(43) المغني 160/4، المجموع 237/9، إعلام الموقعين 389/3.

(44) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن زيد بن أسلم أن النبي ﷺ أحل بيع العربان 7/5.

(45) أورده البخاري في كتاب الخصومات معلقاً 853/2، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه 7/5، والبيهقي في السنن الكبرى 34/6.

(46) إعلام الموقعين 389/3.

(47) مصنف ابن أبي شيبة 7/5 وأورده البخاري في كتاب الخصومات عنوان الباب 853/2.

(48) صحيح البخاري كتاب الشروط - باب ما يجوز من الاشتراط والتنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم 981/2 وأرجل: أي شد الرحال، والرحال ما يوضع على ظهر الدابة. ركابك: أي دوابك، كرية: مؤجره صاحب الدابة.

(49) المغني 160/4

أمّا الحديث الذي استدل به الماتعون وهو أن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان، فالحديث ضعيف، ضعفه جماعة من أهل العلم والحديث؛ منهم الإمام أحمد لانقطاعه وإبهام روايته.⁽⁵⁰⁾

وقال النووي عنه: مثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء.⁽⁵¹⁾

والأخذ بمبدأ العربون من أهم ضوابط الجدية في التجارة بيعاً وشراءً وإجارةً واستصناعاً.

وقد جرى عرف الناس على التعامل بالعربون والأخذ به كوسيلة ارتباط عملية تضمن استقرار البيع وتدفع الضرر عن البائع الذي قد تفوته فرصة بيع السلعة لمشتري آخر.

قال الدكتور وهبة الزحيلي: (وقد أصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار)⁽⁵²⁾

وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي بيع العربون في دورته الثامنة في بروناي دار السلام 1414 هـ - 1993 م فجاء في قراره: (يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمان محدد ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء)

المطلب السادس: حكم الشرط الجزائي في المناقصة

يشترط في أغلب المناقصات ترتب بعض الجزاءات عند الإخلال بشروط التعاقد كالإخلال بمواصفات المعقود عليه أو الإخلال بموعد التسليم المتفق عليه، وهذه الجزاءات يعبر عنها بالشرط الجزائي، وقد يعبر عنها بغرامات التأخير، إلا أن التعبير بالشرط الجزائي أعم وأشمل من التعبير بغرامات التأخير، لأن الشرط الجزائي كما يشمل غرامات التأخير يشمل أيضاً التعويض عن عدم التنفيذ كما يشمل أيضاً التعويض عن التنفيذ غير الصحيح للعقد، لذلك أسماه القانونيون بـ (التعويض الاتفاقي) لأن قيمته تتحدد باتفاق الطرفين على ذلك.

والشرط الجزائي: هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.⁽⁵³⁾

وتنهض في مشروعية الشرط الجزائي أدلة من السنة وآثار الصحابة؛ منها:

- حديث النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً).⁽⁵⁴⁾

(50) المغني 4/160.

(51) المجموع 9/316.

(52) الفقه الإسلامي وأدلته 5/3435.

(53) الشرط الجزائي: د. أسامة الحموي ص 46.

(54) الحديث سبق تخريجه.

- ما رواه البخاري أيضاً عن ابن سيرين t قال: قال رجل لكرهه: أرحل ركبك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه.⁽⁵⁵⁾

- العرف: فقد درج الناس في عقودهم ومعاملاتهم في هذه الأيام على اللجوء إلى الشرط الجزائي كثيراً، ومن النادر أن نجد عقداً بين الناس يخلو من الشرط الجزائي وخصوصاً عقد التوريد والمقاولات وعقد الاستصناع وغيرها من العقود التجارية لما في هذا الشرط من تحقيق مصلحة معتبرة لكل الأطراف وتحقيق الاستقرار في التعامل والحث على الالتزام بالتعهدات.⁽⁵⁶⁾

وقد أجاز الشرط الجزائي عدد كبير من الهيئات ولجان الفتوى والعلماء المعاصرين،⁽⁵⁷⁾ ونص قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة على جوازه؛ فجاء فيه:

(يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً فإن هذا من الربا الصريح.

وبناءً على هذا يجوز هذا الشرط - مثلاً - في عقود المقاولات بالنسبة إلى المقاول، وفي عقد التوريد بالنسبة إلى المورد، وفي عقد الاستصناع بالنسبة إلى الصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

- الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي وما لحق المضرور من خسارة حقيقية وما فاتته مكسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

- لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.⁽⁵⁸⁾

المطلب السابع: أثر الظروف الطارئة في الالتزامات في المناقصة

يعد دور نظرية الظروف الطارئة مهماً وذا تأثير كبير في الحقوق والالتزامات، من خلال الموازنة بين مصلحتي طرفي العقد، وذلك عند مواجهة نوازل وأحداث عامة كالحروب والزلازل وغيرها لم تكن متوقعة عند التعاقد، ولم يكن في الوسع دفعها، وهذه الأحداث الطارئة التي تقع بعد إبرام العقد وقبل تمام التنفيذ قد تجعل تنفيذ الالتزامات مستحياً أو أكثر تكلفة وإرهاقاً للمناقص مورداً كان أم مقاولاً، بحيث يهدده بخسارة فادحة.

وتطبيقات هذه النظرية يستند إلى ما يُعرف في الفقه الإسلامي بوضع الجوائح.

(55) سبق تخريجه.

(56) الشرط الجزائي د. الحموي ص 177 - 178.

(57) انظر فتاوى الأزهر الشريف 106/6، المدخل الفقهي العام للزرقي 711/2، مصادر الحق للسنيوري 96/3.

(58) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة في الرياض (1421/6/25 هـ - 2000/9/28)

والجانحة عند الفقهاء هي كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالرياح والبرد والسيول والزلازل ونحوها مما لا يمكن توقعه عند العقد أو دفعه. (59)

وأصل وضع الجوائح ما جاء في السنة النبوية أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح. (60)
وما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لو بعث من أهلك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟) (61)
وتجدر الإشارة إلى أن المجمع الفقهي الإسلامي قرر الأخذ بالظروف الطارئة، وجواز اللجوء إلى القضاء لإعادة تعديل الحقوق والالتزامات، بالنسبة إلى طرفي العقد، أو فسخ العقد والتعويض، بناءً على رأي أهل الخبرة، فجاء في القرار:

(في العقود المترامية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد بدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناءً على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لو يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة والثقات. ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.) (62)

بناءً على ما سبق فإن أعمال نظرية الظروف الطارئة وتطبيقها في عقود المناقصات سواء كانت عقود توريد أو عقود مقاولات بالموازنة بين طرفي العقد أمر ليس فيه حرج شرعي، بل إنه يُزيل الخلل الذي سببه الطرف الطارئ على ميزان المعاوضة الذي قام عليه العقد.

(59) المغني 86/4

(60) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح 1191/3 رقم 1554، وابن حبان في صحيحه، كتاب البيوع، باب الجائحة 407/11 رقم 5031 من حديث جابر رضي الله عنه.

(61) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح 1190/3 رقم 1554، وأبو داود في كتاب الإجارة، باب في وضع الجائحة 276/3 رقم 3470، والنسائي في كتاب البيوع، باب وضع الجائحة 19/4 رقم 6118، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب بيع الثمار سنين والجائحة 747/2 رقم 2219.

(62) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 920/9

خاتمة: نتائج البحث

وختاماً أذكر أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال البحث.

1. للمناقصات أهمية كبيرة في التعاملات المالية المعاصرة، إذ تعدّ إحدى الطرائق الشائعة في الشراء وتنفيذ المشاريع الكبيرة للمؤسسات الحكومية والخاصة.
2. تهدف المناقصة للوصول إلى العرض الأقل سعراً على فرض تساوي المتقدمين جميعهم من حيث الشروط والمواصفات طبقاً لدفتر الشروط.
3. المناقصة هي إجراء تلتزم بمقتضاه الجهة المعلنة بالتعاقد مع صاحب العرض الأقل مقابل الوفاء بما التزم به طبق المواصفات والشروط المقررة.
4. تحقيق مبدأ المساواة بين المناقصين وتكافؤ الفرص بينهم يعدّ من أهم المبادئ التي تقوم عليها المناقصة، وهو ركن من أركان المنافسة الحرة الذي يقوم عليها الاقتصاد الإسلامي.
5. تتضمن المناقصة العديد من المراحل والإجراءات التنظيمية التي تضمن تحقيق مبدأ السرية والمنافسة الحرة لإرساء المناقصة على صاحب العرض الأفضل.
6. بين المناقصة والمزايدة علاقة تضاد؛ والمزايدة هي أقرب المعاملات شبيهاً بالمناقصة فتستمد المناقصة أحكامها من المزايدة، وهو ما عليه جمهور العلماء.
7. لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول (قيمة دفتر الشروط) بما لا يزيد على القيمة الفعلية.
8. لا مانع شرعاً من أخذ ضمانات من المناقصين للدخول في المناقصة على أنها تأمينات أولية أو نهائية لضمان تنفيذ المناقصين لالتزاماتهم بالاستمرار في المناقصة.
9. مصادرة الضمان الأولي أو الابتدائي يأخذ حكم الشرط الجزائي الذي أجازته العلماء، ومن شرط على نفسه طائعاً مختاراً فعلية ما شرط.
10. مصادرة الضمان النهائي يأخذ حكم العربون في الفقه الإسلامي، وقد ذهب العديد من الفقهاء والمعاصرين إلى جوازه وحله، كما أفتى مجمع الفقه الإسلامي بذلك.
11. لا مانع من تضمين المناقصة شرطاً جزائياً يقضي بتعويض الطرف المتضرر عن الضرر اللاحق به إذا ما أخل الطرف الآخر بالتزاماته أو تأخر في تنفيذها.
12. إعمال نظرية الظروف الطارئة في المناقصات سواء بإعادة التوازن إلى طرفي العقد أمر لا حرج فيه، وهو يقوم على أصل وضع الجوائح ومراعاة الأعدار في الفقه الإسلامي.

المصادر والمراجع

- ابن أبي شيبة: عبد الله بن أبي شيبة. مصنف ابن أبي شيبة. مكتبة الرشد - الرياض ط1
- ابن جزي: ابن جزي الكلبي المالكي. القوانين الفقهية. دار القلم - بيروت 1977م
- ابن حبان: ابن حبان التميمي. صحيح ابن حبان. مؤسسة الرسالة - بيروت ط2
- ابن رشد الجد: المقدمات الممهدات. دار الغرب الإسلامي - بيروت ط 1998م
- ابن قدامة المقدسي: المغني والشرح الكبير. دار الحديث - القاهرة ط1/1996م
- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين. دار الجيل - بيروت 1973م
- ابن ماجه: ابن ماجه القزويني. سنن ابن ماجه. دار الفكر - بيروت
- ابن منظور: لسان العرب. دار صادر - بيروت 1997م
- أبو سليمان: عبد الوهاب أبو سليمان عقد المزايدة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثامن
- أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل. مؤسسة قرطبة - القاهرة
- البخاري: صحيح البخاري. دار ابن كثير - بيروت تحقيق: د. مصطفى ديب البغا
- البهوتي: منصور بن يونس البهوتي. كشاف القناع. دار الفكر - بيروت 1982م
- البيهقي: أحمد بن الحسين. السنن الكبرى. ط مكتبة الباز - مكة المكرمة 1994م
- الترمذي: محمد بن عيسى. سنن الترمذي. دار إحياء التراث - بيروت
- الخطاب: مواهب الجليل على مختصر خليل. دار الفكر - بيروت ط2/1977م
- الحموي: د. أسامة الحموي. الشرط الجزائي. دار الخير - دمشق ط1 / 1997م
- الدريني: د. فتحي الدريني. النظريات الفقهية. منشورات جامعة دمشق ط3/1992م
- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار الكتب العلمية - بيروت 1996م
- الزرقا: د. مصطفى الزرقا. المدخل الفقهي العام. دار الفكر - دمشق ط9/1967م
- السجستاني: أبو داود السجستاني. سنن أبي داود. دار الفكر - بيروت
- السنهوري: د. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني المصري منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ط3 / 1998م
- السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي. دار إحياء التراث العربي - بيروت
- السيواسي: الكمال بن الهمام. فتح القدير على الهداية. دار الفكر - بيروت
- الشربيني: الخطيب الشربيني. مغني المحتاج. دار الكتب العلمية - بيروت ط1 / 1992م
- الشوكاتي: محمد بن علي. نيل الأوطار. دار الجيل - بيروت ط 1973م
- الصنعاني: محمد بن إسماعيل. سبل السلام. دار إحياء التراث - بيروت ط 4

- الطماوي: د. سليمان الطماوي. الأسس العامة للعقود الإدارية. دار الفكر العربي ط4
- العسقلاني: ابن حجر العسقلاني. تلخيص الحبير. ط المدينة المنورة 1384هـ
- الفيروزآبادي: القاموس المحيط. دار الفكر - بيروت 1995م
- القشيري: مسلم بن الحجاج. صحيح مسلم. دار إحياء التراث العربي - بيروت
- مالك بن أنس: الموطأ. دار إحياء التراث - مصر ت: محمد فؤاد عبد الباقي
- الماوردي: أبو الحسن الماوردي. الحاوي الكبير. دار الفكر - بيروت
- المرادوي: علي بن سليمان الماوردي. الإحصاف في مسائل الخلاف. دار إحياء التراث-بيروت
- المصري: رفيق يونس المصري. أصول الاقتصاد الإسلامي، دار القلم - دمشق ط1993/2
- المصري: رفيق يونس المصري. مناقصات العقود الإدارية. دار المكتبي - دمشق 2010م
- المطلق: د. عبد الله المطلق. عقد التوريد - دراسة شرعية. مجلة جامعة الإمام بالرياض
- منظمة المؤتمر الإسلامي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة
- النسائي: أحمد بن شعيب. السنن الكبرى. دار الكتب العلمية - بيروت 1991م
- النووي: يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين. دار الكتب العلمية - بيروت 1992م
- النووي: يحيى بن شرف النووي. المجموع شرح المهذب. دار الفكر - بيروت ط1997م