الأمم المتحدة

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.3

الجمعية العامة

Distr.: Limited
21 January 2011
Arabic
Original: English

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الأول (المعني بالاشتراء)
الدورة العشرون
نيويورك، ١٤-١٨ آذار/مارس ٢٠١١

دليل الاشتراع المنقّح المزمع إرفاقه بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاشتراء العمومي

مذكّرة من الأمانة

إضافة

تتضمّن هذه الإضافة مقترحاً بشأن القسم والقسم الفرعي التاليين من الجزء الأول (ملاحظات عامة) من مشروع دليل منقّح لاشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاشتراء العمومي: ثانياً- سمات القانون النموذجي الرئيسية ("الاعتراض والاستئناف").

260111 V.11-80225 (A)

الرجاء إعادة الاستعمال

دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاشتراء العمومي

الجزء الأول- ملاحظات عامة

...

الفصل الثاني- سمات القانون النموذجي الرئيسية

(تابع)

زاي- الاعتراض والاستئناف

١١٠- من السمات الرئيسية لنظام اشتراء شفاف وجودُ آليات لرصد اتِّباع قواعد ذلك النظام، ولإنفاذها إذا اقتضت الضرورة. ومن تلك الآليات آلية مراجعة الحسابات وآلية التحقيق في ما قد يُرتكب من أفعال جنائية والملاحقة القضائية لمرتكبيها (وهذه أمور متناولةٌ عموما في أيِّ قانون اشتراء، ومن ثمَّ فهي غير منصوص عليها في القانون النموذجي)، وآلية إجراءات الاعتراض، التي يُمنح فيها المورّدون والمقاولون حق الاعتراض على قرارات وأفعال الجهة المشترية التي يزعمون أنها لا تمتثل للقواعد الواردة في التشريع المطبّق على الاشتراء.

١١١- لذلك، فإنَّ وجود آلية اعتراض فعّالة عنصر أساسي لضمان حسن سير نظام الاشتراء من حيث وظيفته، ومن شأنه أن يشجّع على الثقة في ذلك النظام. وهذه الآلية تعين على جعل القانون النموذجي منضبطا وإنفاذيا في ذاته ضمن ذلك النظام إلى درجة كبيرة، بما أنه يتيح وسيلة لطلب المراجعة للمورّدين والمقاولين الذين لديهم مصلحة طبيعية في رصد امتثال الجهة المشترية لأحكام القانون النموذجي في أيِّ إجراء اشترائيٍّ. ومن المهام الوظيفية الإضافية في آلية الاعتراض أن تؤدي عملها كرادع: فالقصد من وجودها إحباط الأفعال أو القرارات المخالفة للقانون عن علم وقصد.

١١٢- لكن لا يمكن أن تتصدّى الاعتراضات لمخالفات القواعد والإجراءات إلا بوازع من المورّدين، ولهذا فإنه ينبغي إقامة آليات الرقابة الأخرى المشار إليها بإجمال فيما سبق لكي تعالج (أ) عدم الامتثال الذي يأبى فيه المورِّد أن يتخذ أيَّ إجراء و(ب) المسائل النظامية. وقد لا يرغب المورّدون في اتخاذ تدابير لأسباب عديدة، ومنها: حين تكون قيمة العقد زهيدة، يمكن أن يعتبر كبار المورّدين أنَّ الخسائر قد لا تسوّغ التكاليف المعنية؛ وقد يرى صغار

المورّدين أنهم لا قِبل لهم بما يترتّب على أيِّ اعتراض من وقتٍ وتكلفة؛ وقد يعزف جميع المورّدين عن الاعتراض على قرارات تقديرية لأن المخاطرة بالإخفاق يحتمل أن تكون أكبر، وربما يقلقهم أن يؤدي الاعتراض إلى مجازفة بعلاقاتهم مستقبلاً بالجهة المشترية. ويمكن التغاضي عن عدم الامتثال النظامي، إذا انصرفت العناية في آليات الاعتراض إلى الحالات الفردية، وبخاصة تلك التي تشمل عدم الامتثال الذي لا يعتدّ به نسبيا.

١١٣- ومن السمات الرئيسية لآلية الاعتراض الفعالة إتاحة المجال لتقديم الاعتراضات في حينها: وبناءً عليه، فإنَّ وجوب حكم التوقّف بمقتضى المادة ٢١ (٢) الغرض منه هو ضمان إمكانية تقديم الاعتراض قبل أن يصبح عقد الاشتراء (أو الاتفاق الإطاري) نافذ المفعول؛ ويشكِّلُ التفاعل بين الأحكام المنظمة لفترة التوقّف وأحكام الفصل الثامن جزءا من الآلية الشاملة للإشراف والإنفاذ بموجب القانون النموذجي.

١١٤- ويتضمّن الفصل الثامن مجموعة من الأحكام كحدٍّ أدنى ترمي إلى كفالة اتباع عملية إجرائية فعّالة للاعتراض، وحبذا لو تدمج الدول المشترعة كل أحكام الفصل بقدر ما يجيزه نظامها القانوني.

١- الاتفاقات الدولية التي تعنى بآليات الاعتراض

١١٥- تقضي المادة ٩ (١) (د) من معاهدة مكافحة الفساد بأن تحتوي نظم الاشتراء على نظام فعّال للمراجعة الداخلية، بما في ذلك نظام فعّال للاستئناف، ضمانا للتقاضي والانتصاف في حال عدم اتباع القواعد أو الإجراءات الموضوعة عملا بالمادة ٩ (١) من الاتفاقية. وقد قرّرت اللجنة، ابتغاء ضمان تناول القانون النموذجي لمقتضيات الاتفاقية، أن يلزم القانون النموذجي الدول المشترعة بتوفير كل الحقوق والإجراءات الضرورية (في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية معاً) من أجل آلية فعّالة للاعتراض. وعلى نحو مماثل، سعت اللجنة إلى ضمان الاتساق مع النهج الذي يتبعه الاتفاق المتعلق بالاشتراء الحكومي تجاه آليات الطعن.

٢- ضمان تسيير عمل آليات الاعتراض في سياق الأعراف القانونية في الدولة المشترعة

١١٦- إنَّ مقتضيات اتفاقية مكافحة الفساد والقانون النموذجي مبنيّة على الاعتراف بأنَّ الإجراءات تحتاج إلى أن تنفَّذ بكيفية تتسق مع العرف القانوني في الدولة المشترعة المعنية. ومن المسلّم به أنه توجد في معظم الدول آليات وإجراءات للاعتراض على تصرفات الأجهزة الإدارية وسائر الكيانات العمومية (هذا غالباً ما يُسمَّى وظيفة المراجعة). وفي بعض الدول،

أقيمت تلك الآليات والإجراءات خصّيصاً للمنازعات الناشئة في مضمار الاشتراء من جانب تلك الأجهزة والكيانات. وفي دول أخرى، تُعالَج تلك المنازعات بواسطة الآليات والإجراءات لمراجعة الأفعال الإدارية العامة. بيد أنَّ الدول تختلف إلى حد كبير في نهجها إزاء الإنفاذ: ففي بعض البلدان، ثمّة نظام راسخ منذ أمد طويل للمراجعة أمام هيئات ومحاكم متخصِّصة؛ أمَّا في بلدان أخرى، فليس هناك ما ينص قانوناً على تلك المراجعة (فيما خلا بالقدر الذي تستلزمه الالتزامات الدولية ورهناً بإجراءات المراجعة القضائية). وفي بعض النظم، توجد جزاءات إدارية على مخالفات قانون الاشتراء من لدن أجهزة الدولة، وترفع الدعاوى أمام محكمة إدارية، بينما هناك، في نظم أخرى، مزيج من المراجعة الإدارية، أو المراجعة شبه القضائية، و/أو المراجعة القضائية لقرارات الاشتراء من خلال المحاكم الاعتيادية (مشفوعة بإجراءات جنائية خاصة بشأن انتهاكات الجهة المشترية لقوانين الاشتراء).

١١٧- والمقصود بالقواعد والإجراءات المبيّنة في الفصل الثامن من قانون الاشتراء أن تكون مرنة بما يكفي لكي تتكيف مع أيٍّ من تلك النهوج، دون المساس بنجاعتها. ولبعض الجوانب الهامة من إجراءات الاعتراض، ومنها مثلا المحكمة التي يرفع إليها الطلب أو الاستئناف، وسبل الانتصاف التي قد تمنح، علاقة بالجوانب المفاهيمية والبنيوية الأساسية للنظام القانوني ونظام الإدارة الحكومية في كل بلد.

١١٨- وتنص بعض النظم القانونية على الاعتراض على أفعال الأجهزة الإدارية وسائر الكيانات العمومية أو مراجعتها أمام هيئة إدارية مستقلة تمارس السلطة أو الرقابة بحكم رتبتها على الجهاز أو الكيان. وفي النظم القانونية التي تنص على هذا النوع من المراجعة، فإنَّ مسألة تحديد مَن الهيئة أو الهيئات التي لها أن تزاول تلك الوظيفة فيما يخص أفعال أجهزة أو كيانات مخصوصة تتوقّف كثيراً على بنية الإدارة الحكومية. وفي دول أخرى، تمارس وظيفة معالجة الاعتراض أو المراجعة هيئات متخصِّصة يشار إلى صلاحيتها أحيانا على أنها "شبه قضائية". لكن هذه الهيئة لا تعدّ في تلك الدول أنها محكمة ضمن النظام القضائي. وتَرِدُ الإجراءاتُ المتخذة أمام الهيئة الإدارية أو شبه القضائية مبيَّنةً في المادة [٦٦] من القانون النموذجي.

١١٩- وسواء أكانت الآلية إدارية أم شبه قضائية، فاستقلالها سمة رئيسية لها. وفي هذا الصدد، يعني مفهوم "الاستقلال" أنها مستقلة عن الجهة المشترية لا عن الحكومة من حيث هي كل. إلا أنه حبّذا لو تتحسّب الدول المشترعة، قدر الاستطاعة، في نطاق نظمها الوطنية، لمثل هذه الاستقلالية في التصرف عن الفرعين التنفيذي والتشريعي. وهذه الحاجةُ إلى آلية مستقلة لها تكتسي أهمية خاصة في النظم التي من غير الواقعي أن يتوقّع فيها أن تكون إعادة النظر من طرف الجهة المشترية في أفعالها وقراراتها نزيهة وفعالة على الدوام، وإنما، من ناحية أخرى، أن

تصادَف صعوبات في ضمان الانتصاف الفعلي عبر آليات أخرى في بعض الدول التي هي عرضة لصعوبات من هذا النحو.[1]

١٢٠- وينص الكثير من النظم القانونية الوطنية على توفير المراجعة القضائية لأفعال الأجهزة الإدارية أو الكيانات العمومية، إما علاوة على الوظيفة شبه القضائية المبيّنة أعلاه، وإما على نحو آخر بدلا من هذه الوظيفة. وفي بعض النظم القضائية، حيث تكون المراجعة شبه القضائية والقضائية منصوصا عليهما معاً، قد لا تُلتمس المراجعة القضائية إلاّ بعد استنفاد فرص الاعتراض الأخرى؛ وفي نظم أخرى، تتوفّر وسيلتا للاعتراض أو المراجعة كخيار. ولا تتطرَّقُ أحكام القانون النموذجي إلى هذه المسألة، لكي يتسنّى للدول المشترعة أن توفّر النهج المرغوب فيه عن طريق اللوائح التنظيمية.

١٢١- ولعلّ الدول المشترعة ترغب في الاستفادة من أحكام القانون النموذجي لتقدير فاعلية آليات الاعتراض المعمول بها من قبلُ في بلدانها. وكقاعدة عامة، يستدل من طبيعة منازعات الاشتراء أنَّ الهيئات القضائية المتخصِّصة نافعة. وحيثما يوجد من قبلُ نظام مراجعة فعّالة وكفؤة من لدن المحكمة، فإنَّ استحداث هيئة جديدة شبه قضائية قد يكون قليل الفائدة ومن ناحية أخرى، قد يكون أيضا الترويج لتخصُّص المحاكم في الاشتراء ضئيل الفائدة، إن كانت الوظيفة شبه القضائية مؤداةً على خير وجه.

١٢٢- ونظرا لما سبق ذكره، وللتمكين من استيعاب الأحكام داخل أطر مفهومية وبنيوية للنظم القانونية ونظم الإدارة الحكومية المتباينة جداً في العالم أجمع، فإنَّ الأحكام الواردة في الفصل الثامن تحدد المبادئ، والإجراءات الرئيسية التي ينبغي اتباعها ابتغاء تشكيل آلية اعتراض فعّالة. ومواصلة للنهج العام الذي ينتهجه القانون النموذجي باعتباره نصا إطاريا، فإنَّ المقصود منها هو تكملتها بلوائح تنظيمية وبنظام داخلي مفصّل بغية ضمان سير عمل آليات الاعتراض بفعالية وسرعةٍ وعلى نحو مجزٍ من حيث التكلفة. وينبغي إيلاء أهمية خاصة

(1) لعل الفريق العامل يودُّ أن ينظر في مسألة ما إذا كان ينبغي أن يدرج في الدليل المزيد من التفاصيل، مثل درجة الفصل المثالية بين سلطات الوكالة المشترية و الهيئات التنظيمية (مثلاً، السلطات المكافحة للاحتكار) والسلطات المستقلة، وهل يكون ذلك هنا أم في القسم العام بشأن البنية الأساسية الإدارية المساندة للقانون النموذجي. ومن رأي الأمانة أن استقلال الهيئة المشرفة أو الهيئة المركزية للاشتراء ليس ممكنا لأنهما تتوليان اتخاذ القرارات من أجل الجهة المشترية. وبإمكان هيئة تنظيمية أو رقابية، مثل هيئة الاشتراء العمومية، أن تضطلع بتلك الوظيفة أو من الممكن، إن استدعى ذلك عاملا النطاق والموارد، أن يعهد بتلك الوظائف إلى هيئة مستقلة.

لمسألة الأدلة الإثباتية وجلسات الاستماع للأقوال، لكي يُضمن أن تكون كل الأطراف في الإجراءات واعية تماماً بحقوقها وواجباتها في هذا الشأن.(٢)

١٢٣- ولا يتناول الفصل الثامن إمكانية حل المنازعات بواسطة التحكيم أو محافل بديلة، لأنَّ التحكيمَ قلَّما يُستخدَم في سياق إجراءات الاشتراء، ونظرا لطبيعة إجراءات الطعن، التي كثيرا ما تشتمل على توصيف لأفعال أو قرارات الجهة المشترية باعتبارها ممثلة أو غير ممثلة لمتطلبات القانون النموذجي. غير أنَّ القانون النموذجي لا يتوخى اقتراح الحيلولة دون قيام المورّد أو المقاول، في الظروف الملائمة، بإحالة منازعة تتعلق بالإجراءات في القانون النموذجي.

١٢٤- وقد يكون لفروع أخرى من القانون ولهيئات أخرى في الدولة المشترعة تأثير على آلية الاعتراض المتوخاة في إطار الفصل الثامن، إن تسبّبت في الاعتراض مزاعم الغش أو الفساد، أو مخالفات لقانون المنافسة، على سبيل المثال. وفي تلك الحالات، لعل الدولة المشترعة ترغب في ضمان الإرشاد المناسب للجهة المشترية والمورّدين وأن تكون هذه المعلومات متاحة للعموم، وضمان تنبيه السلطات المختصة ولكي يتخذ ما ينبغي اتخاذه من تدابير مناسبة.

٣- أهمية التوازن بين آليات الاعتراض الفعالة واجتناب التعطّل المفرط لعملية الاشتراء

١٢٥- لآلية الاعتراض التي تكون فعالة خاصية رئيسية هي أنها تحدث التوازن المناسب بين ضرورة صون حقوق المورّدين والمقاولين وسلامة عملية الاشتراء، من ناحية، ولزوم الحدّ من تعطل العملية الاشترائية، من الناحية الأخرى. ولذلك فإنَّ الأحكام تحدّ من حق المورّدين والمقاولين (بمن في ذلك المورّدون والمقاولون المحتملون الذين يكونون قد تم إقصاؤهم من الأهلية، على سبيل المثال) في الاعتراض؛ وتنص على مهل زمنية محدّدة لإيداع الطلبات ورفع دعاوى الاستئناف وللفصل في القضايا؛ وتنص على الصلاحية التقديرية، في بعض الظروف، في تقرير ما إذا كان يجوز تطبيق تعليق إجراءات الاشتراء. إلاّ أنَّ المادة [٦٤] تتضمّن حظرا عاما يمنع نفاذ عقد الاشتراء أو الاتفاق الإطاري متى ظل الاعتراض ساريا (مع بعض الاستثناءات). وترد مناقشة حول هذه الأمور في التعليق على هذه المادة.

(2) لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في مسألة ما إذا كان يلزم المزيد من التفصيل، وخصوصا لإرشاد الهيئات المستقلة التي يجري إنشاؤها، بشأن كيفية جمع الأدلة (النهج التحقيقي أو التنازعي). فمثلا، تلزم الجهة المشترية بتوفير سجل للاشتراء، غير أن وجود آلية للإنفاذ قد تكون مناسبة. كذلك، قد تدعو الحاجة إلى أحكام بشأن الأدلة الإثباتية لضمان الاتساق من حيث نوع الأدلة اللازمة ومدى رجحانها.

٤- لزوم تسوية المنازعات في توقيت مناسب

١٢٦- هناك عامل مهم يسهم في تسوية المنازعات بفعالية والحد من تعطل عملية الاشتراء، ألا وهو التشجيع على الحل المبكر للقضايا والمنازعات، والتمكين من معالجة الاعتراضات قبل أن يلزم إبطال مراحل إجراءات الاشتراء، ومن أهمها نفاذ عقد الاشتراء (أو إبرام اتفاق إطاري، حيث يكون ذلك مطبقا). وفي القانون النموذجي عدة أحكام لهذا الغرض، وعلى الخصوص استخدام فترة التوقف (المنصوص عليها في المادة [٢١ (٢)]). والهدفُ المتوخى من فرض فترة التوقّف هو إتاحة مهلة قصيرة بين تحديد العرض المقدم الفائز وإرساء عقد الاشتراء (أو الاتفاق الإطاري)، لكي يتسنى، قبل أن تنشأ التعقيدات والتكاليف الإضافية التي يتطلبها العقد المبرم، معالجة أية اعتراضات في العقد المقترح منحه. وفيما يتصل بالاعتراضات على شروط التماس العطاءات ومسائل أخرى قد تظهر قبل تقديم العطاءات أو العروض الأخرى، تنص المادة [١٥] على آلية لاستجلاء وتعديل وثائق الالتماس، بحيث يتضاءل احتمال الاعتراضات على الشروط والاشتراطات المبيّنة في تلك الوثائق. وهذه الأحكام تدعم بالتالي آلية الاعتراض الواردة في الفصل الثامن.

٥- خلاصة أحكام الاعتراض

١٢٧- تقرّ أحكام الفصل الثامن، في المقام الأول، أنَّ للمورّدين والمقاولين الحق في الاعتراض على تصرّف أو قرار من جانب الجهة المشترية: إذ ليس ثمة من فعل تقوم به الجهة المشترية أو قرار تتخذه لا تطاله الآلية. أما بالنسبة للهيئة المختصة، فإنَّ القانون النموذجي ينص على ثلاثة خيارات. في الخيار الأول، يجوز تقديم الاعتراض إلى الجهة المشترية ذاتها بموجب المادة [٦٥]، شريطة أن يكون عقد الاشتراء لا يزال لم يمنح. ومما له دلالته أنَّ هذا النظام القائم على الأقران خيار متاح للمورّدين، وليس خطوة أولى إجبارية في العملية الاشترائية. وقد أدرج هذا الخيار تيسيراً لسرعة الإجراء وبساطته ولفعالية تكلفته نسبيا. ويعد التعجيل بالانتصاف من دون استغراق للوقت وتكبد تكلفة كبيرة سمة جد مستحسنة في آلية الاعتراض في الاشتراء، والذي يُسهم في تحقيق ذلك هو أنَّ الجهةَ المشترية توجد في حيازتها الوقائعُ المتعلقة بإجراءات الاشتراء المعنيَّة وأنها تتحكم فيها وقد تكون مستعدة وقادرة على تصحيح الأخطاء الإجرائية التي قد لا تكون على بيّنة منها. وهذه السمات هامة ليس بالنسبة للمورّد فقط ولكن أيضا للتقليل إلى حد أدنى من تعطّل العملية الاشترائية بكليتها. ومن شأن النظام القائم على الأقران أن يقلّل أيضا من المخاطرة المدرَكة في تعريض الأعمال للضرر في المستقبل من خلال إجراء قانوني، حيث لوحظ أنَّ لهذا تأثيره كعامل مثبط للاعتراض.

ولذلك فإنَّ الدول المشترعة تُشجّع على القيام بخطوات لضمان تعميم هذه الآلية وإعمالها (الذي يشمل الإجراءات الشكلية، لا استخلاص المعلومات) ومزاياها على نطاق واسع، حتى يكون في الوسع الاستفادة منها بفعالية.

١٢٨- أمَّا الخيار الثاني فهو المراجعة المستقلة من طرف ثالث لقرارٍ تتخذه الجهة المشترية أو فعل تقوم به يزعم المورّد أنه لا يمتثل للقانون. ويمكن أن تتخذ تلكَ المراجعة المستقلة منحى إجراء إداري أو شبه قضائي. وهي أوسع نطاقا من نظام الأقران المبيَّن سالفا، لأن الاعتراضات يمكن أن تقدَّم بعد نفاذ عقد الاشتراء (أو الاتفاق الإطاري). ويمكن للهيئة المستقلة المتلقية الاعتراض أن تمنح تشكيلة واسعة من سبل الانتصاف، وتُسلِّط حواشي الأحكام ذات الصلة الضوءَ على سبل الانتصاف التي ربما لم يجر العرف على توفّرها في نظم قانونية معيّنة، بحيث يمكن للدول المشترعة أن تكفل الاتساق بين نظام المراجعة المستقلة والآليات المساوية أمام محاكمها.

١٢٩- ويتمثل الخيار الثالث في بدء الإجراءات في محكمة مختصة. ولا ينصُّ القانون النموذجي على إجراءات تلك الدعاوى، التي سيحكمها القانون الوطني المطبّق. وتحدد حواشي مختلف الأحكام المسائل والإجراءات التي سوف تحتاج إلى التنفيذ بكيفية تكون كفيلة بضمان الفعالية للآلية الشاملة المبيّنة أعلاه.

١٣٠- وفي هذا المضمار، حبذا لو تراجع الدول المشترعة نطاق كل الهيئات المختصة المتوفّرة، لكي تضمن أنَّ النظام الذي يقام يمنح الحق في التقاضي وفي الانتصاف (بما في ذلك الاستئناف) حسبما تستلزمه اتفاقية مكافحة الفساد ويعترف به بأنه أفضل ممارسة تُتَّبع. وبصفة عامة، فإنَّ الآلية الناجعة تستوجب إمكانية التدخل من دون إبطاء؛ والصلاحية لتعليق أو إلغاء إجراءات الاشتراء والقيام، في الظروف العادية، بمنع نفاذ عقد للاشتراء بينما تكون المنازعة غير مبتوت فيها؛ والصلاحية لتنفيذ تدابير مؤقتة، مثل إصدار الأوامر التقييدية وفرض جزاءات مالية لعدم الامتثال (مثلا، بعد إرساء العقد)؛ والقدرة على التصرف بسرعة في غضون فترة قصيرة من الزمن، ينبغي أن تقاس بالأيام والأسابيع اعتياديًا.

[بهذا يُستكمل مشروع الجزء الأول- ملاحظات عامة في الدليل. ويتوقّع للفريق العامل أن ينظر في الأقسام/الأقسام الفرعية/المسائل الإضافية بالنسبة للجزء الأول- ملاحظات عامة في الدليل، المراد إدراجها فيه. وقد يكون لهذا أثر على تسلسل الأقسام/الأقسام الفرعية/المسائل في مشروع الجزء الأول هذا.]