

Distr.: Limited
24 May 2009
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الأول (المعني بالاشتراء)
الدورة السادسة عشرة
نيويورك، ٢٦-٢٩ أيار مايو ٢٠٠٩

تنقيحات مُحمّلة لقانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع
والإنشاءات والخدمات - التسلسل التاريخي لصياغة بعض أحكام
القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومعالجة المسائل التي أثارها بعض
تلك الأحكام الواردة في الصكوك الدولية التي تنظم الاشتراء العمومي
مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٢	٤-١	أولاً- مقدمة
		ثانياً- النتائج التي توصلت إليها الأمانة فيما يتعلق بالتسلسل التاريخي لصياغة بعض أحكام القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومعالجة المسائل التي أثارها بعض تلك الأحكام الواردة في الصكوك الدولية التي تنظم الاشتراء العمومي .
٣	٦٧-٥	ألف- الأحكام بشأن إيجابية العطاءات (المادة ٣٤ (٢) (أ) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤، ومشروع المادة ٣٢ (٢) (أ) من القانون النموذجي المنقح المقترح)
٣	١٦-٥	باء- الأحكام بشأن العطاء الفائز (المادة ٣٤ (٤) (ب) والمادة ٤٢ (٢) (ب) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومشاريع المواد ٣٢ (٤) (ب) و٣٥ (٨) (ب) و٤٧ (١) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي)
٦	٣٨-١٧	جيم- الأحكام بشأن التعويض عن الخسائر (المادة ٥٤ (٣) (و) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومشروع المادة ٥٨ (٥) (و) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي)
١٢	٥٤-٣٩	دال- الأحكام بشأن بعض تدابير الانتصاف الأخرى (المادة ٥٤ (٣) (أ) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومشروع المادة ٥٨ (٥) (أ) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي)
١٨	٥٨-٥٥	هاء- الاستثناءات من الإفشاء (المادتان ١١ (٣) (أ) و٥٥ (٣) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومشاريع المواد ١٩ (٢) (ب) و٢٢ (٤) (أ) و٥٩ (٣) - (٥) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي)
١٩	٦٧-٥٩	



أولا - مقدمة

١- يرد سرد خلفية العمل الراهن الذي يضطلع به الفريق العامل الأول (المعني بالاشتراء) بشأن تنقيح قانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات ("القانون النموذجي") (الوثيقة A/49/17 و Corr.1، المرفق الأول)، في الفقرات ٨ إلى ٨٩ من الوثيقة A/CN.9/WG.I/WP.67، المعروضة على الفريق العامل في دورته السادسة عشرة. ومهمة الفريق الرئيسية تتمثل في تحديث القانون النموذجي وتنقيحه لمراعاة آخر التطورات المستجدة في مجال الاشتراء العمومي.

٢- وقد أنجز الفريق العامل، في دورته الخامسة عشرة، القراءة الأولى للصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي، الواردة في مذكرة الأمانة (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 إلى Add.4). ولاحظ أنه على الرغم من وجود قضايا عالقة، بما في ذلك الفصل الرابع بكامله، فإن الإطار المفهومي متفق عليه. ولاحظ أيضا أن الأمر يقتضي مزيدا من البحث بشأن بعض الأحكام، لا سيما لضمان اتساقها مع الصكوك الدولية ذات الصلة. وطلب الفريق العامل من الأمانة تنقيح المواد الخاصة بالصياغة، التي احتوتها إضافات الوثيقة A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 إلى Add.4، والتي تعبر عن مداولاته في الدورة الخامسة عشرة، وذلك لمواصلة النظر فيها (A/CN.9/668، الفقرتان ١١ و ١٢).

٣- وتُقدّم المذكرة الحالية استجابة للطلب الذي وجهه الفريق العامل إلى الأمانة في دورته الخامسة عشرة لكي تبحث في سجل صياغة بعض أحكام القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ مع معالجة القضايا التي أثارها بعض تلك الأحكام في الصكوك الدولية ذات الصلة. وقد أُدرجت تلك الأحكام في مشروع القانون النموذجي المنقح الذي عُرض على الفريق العامل في دورته الخامسة عشرة، ولكنها أثارَت أسئلة واقتراحات من جانب مندوبين ومراقبين بخصوص تنقيح القانون النموذجي. وأجلّ الفريق العامل النظر في تلك الاقتراحات إلى ما بعد النظر في استنتاجات الأمانة. وتقدّم هذه المذكرة نتائج البحث الذي قامت به الأمانة. (يرد مشروع القانون النموذجي المنقح، المعبر عن مداولات الفريق العامل في دورته الخامسة عشرة ("القانون النموذجي المنقح المقترح")، في مذكرة منفصلة (الوثيقة A/CN.9/WG.I/WP.69 وإضافاتها)).

٤- ووفقا للاتفاق الذي تم التوصل إليه في دورة الفريق العامل الخامسة عشرة (A/CN.9/668، الفقرة ٢٨٠)، فإن الوثائق المقدمة إلى دورة الفريق السادسة عشرة ستُنشر على موقع الأونسيترال على الإنترنت حالما تصبح صيغتها متاحة باللغات المختلفة.

ثانياً- النتائج التي توصلت إليها الأمانة فيما يتعلق بالتسلسل التاريخي لصياغة بعض أحكام القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومعالجة المسائل التي أثارها بعض تلك الأحكام الواردة في الصكوك الدولية التي تنظم الاشتراء العمومي

ألف- الأحكام بشأن إيجابية العطاءات (المادة ٣٤ (٢) (أ) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤، ومشروع المادة ٣٢ (٢) (أ) من القانون النموذجي المقترح)

- ٥- استمع الفريق العامل، في دورته الخامسة عشرة، إلى اقتراح مفاده أن الإشارة بصورة معممة إلى "جميع المتطلبات المحددة في وثائق الالتماس" في سياق تأكيد عطاءات إيجابية ينبغي اقتصرها على "المتطلبات ذات الصلة". واتفق الفريق على تأجيل النظر في ذلك الاقتراح إلى مرحلة لاحقة. وطلب من الأمانة: أن تدرج الاقتراح بين معقوفتين؛ وأن تبحث في السجل التاريخي لصياغة الأحكام وطريقة معالجة قضايا مماثلة في صكوك دولية سارية؛ وأن تقدم تقريراً عن استنتاجاتها عندما يُنظر في الأحكام (الوثيقة A/CN.9/668، الفقرتان ١٨٠ (أ) و (١٨١)).
- ٦- وبجست الأمانة في سجل صياغة هذه الأحكام، كما فحصت الأحكام ذات الصلة في الصكوك الدولية السارية.

السجل التاريخي لصياغة الأحكام

- ٧- اقترحت الأمانة، في المشروع الأول للقانون النموذجي، تعريف العطاء الإيجابي بأنه عطاء متسق مع "الخواص المطلوبة في السلع أو الإنشاءات المراد اشتراؤها، والشروط والظروف التعاقدية، والمتطلبات الأخرى المحددة في وثائق الاشتراء" (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.24، مشروع المادة ٢٨ (٤) (أ)). وأشار في المشروع الثاني المقدم من الأمانة إلى مسألة اتساق العطاء مع "المتطلبات المحددة في وثائق الالتماس، بما فيها المتطلبات المتعلقة بخواص السلع أو الإنشاءات [أو الخدمات] المراد اشتراؤها، وشروط وظروف التعاقد". وأشارت الأحكام أيضاً، في المشروعين الأول والثاني، إلى إمكان السماح بانحرافات طفيفة عن المتطلبات المحددة في وثائق الالتماس.

- ٨- واتفق الفريق العامل المعني بالنظام الاقتصادي العالمي الجديد، في دورته الحادية عشرة والثانية عشرة في عامي ١٩٩٠ و ١٩٩١، حيث نُظر في المشروعين، مع المبدأ العام بأنه يجب رفض العرض إذا لم يكن متسقاً مع المتطلبات المحددة في وثائق الاشتراء، إلا في

الحالات التي تكون فيها الانحرافات عن تلك المتطلبات طفيفة (الوثيقة A/CN.9/331، الفقرة ١٥٦، والوثيقة A/CN.9/343، الفقرة ٤٩). كما اتفق الفريق العامل على "قاعدة عامة مفادها أن الجهة المشتريّة يمكن أن تعتبر العطاء إيجابياً إذا لم يشمل سوى انحرافات طفيفة عن المتطلبات المحددة في وثائق الاشتراء، مع إدراج تعريف "العطاء الإيجابي" في المادة التي تحتوي على التعاريف (المادة ٢ [آنذاك]). وفي سياق هذا النهج، ستتولى الجهة المشتريّة بالمرونة اللازمة لتحديد ما إذا كان يجوز، أو لا يجوز، اعتبار الانحراف طفيفاً في سياق إجراءات الاشتراء المحددة." (الوثيقة A/CN.9/331، الفقرة ١٥٦).

٩- وتعزيزاً للاتفاق الذي تم التوصل إليه في الدورة الثانية عشرة (الوثيقة A/CN.9/343، الفقرات ٤٩-٥٢)، أُعيدت صياغة الأحكام: فأبقيت الإشارة إلى "جميع المتطلبات" المحددة في وثائق التماس العطاء، وحُذفت الكلمات الواردة في نهاية الأحكام (المستنسخة في الفقرة ٧ أعلاه)، التي تبدأ بعبارة "بما في ذلك"، باعتبارها غير ضرورية. وفي تلك الدورة، لم يقبل الفريق العامل الاقتراح المنادي بأن تشير الأحكام إلى متطلبات "إلزامية" بغية تمييز الأوصاف أو المتطلبات في وثائق التماس، التي يلزم اتساق العطاءات معها، عن الأوصاف أو المتطلبات التي لا يلزم اتساق العطاءات معها (مثلاً إذا كان يمكن تحسين العطاءات). واتفق على أن كلمة "متطلبات" بحد ذاتها تعني ضمناً أن الاتساق "إلزامي" (الوثيقة A/CN.9/343، الفقرة ٥٠).

١٠- وقد أكد الفريق العامل في دورته الرابعة عشرة (الوثيقة A/CN.9/359، الفقرة ١٥٥) المفهوم المنطوي على أن العطاء لا بد أن يلبي جميع المتطلبات المحددة في وثائق التماس لكي يُعتبر إيجابياً.

١١- وفي دورات لاحقة، عُرضت على الفريق العامل صياغة منقحة أخرى للأحكام ذات الصلة. وعبرت بالتحديد عن قرار الفريق بعدم إدراج تعريف بخصوص "العطاء الإيجابي" في المادة ٢ من القانون النموذجي، والاستعاضة عن ذلك بإدراج مغزاه ضمن المادة التي تتناول تقييم العطاءات ومقارنتها (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.36، مشروع المادة ٢٨ (١ مكرراً) (أ)). والأحكام المنقحة مماثلة من حيث الجوهر للمادة ٣٤ (٢) (أ) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤، وهي ذات طبيعة إجرائية لأنها تشير إلى العطاءات التي يمكن أن تُعتبر إيجابية، بدلاً من تعريف الصفة الإيجابية ذاتها. أما الاقتراحات الرامية إلى الاستعاضة في تلك الأحكام عن كلمة "يجوز" بكلمة "يتعين" وحذف كلمة "فقط"، فلم تجد تأييداً (الوثيقة A/CN.9/371، الفقرتان ١٤٥ و ٢٥٢، والمرفق، المادة ٢٩ (٢) (أ)).

١٢- وعند تعميم مشروع القانون النموذجي التماسا للتعليقات واعتماد نص القانون النموذجي في الفريق العامل واللجنة، في عام ١٩٩٤، لم تُقترح تغييرات وثيقة الصلة بموضوع هذه الأحكام (الوثيقة A/CN.9/392، الفقرة ١٠٦، والوثيقة A/49/17، الفقرة ٤٤).

١٣- ولا يدل سجل الصياغة على أن الذين قاموا بمهمة الصياغة نظروا في أحكام المادة ٣٤ (٢) (أ) في ارتباط بالمادة ٣٤ (٣). فالمادة ٣٤ (٣) تسرد الأسس لرفض العطاءات، واضعة ضمن أمور أخرى عدم أهلية الموردّين أو المقاولين وعدم إيجابية العطاءات كأسس منفصلة. وعلى الرغم من أن المتطلبات الواجب تطبيقها على أهلية الموردّين أو المقاولين، والمتطلبات المتعلقة بإيجابية العطاءات، ستُحدد في وثائق الالتماس، فليس واضحا من الصياغة ما إذا كان من قاموا بمهمة الصياغة قد قصدوا أن تؤخذ في الحسبان، في تقرير إيجابية العطاءات، المتطلبات في الحالتين أم في الحالة الأخيرة فقط (أي، استبعاد المتطلبات المنطبقة على مؤهلات الموردّين). فمن قاموا بصياغة نص عام ١٩٩٤ لم يكونوا مقتنعين بمزايا تحديد أيّ المتطلبات يتعين أخذها في الحسبان في التحقق من إيجابية العطاءات، ففضّلوا استبقاء الإشارة العامة في القانون النموذجي إلى جميع المتطلبات في وثائق الالتماس (انظر الفقرات ٧-٩ أعلاه).

الأحكام ذات الصلة في الصكوك الدولية السارية

١٤- يشترط اتفاق منظمة التجارة العالمية بشأن الاشتراء الحكومي، الذي بدأ نفاذه في عام ١٩٩٤ (اتفاق الاشتراء الحكومي)، في هذا السياق، للنظر في عطاء وإصدار حكم بشأنه، أن يكون العطاء، في وقت فتح باب العطاءات، متسقا مع "المتطلبات الأساسية المحددة في الإعلانات أو وثائق العطاءات، وأن يكون مقدّما من مورّد يلبي شروط المشاركة" (المادة الثالثة عشرة (٤) (أ)). والأحكام الخاصة بذلك في النص المتفق عليه مبدئيا في اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح لمنظمة التجارة العالمية (الاتفاق المنقح)^(١) هي نفسها من حيث الجوهر: "لكي يُنظر في عطاء ويُصدر حكم بشأنه، يجب أن يكون العطاء مكتوبا كما يجب أن يكون، في وقت فتح باب العطاءات، متسقا مع المتطلبات الأساسية المحددة في الإعلانات ووثائق العطاء، وأن يكون مقدّما من مورّد يلبي شروط المشاركة" (أضيف التشديد) (المادة الخامسة عشرة (٤)). (اتفاق الاشتراء الحكومي والاتفاق المنقح لمنظمة التجارة العالمية يُشار إليهما معا فيما يلي بـ"صكي منظمة التجارة العالمية".)

(١) الوثيقة GPA/W/297، كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٦، وهي متاحة منذ تاريخ إصدار هذا التقرير، على العنوان التالي على الإنترنت: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

١٥- والأحكام المماثلة في التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي المتعلق بالاشتراء، 2004/18/EC، الصادر في ٣١ آذار/مارس ٢٠٠٤ (التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي)، يبدو أنها مدرجة في المادة ٤١ (٢)، وهي تشير إلى أسباب يتعين ذكرها لأي صاحب عطاء غير فائز لتبرير رفض عطائه. وتشير الأحكام في هذا السياق إلى الأوصاف التقنية والأسباب التي دفعت السلطة المتعاقدة إلى اتخاذ قرارها بعدم تكافؤ العطاء أو قرارها بأن الأشغال أو الإمدادات أو الخدمات لا تلبي متطلبات الأداء أو المتطلبات الوظيفية.

خيارات مقدّمة لينظر فيها الفريق العامل

١٦- قد يرغب الفريق العامل في أن يوضّح، إما في القانون النموذجي أو في الدليل، أن الإشارة إلى "جميع المتطلبات المحددة في وثائق الالتماس" في سياق التحقق من العطاءات الإيجابية، ينبغي فهمها باعتبارها إشارة إلى المتطلبات ذات الصلة بذلك التحقق لا باعتبارها إشارة إلى جميع المتطلبات المحددة في وثائق الالتماس. مثلا، قد تتضمن وثائق الالتماس متطلبات واجبة التطبيق على مؤهلات الموردّين أو المقاولين، أو متطلبات خاصة بالطرق والموعد الأقصى لتقديم العطاءات. ويرد ذكر عواقب عدم تلبية هذه المتطلبات الأخيرة في مواد أخرى من القانون النموذجي، مثلا المادة ٣٠ (٦) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤، التي تتناول تأخر تقديم العطاء.

باء- الأحكام بشأن العطاء الفائز (المادة ٣٤ (٤) (ب) والمادة ٤٢ (٢) (ب) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومشاريع المواد ٣٢ (٤) (ب) و ٣٥ (٨) (ب) و ٤٧ (١) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي)

١٧- استمع الفريق العامل، في دورته الخامسة عشرة إلى اقتراحات مفادها أنه ينبغي إعادة النظر في استخدام مصطلح "أدنى العطاءات المقيّمة سعرا" في القانون النموذجي المنقح. واقترح بالتحديد استخدام مصطلح "أفضل العروض المقيّمة". وقُدّم توضيح بأن العرض الأعلى أو الأفضل قيمة، وليس الأدنى قيمة، هو الذي يُقبل عمليا. وأشار الفريق العامل إلى أن الأحكام بصياغتها الحالية قد تسبب التباسا غير ضروري. وأشار الفريق العامل إلى أن مصطلح "أدنى العطاءات المقيّمة سعرا" مستخدم في نص عام ١٩٩٤ (الوثيقة A/CN.9/668، الفقرتان ١٨٠ (ج) و ٢٢٠). كما لاحظ الفريق، في هذا الصدد، أن القانون النموذجي لعام ١٩٩٤، في سياق المادة ٤٢، بشأن إجراء الانتقاء بدون تفاوض (مشروع المادة ٣٥ المعنونة "تقديم العطاء في مظروفين" في القانون النموذجي المنقح المقترح)، لم يستخدم مصطلح "أدنى

العطاءات المقيّمة سعرا"، بل أشار إلى العرض الفائز باعتباره العرض المقدم بأفضل قيمة معبرة عن دمج المعايير الأخرى غير معيار السعر، المشار إليها في الفقرة (١) من تلك المادة، مع معيار السعر (الوثيقة A/CN.9/668، الفقرة ٢٠٠).

١٨- وكان هناك اقتراح منفصل مرتبط بهذه الأحكام مفاده أن القانون النموذجي المنقح ينبغي أن يوضح في الأجزاء ذات الصلة أنه إذا كان معيار السعر هو المعيار الوحيد للحكم، فإن إرساء العقد سيكون من نصيب العرض المقدم بأدنى سعر؛ أما إذا كان المعيار شاملا السعر وغيره من المعايير، فإن العقد سيرسى على العرض المقدم بالقيمة الأدنى/الأفضل (الوثيقة A/CN.9/688، الفقرة ١٨٠ (د)).

١٩- واتفق الفريق العامل على تأجيل النظر في هذه الاقتراحات إلى مرحلة لاحقة. وطلب من الأمانة: أن تدرج الاقتراح بين معقوفتين؛ وأن تبحث في السجل التاريخي لصياغة الأحكام والطريقة التي عولجت بها مسائل مماثلة في الصكوك الدولية السارية؛ وأن تقدم تقريرا باستنتاجاتها عندما يُنظر في الأحكام (الوثيقة A/CN.9/668، الفقرتان ١٨٠ و ١٨١).

٢٠- وبجث الأمانة في سجل صياغة هذه الأحكام، وفحصت أيضا الأحكام ذات الصلة في صكي منظمة التجارة العالمية وفي التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي. وترد استنتاجاتها أدناه.

١- استخدام المصطلحات

السجل التاريخي لصياغة الأحكام

٢١- استخدمت الأمانة، في صياغتها للمشروع الأوّل للقانون النموذجي، مصطلح "العطاء الأفيّد"، وعرفته بأنه العطاء المقدم بأدنى سعر أو العطاء الأفيّد اقتصاديا (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.24، مشروع المادة ٢٨ (٧) (ج)).

٢٢- وعندما نُظر في ذلك المشروع الأوّل في الدورة الحادية عشرة للفريق العامل المعني بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد، أعرب عن شاغل إزاء استخدام مصطلح "العطاء الأفيّد". وعلى الرغم من تعريف المصطلح المقدم، رئي أن المصطلح ينطوي على خطورة كبيرة لأنه يمكن أن يُفسّر تفسيراً خاطئاً بحيث يفهم منه ضمناً أن الجهة المشتريّة تتمتع بحق تقديري في تقييم العطاءات أكبر بكثير من المقصود. ولهذا، اتفق على أن يستعاض عن المصطلح بمصطلح آخر أقل عُرضة للتفسير الخاطئ (الوثيقة A/CN.9/331، الفقرة ١٦٦).

٢٣- واستخدمت الأمانة في المشروع الثاني مصطلح "العطاء الأوفر اقتصادا"، وعرفته بأنه العطاء المقدم بأدى سعر أو العطاء المقدم بأدى قيمة (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.28، مشروع المادة ٢٨ (٧) (ج)). وعندما نظر الفريق العامل في ذلك المشروع، أبدت شواغل إزاء المصطلحين الجديدين المقترحين - "العطاء الأوفر اقتصادا" و"العطاء الأدنى قيمة". فكان يبدو للقائمين بمهمة الصياغة أنهما لا يراعيان بقدر كاف استخدام الجهة المشترية معايير غير معيار السعر لانتقاء العطاء الفائز. وأبدت مرة أخرى مخاوف مماثلة أيضا إزاء المصطلحات المستخدمة في المشروع الأول (انظر الفقرة ٢١ أعلاه).

٢٤- وفيما يتعلق بمصطلح "العطاء الأوفر اقتصادا"، رثي على نطاق واسع أنه ينبغي استخدام مصطلح أكثر حيادا، مثلا "العطاء الفائز" (الوثيقة A/CN.9/356، الفقرة ٢٢). واتفق على استخدام هذا المصطلح مؤقتا رهنا بإيجاد تعبير أنسب (الوثيقة A/CN.9/356، الفقرة ٢٧). بيد أن التسجيلات لا تدل على إجراء أي مناقشة لمصطلح بديل، أو إبداء أي شواغل إزاء استخدام مصطلح "العطاء الفائز"، في دورات الفريق العامل اللاحقة أو عند اعتماد نص عام ١٩٩٤ في اللجنة. فمصطلح "العطاء الفائز" مستخدم في السياق ذي الصلة في القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ كله.

٢٥- وفيما يتعلق بمصطلح "أدى العطاءات المقيّمة سعرا"، فعلى الرغم من إبداء مخاوف معيّنة حوله في البداية، عندما عُرض أولا على الفريق العامل في دورته الثالثة عشرة (انظر الفقرة ٢٣ أعلاه)، فإنه مع ذلك ظل يُستخدم في الصياغات التي نظر فيها الفريق في تلك الدورة (الوثيقة A/CN.9/356، الفقرتان ٢٦ و ٣١).

٢٦- واقترحت الأمانة في مشروعها الثالث أن ينظر الفريق العامل في مصطلح "العطاء الأفيّد" بدلا من مصطلح "أدى العطاءات المقيّمة سعرا" (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.33، مشروع المادة ٢٨ (٧) (ج) '٢' و(د)، الحاشية ١٣)). وأُعرب في الفريق العامل عن تأييد لاستخدام ذلك المصطلح البديل على أساس أن مصطلح "أدى العطاءات المقيّمة سعرا" ربما يوحي بأن السعر عامل تحيُزي كما أن المصطلح يبدو مبهما ومتناقضا. بيد أن الرأي السائد كان أن مصطلح "العطاء الأفيّد" ينطوي على درجة غير مرغوبة من الذاتية، في حين أن مصطلح "أدى العطاءات المقيّمة سعرا"، رغم عيوبه، يُفضّل لأنه يوحي بدرجة موضوعية أكبر (الوثيقة A/CN.9/359، الفقرة ١٥٦).

٢٧- ولم يُعرب عن أي شواغل إزاء استخدام هذا المصطلح في دورات الفريق العامل اللاحقة وعند اعتماد نص عام ١٩٩٤ في اللجنة. فهو مستخدم في القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ (المادة ٣٤ (٤) (ب) '٢' و(ج)).

الأحكام ذات الصلة في الصكوك الدولية السارية

٢٨- ينص صكا منظمة التجارة العالمية في السياق ذي الصلة على إرساء عقد الاشتراء على المورد:

(أ) الذي يكون عطاؤه هو العطاء الأدنى أو العطاء الذي يتضح أنه الأفيد بحكم معايير التقييم المعينة المحددة في الإعلانات أو وثائق العطاء (المادة الثالثة عشرة (٤) (ب) من اتفاق الاشتراء الحكومي؛

(ب) الذي يقدم العطاء الأفيد، أو العطاء المقدم بأدنى سعر إذا كان السعر هو المعيار الوحيد (المادة الخامسة عشرة (٥) (أ) من اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح).

٢٩- ويستخدم التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي في هذا السياق مصطلح العطاء الأفيد (المادتان ٥٣ و ٥٤) (رغم أن مصطلح "العطاء الأفضل" يُستخدم في بعض الحالات (المادة ٣٢ (٤) (د) والمادة ٣٣ (٦)).

خيارات مقدّمة لينظر فيها الفريق العامل

٣٠- أثناء النظر في استخدام مصطلح "أدن العطاءات المقيّمة سعرا" وبدائل أخرى له مثل "العطاء/العرض المقيّم الأفضل"، على النحو الذي اقترح في دورة الفريق الخامسة عشرة (انظر الفقرة ١٧ أعلاه)، قد يرغب الفريق العامل في أن ينظر في الطائفة الواسعة من المصطلحات المختلفة لاستخدامها في السياق المناسب الذي استخدمت فيه عندما صيغ نص عام ١٩٩٤، والمزايا والشواغل التي أعرب عنها بخصوص استخدام تلك المصطلحات. وقد يرغب الفريق العامل أيضا في أن ينظر في أثر التغيير على الدول التي ست القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ بالمصطلحات المستخدمة فيه.

٣١- إن مصطلح "أدن العطاءات المقيّمة سعرا"، باعتراف القائمين بمهمة الصياغة، تشوبه عيوب وقد يكون مربكا في الممارسة، خاصة في سياق الأحكام الجديدة بشأن المزادات العكسية الإلكترونية (التي يفوز فيها بعقد الاشتراء العرض الذي يحصل على أعلى نقاط حيث ينطوي الأمر على عوامل غير متعلقة بالسعر). وقد يرغب الفريق العامل أيضا في أن

يأخذ بعين الاعتبار الشواغل التي أعرب عنها القائمون بمهمة الصياغة إزاء درجة الذاتية غير المرغوبة التي يمكن أن تدخلها المصطلحات البديلة في عملية تقرير العطاء الفائز.

٣٢- أما مصطلح "العطاء/العرض المقيّم الأفضل"، فإن القائمين بمهمة الصياغة لم ينظروا فيه عندما أُعد نص عام ١٩٩٤، ولكن الشواغل المتعلقة بالذاتية يمكن أن تنطبق عليه أيضا، خاصة بالنظر إلى أنه قريب من مصطلح "العرض الأفضل والنهائي" الشائع استخدامه في أساليب الاشتراء التي تشمل التفاوض.

٣٣- وقد يرغب الفريق العامل في أن يعتبر أن الابتعاد عن استخدام المصطلح المناسب لممارسات العطاء قد يكون أمرا مبررا في أحكام أخرى في القانون النموذجي، في ضوء خواص أسلوب الاشتراء المعني. مثلا، في الأحكام بشأن تقديم العطاء في مظروفين (انظر الفقرة ١٧ أعلاه)، سيكون استخدام مصطلح "أدنى العطاءات المقيّمة سعرا" مضللا لأنه يفترض أن معيار السعر والمعايير الأخرى غيره يتم تقييمهما بالتزامن، أي في آن واحد. وبالتالي، سيكون هناك مبرر للإشارة في هذه الأحكام الأخيرة إلى التقييم المدمج الأفضل^(٢) الذي يجمع بين المعايير الأخرى ومعيار السعر، والذي يعبر بصورة أكثر دقة عن عملية التقييم في ذلك الأسلوب للاشتراء. وينطبق هذا أيضا على استخدام مصطلح "العرض الأفضل والنهائي" في أساليب الاشتراء التي تشمل المفاوضات.

٢- وصف معيار/معايير منح عقد الاشتراء في تعريف العطاء الفائز

السجل التاريخي لصياغة الأحكام

٣٤- وُضِّح في التعليق المرافق للمشروع الأول للقانون النموذجي أن "العطاء الأفيّد" سيكون العطاء المقدم بالسعر الأدنى عندما يتم التحقق منه على أساس سعر العطاء وحده. وفي الحالة التي سيكون فيها "العطاء الأفيّد" هو العطاء الأوفر اقتصاديا، سيُنظر في المعايير الأخرى بالإضافة إلى سعر العطاء (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.25، الفقرتان ١٦ و ١٧ من التعليق على مشروع المادة ٢٨). وأعرب عن هذه الأفكار لاحقا في تعليق الدليل المرافق للقانون النموذجي لعام ١٩٩٤.

(2) تجدر الإشارة إلى أن المشروع الأصلي أشار إلى "التقييم المدمج الأعلى". ثم اتفق لاحقا على الاستعاضة عنه بمصطلح "التقييم المدمج الأفضل" نظرا للالتباس الذي قد يحدث إذا وُضع إلى جانب مفهوم السعر الأدنى. وأخذ الفريق العامل في الاعتبار أيضا أن العوامل التقنية لن يُعبّر عنها أو تُحدد كميا بالضرورة على شكل نقود، وأن النظام الذي يستخدم النقاط "التقديرية" يمكن استخدامه في تقييم الاقتراحات بدلا من تعديل الأسعار للتعبير عن مزايا الاقتراح التقنية النسبية (الوثيقة A/CN.9/389، الفقرة ٧٣).

٣٥- وعندما نظرت اللجنة في عام ١٩٩٣ في مشروع القانون النموذجي الذي وافق عليه الفريق العامل المعني بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد، قُدم اقتراح لتعديل الأحكام بشأن العطاء الفائز على أساس السعر الأدنى على النحو التالي: "يكون العطاء الفائز '١' العطاء المقدم من جهة تم الاستيثار من أهما قدرة تماما على تعهد عقد الاشتراء مع عرض السعر الأدنى للعطاء." ووضّح أن الغرض من التعديل هو السماح للجهة المشترية بأن تأخذ في الحسبان، بالإضافة إلى السعر، قدرة المتقدمين بالعروض على تنفيذ عقد الاشتراء. ولم يجتذب التعديل المقترح تأييدا كبيرا. وأتفق على أنه، حالما يثبت وجود مورّد أو مقاول يتمتع بالأهلية ويُقبل عطاؤه، ينبغي ألا تستخدم الفروق الطفيفة بين الموردين أو المقاولين فيما يخص قدرتهم على تنفيذ عقد الاشتراء كعامل في تقييم العطاءات؛ وإلا ستؤثر على تقييم العطاءات درجة من الذاتية من شأنها أن تفتح الباب لممارسات غير مناسبة. واحتراسا من مثل هذا الخطر في إجراءات المناقصة، ينبغي أن يكون قرار تأهيل العطاء مجرد البت في أنه "مؤهل أو غير مؤهل"، وليس معيارا لمقارنة العطاءات (الوثيقة A/48/17، الفقرة ١٧٢).

الأحكام ذات الصلة في الصكوك الدولية السارية

٣٦- لا يذكر اتفاق الاشتراء الحكومي شيئا في هذا الصدد. فأحكام اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح ذات الصلة تنص على أن عقد الاشتراء يُرسى على المورد الذي قدّم العطاء الأفيّد، أو على العطاء المقدم بالسعر الأدنى إذا كان معيار السعر المعيار الوحيد (المادة الخامسة عشرة (٥) (أ) من اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح).

٣٧- وتنص أحكام التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي ذات الصلة على أن المعايير التي يتعين على السلطات المتعاقدة أن تستند إليها في منح العقد التجاري العمومي ستكون إما: (أ) عندما يُرسى على العطاء الأفيّد اقتصاديا من وجهة نظر السلطة المتعاقدة، وشبّ المعايير المرتبطة بموضوع عقد الاشتراء العمومي المعني، مثلا الجودة، والسعر، والمزايا التقنية، والخصائص الجمالية والوظيفية، والخصائص البيئية، والتكاليف، وفعالية التكلفة، وخدمات ما بعد البيع، والمساعدة التقنية، وتاريخ التسليم، وفترة التسليم، أو فترة الإكمال، أو (ب) السعر الأدنى فقط (المادة ٥٣ (١)).

خيارات مقدّمة لينظر فيها الفريق العامل

٣٨- يبدو أن الإضافات التي اقترح إدخالها على النص في دورة الفريق العامل الخامسة عشرة (انظر الفقرة ١٨ أعلاه) لا تناقض قصد القائمين بمهمة الصياغة، وقد توائم الصيغة

المنقحة للقانون النموذجي مع الصكوك الدولية السارية في الجزء ذي الصلة. وتجدر الإشارة إلى أن التنقيحات المقترحة متماشية مع نهج الصياغة المتبع في الأحكام بشأن الزادات العكسية الإلكترونية (مشروع المادة ٤١ (٢) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي). لهذا، قد يرغب الفريق في النظر في إدخال التغييرات المقترحة في الصيغة المنقحة للقانون النموذجي، وقد يرغب في إدراج إشارات إلى هذه المصطلحات في مشروع المادة ١٢ من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي. ولعل الفريق يرغب أيضا في توضيح الأمر كذلك في الدليل المرافق للقانون النموذجي.

جيم- الأحكام بشأن التعويض عن الخسائر (المادة ٥٤ (٣) (و) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومشروع المادة ٥٨ (٥) (و) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي)

٣٩- نظر الفريق العامل، في دورته الخامسة عشرة، في الأحكام الواردة في القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ بشأن التعويض عن التكاليف أو الخسائر. واتفق على:

(أ) إبقاء الخيار الأول فقط في الفقرة (٥) (و) من مشروع المادة ذات الصلة (مشروع المادة ٥٨ من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي)، ومواءمة صياغته مع الأحكام ذات الصلة في الصكوك الدولية، مثلا مع المادة العشرين (٧) (ج) من اتفاق الاشتراء الحكومي والمادة الثامنة عشرة (٧) (ب) من اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح؛

(ب) نقل الخيار الثاني من الفقرة (٥) (و) إلى الدليل مع شروح لأسباب نقله، خاصة لأن وضع ترتيب للتعويض عن خسائر افتراضية قد أثبت أنه معوق جدا لإجراءات الاشتراء لكونه يوفر حوافز إضافية للشكاوى. واقترح أيضا أن يشرح الدليل التطور في اللوائح بشأن هذا الأمر، وأن يبرز الأحكام ذات الصلة في اتفاق الاشتراء الحكومي وفي اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح.

٤٠- وبحث الأمانة في السجل التاريخي لصياغة الأحكام ذات الصلة في صكي منظمة التجارة العالمية. وترد استنتاجاتها أدناه.

السجل التاريخي لصياغة الأحكام

٤١- عولجت المسألة المتعلقة بأنواع الخسائر التي ينبغي أن تكون قابلة للتعويض، في الدورة العاشرة للفريق العامل المعني بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد. وأبدي رأي في تلك

الدورة مفاده أنه ينبغي أن يُقتصر التعويض الانتصافي على التكاليف التي تكبدها مقدّم العطاء في إعداد وتقديم عطاءه؛ فينبغي ألا يكون له حق في تعويض عن أرباح مفقودة لأن هذا من شأنه أن يعرّض الجهة المشترية لمطالبات قد تصل إلى مبالغ كبيرة. ولم يتخذ الفريق العامل أي قرار بشأن هذه المسألة في تلك الدورة (الوثيقة A/CN.9/315، الفقرة ١٢٠).

٤٢- وفي المشروع الأول للأحكام بشأن إعادة النظر الإدارية، كانت صياغة الأمانة ذات الصلة بشأن التعويض كما يلي: "يجوز لـ [يُدْرَج اسم الهيئة الإدارية] منح واحد أو أكثر من التعويضات الانتصافية التالية: ... (ز) يتطلب دفع تعويض [عن أي تكاليف معقولة تكبدها الشخص مقدّم المطالبة في ارتباط بإجراءات الاشتراء] [عن خسارة تكبدها الشخص مقدّم المطالبة] نتيجة لتصرف أو قرار أو إجراء غير قانوني أقدمت عليه الجهة المشترية" (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.27، مشروع المادة ٣٨ (٢) (و)). وأشار في التعليق المرافق في هذا الصدد إلى أنه، في حالة عدم اتخاذ الفريق العامل قراراً بشأن هذا الأمر، يوجد احتمالان بديلان موضوعان بين معقوفتين: بمقتضى الاحتمال الأول لن تشمل التكاليف المتصورة الربح من عقد الاشتراء الذي فقد نتيجة لعدم قبول العطاء أو العرض المقدّم من الشاكي؛ أما الاحتمال الثاني فيمكن أن يشمل الربح المفقود في الحالات الملائمة (الفقرة ٧ من التعليق على مشروع المادة ٣٨، والفقرة ٣ من التعليق على مشروع المادة ٣٧ في الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.27).

٤٣- وفي دورة الفريق العامل الثالثة عشرة لم يتم التوصل إلى قرار بشأن أنواع الخسائر التي يمكن تعويضها. واتفق الفريق، فيما يخص مسألة ذات صلة بالموضوع، على أن مفهوم المصلحة أو الإصابة، التي يشترط أن تتوفر للشخص لكي يحق له أن يلتمس إعادة النظر، ينبغي أن يكون مرتبطاً بخسائر أو أضرار فعلية أو محتملة تكبدها الشخص مقدّم العرض عندما خالفت الجهة المشترية واجبات ثابتة في أحكام القانون النموذجي (الوثيقة A/CN.9/356، الفقرة ١٥٦).

٤٤- ونظراً لأن الفريق العامل لم يتخذ قراراً بشأن هذه المسألة في دورته الثالثة عشرة، فقد قُدّمت الصياغة نفسها إلى الفريق لكي ينظر فيها في دورته التالية. وأُبديت في الدورة الرابعة عشرة آراء مختلفة فيما يتعلق بالاحتمالين البديلين. وترد أدناه المقترحات ذات الصلة من تقرير تلك الدورة (الوثيقة A/CN.9/359):

"٢٣٠- ... وذهب أحد الآراء إلى أن اقتصار الاسترداد على تكاليف إعداد العطاء أو العرض الأولي سيجعل التعويض غير كاف. وسلّم في

الوقت نفسه بأن تعريض الجهة المشتريّة إلى المسؤولية عن الخسائر المتكبّدة الأخرى، وخصوصاً الربح المفقود، يتجاوز الحد المعقول بالنظر إلى أن التعويض سيُدفع من الأموال العامة. ولذلك اقترح أن يقرّر التعويض بحيث يقع ما بين مجرد التكاليف المتعلقة بالمشاركة في إجراءات الاشتراء، من ناحية، والربح المفقود من الناحية الأخرى. غير أن الرأي السائد كان مفاده أن القانون النموذجي لا ينبغي أن يوصي بضرورة اعتماد تعويض قياسي يتجاوز التكاليف المتعلقة بإجراءات الاشتراء. وأُعرب على وجه الخصوص عن الاهتمام بالأهمية التي يضيفها القانون النموذجي إلى الأعباء التي تتحملها الجهات المشتريّة في العالم النامي. واتفق، في الوقت نفسه، على أن القانون النموذجي لا ينبغي أن يستبعد إمكانية التعويض عن تكاليف غير التكاليف المتعلقة بإجراءات الاشتراء.

"٢٣١- وجرى النظر في عدة اقتراحات ترمي إلى ترك المجال متاحاً لإمكانية التعويض عن تكاليف غير التكاليف المتعلقة بإجراءات الاشتراء. وكان أحد الاقتراحات أن يُشار إلى أنه يجوز للهيئة الإدارية أن تقضي بدفع تعويض "على الأقل" عن التكاليف المتعلقة بإجراءات الاشتراء. وذهب اقتراح آخر إلى أن إمكانية دفع تعويض إضافي ستظل متاحة دون إضافة أي عبارة من هذا النوع لأن مقدّم الشكوى يمكن أن يحصل على المزيد من التعويض بواسطة المحكمة. وقرر الفريق العامل، في النهاية، أن الأفضل عرض النهجين المتعلقين بالتعويض، المدرجين حالياً في الفقرة (ز) كخيارين متاحين للدولة المشترعة، وأن يناقش في التعليق الاختيار الذي ستقوم به الهيئات التشريعية في هذا الصدد."

٤٥- ولم يُفتح باب المناقشة حول القرار المتخذ في تلك الدورة مرة أخرى في دورات الفريق العامل اللاحقة، ولم يُطعن فيه عند اعتماد نص القانون النموذجي في اللجنة. وأدرج في نص ١٩٩٤ خياران للأحكام بشأن التعويض، مع التعليق الوارد في الدليل (انظر الفقرة ١٠ من تعليق الدليل على المادة ٥٤).

الأحكام ذات الصلة في الصكوك الدولية السارية

٤٦- ترد فيما يلي مقتطفات ذات صلة بالموضوع من صكي منظمة التجارة العالمية:

"٧- يتعين أن تشمل إجراءات الطعن على: ... (ج) ... إجراء تصحيحي أو تعويض عن الخسائر أو الأضرار المتكبّدة، يمكن أن يكون محدودا بتكاليف إعداد العطاء أو الشكوى." (انظر المادة العشرين من اتفاق الاشتراء الحكومي لمنظمة التجارة العالمية)

"٧- يتعين على كل طرف اعتماد أو تطوير إجراءات تشمل على: ... (ب) ... إجراء تصحيحي أو تعويض عن الخسائر أو الأضرار المتكبّدة، يمكن أن يكون محدودا، إما بتكاليف إعداد العطاء وإما بالتكاليف المتعلقة بالطعن، أو بالاثنيين معا." (المادة الثامنة عشرة من اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح)

٤٧- ولاحظ المعلقون، عندما تناولوا معنى هذه المقتطفات، أنها يمكن تفسيرها بأنها تحد من التعويض المالي بالنسبة لتكاليف إعداد العطاء أو تكاليف الطعن، وأنها بدلا من ذلك توفر للدول خيارا لاتخاذ ترتيبات للأضرار بالإضافة إلى تلك التكاليف. ولعل الفريق العامل يلاحظ أن استخدام الفعل "يمكن" الذي يفيد الجواز فيما يتعلق بالحد من التعويض المالي بدلا من استخدام فعل يفيد الوجوب (مثلا "يتعين" أو "ينبغي")، هو الأساس لبعض هذه التفسيرات (رغم إضافة عبارة "أو بالاثنيين معا" في نهاية المادة الثامنة عشرة من اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح). ولاحظ المعلقون أيضا أن الأحكام مصممة لتمكين الدول من سنّها وفقا لتقاليد وممارسات نظّمها القانونية الخاصة.

٤٨- ويتطلب توجيه المفوضية الأوروبية الإداري 2007/66/EC، الصادر عن البرلمان الأوروبي وعن المجلس في ١١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٧ لتعديل توجيهي المجلس الإداريين 89/665/EEC و 92/13/EEC فيما يتعلق بتحسين فعالية إجراءات إعادة النظر بخصوص منح عقود الاشتراء العمومية ("التوجيه الإداري المتعلق بالتعويضات")، أن تضع الدول الأعضاء ترتيبات لاتخاذ تدابير مؤقتة لتحث القرارات المتخذة بشكل غير قانوني، ولتعويض الأشخاص المتضررين نتيجة لمثل تلك القرارات (المادة ٢ (١)). ولا يضع التوجيه الإداري الأسس القانونية للتعويض عن الأضرار ولا الأساس لحساب مقدار التعويضات التي ستُدفع. ويترك أمر التعويض عن الأضرار للسلطة القضائية الوطنية.

٤٩- ونظرا لأن التوجيه الإداري المتعلق بالتعويضات لم يُنفذ بعد في جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فإن الفريق العامل قد يرغب في النظر في الإعانة المتاحة في النظم الوطنية الراهنة داخل الاتحاد الأوروبي. فمسألة منح التعويضات الانتصافية تعالجها معظم النظم من منظور أوسع

لإرساء نظام تعويضات انتصافية فعّال.^(٣) وقد لاحظ بعض المعلقين، مثلاً، أن النص في الصكوك القانونية على تعويضات غير متاحة عملياً (مثلاً يجعل منح التعويضات مشروطة بأن يثبت الشاكي بشكل قاطع أنه كان سيفوز بعقد الاشتراء المعني) قد يجعل النظام غير فعال.

٥٠ - ووفقاً لنتائج الدراسات بشأن نظم إعادة النظر والتعويضات الانتصافية في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، التي أجريت في إطار البرنامج الرامي إلى دعم تحسين الإدارة والتنظيم، الذي استهلته لجنة الإدارة العمومية التابعة لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي: "ثمّة اعتراف عام بأن نظم التماس الإعانة للطعن في القرارات المتعلقة بالاشتراء ينبغي أن تتيح إمكانية الاطلاع على الشكاوى في الوقت المناسب، وإعادة النظر فيها بصور مستقلة، وحسمها بكفاءة في حينها، وتوفير تعويضات انتصافية كافية بصددها. بيد أن الممارسة تختلف من بلد إلى آخر."^(٤)

٥١ - ووفقاً لدراسة استقصائية مشتركة بين منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي والاتحاد الأوروبي،^(٥) فإن الإعانة في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تركز على إجراء التصحيحي (المعروف أحياناً بالإعانة المؤقتة) والتعويض المالي، بما في ذلك تكاليف إعداد العطاء وإجراء الطعن، وغير ذلك من التعويضات عن الأضرار. وفي بعض النظم، تُعتبر إمكانية التعويض الانتصافي عن الأضرار جزءاً لا يُجزأً من نظام التماس الإعانة الفعال؛ وفي معظم النظم يكون تدبير الانتصاف الرئيسي هو الإجراء التصحيحي. وقد تكون التعويضات الانتصافية متاحة عندما يكون الإجراء التصحيحي مستحيلاً أو غير ممكن عملياً (أو بصورة عامة، قد تشمل التدابير الانتصافية الأرباح المفقودة وكذلك فقدان الفرصة للفوز بعقد الاشتراء المعني، بل وفقدان السمعة (في حالات أقل شيوعاً)). وتختلف الممارسات فيما يتعلق بهيئات إعادة النظر التي يمكن أن تمنح التعويض عن الأضرار.

(3) إن النص على اقتضاء أن تكون نظم التعويضات فعالة يدعم أيضاً الأحكام الواردة في صكّي منظمة التجارة العالمية (المادة العشرون ٢ من اتفاق الاشتراء الحكومي والمادة الثامنة عشرة من اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح)، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (المادة ٩ (١) (د))، والمبادئ غير الملزمة الخاصة برابطة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادئ بشأن الاشتراء الحكومي (المرفق ٣، الفقرة ٤-١). وتقتصر هذه النصوص أيضاً أن تكون النظم غير تمييزية، وأن تكون شفافة ومستجيبة في الوقت اللازم وفعالة.

(4) E. Beth, "Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z", OECD, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987026> and through the OECD website.

(5) SIGMA Paper No. 30 "Public Procurement Review Procedures", available at <http://unpan1.un.org/intrdoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN006807.pdf>.

٥٢- وعلى وجه التحديد، عندما توجد أسس قانونية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار، تُمنح التعويضات عن تكاليف العطاء في جميع الدول الأعضاء في حين أن التعويض عن الأرباح المفقودة يُمنح في بعض الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، مثلًا ألمانيا والدانمرك وفنلندا ولاتفيا وليتوانيا والمملكة المتحدة وهنغاريا. ويُمنح أيضا في فرنسا إذا كانت فرصة الشاكي للفوز بعقد الاشتراء جدية حقا. وفي معظم الحالات، تتمتع المحاكم العادية أو الإدارية بالصلاحية لمنح التعويض عن الأضرار؛ بل توجد في الدانمرك هيئة متخصصة لإعادة النظر المتعلقة بالاشتراء العمومي تتمتع بهذه الصلاحية أيضا. ووفقا للمعلقين على لوائح الاشتراء في الاتحاد الأوروبي، توجد أمثلة متزايدة لإجراءات ناجحة في بعض الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي فيما يخص التعويضات في مجال إنفاذ قواعد الاشتراء العمومي، بما فيها التعويض عن الربح المفقود.^(٦)

٥٣- والأحكام في النظم التي أخضعتها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لدراسة استقصائية متسقة عموما مع التركيز العام على أهمية الإجراءات التصحيحي في صكي منظمة التجارة العالمية، رغم أنها تبدو أكثر ميلا إلى التعويضات كإعانة بالمقارنة مع الأحكام في صكي منظمة التجارة العالمية. والحقيقة الماثلة في عدم تطوير القانون المستمد من السوابق في النظم الوطنية وفي محكمة العدل الأوروبية،^(٧) وفي عدم تنفيذ التوجيه الإداري المتعلق بتدابير الانتصاف، تدل على أن هذا المجال القانوني لا يزال في مرحلة التطوير.^(٨)

خيارات مقدّمة لينظر فيها الفريق العامل

(6) انظر، مثلا، سلسلة مقالات عن هذا الموضوع في المجلة 2006، *Public Procurement Law Review*، المجلد ١٥، الصفحات ١٥٩-٢٤٠؛ وانظر أيضا S. Treumer "Damages for Breach of the Public Procurement Rules from a Danish Perspective," *European Business Organization Law Review*, 2004 وكذلك H. Leffler "Damages Liability for Breach of EC Procurement Law: Governing Principles and Practical Solutions," *Public Procurement Law Review*, 2003، المجلد ٤، الصفحتان ١٥١ و ١٦١.

(7) يمكن الإطلاع على ملخص لبعض القضايا الأوروبية لما قبل التوجيه الإداري المتعلق بتدابير الانتصاف في الموقع <http://www.sigmaweb.org/dataoecd/44/45/40443900.ppt>، وعلى معلومات عن انتهاك قانون الاتحاد الأوروبي في الموقع http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_en.htm.

(8) يمكن الإطلاع على ملخص لإعادة النظر الاتحادية في الولايات المتحدة (التي يتولاها مكتب المساءلة الحكومي في الولايات المتحدة، حيث لا تُمنح تعويضات إنتصافية عن "أضرار إفتراضية" (مثلا الأرباح المفقودة، بشكل عام) في الإصدار الثامن من الدليل الوصفي: "Bid Protests at GAO: a Descriptive Guide", 8th ed., 2006، وهو متاح في الموقع <http://www.gao.gov/decisions/bidpro/bid/d06797sp.pdf>، وعلى تقارير القضايا المنشورة في الموقع <http://www.gao.gov/legal/bidprotest.html>.

٥٤ - قد يود الفريق العامل، على ضوء السجل التاريخي لصياغة الأحكام، وصيغة الصكوك الدولية السارية وتفسيرها غير الموحد أحيانا، أن ينظر في أفضل طريقة لتنفيذ قراراته المحددة في الفقرة ٣٩ أعلاه. وسيتمثل أحد الخيارات في استخدام مصطلح أمرى لمنع التعويض عن أضرار من قبيل الأرباح المفقودة في سياق القانون النموذجي، بينما سيتمثل خيار آخر في المحافظة على النهج الأكثر مرونة في صكي منظمة التجارة العالمية، ولو أنه مثير للجدل. وقد يرغب الفريق في توفير مزيد من الإرشادات، حسيما يراه مناسباً، بشأن الموضوع في الدليل المنقح، متناولا بعض الأمور مثل ضمان نظام فعال للتعويضات الانتصافية، والتوازن بين شتى أنواع الإعانة، والمسائل الخاصة الناشئة مع إلغاء العقود المبرمة، والاعتبارات المختلفة التي يمكن أن تسري على تدابير الانتصاف إدارية أكثر مما تسري على القضائية (بما فيها مخاطر إساءة الاستعمال المحتملة إذا جعلت النظم الإدارية سلطة صنع القرار، وخاصة سلطة منح التعويضات الانتصافية، في أيدي هيئة صغيرة أو في أيدي بضعة أفراد).

دال - الأحكام بشأن بعض تدابير الانتصاف الأخرى (المادة ٥٤ (٣) (أ)) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومشروع المادة ٥٨ (٥) (أ) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي

٥٥ - استمع الفريق العامل، في دورته الخامسة عشرة، إلى اقتراح مفاده أن الفقرة (٥) (أ) من مشروع المادة ٦٠ (مشروع المادة ٥٨ من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي) ينبغي إدراجها في ديباجة الفقرة. والفقرة ذات الصلة تسجل إعلان هيئة إدارية مستقلة للقواعد أو المبادئ القانونية التي تحكم موضوع الشكوى كأحد تدابير التعويضات، التي يمكن أن تمنحها الهيئة الإدارية المستقلة. وشرح أن التدبير المذكور لا يمكن اعتباره تعويضا، بل ينبغي اعتباره بالأحرى خطوة طبيعية في عملية إعادة النظر. وطلب الفريق العامل من الأمانة أن تبحث في السجل التاريخي لصياغة الأحكام، وقرر تأجيل النظر في الاقتراح إلى ما بعد النظر في استنتاجات الأمانة (الوثيقة A/CN.9/668، الفقرة ٢٦٤).

٥٦ - ووردت الصيغة المعنية، ومكانها في الفقرة، ضمن صياغة الأمانة للمشروع الأول للأحكام بشأن إعادة النظر الإدارية، وظلت كما هي طوال التفاوض على نص ١٩٩٤. ولم يُعرب عن شواغل إزاء محتواها أو مكانها. وأبدي التعليق العام في الدورة العاشرة للفريق العامل المعني بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد بأن تدابير الانتصاف المذكورة في الفقرة ذات الصلة ستتاح لمقدم العطاء بحسب طبيعة المطالبة المقدمة منه (الوثيقة A/CN.9/315، الفقرة ١٢١).

- ٥٧- وقد يحدث أن يقدم المورد أو المفاوض المتظلم شكوى إلى هيئة إدارية مستقلة يشكو فيها من قيام الجهة المشترية بتطبيق قواعد أو مبادئ قانونية غير صحيحة على موضوع شكواه (مثلاً، إذا قدم إلى الهيئة الإدارية استئنافاً بخصوص القرار الذي اتخذته الجهة المشترية بموجب المادة ٥٣ من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤). ففي هذه الحالة، ستمنح الهيئة الإدارية التعويض الانتصافي بموجب المادة ٥٤ (٣) (أ) من نص ١٩٩٤.
- ٥٨- وقد يودّ الفريق العامل، على ضوء هذا التفسير، أن ينظر في ما إذا يمكن أن يكون من المفيد إبقاء صياغة الفقرة ومكانها على النحو الوارد في نص ١٩٩٤.

هاء- الاستثناءات من الإفشاء (المادتان ١١ (٣) (أ) و ٥٥ (٣) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ ومشاريع المواد ١٩ (٢) (ب) و ٢٢ (٤) (أ) و ٥٩ (٣) - (٥) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي)

- ٥٩- استمع الفريق العامل، في دورته الخامسة عشرة، إلى اقتراح مفاده أن الاستثناءات من الإفشاء في الفقرة (٢) (ب) من مشروع المادة ١٩ جاءت بصيغة معمّمة بشكل واسع يمكن أن يمنع الشفافية، ولذلك ينبغي إعادة صياغتها للإشارة إلى المعلومات السرية فقط. واتفق الفريق على النظر في إمكانية تنقيح الصياغة في دورة في المستقبل (الوثيقة A/CN.9/668، الفقرة ١٣١).
- ٦٠- وكما أُشير في تلك الدورة، فإن الاستثناءات من الإفشاء في الفقرة (٢) (ب) من مشروع المادة ١٩ ترتبط بمشروع المادة ٢٢ (٤) (أ) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي (المادة بشأن سجل إجراءات الاشتراء؛ المادة ١١ (٣) (أ) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤)، التي أُخذت منها الصيغة ذات الصلة (الوثيقة A/CN.9/668، الفقرة ١٣٠). وتجدر الإشارة إلى أن الاستثناءات من الإفشاء ترد أيضاً في المادة ٣٤ (٨) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ (مشروع المادة ٣١ (٨) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي) التي تنص على ما يلي:

"(٨) لا يجوز إفشاء المعلومات المتعلقة بفحص العطاءات وإيضاحها وتقييمها ومضاهاتها للموردين أو المقاولين أو لأي شخص آخر لا يشارك رسمياً في فحص العطاءات أو تقييمها أو مضاهاتها أو في البت بشأن العطاء الذي ينبغي قبوله، باستثناء ما هو منصوص عليه في المادة ١١."

٦١- وبمخت الأمانة في سجل صياغة المادتين ١١ (٣) (أ) و٣٤ (٨) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤، وفحصت الأحكام ذات الصلة في الصكوك الدولية السارية. وترد استنتاجاتها أدناه.

السجل التاريخي لصياغة الأحكام

٦٢- جاء في صياغة المشروع الأول للأحكام بشأن سجل إجراءات الاشتراء أنه "لا تُفشى أي معلومات يكون إفشاؤها مخالفا لأي قانون في [هذه الدولة] فيما يتعلق بالسرية" (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.24، مشروع المادة ٣٣ (٢)). وعندما كان هذا المشروع معروضا على الفريق العامل المعني بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد، اتفق على أنه ينبغي توسيع نطاق السرية مع النص على "ألا تُفشى أية معلومات إذا كان إفشاؤها مخالفا للقانون، أو يعوق إنفاذ القانون، أو ليس في الصالح العام، أو يضرّ بالمصالح التجارية المشروعة للأطراف، أو يمنع المنافسة العادلة." وأُبدت معارضة معينة لهذه الصياغة على أساس أن نطاق الإفشاء يمكن تقييده بشدة الدول التي ستقوم باعتماد قوانين تجعل مختلف جوانب إجراءات الاشتراء سرية (الوثيقة A/CN.9/331، الفقرة ٢١٠). ولكن، اتفق في دورات لاحقة على إبقاء جميع هذه القيود على الإفشاء، ولكن مع إضافة في القانون النموذجي تنص على أنه يجوز الإفشاء في تلك الحالات بأمر محكمة مختصة ورهنا بشروط أمر المحكمة (الوثيقة A/CN.9/356، الفقرة ٨٠).

٦٣- وكان المشروع الأول الذي أعدته الأمانة لما أصبح فيما بعد نص المادة ٣٤ (٨) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤، هو النص الحالي نفسه من حيث الجوهر (الوثيقة A/CN.9/WG.V/WP.24، مشروع المادة ٢٨ (٩)). وعندما نظر الفريق العامل المعني بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد في المشروع، اتفق بشكل عام على عدم إفشاء المعلومات المتعلقة بفحص العطاءات وإيضاحها وتقييمها ومقارنتها، إلا على نحو ما ورد في المادة بشأن سجل إجراءات الاشتراء. ودُكرت إشارة صريحة في هذا السياق إلى إمكانية الحصول على أمر محكمة مختصة بشأن إفشاء المعلومات المعنية (الوثيقة A/CN.9/331، الفقرة ٢١١، والوثيقة A/CN.9/356، الفقرة ٨٠). وبالتالي، اعتمد الفريق العامل في نهاية المطاف الصيغة الأصلية المقترحة في المشروع الأول الذي أعدته الأمانة، مع تعديلات معينة في الصياغة. ولم يُعرب عن أي شواغل إزاء الصياغة أثناء اعتماد نص القانون النموذجي في اللجنة.

الأحكام ذات الصلة في الصكوك الدولية السارية

٦٤- كما لوحظ في دورة الفريق العامل الخامسة عشرة (الوثيقة A/CN.9/668)، الفقرة (١٣١)، فإن الصياغة المعنية التي استُخدمت في القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ وكُرِّرت في الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي، مماثلة للصياغة المتعلقة بالموضوع نفسه في صكي منظمة التجارة العالمية والتوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي. ويبيّن الجدول التالي الأحكام ذات الصلة من هذه الصكوك لتيسير الرجوع إليها:

التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي	اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح لمنظمة التجارة العالمية (٢٠٠٦)	الاتفاق المتعلق بالاشتراء الحكومي لمنظمة التجارة العالمية (١٩٩٤)
<p>المادة ٣٥ الإشعارات ... ٤ - ... يجوز أن تُحجب عن النشر معلومات معينة بشأن إرساء عقد الاشتراء أو إبرام الاتفاق الإطاري، إذا كان نشر تلك المعلومات سيعرقل إنفاذ القانون أو سيتعارض مع المصلحة العامة، أو سيضر بالمصالح التجارية المشروعة للمؤسسات الاقتصادية، عمومية أو خصوصية، أو يمكن أن يضر بالمنافسة العادلة بين المتنافسين.</p>	<p>المادة السابعة عشرة إفشاء المعلومات ... عدم إفشاء المعلومات ٢- على الرغم من أي حكم آخر في هذا الاتفاق، يجوز لطرف، وجهاته المشتريّة كذلك، عدم توفير معلومات لمورد معين إذا كان توفيرها سيضر بالمنافسة العادلة بين الموردّين. ٣- يجب عدم تفسير أي شئ في هذا الاتفاق بأنه يتطلب من طرف، بما في ذلك جهاته المشتريّة وسلطاته وهيئاته المعنية بإعادة النظر، إفشاء معلومات سرية بموجب هذا الاتفاق، إذا كان إفشاؤها:</p>	<p>المادة الثامنة عشرة المعلومات وإعادة النظر فيما يتعلق بالالتزامات والكيانات ... ٤- بيد أن الكيانات يمكن أن تقرر عدم إفشاء بعض المعلومات بشأن إرساء عقد الاشتراء، على نحو ما ورد في الفقرتين ١ و ٢ (ج)، إذا كان إفشاؤها يعرقل إنفاذ القانون أو يتعارض مع المصلحة العامة، أو يضر بالمصلحة التجارية لشركات معينة، عمومية أو خصوصية، أو ينتقص من المنافسة العادلة بين الموردّين.</p>
<p>المادة ٤١ إعلام المرشحين ومقدّمي العطاءات ١- تقوم السلطات المتعاقدة بإعلام المرشحين ومقدّمي العطاءات في أقرب وقت ممكن بالقرارات التي تم التوصل إليها فيما يتعلق بإبرام الاتفاق الإطاري، أو إرساء عقد الاشتراء، أو السماح بالدخول في نظام اشتراء دينامي، بما في ذلك الأسس لأي قرار يقضي بعدم إبرام اتفاق إطاري أو إرساء عقد اشتراء وُجّهت بخصوصه دعوة إلى المنافسة أو إعادة استهلال الإجراء أو تنفيذ نظام اشتراء دينامي؛ يتم توفير تلك المعلومات مكتوبة للسلطات المتعاقدة عند الطلب.</p>	<p>المادة التاسعة عشرة المعلومات وإعادة النظر فيما يتعلق بالتزامات الأطراف ... ٢- يجوز لحكومة مقدّم العطاء غير الفائز، الطرف في هذا الاتفاق، أن تسعى، دون المساس بأحكام المادة الثانية والعشرين، إلى معلومات إضافية بشأن إرساء العقد التجاري إذا كانت ضرورية لضمان أن الاشتراء تم بطريقة عادلة ونزيهة دون تحييز. ولهذا الغاية يتعين على الحكومة المشتريّة توفير معلومات عن الخصائص والمزايا النسبية للعطاء الفائز وسعر عقد الاشتراء. وهذه المعلومات الأخيرة يجوز عادة أن تفسّحها حكومة مقدّم العطاء غير الفائز، إذا مارست هذا الحق بحذر. أما في الحالات التي يمكن فيها أن يضر إفشاء هذه المعلومات بالمنافسة في عطاءات أخرى في المستقبل، فلا يجوز إفشاؤها إلا بالتشاور والاتفاق مع الطرف الذي وفّر المعلومات لحكومة مقدّم العطاء غير الفائز.</p>	

التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي	اتفاق الاشتراء الحكومي المنقح لمنظمة التجارة العالمية (٢٠٠٦)	الاتفاق المتعلق بالاشتراء الحكومي لمنظمة التجارة العالمية (١٩٩٤)
<p>...</p> <p>١- بيد أن السلطات المتعاقدة يمكن أن تقرر حجب معلومات معينة مشار إليها في الفقرة ١، بخصوص إرساء عقد الاشتراء، أو إبرام الاتفاق الإطاري، أو السماح بالدخول في نظام اشتراء دينامي، إذا كان نشر تلك المعلومات سيعرقل إنفاذ القانون، أو سيتعارض مع المصلحة العامة، أو سيضر بالمصالح التجارية المشروعة لمؤسسات اقتصادية عمومية أو خصوصية، أو سيضر بالمنافسة العادلة بين المنافسين.</p> <p>المادة ٦٩</p> <p>الإشعارات</p> <p>٢- ...</p> <p>لا ينبغي نشر المعلومات بشأن نتيجة المسابقة، إذا كان نشرها سيعرقل إنفاذ القانون، أو سيضر بالمصلحة العامة، أو سيضر بالمصالح التجارية المشروعة لمؤسسة معينة، عمومية أو خصوصية، أو يمكن أن يضر بالمنافسة العادلة بين موفري الخدمات.</p>		

خيارات مقدّمة لينظر فيها الفريق العامل

٦٥- قد يعتبر الفريق العامل أن الشواغل التي أُثِّرت فيما يتعلق بالأحكام قد نظر فيها القائمون بصياغة القانون النموذجي لعام ١٩٩٤، وأنهم مع ذلك فضلوا استخدام الصياغة الراهنة، وأن هذه الصياغة مواءمة مع الأحكام ذات الصلة في الصكوك الدولية السارية.

٦٦- وقد يودّ الفريق العامل، فضلا عن ذلك، أن يعتبر أنه، أيا كانت الصياغة المعتمدة فيما يخص القيود على الإفشاء، ينبغي مواءمة أحكام القانون النموذجي المنقح حيثما وردت الأحكام المتصلة بتلك القيود. وإلى جانب الأحكام بشأن سجل إجراءات الاشتراء، وفحص

العطاءات وتقييمها ومقارنتها، وقبول العطاء الفائز (أحكام التجميد)، فإن الأحكام الأخرى في الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي ستتبع صياغة المادة ١١ (٣) (أ) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ في وضع الاستثناءات من الإفشاء (مثلا، مشروع المادة ٥٩، المستند إلى المادة ٥٥ من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤، التي أُخضعت لتنقيح إضافي وفقا لمداوولات الفريق العامل في دورته الخامسة عشرة (بالتحديد، الاتفاق على إضافة الأحكام بشأن الاستثناءات من الإفشاء؛ انظر A/CN.9/668، الفقرة ٢٦٧)).

٦٧- وفضلا عن ذلك، قد يرغب الفريق العامل في ضمان الاتساق الداخلي بين جميع الأحكام ذات الصلة، مثل الأحكام بشأن القيود على إفشاء المعلومات المتعلقة بفحص العطاءات وإيضاحها وتقييمها ومقارنتها في المادة ٣٤ (٨) من القانون النموذجي لعام ١٩٩٤ (مشروع المادة ٣١ (٨) من الصيغة المنقحة المقترحة للقانون النموذجي).