الأحكام المتعلقة بمصادرة الضمان النهائي في العقود الإدارية وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية

د. عبدالرحمن بن عبدالعزيز العبيد[1]
الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة – السعودية

المقدمة:

تؤدي الجزاءات التي تفرضها الجهة الإدارية دوراً مهمًّا في حسن تنفيذ المتعاقد للعقد الإداري وما ورد فيه من شروط وأحكام ومواصفات، ومن تلك الجزاءات التي يمكن للجهة الحكومية فرضها مصادرة الضمان النهائي الذي تقدم به المتعاقد إذا حصل منه تقصير أو تأخير أو مخالفة أثناء تنفيذه للعقد، إذ ألزم نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أن يقدم المتعاقد ضماناً نهائياً قدره 5٪ من قيمة العقد.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في بيان الغاية المرجوة من مصادرة الضمان النهائي، وكذلك بيان الحالات التي يجب فيها على الجهة الحكومية مصادرة الضمان النهائي جزاء على إخلال المتعاقد بتنفيذ العقد وفقاً لشروطه وأحكامه، والإجراءات التي يجب على الجهة اتباعها إذا أرادت مصادرته، وهل يحق المتعاقد أن يطلب استرداده وعدم مصادرته؛ بسبب إخلال الجهة الحكومية بتنفيذ شروط العقد المتفق عيلها وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية.

أسئلة البحث:

سيجيب البحث على الأسئلة الآتية:

- ما الضمان النهائي؟ وما ضوابطه؟ والغاية من وجوده؟
- ما الأحكام المتعلقة بتخفيض قيمة الضمان النهائي؟
- ما الأحكام المتعلقة بمصادرة الضمان النهائي من المتعاقد؟
- ما الإجراءات التي يجب على الجهة الحكومية اتباعها عند مصادرة الضمان النهائي؟

---

[1] عضو هيأة التدريس في القانون الإداري بكلية الأنظمة والاقتصاد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في المملكة العربية السعودية

أهداف البحث:

مما تقدم في مشكلة البحث وأسئلته السابقة تشكلت مجموعة من الأهداف والغايات التي يمكن أن تسهم في توضيح هذه الأهداف:-

يهدف البحث إلى بيان ماهية الضمان النهائي وأهميته وشروطه، وكذلك تحديد الوضع القانوني لسلطة الجهة الحكومية في فرضه من عدمه، وكذلك حقها في تمديد مدة سريانه أو مصادرته، وكذلك حق المتعاقد في إرجاع قيمته له، وكذلك يهدف إلى بيان الإجراءات التي يجب على الجهة الحكومية اتباعها عندما ترغب في مصادرته، بما يضمن صحة الإجراءات؛ لئلا يطعن عليها بالبطلان أمام القضاء.

أهمية البحث:

إن موضوع العقود الإدارية له أهمية كبرى في القانون، وقد أصبح إحدى السمات البارزة للدولة المعاصرة، حتى لم تعد تخلو حياتنا من إبرام عدة أنواع من العقود الإدارية، التي تهدف إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ تلبيةً لحاجاتها الضرورية، ودراسة هذا الموضوع يتناول الجوانب المهمة التي تمس حقوق وواجبات كلٍ من الجهة الحكومية والمتعاقد والتي جاء النظام بتأكيدها، وتظهر أهمية البحث في الشروط التي يجب أن تتوافر في الضمان النهائي قبل تقديمه، وكذلك حق الجهة الحكومية في فرض الضمان النهائي وزيادة قيمته، وحقها في مصادرته وعدم إرجاعه للمتعاقد إن وقع منه خلل أو تقصير أثناء تنفيذ العقد، وكذلك حق المتعاقد في عدم تقديمه للضمان النهائي إذا كان المنظم قد استثناه من ذلك، وكذلك حقه في أن تعيد الجهة الحكومية له قيمة هذا الضمان، وتظهر أهمية البحث في بيان الإجراءات التي يجب على الجهة الحكومية اتباعها عندما تريد مصادرة الضمان النهائي؛ لئلا يطعن عليها بالبطلان أمام القضاء.

حدود البحث:

نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ 128) وتاريخ 13/ 11/ 1440ه. اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار معالي وزير المالية رقم (3479) وتاريخ 11/ 8/ 1441ه.

الدراسات السابقة:

لم أجد أي دراسةٍ سابقةٍ تحدثت عن هذا الموضوعِ بصفةٍ مستقلةٍ في النظامِ السعودي، وتوجد دراسات أخرى تتحدث عن خطابِ الضمان بصفته عملاً تجارياً يصدر من البنك، وهذا ليس داخلاً في موضوع هذه الدراسة، ومن تلك الدراسات:

- سلطة الإدارة في مصادرة التأمين والتنفيذ على حساب المتعاقد (دراسة مقارنة بين مصر والأردن والكويت)، للباحث: منصور الديحاني، رسالة ماجستير بجامعة عمان العربية بكلية الدراسات القانونية العليا، عام 2008.

تختلفُ هذه الدراسة عن دراستي في أنها تتحدث بصفةٍ أساسية عن التأمينِ النهائي في غيرِ النظامِ السعودي، وهو خارجٌ عن حدود بحثي الموضوعية.

- مصادرة التأمينات النهائية في نطاق تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، للباحثة: منار غسان مرهج، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، عدد 26 عام 2021م.

تختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها تتحدث بصفة أساسية عن مصادرةِ التأمين النهائي في غيرِ النظامِ السعودي، وهو خارجٌ عن حدود بحثي الموضوعية.

- خطــابُ الضمان البنكي، للباحث: عماد الدين طرابلسي، رسالة ماجستير في قانون شركات بكلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة قاصدي مرباح، عام 2015.

تختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها تتحدث عن خطاب الضمان البكي بصفته عملاً تجارياً صادراً من البنك، وهذا يختلفُ عن مجال دراستي وليس هو موضوع البحث.

خطةُ البحث:

يشتملُ البحث على مقدمةٍ، ومبحثينِ، وخاتمة، وذلك على النحو التالي:

المقدمة: وهي تشتملُ على افتتاحيةٍ للموضوعِ، وأهميتهُ، وأسبابُ اختيارهِ، ومشكلتهُ، والدراسات السابقة فيهِ، وخطتي في البحثِ، ومنهجي فيهِ.

المبحثُ الأول: التعريفُ بمصطلحاتِ البحثِ، وسوفَ أتناولهُ في ثلاثةِ مطالبَ:

المطلبُ الأول: مفهومُ الضمانِ النهائيِ ومصادرته.

المطلبُ الثاني: أهميةُ الضمانِ النهائيِ وغايته.

المطلبُ الثالث: التكييفُ القانونيُ لمصادرةِ الضمانِ النهائي.

المبحثُ الثاني: الأحكامُ المتعلقةُ بمصادرةِ الضمانِ النهائي، وسوفَ أتناولهُ في أربعةِ مطالبَ:

المطلبُ الأول: الحالات التي يجبُ فيها مصادرةُ الضمانِ النهائي.

المطلبُ الثاني: إجراءاتُ مصادرةِ الضمانِ النهائي.

المطلبُ الثالث: خصائصَ مصادرةِ الضمانِ النهائي.

المطلبُ الرابع: تطبيقاتٌ قضائيةٌ على مصادرةِ الضمانِ النهائي.

الخاتمة: وهيَ تشتملُ على أهمِ النتائجِ والتوصياتِ التي توصلتْ إليها أثناءَ كتابةِ البحثِ.

منهج البحث:

سوفَ أتبع في بحثي هذا المنهجَ التَّحْليليَّ والتَّطْبيقي، الذي يقتضي جمعَ المعلوماتِ ذاتِ الصلةِ بموضوعِ البحثِ واستخلاصها من مصادرها وتحليل النصوصِ النظاميةِ الواردةِ في نظامِ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ ولائحتهِ التنفيذيةِ وذلكَ حسبَ القواعدِ العلميةِ، معَ الاستشهادِ بالتطبيقاتِ القضائيةِ الصادرةِ عن ديوانِ المظالمِ وذلكَ على النحوِ التالي:

- جمعُ المادةِ من مصادرها المعتمدةِ وتوثيقها والإشارةِ إليها قدرَ الإمكان، إلا إذا كانت منقولةً من مصدرٍ آخرَ مفقود، أو تعذرَ الوصولُ إليهِ فأقوم بالإشارةِ إلى الناقل.
- كتابةُ البحثِ بأسلوبٍ علمي صحيحٍ، والاعتناءُ بقواعدِ اللغةِ العربيةِ، وقواعدُ الإملاءِ، وعلاماتُ الترقيمِ، في الكتابةِ قدرَ المستطاع.
- العنايةُ بتعريفِ المفاهيمِ والمصطلحاتِ الأساسيةِ التي تردُ في البحث.
- ذكرُ التطبيقاتِ النظاميةِ والقضائيةِ الصادرةِ عن ديوانِ المظالمِ التي تتطلبها الدراسةُ متى وُجدت.
- وضعُ خاتمةٍ في نهايةِ البحثِ أبينُ فيها أهمَ نتائجه وتوصياته.

وختاماً: اسألُ اللهَ العليَّ القدير أن يُوفقنا للصواب، وأن يُجنبنا الخطأ والزلل، وأنْ يمدنا بعونهِ وتوفيقهِ، وصلى اللهُ وسلمَ على نبيهِ محمد وعلى آلهِ وصحبهِ أجمعين.

الكلمات المفتاحية: الضمان – الضمان النهائي – العقود الإدارية – المنافسات الحكومية.

Provisions Related to the Confiscation of the Final Guarantee in Administrative Contracts in accordance with the Competition and Government Procurement Law

Dr. Abdulrahman bin Abdulaziz alobaid[1]

Abstract:

The penalties imposed by the administrative body play an important role in the contractor's proper implementation of the administrative contract and the terms, conditions, and specifications contained therein. Among those penalties that the government body can impose is the confiscation of the final guarantee submitted by the contractor after he committed a default, delay, or violation during his implementation of the contract, as The Government Competition and Procurement Law requires the contractor to provide a final guarantee of 5% of the contract value. The research problem lies in clarifying the purpose of confiscating the final guarantee, and explaining the cases in which the government entity must confiscate it as a penalty for the contractor's failure to implement the contract in accordance with its terms. What are the procedures that the entity must follow if it wants to confiscate it, and does the contractor have the right to request that it not be confiscated due to the government entity's failure to implement the terms of the contract in accordance with the Competition and Government Procurement Law and the regulations. The research aims to clarify the nature and importance of the final guarantee, as well as the ability of the government agency to extend it or confiscate it, as well as the right of the contractor to restore its value to it. As well as clarifying the procedures that the authority must follow when it requires to confiscate it, so that it is not stabbed by nullity before the judiciary. The research will follow this analytical and applied approach.

Keywords: Guarantee - final guarantee - administrative contracts - government competitions.

[1] Member of the administrative law faculty at the Faculty of Law and Economics at the Islamic University of Medina in the Kingdom of Saudi Arabia.

المبحثُ الأول:
التعريفُ بمصطلحاتِ البحثِ

وسوفَ أتناولهُ في ثلاثةِ مطالبَ:

المطلبُ الأول: مفهومُ الضمانِ النهائي ومصادرته.

الضمانُ في اللغة: مصدر ضَمِنَ يَضمَنُ ضَماناً فهو ضامِن وضَمِين، والمفعول مَضْمون، ويدل في اللغة على عدة معانٍ، منها:

1- الكفالة، يقال: ضَمِنَ الشيء ضمانًا: إذا كَفَّلَه، وضَمَّنَه إياه، أي: كَفَّلَه.

2- الالتزام، يقال: تَضَمَّنَ المال عني، أي: التَزَمَهُ، وضمّنتُه المال، أي: ألزَمتُهُ به.

3- التغريم، يقال: ضَمَّنْتُهُ الشَّيء تَضْمِيناً، أي: غَرَّمْتُهُ. (ابن منظور، 1414) (الرازي، 1399) (الأزهري، 2001) (الفيروزآبادي، 1426) (مجمع اللغة العربية)

والضمانُ النهائيُ يصدرُ عادة في صورةِ خطابِ ضمانٍ من البنك، ويُعرف خطابُ الضمان بأنه: الخطابُ الذي يُصدِرهُ البنك ويتعهدُ فيهِ بأن يدفعَ مبلغاً نقدياً معيناً عندَ أولِ طلبٍ يقدمُ إليهِ من المستفيدِ الذي صدرَ الخطابُ لصالحه. (نصار، 2005) (هاشم، 2016)

وعرفهُ البعضُ بأنهُ: مبلغٌ نقدي يودعُ لدى الجهةِ الإداريةِ لتتلافى بهِ آثارَ الأخطاءِ التي تحصل من المتعاقدُ، بما يضمنُ لها مقدرته على مواجهةِ المسؤولياتِ التي تنتج عن تقصيرهِ في العقد. (الجبوري، 2017)

ويقصدُ بمصادرةِ الضمانِ النهائي: استيلاءُ جهةُ الإدارةِ على المبلغِ الذي أودعهُ المتعاقدُ لضمانِ قدرتهِ والماليةِ والفنيةِ على تنفيذِ العقدِ وفقا لشروطه. (المصري، 1443)

وعُرفَ بأنهُ: استيلاءُ جهة الإدارة على مبلغِ التأمينِ الذي أودعه المتعاقدُ معها لكي يضمنَ لها ملاءتهُ في مواجهةِ مسؤوليتهِ وذلك في حالِ أنه أخل بشروطِ العقد. (الحلو، 2007)

ويمكنُ تعريفُ مصادرةِ الضمانِ النهائي بأنهُ: جزاءٌ ماليٌ توقعهُ الجهةُ الإدارية على المتعاقدِ معها، وذلكَ باستيلائها على مبلغِ التأمينِ الذي قامَ بدفعهِ، بسببَ إخلالهِ بتنفيذِ التزامهِ وفقاً لما تمَ الاتفاقُ عليهِ، بناءً على توصيةِ لجنةِ فحصِ العروض.

لذا أوجبَ نظامُ المنافساتِ والمشترياتِ الحكومية أن يقدمَ الضمانُ النهائي بعد الترسية، حيث نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في الفقرة (1) من المادة (61) على أنه: «يجب على من تتم الترسية عليه تقديم ضمان نهائي بنسبة (5٪) من قيمة العقد، وذلك خلال (خمسة عشر) يوم عمل من تاريخ إبلاغه بالترسية».

أما فيما يتعلق ببيع المنقولات فقد نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في الفقرة (2) من المادة (82) على أنه: «على من ترسو عليه المزايدة زيادة ضمانه إلى (5٪) من قيمة عرضه».

المطلبُ الثاني: أهميةُ الضمانِ النهائي وغايته

يلعبُ خطابُ الضمانِ بصفةٍ عامةٍ والضمانِ النهائي بصفةٍ خاصةٍ دوراً كبيراً في الحياةِ الاقتصادية، خصوصاً في التعاملِ الجهاتِ الحكوميةِ من وزاراتٍ ومؤسساتٍ وهيئاتٍ عامة، وتكون الحاجةُ إليهِ عندما يجدُ المتعاملُ نفسهُ مضطراً إلى تقديمِ مبلغٍ مالي إلى الجهةِ الحكوميةِ بعدَ رسوِ المنافسةِ وعليه، كضمانٍ لحسنِ تنفيذهِ للعقدِ المبرمِ بينهما. (السعيد، 2020) (الطرابلسي، 2015)

وتظهر أيضاً أهميةُ الضمانِ النهائي في أنهُ يُحقِقُ مصالحَ لجميعِ أطرافه، فتظهرُ أهميتَهُ بالنسبةِ للمتعاقدِ أنهُ ملزمٌ بتقديمه، ولن يتمَ إبرامُ العقدِ معهُ إلا بعدَ تقديمِ هذا الضمان، حيثُ ألزمَ نظامُ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ أن يقدمَ الضمانُ النهائيُ بعدَ الترسية، إذ نصت الفقرة (1) من المادة (61) على أنه: «يجب على من تتم الترسية عليه تقديم ضمان نهائي بنسبة (5٪) من قيمة العقد، وذلك خلال (خمسة عشر) يوم عمل من تاريخ إبلاغه بالترسية»، إضافة إلى ذلكَ أنَ المتنافسينَ سواءً أكانوا شركاتٍ أو مؤسساتٍ أو مقاولينَ دائماً ما يفضلونَ هذهِ الوسيلة على تقديمِ الوديعةِ النقديةِ كتأمينٍ عندما يتعاملونَ معَ الجهاتِ الحكومية، فهيَ تعتبرُ نوعاً من التسهيلاتِ الائتمانيةِ، وأيضاً لسهولةِ إرجاعها بعكسِ التأمينِ النقدي، فضلاً عن كونِ خطابِ الضمان لا يؤدي إلى حبسِ أموالهِ مما يمكنهُ من استثمارها في مشاريعَ أخرى. (السعيد، 2020)

وتظهر أهميةُ الضمانِ النهائي للمتعاقدِ في مدى قدرتهِ وملاءتهِ وسمعتهِ لدى البنوكِ

وجهاتِ الإدارة، وعلى ذلكَ فإنَ مصادرتهُ لا يقتصرُ أثرها على قيمتهِ، بل يتجاوزُ ذلكَ إلى سمعةِ المتعاقدِ ومقدرتهِ الماليةِ. حيثُ صدرَ حكمٌ من ديوانِ المظالمِ يُلزمُ فيهِ جهةَ الإدارةِ أن تقومَ بإيقافِ مصادرةِ الضمانِ النهائي لما ينعكسُ على المتعاقدةِ من آثار، حيث نص على أن: «مصادرة الضمان على المدعة ليس في استرداد قيمته فقط، وإنما في صلتها بالبنوك واثر ذلك على سمعتها ومقدرتها المالية مستقبلاً في تعاقداتها مع الإدارة، لذا حكمت الدائرة بإلزام وزارة الشؤون الاجتماعية بإيقاف مصادرة الضمان النهائي الخاص بالشركة» (رقم الحكم الابتدائي 22/ 7/ 1 لعام 1434هـ، رقم حكم الاستئناف 1223/ 4 لعام 1434هـ). وقد أكد ذلك قضاء الاستئناف في أحد أحكامه وأبطل حكم المحكمة الابتدائية وقال: «أن القوم بأن نفاذ الحسم من الضمان البنكي لا يترتب عليه آثار يتعذر تداركها قولٌ مجانبٌ للصواب؛ حيث إن الحسم من الضمان البنكي لا يتأتى إلا بتسييله، وهو أمرٌ يضر بسمعة المدعية، وسجلها الائتماني ويعرضها لتكاليف بنكية، ويؤثر على موثوقيتها في السوق المحلي والدولي. لذا حكمت المحكمة بإلغاء الحكم والقضاء مجددا بوقف الحسم من الضمان النهائي للمدعية» (رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 6638 لعام 1440هـ).

وتظهرُ أهميةُ الضمانِ النهائي بالنسبةِ للبنك في أنهُ يحصلُ على عمولةٍ نظيرَ قيامهِ بإصدارِ خطابِ الضمان، تتناسبُ معَ قيمةِ الضمانِ وأجلهِ ونوعِ العمليةِ المطلوبِ تقديمَهُ لأجلها، وخطاباتُ الضمانِ في غالبِ الأحيانِ لا تسددُ قيمتها للمستفيدِ، ولا تُكلفُ البنكَ في إصدارها إلا نفقاتٍ إداريةٍ بسيطة إذا قارنها بالعملياتِ الأخرى التي يقدمها البنك. (أبو صد، 1995) (السعيد، 2020) (راضية، 2013)

وتظهرُ أهميةُ الضمانِ النهائي بالنسبةِ للجهةِ الحكوميةِ في ضمانِ تنفيذِ المتعاقدِ للعقدِ حسبَ ما تمَ الاتفاقُ عليه، وتأميناً لما يرتبهُ العقدُ من حقوقٍ لجهةِ الإدارةِ حالَ إخلالِ المتعاقدِ بتنفيذِ العقدِ وفقاً لشروطهِ ومواصفاته. (العنزي، 2010)

ولعّلَ الغايةَ من اشتراطِ المنظمِ للضمانِ النهائي هوَ ضمانُ حُسنِ تنفيذِ العقدِ وفقاً لما تمَ الاتفاقُ عليهِ من شروطٍ ومواصفات، وكذلكَ ضمانُ استيفاءِ جهةِ الإدارةِ حقوقها تجاهَ العقدِ نتيجةَ تقصيرِ المتعاقدِ في تنفيذه. (الفوزان، 2011) (العنزي، 2010)

لأجل ذلكَ نجدُ أن الضمانَ النهائيَ تمتدُ صلاحيتهُ إلى ما بعد انتهاءِ العقدِ بفترةٍ

يسيرة، تمكن الجهةَ الحكوميةَ من التأكدِ من تنفيذِ العقدِ كما تمَ الاتفاقُ عليه، وإن كانَ هناكَ أي تقصيرٍ فيمكنها أن تطلبَ من البنكِ –مُصدر الخطاب– أن يقومَ بتسييلِ قيمتهِ لصالحها.

ونظراً لأهميةِ الضمانِ النهائيِ نجدُ أنَ المنظمَ قد نصَ على أنهُ لا يحررُ العقدُ ولا يَبدأُ المتعاقدُ بتنفيذِ الأعمالِ إلا بعدَ تقديمِ الضمانِ النهائي، حيثُ نصَ نظامُ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ في الفقرةِ (1) من المادة (59) على أنه: «يحرر العقد بين الجهة الحكومية وصاحب العرض الفائز بعد إبلاغه بقرار الترسية وتقديم خطاب الضمان النهائي».

ونظراً للغايةِ التي يحققها الضمانُ النهائي نجدُ أنَ المنظمَ قد أجازَ للجهةِ الحكوميةِ أن ترفعَ نسبتهُ أكثرَ من 5٪، وذلكَ بالنسبةِ لبعضِ المشاريعِ التي ترى الجهة الحكومية أهميةَ زيادةِ نسبةِ الضمانِ فيها، وذلكَ بعد موافقةِ الوزيرِ على الزيادةِ، حيث نصت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المادة (100) على أنه: «يجوز للجهة الحكومية رفع نسبة الضمان النهائي بما يتجاوز (5٪) من قيمة العقد إذا رأت أن من مصلحة المشروع الأخذ بذلك؛ شريطة أخذ موافقة الوزير المسبقة على ذلك قبل طرح الأعمال، وأن ينص على نسبة الضمان النهائي تلك في وثائق المنافسة».

المطلبُ الثالث: التكييفُ القانونيُ لمصادرةِ الضمانِ النهائي

تتمتع جهة الإدارة بسلطةٍ واسعةٍ في إيقاعِ الجزاءاتِ الماليةِ على المتعاقدِ معها متى ما أخلَ بتنفيذِ التزاماتهِ التعاقدية، ومن هذهِ الجزاءاتِ الماليةِ مصادرةَ الضمانِ النهائي والذي بينا سابقاً بأنَ المتعاقدَ يقومُ بتقديمهِ متى ما رست المنافسةُ عليهِ، ومصادرةُ الضمانِ النهائيِ تعتبرُ من قبيلِ الشروطِ الجزائيةِ التي تطبقها جهةُ الإدارةِ متى ما أخلَ المتعاقدُ معها بالتزاماته. (المطوع، 1444)، مستندةً في ذلكَ على مبدأ هامٍ قامت عليهِ نظريةُ القانونِ الإداريِ، وهوَ دوامُ سيرِ المرافقِ العامةِ بانتظامٍ واطراد. (الطماوي، 2017) (شطناوي، 2016)

وقد بينَ ديوانُ المظالمِ في أحدِ أحكامهِ ذلكَ وقال: «الهدف من الضمان هو حسن التنفيذ، وأي قصور فيه يستوفى من الضمان إذا امتنع من استيفائه» (رقم الحكم الابتدائي / 6د/ إ1/ لعام 1420هـ، رقم حكم هيئة التدقيق / 128ت1/ لعام 1420هـ).

وعلى ذلك فإنه يجوزُ لجهةِ الإدارةِ أن تقومَ بمصادرةِ قيمةِ الضمانِ النهائيِ ما دامَ أنَ الغرضَ

منهُ هوَ ضمانُ التنفيذِ كما تمَ الاتفاقُ عليهِ من شروطٍ ومواصفاتٍ، وبالتأكيدِ فإنَ لم يتم تنفيذُ محلِ العقدِ فإنَ الحقَ في مصادرتهِ قائمةً، سواءَ نُص على ذلكَ في العقدِ أو لا. (شطناوي، 2016)

المبحثُ الثاني: الأحكامُ المتعلقةُ بمصادرةِ الضمانِ النهائيِ، وسوفَ أتناولهُ في أربعةِ مطالبَ:

المطلبُ الأول: الحالات التي يجبُ فيها مصادرةُ الضمانِ النهائي

أوجبَ المنظمُ في نظامِ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ أن تقومَ الجهةُ الحكوميةُ بمصادرةِ قيمةِ الضمانِ النهائيِ ، وذلكَ في الحالاتِ الآتيةِ:

الحالةُ الأولى: رشوةُ المتعاقدِ لأحدِ موظفي الجهاتِ الخاضعةِ لأحكامِ النظام، أو الحصول على العقدِ عن طريقِ الرشوةِ أو الغشِ أو التحايلِ أو التزوير.

الحالةُ الثانية: ممارسة المتعاقدِ للغشِ أو التحايلِ أو التزويرِ في الموادِ والمواصفاتِ أثناءَ تنفيذِ العقد.

حيثُ أوجبَ المنظمُ في نظامِ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ على المتنافسِ وكذلكَ المتعاقد عندما يتعامل معَ الجهةِ الحكوميةِ أن يتجنبَ الفسادَ في كلِ صورةِ أنواعه، وإلا فإنَ العقدَ سوفَ يتمُ إنهاؤهُ وكذلكَ مصادرةُ ضمانهِ البنكيِ كجزاءٍ عليه، سواءً أكانَ ذلكَ في الرشوةِ بشكلٍ مباشر، أو كانَ عن طريقِ التزويرِ في الوثائقِ والمستنداتِ والشهاداتِ المطلوبةِ منهُ لأجلِ الدخولِ في المنافساتِ الحكوميةِ، وكذلكَ إذا مارسَ الغشَ والتحايلَ في تنفيذِ العقدِ، كان يُغير في مواصفاتِ المشروعِ أو جودةِ الأجهزةِ المطلوبةِ حسبَ شروطِ العقدِ ومواصفاته. حيث نص النظام في الفقرة (1/ أ) من المادة (76) على أنه: «يجب على الجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات الآتية: إذا تبين أن المتعاقد معه قد شرع –بنفسه أو بوساطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر– في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام النظام أو حصل على العقد عن طريق الرشوة أو الغش أو التحايل أو التزوير أو التلاعب أو مارس أياً من ذلك أثناء تنفيذه للعقد»، وهذا النص صريح بوجوب إنهاء العقد وذلك إذا تبين للجهة الإدارية أياً من ذلك، وليس إذا ثبت لديها فعلاً وجود ممارسات الفساد أو التلاعب أو التزوير، ثم بعد هذا الإنهاء للعقد تقوم الجهة بمصادرة ضمانه النهائي.

الحالةُ الثالثة: إذا أفلسَ المتعاقدُ معهُ، أوْ ثبتَ إعسارُه.

الحالةُ الرابعة: إذا تمَ تصفيةُ الشركةِ المتعاقدة.

حيثُ ألزمَ المنظمُ الجهةَ الحكوميةَ أن تقومَ بإنهاءِ العقدِ ومصادرةِ الضمانِ النهائي إذا أفلسَ المتعاقدُ معه، أو طلبَ إشهارَ إفلاسه، حيثُ أنهُ يفترضُ الملاءة في المتعاقدِ معَ الجهاتِ الحكومية، لأنهُ سوفَ يسعى معها إلى تحقيقِ المصلحةِ العامةِ للجهةِ وكذلكَ للجمهور، والإفلاسُ يُخلُ بهذهِ الملاءة، وأيضاً الشركةُ التي تمت تصفيتها وحلها، حيثُ أنها بطبيعةِ الحال لن تقومَ بممارسةِ أيّ أعمالٍ أو أنشطةٍ تجاريةٍ بسببَ التصفية، كذلكَ الحالُ بالنسبةِ للفردِ المتعاقدِ معَ الحكومةِ إذا ثبتَ أنهُ قد أعسر، حيثُ نصَ النظامُ في الفقرة (1/ ب) من المادة (76) على أنه: «يجب على الجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات الآتية: إذا أفلس المتعاقد معه، أو طلب إشهار إفلاسه، أو ثبت إعساره، أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة، أو كان شركة وجرى حلها أو تصفيتها».

الحالةُ الخامسة: إذا تنازلَ المتعاقدُ عن العقدِ دونَ موافقةِ الجهةِ الحكوميةِ والوزارة.

الأصلُ العام أنهُ لا يجوزُ للمتعاقدِ مع الإدارةِ أن يتنازلَ عن العقد، ولا أن يجعلَ غيرهُ يحل محلَهُ في تنفيذِ الالتزاماتِ الناشئةِ عن العقدِ كلها أو بعضها. وسببُ ذلكَ أن اختيارَ الإدارةِ للمتعاقدِ معها يخضعُ لاعتباراتٍ شخصيةٍ متوافرةٍ فيه، ولذلكَ فإنَ تنازلهُ عن العقدِ لغيرهِ يُخلُ بهذهِ الاعتبارات، ومتى ما قامَ المتعاقدُ بذلكَ فإنهُ يجبُ على الجهةِ الحكوميةِ أن تقومَ بإنهاءِ العقدِ ومصادرةِ الضمانِ النهائي، حيثُ نص النظام في الفقرة (1/ ج) من المادة (76) على أنه: «يجب على الجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات الآتية: إذا تنازل المتعاقد معه عن العقد دون موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية والوزارة».

الحالةُ السادسة: إذا تعاقدَ المتعاقدُ لتنفيذِ العقدِ من الباطنِ دونَ موافقةِ الجهةِ الحكومية.

الأصلُ العامُ -كما قلنا سابقاً- أنهُ لا يجوزُ للمتعاقدِ مع الجهة الحكومية أن يجعلَ غيرهُ يَحِلُ محلهُ في تنفيذِ العقد وما نشأ عنه من التزامات سواءً كلها أو بعضها، حيث أن اختيارَ الإدارةِ للمتعاقدِ معها يخضعُ لاعتباراتٍ شخصيةٍ، ولذلكَ فإنَ تعاقدهُ من الباطنِ معَ الغيرِ لتنفيذِ بعضِ الالتزاماتِ يخلُ بهذهِ الاعتبارات، ومتى ما قامَ المتعاقدُ بذلكَ فإنهُ يجوزُ للجهةِ الحكوميةِ أن تقومَ بإنهاءِ العقد، ويخضعُ ذلكَ للسلطةِ التقديريةِ للجهةِ الحكومية، فلها أن تنهيَ العقدَ أو لا تنهيه،

بحسبِ طبيعتهِ والظروف المحيطة بالمشروع، ولكن إذا قامت بهذا الإنهاء فإنهُ يجبُ عليها مصادرةُ الضمانِ النهائي، حيثُ نص النظام في الفقرة (2/ ج) من المادة (76) على أنه: «يجوز للجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات التالية: إذا تعاقد المتعاقد معه لتنفيذ العقد من الباطن دون موافقة مكتوبة من الجهة الحكومية».

الحالةُ السابعة: إذا تأخرَ المتعاقدُ عن البدءِ في العمل.

الحالةُ الثامنة: إذا تباطأَ المتعاقدُ في تنفيذِ العقد.

الحالةُ التاسعة: إذا لم ينفذ المتعاقدُ العقدَ وفقَ الشروطِ والمواصفات.

حيثُ أجازَ المنظمُ للجهةِ الحكوميةِ وفقاً لسلطتها التقديريةِ بحسبِ طبيعةِ المشروعِ والظروفِ المحيطةِ بهِ أن تقومَ بإنهاءِ العقدِ ثمَ مصادرة الضمانِ النهائي متى ما تأخرَ المتعاقدُ عن البدءِ في العمل، وكذلك إذا تباطأَ في تنفيذه، وأيضاً إذا لم ينفذ العقدَ وفقَ الشروطِ والمواصفاتِ المتفقِ عليها، وذلكَ بعدما تقومُ الجهةُ الحكوميةُ بإنذارهِ لكي يقومَ بالمسارعةِ في تنفيذِ العقد، وتصحيحِ أوضاعهِ خلالَ خمسةَ عشرَ يوماً، حيثُ نص النظام في الفقرة (2/ أ) من المادة (76) على أنه: «يجوز للجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات التالية: إذا تأخر المتعاقد معه عن البدء في العمل، أو تباطأ في تنفيذه، أو أخلّ بأي شرط من شروط العقد ولم يصحح أوضاعه خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ إبلاغه كتابة بذلك».

أما فيما يتعلقُ بمصادرةِ الضمانِ النهائي في هذهِ الحالاتِ التسعةِ فنجد أنَّ المنظمَ قد نصَ في المادةِ (78) على أنه: «يجب عند إنهاء العقد بموجب الفقرة (1) أو الفقرة (2/ أ) أو الفقرة (2/ ج) من المادة السادسة والسبعين مصادرة الضمان النهائي وذلك دون إخلال بحق الجهة الحكومية في الرجوع على المتعاقد معه بالتعويض عما لحقها من ضرر»، وعليه فإنهُ لا يجوزُ لجهةِ الإدارةِ أن تقومَ بمصادرةِ الضمانِ النهائي لمجردِ إخلالِ المتعاقدِ لالتزاماتهِ مهما بلغتْ جسامةَ الإخلال ما لمْ تقمْ الإدارةُ بفسخِ العقدِ جزائيا. (المطوع، 1444)

وقد اختلفَ شراحُ القانون في مصادرةِ الضمانِ النهائي أو جزءٍ منهُ في حالِ سحبِ جزءٍ من الأعمالِ والمشترياتِ وتنفيذها على حسابِ المتعاقدِ معه، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام في المادة (137) على أنه: «تقوم الجهة الحكومية بالحجز على مستحقات المتعاقد المسحوبة منه الأعمال بما لا يتجاوز قيمة الأعمال التي ستنفذ على حسابه، وذلك حتى يتم سداد تكلفة تلك

الأعمال سواء مباشرة أو حسماً من مستحقاته»، ففهمَ البعضُ أنَ المستحقات تشملُ ما أودعهُ المتعاقدُ من قيمةٍ للضمانِ النهائي (المصري، 1443) (الخولي، 2015) والذي يظهرُ لنا أنهُ لا يشملُ ذلكَ، باعتبارِ أنَ العقدَ مستمرٌ ولم يتم إنهاؤهُ بالكليةِ كما هوَ الحال بالنسبةِ للإنهاءِ الجزائيِ للعقد، ومما يؤكدُ ذلكَ أنَ المنظمَ نصَ صراحةً على مصادرةِ الضمانِ في حالِ الإنهاءِ الجزائيِ للعقدِ ولم يُدخل السحبَ الجزئيَ تبعاً لذلكَ في مصادرةِ قيمةِ الضمان، حيث نص النظام في المادة (78) على أنه: «يجب عند إنهاء العقد بموجب الفقرة (1) أو الفقرة (2/ أ) أو الفقرة (2/ ج) من المادة السادسة والسبعين مصادرة الضمان النهائي، ويتعبر سحب جزء من الأعمال وتنفيذها على حساب المتعاقد من قِبل الوسائل الضاغطةِ على المتعاقد، لكي يلتزم بتنفيذِ باقي العقدِ وفقاً لشروطه، فهيَ ليست في ذاتها عقوبة، وإنما تطبيقٌ لقاعدةِ التنفيذِ العيني للالتزام إذا امتنعَ عن تنفيذهِ المتعاقدِ أو أخلَ بهِ، أما مصادرةَ الضمانِ النهائي فإنه جزاء. (الطماوي، 2017) (العجمي، 1439)

وإذا تتبعنا النصوصَ النظاميةَ المتعلقةِ بسحبِ العقدِ من المتعاقدِ نجدُ أنَ هناكَ اختلافٌ بينَ ما وردَ في اللائحةِ التنفيذيةِ لنظامِ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ القديمةِ والجديدة، فنجدُ أنَ اللائحةَ القديمة الصادرة بقرارِ وزيرِ الماليةِ رقم: (362) المبنية على نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر عام 1427ه قد نصت في المادة (99) على أنه: «تقوم الجهة الحكومية بالحجز على مستحقات المتعاقد المسحوبة منه الأعمال، وتمدد الضمان المقدم منه بحيث يضل ساري المفعول حتى تتخذ قراراً نهائياً بمصادرته»، والجديرُ بالذكرِ أن سحبَ الأعمال كان يردُ على كلِ العقدِ في النظامِ القديم، وهذه اللائحة وردت تنفيذاً لذلك النظام، أما في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد نجد أن المنظمَ قد استبدلَ السحبَ الكلي للعقدَ بالسحبَ الجزئي، ولم يتحدث تمديدِ الضمانِ في حالِ السحبِ الجزئي لكي تقوم الجهة بمصادرته، حيث نصت اللائحة التنفيذية النظام في المادة (137) على أنه: «تقوم الجهة الحكومية بالحجز على مستحقات المتعاقد المسحوبة منه الأعمال بما لا يتجاوز قيمة الأعمال التي ستنفذ على حسابه، وذلك حتى يتم سداد تكلفة تلك الأعمال سواء مباشرة أو حسماً من مستحقاته»، فظاهر من هذا النص عدم جواز مصادرة الضمان النهائي منه باعتبار أن العقد قائم ومستمر، وليس فيه إنهاءٌ له بالكلية كما ورد في اللائحة القديمة.

المطلبُ الثاني: إجراءاتُ مصادرةِ الضمانِ النهائي

بيّنَ نظامُ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ أحكاماً خاصةً بمصادرةِ الضمانِ النهائي، وذلكَ عندما تريدُ الجهةُ الحكوميةُ أن تقومَ بمصادرتهِ؛ حيثُ أفردَ المنظمُ فصلاً بعنوانِ مصادرةِ الضماناتِ، وبينَ فيهِ الأحكامَ المتعلقةِ بمصادرةِ الضمانِ، وبيانَ ذلكَ كما يلي:

أولاً: أن تقومَ لجنةُ فحصِ العروضِ بتقديمِ توصيةٍ مسببةٍ إلى صاحبَ الصلاحيةِ لمصادرةِ الضمان.

فقد أوجب المنظمُ في نظامِ المنافسات والمشتريات الجهةَ الحكوميةَ إذا أرادت أن تقومَ بمصادرةِ الضمانِ النهائي بعدما توافرتِ الأسبابُ الموجبةُ لمصادرته، أن تقوم بعرضِ طلبِ المصادرةِ على لجنةِ فحصِ العروض، لكي تقومَ بدراسةِ الحالةِ والنظرِ في انطباقِ شروطِ مصادرةِ الضمانِ البنكي، ومن ثم تقومُ بتقديمِ توصيةٍ مسببةٍ إلى صاحبَ الصلاحيةِ في الترسية لكي يصدر قراره بالموافقةِ على مصادرةِ الضمان النهائي؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام في الفقرة (1) من المادة (104) على أنه: «على الجهة الحكومية عند توافر أسباب مصادرة الضمان البنكي، العرض على لجنة فحص العروض أو لجنة فحص عروض الشراء المباشر بحسب الحال؛ لدراسة الحالة وتقديم توصية مسببة إلى صاحب الصلاحية في الترسية، مع الأخذ في الاعتبار الآثار المترتبة على المصادرة ومدة سريان الضمان».

وعلى ذلك فإنهُ لا يجوزُ للجهةِ الطالبةِ أو المنفذةِ للمشروعِ أن تقومَ من تلقاءِ نفسها بمصادرةِ الضمانِ النهائي بسببِ تقصيرٍ أو إخلالِ المتعاقدِ بتنفيذِ العقد، بل لا بدَ لها من أن ترفعَ أوجه التقصير إلى لجنةِ فحصِ العروضِ لكي تقومَ بدراستها مراعيةً في ذلكَ الآثار المترتبة على مصادرةِ الضمان، ومن ثمَ تقومُ بكتابةِ محضرها إلى رئيسِ الجهةِ الحكومية، الذي يقومُ بالموافقةِ على المحضرِ المتضمنِ مصادرةَ الضمانِ النهائي.

ثانياً: أن تكونَ مصادرةُ الضمانِ بناءً على الأسبابِ التي قُدم لأجلها.

حيثُ يجبُ على الجهةِ الحكوميةِ عندما تريدُ مصادرةَ الضمانِ البنكي أن تقتصر في ذلكَ على الأسبابِ التي قدمَ الضمانُ لأجلها، فإنَ قدمَ المتعاقدُ الضمانَ لأجلِ حسنِ تنفيذِ العقدِ دونَ تقصيرٍ حسبَ المدةِ المحددةِ، وبناءً على ما تمَ الاتفاقُ عليهِ في العقدِ وكراسةِ الشروطِ والمواصفات، ثمَ بعدَ ذلكَ بدأ في التنفيذِ ولم يقع منهُ أي تقصير، ورأت الجهةُ الحكومية إيقافَ تنفيذِ العقدِ مؤقتاً

لأسبابٍ ليسَ للمتعاقدِ فيها علاقة، وتسببَ ذلكَ في تأخيرهِ عن التنفيذِ خلالَ المدةِ المتفقِ عليها، فإنهُ لا يجوزُ للجهةِ مصادرةَ الضمانِ بناءً على أسبابٍ أخرى لمْ يقدم لأجلها الضمان. حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام في الفقرة (2) من المادة (104) على أنه: «لا يجوز مصادرة الضمان إلّا للأسباب التي تم تقديم الضمان لأجلها».

ثالثاً: أن تكونَ المصادرةُ مقتصرةً على الضمانِ الخاص بالعمليةِ التي أخل المتعاقدُ فيها بالتزاماتهِ لا غيرها.

إذ أوجبَ المنظمُ على الجهةِ الحكوميةِ عندما تريدُ مصادرةَ الضمانِ البنكيِ أن تقتصرَ المصادرةُ على الضمانِ الخاصِ بالعمليةِ التي أخلَ المتعاقدُ فيها بالتزاماتهِ، وأن لا تتجاوزَ إلى الضماناتِ التي قدمت لعقودٍ أخرى، سواءَ أكانَ ذلكَ في العقودِ المبرمةِ مع هذه الجهةِ الحكوميةِ أو كانت لعقودٍ معَ غيرها من الجهاتِ الحكومية، فمثلاً إذا كانَ المتعاقدُ قد تقدمَ بخمسةِ ضماناتٍ بنكيةٍ ثلاثةٍ منها لعقودٍ معَ هذهِ الجهةِ الحكوميةِ وأخلَ بواحدٍ منها، فهنا يجبُ على الجهةِ الحكوميةِ أن تصادرَ ضمانَهُ النهائيَ في هذا العقدِ الذي قصّرَ فيه، لا أن تتجاوز ذلكَ إلى غيرهِ من عقودهِ التي أبرمها معَ الجهةِ الحكوميةِ، ولا أيضاً باقي العقود التي أبرمها معَ غيرها من الجهات؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام في الفقرة (2) من المادة (104) على أنه: «لا يجوز مصادرة الضمان إلّا للأسباب التي تم تقديم الضمان لأجلها، ويكون طلب المصادرة مقتصراً على الضمان الخاص بالعملية التي أخل المتعاقد فيها بالتزاماته، ولا يمتد إلى مصادرة الضمانات الخاصة بالعمليات الأخرى سواءً كان لدى جهة واحدة أو عدة جهات».

وتطبيقاً لذلك حكمتِ المحكمةُ الإداريةُ في المملكةِ العربيةِ السعوديةِ بإلزامِ وزارةِ الماليةِ أن تفرجَ عن الضمانِ النهائي الذي تقدمَ بهِ المتعاقد لكونهِ خاصاً بعقدٍ آخر غيرَ الذي أخلَ بهِ المتعاقد، حيثُ جاءَ في نصِ الحكمِ ما يلي: «هذا الضمان قاصر على عقد توريد عناصر بمحطة تحلية المياه بالمركز، ولا يمتد إلى غيره من العقود، فلكل عقد ضمان خاص به يضمن الحقوق المترتبة على إخلال المقاول بأي من التزاماته فيه ولا يتعدى ضمان التزامات عقد معين إلى عقد آخر وهو ما ذهبت إليه وزارة المالية من حجز هذه الضمان موضوع الدعوى بالإضافة إلى مخالفته للقواعد العامة للضمان؛ فإنه يخالف أيضاً القواعد النظامية وقواعد

الضمانات البنكية التي وضعتها الوزارة نفسها والطبيعة المصرفية لخطاب الضمان، لذا حكمت الدائرة بإلزام وزارة المالية بالإفراج عن ضمان المقدم» (رقم الحكم الابتدائي / 14د/ إ3/ لعام 1413هـ، رقم حكم هيئة التدقيق / 189ت1/ لعام 1413ه).

رابعاً: أن تطلبَ الجهة الحكومية من البنكِ مصادرةَ الضمان.

حيث أوجبَ المنظمُ على الجهةَ الحكومية عندما تريدُ مصادرةَ الضمانِ البنكي أن تطلبَ من البنك الذي أصدرَ الضمان النهائي بشكلٍ صريحٍ واضحٍ مصادرةَ الضمان، ويجبُ على البنكِ أن يستجيبَ لطلبِ المصادرة؛ حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام في الفقرة (4) من المادة (104) على أنه: «إذا قررت الجهة الحكومية مصادرة الضمان، فتطلب مصادرته من البنك مصدر الضمان مباشرة وباستخدام عبارة "مصادرة الضمان" بشكل صريح، وعلى البنك الاستجابة لطلب المصادرة فوراً».

المطلبُ الثالث: خصائصَ مصادرةِ الضمانِ النهائي

أولاً: أن جزاءَ مُصادرةِ الضمانِ النهائي مصدرهُ النظام.

إذا تتبعنا نظامَ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ ولائحتهِ التنفيذيةِ نجدُ أنهُ قد نصَ على مصادرةِ الضمانِ النهائي كجزاءٍ على إخلالِ المتعاقدِ في تنفيذِ العقدِ وذلكَ في أحوالٍ معينةٍ -كما مرَ معنا سابقاً-، وقد أيدَ القضاءُ الإداري في أحكامهِ مصادرةَ الجهةِ الحكوميةِ للضمانِ النهائي وأنها موافقةٌ للنظام، ومن ذلك: «وعلى ذلك فقد قامت المدعى عليها بطلب تمديد الضمان من البنك، لقيام الأسباب التي دعت إلى ذلك، وعدم التزام المدعي بالعقد، وترى الدائرة موافقة ما قامت به المدعى عليها لصريح النظام» (رقم القضية في المحكمة الإدارية 3925/ ق لعام 1437هـ، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 2238/ ق لعام 1438هـ).

ثانياً: أن جزاءَ المصادرة تفرضهُ الجهةُ الحكومية دونَ انتظارِ حكمٍ من القضاء.

حيثُ أنَ هذا الحقَ ثابتٌ لها في نصِ النظام، وبالتالي تفرضهُ الجهةُ الحكومية من تلقاءِ نفسها وذلكَ بما لها من سلطةٍ بموجبِ قرارٍ إداري، دونَ الحاجةِ إلى أن تلجأَ إلى القضاءِ لإصدارِ حكمٍ يقضي بمصادرةِ الضمانِ النهائي، حيثُ نصتِ اللائحة التنفيذية للنظام في الفقرة (4) من المادة (104) على أنه: «إذا قررت الجهة الحكومية مصادرة الضمان، فتطلب

مصادرته من البنك مصدر الضمان مباشرة وباستخدام عبارة "مصادرة الضمان" بشكل صريح، وعلى البنك الاستجابة لطلب المصادرة فوراً». (حمادة، 2018)

ثالثاً: أن جزاءَ مصادرةِ الضمانِ النهائي تفرضهُ الجهةُ الحكومية ولو لم يُنص عليهِ في العقد.

وذلكَ أنَ هذا الحق ثابتٌ لها بنصِ النظام، وهوَ من قبيلِ الشروطِ الاستثنائيةِ في العقدِ الإداريِ التي تقتضيها طبيعتهُ، لأجلِ ضمانِ دوامِ سيرِ المرفقِ العامِ بانتظامٍ واطراد، حيثُ أن خلوَ العقدِ من الجزاءات لا يجردُ جهةَ الإدارةِ من حقها في أَن تستبدلَ بهِ غيره. (الطماوي، 2017)

رابعاً: أن جزاءَ مصادرةِ الضمانِ النهائي تفرضهُ الجهةُ الحكومية ولو لم يلحقها ضرر.

وذلكَ أن هذا الحق ثابتٌ لها بنصِ النظام، وبالتالي فليسَ هناكَ حاجةٌ لإلزامِ الجهةِ الإداريةِ بإثباتِ أنَ هناكَ ضرراً لحق بها بسببِ إخلالِ المتعاقدِ بالعقد. (شطناوي، 2016) (العجمي، 1439)

خامساً: أن جزاءَ المصادرةِ تفرضهُ الجهةُ الحكومية بعدَ إنذارِ المتعاقدِ في حالاتٍ معينة.

حيثُ يمكنُ للجهةِ الحكومية مصادرةَ الضمانِ النهائي في أي وقت متى ما أخلَ المتعاقدُ بالتزامه، وذلكَ بعدما تقومُ بإنذارهِ لكي يقومَ بالمسارعةِ في تنفيذِ العقدِ وتصحيحِ أوضاعهِ خلالَ خمسةَ عشرَ يوماً، وهذا بالنسبةِ للحالةِ السابعةِ والثامنةِ والتاسعةِ التي ذكرناها سابقاً، وهيَ إذا تأخرَ المتعاقدُ عن البدءِ في العمل، أو إذا تباطأَ في تنفيذهِ، وكذلكَ إذا لم ينفذْ العقد وفقَ الشروطِ والمواصفاتِ المتفقِ عليها، حيث نص النظام في الفقرة (2/ أ) من المادة (76) على أنه: «يجوز للجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات التالية: إذا تأخر المتعاقد معه عن البدء في العمل، أو تباطأ في تنفيذه، أو أخلّ بأي شرط من شروط العقد ولم يصحح أوضاعه خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ إبلاغه كتابة بذلك».

أما غيرَ ذلك من الحالات كما في حال الرشوةِ أو ممارسة المتعاقدِ للغشِ أو التحايُلِ أو التزويرِ في الموادِ والمواصفاتِ أثناء تنفيذِ العقد، أو إذا أفلسَ المتعاقدُ معه، أو طلب إشهارَ إفلاسِهِ، أو ثَبتَ إعسارُه، أو صدرَ أمرٌ بوضعهِ تحتَ الحِراسةِ، وكذلكَ إذا تنازلَ المتعاقدُ عن العقدِ دون موافقةِ الجهةِ الحكوميةِ والوزارة، وأيضاً إذا تعاقدَ المتعاقدُ للتنفيذِ من الباطن دونَ موافقةِ الجهةِ الحكومية، ففي هذه الأحوال يُنهى العقدُ جزائياً ويُصادرُ الضمانُ النهائي دونَ إنذارِ المتعاقد.

سادساً: أن جزاءَ مصادرةِ الضمانِ النهائي لا يجوزُ التنازلُ عنها.

وذلكَ أنَ هذا الحقَ ثابتٌ بنصِ النظام، وبالتالي فإنهُ لا يجوزُ للجهةِ الحكوميةِ أن تتفقَ معَ المتعاقدِ على إلغاءِ هذا الجزاء، حيثُ أنهُ وضع لمصلحةِ العقدِ المتعلقةِ بالمرفقِ العام المحققِ للمصحةِ العامة (العجمي، 1439)، ويعتبرُ هذا الاتفاقُ المخالف لحكمِ النظامِ باطلاً.

سابعاً: أن مصادرةَ الضمانِ النهائي هو الحدُ الأدنى للتعويض.

حيثُ تعتبرُ قيمةُ الضمانِ النهائي هي أقلَ مبلغ تستحقهُ الجهةُ الحكوميةُ نتيجة عدمِ التزامِ المتعاقد وليسَ الحد الأعلى للتعويض، حيثُ يجوز للجهة الحكومية الرجوعَ على المتعاقدِ بالتعويضِ فيما زادَ عن ذلك، حيث نصت اللائحة التنفيذية للنظام في الفقرة (2) من المادة (131) على أنه: «عند إنهاء العقد، تقوم الجهة الحكومية بالحجز على مستحقات المتعاقد لتغطية كافة حقوقها تجاه المتعاقد»، ونصت أيضاً في المادة (137) على أنه: «تقوم الجهة الحكومية بالحجز على مستحقات المتعاقد المسحوبة منه الأعمال بما لا يتجاوز قيمة الأعمال التي ستنفذ على حسابه، وذلك حتى يتم سداد تكلفة تلك الأعمال سواء مباشرة أو حسماً من مستحقاته».

ثامناً: أن مصادرةَ الضمانِ النهائي تكونُ في حالِ الفسخِ الجزائيِ للعقد.

وعليهِ فإنهُ لا يجوز للجهةِ الحكوميةِ أن تقومَ بمصادرةِ الضمانِ النهائيِ لمجردِ إخلالِ المتعاقدِ لالتزاماتهِ مهما بلغت جسامةَ الإخلالِ ما لم تقم الإدارةُ بفسخِ العقدِ جزائياً (المطوع، 1444)، فإن لم تقم بهذا الفسخ فإنهُ يجوزُ لها أن تفرضَ عليهِ الغراماتِ المنصوصِ عليها في النظام، كغرامةِ التقصيرِ والتأخيرِ بحسبِ الحالِ، أما المصادرة فإنها محددةٌ بتوافرِ أسبابٍ معينةٍ نصَ عليها النظامُ، وقد بين ذلكَ ديوانُ المظالمِ في أحدِ أحكامهِ حيث قال: «أن مصادرة الضمان النهائي إنما تكون لأسباب واضحة منعقدة، ولأمرين هما: أولاً الرجوع على المتعاقد بما لحقها من ضرر بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه. ثانياً تغطية مطالبتها تجاه المشروع. ما يعني أن المصادرة لا تكون من غيرِ سبب أو مع عدم وجود المصرف المتاح نظاماً له من الضمان، وإنما تكون للتعويض عن الأضرار الواقعة للجهة بسبب التأخير في تنفيذ المشروع أو عدم تنفيذه، أو لتغطية المطالبات الناتجة تجاه المشروع، وأما فيما عدا ذلك فإن المنظم لم يجعل للجهة الإدارية سلطة مصادرة الضمان النهائي، بما في ذلك المصادرة لمجرد التأخير في التنفيذ» (رقم القضية

في المحكمة الإدارية 6791/ 1/ ق لعام 1438ه، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 10155/ ق لعام 1440هـ).

المطلبُ الرابع: تطبيقاتٌ قضائيةٌ على مصادرةِ الضمانِ النهائي

سبق أن بينا أن هناكَ حالاتٍ معينة نصَ عليها المنظمُ لمصادرةِ قيمةِ الضمانِ النهائي، وبالتالي فإنهُ لا يجوزُ للجهةِ الحكوميةِ أن تقومَ بمصادرةِ الضمانِ النهائي في أحوالٍ أخرى غيرَ التي نص عليها المنظم، حيثُ صدرتْ مجموعةٌ من أحكامِ القضاءِ الإداريِ في المملكةِ العربيةِ السعوديةِ مؤيدةً لمصادرةِ الضمانِ النهائي ومن ذلكَ ما يلي:

حكمتِ المحكمةُ الإداريةُ في المملكةِ العربيةِ السعوديةِ بتأييدِ قيامِ جهةِ الإدارةِ بمصادرةِ الضمانِ النهائي بقيمةِ 42٬525 ريالاً لأحدِ المتعاقدين، وذلكَ بعدَ أن أخلَ بتنفيذِ التزاماتهِ العقدية، وإنذارِ الجهةِ الحكوميةِ لهُ بتصحيحِ أوضاعهِ خلالَ خمسةِ عشرَ يوماً؛ حيثُ جاءَ في نصِ الحكمِ ما يلي: «وقد خاطبته المدعى عليها بخطاب منها كإنذار نهائي طلبت منه تصحيح وضعه خلال خمسة عشر يوماً ولم يستجب له المدعي، وبذلك فإن الدائرة تنتهي إلى أن ما قامت به المدعى عليها من سحب المشروع ومصادرة الضمان كجزء من مستحقاتها لديه متفق وصحيح مع أحكام النظام» (رقم الحكم الابتدائي / 24د/إ11/ لعام 1429هـ، رقم حكم التدقيق / 269ت1/ لعام 1429هـ).

وقد حكمتِ المحكمةُ الإداريةُ في المملكةِ العربيةِ السعوديةِ بتأييدِ قيامِ جهةِ الإدارةِ بمصادرةِ الضمانِ النهائي بقيمةِ 333٬333٬30 ريالاً لأحدِ المتعاقدين، وذلكَ بعدَ أن أخلَ بالتزاماتهِ العقدية، وإنذارِ الجهةِ الحكوميةِ لهُ بتصحيحِ أوضاعهِ خلالَ خمسةَ عشر يوماً؛ حيث جاء في نصِ الحكمِ ما يلي: «وبالنسبة لطلب المدعية رد الضمان الذي صادرته المدعى عليها بموجب خطاب مدير الشؤون الصحية بجدة، البالغ قيمته (333٬333٬30) ريال؛ فالثابت من الأوراق أن المدعية أخلت بالتزاماتها في العقد الصادر بشأنها الضمان البنكي، وترتب على إخلال المدعية فسخ العقد معها، مما ترتب معه مستحقات عليها للمدعى عليها بلغت أكثر من قيمة الضمان المصادر، ومن ثم يكون طلب المدعية قائم على غير سند صحيح من الواقع والنظام جدير بالرفض. لذا حكمت الدائرة برفض طلبات المدعية، وإلزامها بأن

تدفع لوزارة الصحة المدعى عليها تعويضاً قدره (312.43 ألف 13 ألف 1)» (رقم الحكم الابتدائي 36/ د/ إ/ 9 لعام 1418هـ، رقم حكم هيئة التدقيق 78/ ت/ 1 لعام 1419هـ).

ومن جهةٍ أخرى حكمتِ المحكمةُ الإداريةُ في المملكةِ العربيةِ السعوديةِ بإلزامِ الجهةِ الحكوميةِ أن تقومَ بإعادة قيمةِ الضمانِ النهائي البالغِ قدرهُ 700.000 ألف1 ريالاً، وذلكَ بعدَ تنفيذِ المتعاقدِ للعقدِ كما تمَ الاتفاقُ عليه، ولانتفاءِ الغايةِ من مصادرتهِ، حيث جاء في نصِ الحكمِ ما يلي: «وحيث أقر وكيل المدعى عليها أن موكلته قامت بتسهيل الضمان البنكي ممارسة حقها في استرداد جزء من حقوقها، وحيث إن مبلغ الضمان حق للمدعية وإنما قُدم للمدعى عليها كضمان لحسن التنفيذ وأنه بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بين الطرفين فإن هذا الضمان يعود لمصدره، وهو المدعي، لذا حكمت الدائرة إلزام المدعي عليها أن تدفع للمدعية مبلغا وقدره 000ألف700ألف1 ريال» (رقم الحكم الابتدائي 255د/ جت/ 4 لعام 1429هـ، رقم حكم الاستئناف 427/ إس/ 3 لعام1431هـ).

الخاتمة:

الحمدُ لله الذي بنعمهِ تتمّ الصالحات، وبفضلهِ تنارُ البصائرُ ويهتدى للغاياتِ، وأصلي وأسلمُ على نبينا محمد، وعلى آلهِ وصحبهِ وسلمَ تسليماً كثيراً، أما بعد:

فلقد تناولتُ في هذا البحثِ: الأحكامُ المتعلقةُ بمصادرةِ الضمانِ النهائي في العقودِ الإداريةِ وفقاً لنظامِ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ دراسةً تحليليةً تطبيقيةً، والذي يسرَ اللهُ عز وجل علي تمامهُ بفضلهِ ومنته، فأسألهُ سبحانه وتعالى أن يكونَ عملي خالصاً صواباً، وأن ينفعَ بهِ كاتبهُ وقارئه.

وبعدَ هذهِ الرحلةِ العلميةِ في نظامِ المنافساتِ والمشترياتِ الحكوميةِ ولائحتهِ التنفيذية، والكتب القانونية، والأحكامَ القضائية، وجدت نفسي أمامَ خاتمةِ البحث، وتشتملُ على النتائجَ والتوصياتِ الآتية:

أولاً: أهمَ النتائج

- يقصدُ بمصادرةِ الضمان استيلاءُ الإدارةِ على مبلغِ التأمينِ الذي أودعهُ المتعاقدُ في حالةِ إخلالهِ بتنفيذِ العقد.
- تظهرُ أهميةُ الضمانِ النهائي في ضمانِ حسنِ تنفيذِ المتعاقدِ للعقدِ وفقاً لما تمَ الاتفاقُ عليهِ من شروطٍ ومواصفات.
- يجبُ عندَ مصادرةِ الضمانِ النهائي أن تقومَ لجنةُ فحصِ العروضِ بتقديمِ توصيةٍ مسببةٍ إلى صاحبَ الصلاحيةِ لإصدارِ قرارٍ بمصادرته.
- يجبُ قبلَ مصادرةِ الضمانِ النهائي أن تقومَ الجهةُ الحكوميةُ بفسخِ العقدِ جزائياً ثمَ تقوم بمصادرةِ الضمان.
- لا يجوزُ للجهةِ الحكوميةِ مصادرةَ الضمانِ النهائي في حالِ الفسخِ الجُزئي للعقدِ، باعتبارِ أنهُ قائمٌ ومستمر.
- لا يجوزُ مصادرةُ قيمةِ الضمانِ النهائي إلا في الأحوالِ المحددةِ نظاماً.

ثانياً: أهمَ التوصيات

- يجبُ على الجهاتِ الحكوميةِ أن تتقيدَ بإجراءاتِ مصادرةِ الضمانِ النهائي التي رسمها

النظام.

- ضرورةُ مراجعة وإعادةِ صياغةِ المادةِ السابعةِ والثلاثونَ بعدَ المئةِ من اللائحةِ التنفيذيةِ بما يتفقُ معَ حالاتِ مصادرةِ الضمانِ النهائي، حيثُ أنهُ لا يجوزُ مصادرة الضمانِ النهائي في حالةِ الفسخِ الجزئي.

- يجبُ أن تلتزمَ الجهةُ الحكوميةُ بإعادةِ قيمةِ الضمانِ النهائي مباشرةِ وعدم الاحتفاظِ بهِ في حالِ تمَ تنفيذُ العقدِ وفقاً لشروطه.

- يجبُ أنْ تقومَ الجهةُ الحكوميةُ بفسخِ العقدِ أولاً ثمَ مصادرةُ الضمان.

وختاماً: الحمدُ لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتديَ لولا أنْ هدانا اللهُ، اسألُ اللهَ العليَ الكريمَ أن يجعلَ عملي هذَا خالصاً لوجههِ، وفي سبيلِ مرضاتهِ وخدمةِ شريعتهِ ودينهِ؛ وما كانَ من صوابٍ فمن اللهِ وحدهُ وبتوفيقهِ، وما كانَ خللٍ فمنيَ ومن الشيطانِ، وأستغفرُ اللهَ.

المصادر والمراجع:

أحمد الرازي. (1399). *مقاييس اللغة*. بيروت: دار الفكر.

أمقران راضية. (2013). *خطابات الضمان المصرفية وموقف الشرسعة الإسلامية منها*. الجزائر: جامعة الجزائر كلية الحقوق.

جابر نصار. (2005). *العقود الإدارية* (المجلد 2). القاهرة: دار ا النهضة العربية.

حمادة حمادة. (2018). *العقود الإدارية في النظام السعودي* (المجلد الأولى). الدمام: مكتبة المتنبي.

حمدي العجمي. (1439). *المرجع في العقود الإدارية* (المجلد 1). الرياض: معهد الإدارة.

سالم المطوع. (1444). *العقود الإدارية* (المجلد 4). الرياض: درا المسلم.

سليمان الطماوي. (2017). *الأسس العامة للعقود الإدارية* (المجلد 5). القاهرة: دار الفكر العربي.

شريك السعيد. (2020). *خطاب الضمان والتجارة الخارجية*. جامعة بانته كلية الحقوق والعلوم السياسية.

صباح المصري. (1443). *العقود الإدارية* (المجلد 3). الرياض: دار الكتاب الجامعي.

عامر هاشم. (2016). *الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية* (المجلد 1). بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

عبدالله العنزي. (2010). *النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية*. الإسكندرية: الجامعة الجديدة.

علي شطناوي. (2016). *النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية* (المجلد 2). الرياض: مكتبة الرشد.

عماد أبو صد. (1995). *أحكام خطابات الضمان المصرفية*. عمان: الجامعة الأردنية.

عماد الدين الطرابلسي. (2015). *خطـاب الضمان البنكي*. جامعة قاصدي مرباح.

عمر الخولي. (2015). *الوجيز في العقود الإدارية* (المجلد الخامسة). جدة: بدون.

ماجد الحلو. (2007). *العقود الإدارية* (المجلد 1). الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

مجمع اللغة العربية. (بلا تاريخ). *المعجم الوسيط*. دار الدعوة.
محمد ابن منظور. (1414). *لسان العرب* (المجلد 3). بيروت: دار صادر.
محمد الأزهري. (2001). *تهذيب اللغة* (المجلد 1). بيروت: دار إحياء التراث العربي.
محمد الجبوري. (2017). *العقود الإدارية* (المجلد 1). عمان: دار الثقافة.
محمد الفوزان. (2011). *العقد الإداري السعودي* (المجلد 1). الرياض: القانون والاقتصاد.
محمد الفيروزآبادي. (1426). *القاموس المحيط* (المجلد 8). بيروت: مؤسسة الرسالة.

الأنظمة واللوائح:

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

اللائحة التنفيذية المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار معالي وزير المالية رقم: (3479) وتاريخ 11/ 8/ 1441ه.

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، الصادرة بقرار وزير المالية رقم: (362) وتاريخ: 20/ 2/ 1428ه.

المجموعات القضائية:

السوابق القضائية السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية للأعوام ١٤٠٢ – ١٤٣٦هـ.

مجموعة الأحكام