FILE COPY

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT
please return to room .....

الأمم المتحدة

الجمعيّة العامة

Distr.
LIMITED

A/CN.9/WG.V/WP.27
11 July 1990
ARABIC
ORIGINAL: ENGLISH

لجنة الأمم المتحدة للقانون
التجاري الدولي
الفريق العامل المعني بالنظام
الاقتصادي الدولي الجديد
الدورة الثانية عشرة
فيينا ، ٨ ـ ١٩ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٠

الاشتراء

اعادة النظر في تصرفات وقرارات الجهة المشترية وفي الاجراءات التي تتبعها بموجب القانون النموذجي للاشتراء

تقرير من الأمين العام

المحتويات

الصفحة

اعادة النظر في تصرفات وقرارات الجهة المشترية وفي الاجراءات التي تتبعها بموجب القانون النموذجي للاشتراء ٣

المرفق الأول - مشاريع أحكام بشأن اعادة النظر لغرض القانون النموذجي للاشتراء ٧

الفصل الرابع ـ اعادة النظر ٧

المادة ٣٦ ـ الحق في التماس اعادة النظر ٧

المحتويات (تابع)

الصفحة

المادة ٣٧ ـ اعادة النظر من جانب الجهة المشترية أو السلطة المصدقة ٩

المادة ٣٨ ـ اعادة النظر الادارية ١٣

المادة ٣٩ ـ قواعد معينة تسري على اجراءات اعادة النظر بموجب المادة ٣٧ [والمادة ٣٨] ... ١٧

المادة ٤٠ ـ اعادة النظر القضائية ١٩

المادة ٤١ ـ ايقاف اجراءات الاشتراء [وايقاف تنفيذ عقد الاشتراء] ٢١

المادة ٤٢ ـ المسؤولية التأديبية أو الادارية أو الجنائية للجهة المشترية ٢٢

المرفق الثاني- مشروع توصية يتوخى أن تعتمدها اللجنة لدى اعتمادها القانون النموذجي للاشتراء ٢٣

اعادة النظر في تصرفات وقرارات الجهة المشترية وفي الاجراءات التي تتبعها بموجب القانون النموذجي للاشتراء

١ - أعدت هذه الوثيقة تلبية لطلب الفريق العامل في دورته الحادية عشرة (٥ - ١٦ شباط/فبراير ١٩٩٠) ، أن تعد الامانة العامة مشروع أحكام تتناول اعادة النظر في تصرفات وقرارات الجهة المشترية وفي الاجراءات التي تتبعها ، لكي تقدمها الى الفريق العامل في دورته الثانية عشرة (A/CN.9/331 ، الفقرة ٢٢٢) . (سيشار الى التصرفات والقرارات والاجراءات فيما يلي بكلمة "تصرفات" .)

٢ - توجد في معظم الدول آليات واجراءات لاعادة النظر في تصرفات الأجهزة الادارية وغيرها من الهيئات العامة . وقد أنشئت في بعض الدول آليات واجراءات لاعادة النظر ، على وجه التحديد ، في المنازعات الناشئة في اطار عمليات الاشتراء التي تقوم بها تلك الأجهزة والهيئات . وفي دول أخرى ، يجري تناول تلك المنازعات وفقا للآليات والاجراءات العامة لاعادة النظر في التصرفات الادارية .

٣ - ومن الجوانب الهامة لاجراءات اعادة النظر - مثل جهة الاختصاص التي يمكن أن يطلب منها اعادة النظر وتوفير سبل الانتصاف - ما يتصل بجوانب مفاهيمية وهيكلية أساسية للنظام القانوني ونظام الادارة الحكومية في كل بلد من البلدان . وتنص نظم قانونية عديدة على اعادة النظر في تصرفات الأجهزة الادارية وغيرها من الهيئات العامة أمام هيئة ادارية تمارس سلطة أو رقابة عليا على الجهاز أو الهيئة (سيشار الى هذا النوع من اعادة النظر فيما يلي بعبارة : "اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا") . غير أن اعادة النظر الادارية هذه ليست سمة من سمات نظم قانونية أخرى . وفي النظم القانونية التي تنص على اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا ، تتوقف مسألة تحديد الهيئة أو الهيئات التي يعهد اليها بممارسة تلك الوظيفة بخصوص تصرفات أجهزة أو هيئات بعينها ، الى حد كبير على بنية الادارة الحكومية . ففي سياق الاشتراء مثلا ، تنص بعض الدول على أن تتولى اعادة النظر هيئة تمارس اشرافا ومراقبة شاملين على الاشتراء في الدولة (كأن تكون هيئة مركزية للمناقصات) ؛ وفي دول أخرى ، تتولى مهمة اعادة النظر الهيئة التي تمارس مراقبة واشرافا ماليين على العمليات التي تجريها الحكومة والادارة العامة . وتنص بعض الدول على أن يتولى رئيس الدولة أمر اعادة النظر في حالات معينة .

٤ - وفي بعض الدول ، تتولى مهمة اعادة النظر فيما يتصل بأنواع معينة من الحالات التي تخص أجهزة ادارية أو هيئات عامة أخرى ، هيئات ادارية متخصصة مستقلة يشار الى اختصاصها أحيانا بأنه "شبه قضائي" . غير أن تلك الهيئات لا تعتبر محاكم تندرج في اطار النظام القضائي .

٥ - وتنص نظم قانونية عديدة على اعادة النظر القضائية في تصرفات الأجهزة الادارية والهيئات العامة . وفي عدد من تلك النظم القانونية يُنص على اعادة النظر القضائية علاوة على اعادة النظر الادارية ، بينما لا تنص نظم أخرى الا على اعادة النظر القضائية . وهناك من النظم القانونية ما لا ينص الا على اعادة النظر الادارية دون اعادة النظر القضائية . وفي بعض النظم القانونية التي تنص على كل من اعادة النظر الادارية واعادة النظر القضائية ، لا يجوز التماس اعادة النظر القضائية الا بعد استنفاد امكانات اعادة النظر الادارية ؛ وهناك نظم أخرى تتيح الاختيار بين كلتا وسيلتي اعادة النظر .

٦ - وفي بعض النظم القانونية التي تنص على اعادة النظر القضائية ، توجد اختلافات كبيرة فيما يتعلق بطبيعة المحاكم التي لها صلاحية اعادة النظر في تصرفات الأجهزة الادارية والهيئات العامة . ففي بعض البلدان ، يوجد نظام منفصل للمحاكم الادارية يتولى اعادة النظر في تلك التصرفات . وفي بلدان أخرى ، يعهد بمهمة اعادة النظر في تلك التصرفات الى المحاكم في اطار نظام قضائي موحد . وتتمتع المحاكم في بعض هذه البلدان الأخيرة بسلطة قضائية عامة ، بينما تشكل المحاكم في بلدان أخرى منها قسما قائما بذاته من نظام قضائي موحد . كما أن هناك بلدانا أخرى توزع فيها مهمة اعادة النظر في تصرفات الأجهزة الادارية والهيئات العامة بين المحاكم الادارية والمحاكم المدنية .

٧ - وتختلف باختلاف النظم القانونية أنواع سبل الانتصاف التي يمكن منحها من التصرفات غير المشروعة التي يأتيها جهاز اداري أو هيئة عامة . ومن بين سبل الانتصاف التي يمكن أن تمنحها هيئات ادارية عليا في كثير من النظم القانونية ، الغاء التصرف موضوع الشكوى أو تعديله . وفي نظم قانونية أخرى ، لا يجوز للهيئة الادارية الغاء التصرف أو تعديله ، ولكنها تستطيع منح أنواع أخرى من سبل الانتصاف .

٨ - وفي كثير من النظم القانونية ، ترتبط طبيعة سبل الانتصاف القضائي التي يمكن أن تمنحها المحاكم بطبيعة الاجراء القانوني الذي بدأ في المحكمة أو باختصاص تلك المحكمة . ففي بعض النظم مثلا ، وبالنسبة الى فئة معينة من الاجراءات القانونية ، لا تستطيع المحكمة الا أن تلغي التصرف موضع الشكوى ، فلا يجوز لها مثلا أن تعدل التصرف أو أن تمنح تعويضات عن الضرر ؛ غير أنه يجوز لها ، بالنسبة الى فئة أخرى من الاجراءات القانونية ، أن تمنح تعويضات أو أنواعا أخرى من سبل الانتصاف . وفي نظم قانونية أخرى ، قد تكون للمحكمة صلاحية الغاء أو تعديل تصرفات ارتأت أنها مخلة بالقانون ، ولكنها لا تملك صلاحية اصدار أمر الى جهاز اداري أو الى هيئة عامة بأن تتصرف وفقا للقانون أو بأن تمتنع عن اتيان تصرف مخالف للقانون . وبالاضافة الى ذلك ، تختلف الأسس التي تستند اليها المحاكم لمنح أنواع معينة من سبل الانتصاف باختلاف النظم القانونية ، وهي تتوقف على القانون الموضوعي في كل نظام .

٩ - ونظرا لان اجراءات اعادة النظر في التصرفات والقرارات والاجراءات المتصلة بالاشتراء تشمل جوانب مفاهيمية وهيكلية أساسية للنظم القانونية ونظم الادارة الحكومية ، ونظرا للاختلاف الواسع بين البلدان فيما يتصل بتلك الجوانب ، فان من الصعب صوغ أحكام بشأن آليات واجراءات لاعادة النظر يمكن تطبيقها على جميع الأوضاع . ويجب عند صوغ أي من تلك الاحكام تجنب المساس بتلك الجوانب الاساسية نظرا لانه من غير الواقعي أن ينتظر من البلدان أن تعتمد أحكاما تتعارض مع تلك الجوانب الاساسية ، أو أن تكيّف نظمها القانونية أو الادارية لتتمشى مع القانون النموذجي . وعلى ذلك يجب أن تكون الاحكام أكثر اتساما بالطابع الهيكلي وأن تتضمن عددا من البدائل أكثر مما هو الحال في التشريع الموحد في مجالات لا تنشأ فيها الصعوبات سالفة الذكر ويمكن بصددها تحقيق قدر أكبر من التنسيق أو التوحيد .

١٠ - وعلى ضوء الاعتبارات السابقة ، تقترح الامانة العامة ثلاثة نهوج يمكن أن ينظر فيها الفريق العامل بصدد تناول مسألة اجراءات اعادة النظر . ويتمثل النهج الممكن الاول في اعداد أحكام بقصد أن تعتمدها دولة منفذة كجزء لا يتجزأ من القانون النموذجي للاشتراء . وعلى الرغم من أنه سوف يتعين مراعاة أن تكون الاحكام هيكلية ، فلن يكون هذا النهج بالضرورة غريبا أو ممجوجا . ومن بين القوانين الوطنية للاشتراء التي نظرت فيها الامانة العامة ما يعالج مسألة اعادة النظر بطريقة جد أساسية ، مع ترك تفاصيل الجوانب الموضوعية والاجرائية المتصلة بعملية اعادة النظر لتنظمها قوانين ولوائح تنظيمية وممارسات أخرى سارية في البلد المعني . وهناك بعض قوانين الاشتراء الوطنية التي تكتفي بأن تمنح جهازا اداريا معينا صلاحية النظر في المنازعات المتعلقة بالمخالفات التي ترتكب في اجراءات الاشتراء . وبناء على هذا النهج الاول ، أعدت الامانة العامة وأدرجت في المرفق الاول لهذه الوثيقة مشاريع أحكام بشأن اعادة النظر يمكن ادراجها في القانون النموذجي للاشتراء ، وأدرجت معها تعليقات عليها .

١١ - أما النهج الممكن الثاني ، فيتمثل في اعداد أحكام بشأن اعادة النظر ولكن بقصد اعطائها وظيفة تختلف عن وظيفة مجموعة المواد الرئيسية للقانون النموذجي للاشتراء ، بحيث توفر مجموعة المواد الرئيسية هذه اطارا قانونيا موحدا شاملا لاجراءات الاشتراء (رهنا باستكمالها بقواعد تنظيمية للاشتراء في الدولة المنفذة) . وسوف ينتظر من الدولة المنفذة أن تنفذها دون تغيير أو مع تغييرات طفيفة تقتضيها تلبية احتياجات هامة خاصة بالدولة المنفذة . وخلافا لذلك ، سيكون المقصود بالاحكام المتعلقة باعادة النظر أن تكون بمثابة دليل تسترشد به الدول المنفذة لدى تقييمها كفاية وفعالية آلياتها واجراءاتها المتصلة باعادة النظر في تصرفات وقرارات واجراءات الاشتراء . وسوف تتضمن الاحكام كل العناصر التي تعتبرها اللجنة مكونات أساسية لوسيلة كافية وفعالة لاعادة النظر . ويمكن أن تقدم تلك الاحكام فضلا عن ذلك قدرا من التوجيه التشريعي الى الدول التي تجد أن آلياتها واجراءاتها لاعادة النظر تفتقر الى بعض العناصر الاساسية . ويمكن اعتبار أن أحكاما تصاغ على النحو الوارد

في المرفق الأول لهذه الوثيقة ، مصحوبة أو غير مصحوبة بتعليق ، بوسعها أن تؤدي هذه الوظيفة . وعند اعتماد القانون النموذجي للاشتراء ، تستطيع اللجنة الاعراب بوضوح عن اختلاف مقصدها بصدد مجموعة المواد الرئيسية للقانون النموذجي من ناحية وبصدد الأحكام الخاصة باعادة النظر من ناحية أخرى ، وأن تشجع بشدة الدول المنفذة على أن تكفل كفاية وفعالية آلياتها واجراءاتها المتصلة باعادة النظر ، مع الاسترشاد في ذلك بالأحكام الخاصة باعادة النظر الواردة في القانون النموذجي .

١٢ - وبمقتضى النهج الممكن الثالث ، لن يحتوي القانون النموذجي للاشتراء على أحكام ذات طابع تشريعي بشأن اعادة النظر ؛ بل سيكون اعتماد هذا القانون النموذجي من جانب اللجنة مصحوبا باعراب اللجنة عن ضرورة توفير وسيلة فعالة لاعادة النظر ، وسيتضمن كذلك نصا يصاغ على شكل توصية موجهة الى الدول ويورد العناصر التي تعتبرها اللجنة جوهرية في هذا الخصوص . وترد في المرفق الثاني من هذه الوثيقة صيغة ممكنة لنص تلك التوصية .

١٣ - وقد وضعت تلك الصيغة الواردة في المرفق الثاني على غرار توجيه اعتمده مجلس الاتحادات الأوروبية يتناول موضوع اعادة النظر في الحالات التي تشملها توجيهات المجلس المذكور بشأن منح عقود التوريد العامة وعقود الأشغال العامة (التوجيه الصادر عن المجلس في ٢١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٩ بشأن تنسيق القوانين واللوائح التنظيمية والأحكام الادارية المتعلقة بتطبيق اجراءات اعادة النظر على منح عقود التوريد العامة وعقود الأشغال العامة (89/665/EEC) ، المشار اليه فيما يلي بعبارة "توجيه مجلس الاتحادات الأوروبية بشأن اعادة النظر") . ويجب على الدول الأعضاء في المجلس المذكور تنفيذ هذا التوجيه ، كل منها في اطار النظام القانوني الخاص بها ، في موعد غايته ١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩١ (المادة ٥ من توجيه مجلس الاتحادات الأوروبية بشأن اعادة النظر) .

١٤ - واذا اعتمد أي من النهجين الثاني (الفقرة ١١ أعلاه) أو الثالث (الفقرة ١٢ أعلاه) ، فقد ترغب اللجنة في أن تنظر في الوقت المناسب فيما اذا كان ينبغي لها أن تعد أحكاما شاملة بشأن اعادة النظر ، في صياغة تلائم نظما قانونية مختلفة . وقد يقتضي ذلك مثلا اعداد عدة مجموعات من الأحكام ، كل مجموعة منها مواءمة للظروف الخاصة لنوع من الأنواع الرئيسية من النظم القانونية في العالم . أو قد يتطلب تقديم المساعدة التقنية بناء على طلبها ، مباشرة الى دولة ما لمعاونتها على اعداد أحكام بشأن اعادة النظر تكون مصممة بحيث تلائم الظروف التي تنفرد بها تلك الدولة . وقد ترغب اللجنة أيضا في النظر في الوسائل الممكنة لتقديم المساعدة التقنية للدول الطالبة في وضع لوائح تنظيمية للاشتراء تلحق بالقانون النموذجي للاشتراء . والأمانة العامة اذ تطرح الاحتمالات السالفة الذكر لا تتوقع بالضرورة من الفريق العامل أن يبادر الى اتخاذ اجراء بشأنها في الوقت الحاضر .

المرفق الاول

مشاريع أحكام بشأن اعادة النظر
لغرض القانون النموذجي للاشتراء

* * *

الفصل الرابع - اعادة النظر

* * *

التعليق

[ملاحظة الفريق العامل : المصادر : A/CN.9/WG.V/WP.22 ، الفقرات ٢١٤ - ٢١٨ ؛ A/CN.9/315 ، الفقرة ١١٤ . يحتوي التعليق على ملاحظات وضعت داخل أقواس معقوفة ، وسمية "ملاحظات الفريق العامل" ، ويقصد بها اعلام الفريق العامل وارشاده عند النظر في مشاريع الاحكام هذه . ولكنها لن تدرج في الصيغة النهائية للتعليق على القانون النموذجي .]

ان وجود وسيلة فعالة لاعادة النظر في تصرفات الجهة المشترية وقراراتها ، وفي الاجراءات التي تتبعها ، أمر أساسي للاحتراس من سوء تطبيق القانون النموذجي للاشتراء أو اللوائح التنظيمية للاشتراء ، ولضمان قيام نظام الاشتراء بوظيفته على نحو سليم ، ولتعزيز الثقة بذلك النظام . ويعرض هذا الفصل أحكاما تنشىء الحق في التماس اعادة النظر ، وأحكاما تنظم ممارسة هذا الحق . وتيسيرا لتقبل هذه الاحكام في الاطر المفاهيمية والبنيوية الشديدة التباين والتي تندرج فيها النظم القانونية المطبقة في جميع أنحاء العالم ، لم تعالج سوى السمات الاساسية للحق في التماس اعادة النظر ولممارسته .أما اللوائح التنظيمية للاشتراء التي ينتظر أن تصوغها دولة منفذة لهذه الاحكام ، فقد تشتمل على قواعد أكثر تفصيلا بشأن مسائل لا يتناولها القانون النموذجي للاشتراء ولا تعرض لها قواعد قانونية أخرى في تلك الدولة . وفي بعض الحالات ، صيغت نهوج بديلة في معالجة مسائل معينة ووضعت داخل أقواس معقوفة ؛ وينبغي للدولة المنفذة أن تختار الصيغة التي تراها أنسب الصيغ لها .

* * *

المادة ٣٦ - الحق في التماس اعادة النظر

يجوز لاي شخص طبيعي أو اعتباري ، أيا كانت جنسيته ، من مصلحته

الحصول على عقد اشتراء ينشأ أو يرتقب أن ينشأ عن اجراءات اشتراء يشملها هذا القانون ، ويدعي بأنه يتكبد ضررا من جراء تصرف أو قرار غير مشروع من جانب الجهة المشترية أو اجراء اتبعته تلك الجهة فيما يتعلق باجراءات الاشتراء هذه ، أو بأنه معرض لتكبد مثل ذلك الضرر أو بأنه قد تكبده ، أن يلتمس اعادة النظر في ذلك التصرف أو القرار أو الاجراء وفقا للمواد من ٣٧ الى [٤٢] في أي مرحلة من مراحل اجراءات الاشتراء أو بعد الانتهاء من اجراءات الاشتراء .

* * *

التعليق

١ - بموجب هذه المادة ، يجوز أن يلتمس اعادة النظر أي شخص "من مصلحته الحصول على عقد اشتراء ... ويدعي بأنه يتكبد ضررا ... أو بأنه معرض لتكبد مثل ذلك الضرر أو بأنه قد تكبده" . فالحق في التماس اعادة النظر لا يعود ، اذن ، الى المقاولين والموردين المشتركين في اجراءات الاشتراء وحدهم ، بل يعود أيضا الى الاشخاص الذين لم يشتركوا فيها ، مثل المقاولين والموردين الذين استبعدوا بدون وجه حق من الاشتراك في اجراءات الاشتراء . ولكن المادة لا تتناول طبيعة أو درجة المصلحة أو الضرر التي يلزم توافرها لكي يكون في مقدور الشخص التماس اعادة النظر ، كما لا تتناول مسائل أخرى تتعلق بأهلية الشخص لالتماس اعادة النظر ؛ اذ تركت تلك المسائل لكي تسوّى وفقا للقواعد القانونية ذات الصلة بالموضوع في كل دولة منفذة .

[ملاحظة الفريق العامل : من بين المسائل التي قد يترك أمر تناولها للقواعد الاخرى في كل دولة منفذة ، ما اذا كان الحق في اعادة النظر مقصورا على الحالات التي يزعم فيها وقوع انتهاك لاحكام بعينها . ففي بعض النظم القانونية مثلا ، قد يميّز بين الاشتراطات المفروضة على الجهة المشترية والتي تستهدف علاقة هذه الجهة بالمقاولين والمورّدين ويقصد بها أن تنشىء التزامات قانونية تجاه المقاولين والمورّدين ، من ناحية ، وبين الاشتراطات الاخرى التي تعتبر مجرد اشتراطات "داخلية" تعني الادارة ولا يقصد بها أن تنشىء التزامات قانونية على الجهة المشترية تجاه المقاولين والموردين ، من ناحية أخرى . وفي تلك النظم القانونية يكون الحق في التماس اعادة النظر مقصورا على الحالات التي تخلّ فيها الجهة المشترية بالنوع الاول من الاشتراطات .]

٢ - يكون التصرف أو القرار أو الاجراء "غير مشروع" اذا لم يكن مطابقا للقانون النموذجي للاشتراء كما تنفذه الدولة المعنية ، أو للوائح التنظيمية للاشتراء ، أو لاي قاعدة قانونية سارية أخرى .

٣ - ويجوز التماس اعادة النظر في أي مرحلة من مراحل اجراءات الاشتراء أو بعد الانتهاء من اجراءات الاشتراء ، حتى اذا كان عقد الاشتراء قد دخل حيز التنفيذ ، رهنا بالمادة ٣٧ (٢) [و (٣)] ، ورهنا بأي مهل زمنية لتقديم الشكاوى منصوص عليها في اللوائح التنظيمية للاشتراء أو في أي موضع آخر من القانون الذي يسري على اجراءات اعادة النظر ، ورهنا بأي قواعد سارية في الدولة المنفذة تتعلق بالتقادم أو بمواعيد سقوط الدعاوى .[ملاحظة الفريق العامل : وضعت الاشارة الى الفقرة (٣) من المادة ٣٧ بين قوسين معقوفتين ريثما يتخذ الفريق العامل قرارا فيما اذا كان ينبغي استبقاء تلك الفقرة أم لا .]

٤ - وضعت الاشارة الى المادة ٤٢ بين قوسين معقوفتين نظرا لأن رقم تلك المادة سيتوقف على ما اذا كانت الدولة المنفذة المعنية تنص على اجراء اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا (أنظر الفقرة ١ من التعليق على المادة ٣٨) .

* * *

المادة ٣٧ - اعادة النظر من جانب الجهة المشترية أو السلطة المصدّقة

(١) [ما لم يكن عقد الاشتراء قد دخل بالفعل حيز النفاذ ،] تقدم الشكوى ، في أول الأمر ، كتابة الى رئيس الجهة المشترية . أما اذا كانت الشكوى تستند الى تصرف أتته الجهة المشترية أو قرار اتخذته أو اجراء اتبعته ، وكان ذلك التصرف أو القرار أو الاجراء قد صدقت عليه سلطة ما بناء على [هذا القانون] ، فان الشكوى تقدم بدلا من ذلك الى رئيس السلطة التي صدقت على ذلك التصرف أو القرار أو الاجراء . والاشارة في [هذا القانون] الى رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة تشمل أي شخص آخر يسميه الرئيس .

(٢) لا يقبل رئيس الجهة المشترية أو السلطة المصدقة الشكوى أو ينظر فيها ما لم تقدم في غضون [١٠] أيام من الوقت الذي أصبح فيه الشخص مقدم الشكوى على علم بالظروف الداعية الى تقديمها ، أو من الوقت الذي كان ينبغي أن يكون فيه على علم بتلك الظروف - أيهما أسبق .

[(٣) لا يقبل الشكوى رئيس الجهة المشترية أو السلطة المصدقة أو ينظر فيها أو يواصل النظر فيها بعد دخول عقد الاشتراء حيز التنفيذ .]

(٤) ما لم تسو الشكوى بالتراضي بين الشخص الذي قدمها والجهة المشترية ، فان رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة يصدر ، في غضون [٢٠] يوما من تقديم الشكوى ، قرارا مكتوبا بهذا الشأن :

(أ) يورد ذكر الاسباب التي دعت الى اصدار القرار ؛

(ب) ويبين - في حالة اقرار الشكوى كلها أو جزء منها - التدابير التصحيحية التي يزمع اتخاذها . وقد تشمل تلك التدابير دفع تعويض [عن أي تكاليف معقولة تكبدها الشخص مقدم الشكوى فيما يتصل باجراءات الاشتراء] [عن الخسارة التي تكبدها الشخص مقدم الشكوى] نتيجة لتصرف أو قرار غير مشروع من جانب الجهة المشترية أو اجراء اتبعته تلك الجهة .

(٥) واذا لم يصدر رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة قرارا بحلول الوقت المحدد في الفقرة (٤) ، فيحق للشخص مقدم الشكوى أو للجهة المشترية الشروع فورا في اتخاذ الاجراءات القانونية بموجب المادة [٣٨ أو ٤٠] . ولدى الشروع في تلك الاجراءات القانونية تنتهي صلاحية رئيس الجهة المشترية أو السلطة المصدقة لقبول الشكوى أو النظر فيها .

(٦) يكون قرار رئيس الجهة المشترية أو السلطة المصدقة نهائيا ما لم يشرع في اجراءات قانونية بموجب المادة [٣٨ أو ٤٠] .

* * *

التعليق

[ملاحظة الفريق العامل : المصادر : A/CN.9/WG.V/WP.22 ، الفقرة ٢١٩ ؛ A/CN.9/315 ، الفقرتان ١١٥ و ١١٦ . وفيما يتعلق بجهة الاختصاص التي يمكن أمامها التماس اعادة النظر ، فقد اتفق الفريق العامل في دورته العاشرة على أن القانون النموذجي للاشتراء ينبغي أن يقدم بدائل عامة الصياغة يمكن للدولة المعنية أن تختار منها ما ترغب في تنفيذه (A/CN.9/315 ، الفقرة ١١٦) .

وقد وضعت العبارة الاستهلالية من الفقرة (١) (ما لم يكن عقد الاشتراء قد دخل بالفعل حيز النفاذ) والفقرة (٣) داخل أقواس معقوفة بغية دعوة الفريق العامل الى النظر فيما اذا كان ينبغي الابقاء عل هذين النصين . والسياسة التي يستند اليها هذان النصان هي أنه ، فور دخول عقد الاشتراء حيز النفاذ ، لا توجد تدابير تصحيحية يستطيع رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة أن يستفيد من طلبها (ما عدا التعويض - أنظر الفقرة ٣ من التعليق على هذه المادة) ، الا اذا خولت له صلاحية الغاء عقد الاشتراء . وقد يرى أن منح مثل هذا المسؤول هذه الصلاحية أمر غير مألوف . وقد يرى أن الانسب تخويل محكمة ، أو هيئة ادارية عليا على الاقل ، سلطة الغاء العقد ، اذا كان لا بد من وجود تلك السلطة . والغرض من النص على أن يكون

لرئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة الحق الأول في اعادة النظر هو أساسا تمكين ذلك المسؤول من تصحيح ما هو معيب في التصرفات أو القرارات أو الاجراءات . وفور دخول عقد الاشتراء حيز النفاذ ، يكون قد فات على ذلك المسؤول أوان القيام بذلك التصحيح . واذا كان لا بد من الابقاء على نصي الحكمين الموضوعين بين أقواس معقوفة ، فستكون اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا أو اعادة النظر القضائية متاحة بشأن الشكاوى التي تنشأ بعد دخول عقد الاشتراء حيز النفاذ .]

١ - تنص هذه المادة على أن اعادة النظر تلتمس في المرحلة الأولى من رئيس الجهة المشترية أو رئيس سلطة مصدقة ، وتنص المواد اللاحقة على اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا واعادة النظر القضائية . والتماس اعادة النظر في المرحلة الأولى ، بموجب هذه المادة هو ، حسب الفقرة (١) ، شرط مسبق لاعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا أو اعادة النظر القضائية .

[ملاحظة الفريق العامل : وضعت المدة المنصوص عليها في الفقرة (٢) بين قوسين معقوفتين بغية دعوة الفريق العامل الى النظر في المدة الملائمة .]

٢ - وتترك الفقرة (٤) (ب) لرئيس الهيئة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة أمر تحديد التدابير التصحيحية التي ستكون ملائمة في كل حالة (رهنا بأي قواعد بشأن تلك المسألة ترد في لوائح الاشتراء ؛ أنظر الفقرة ٥ من التعليق على هذه المادة) . ويمكن أن تتضمن التدابير التصحيحية الممكنة ما يلي : أن يشترط على الجهة المشترية أن تنقح اجراءات الاشتراء لكي تصبح متفقة مع القانون النموذجي للاشتراء ، أو مع لوائح الاشتراء ، أو مع قاعدة قانونية أخرى سارية ، أو أن يشترط على الجهة المشترية ، اذا كان قد صدر قرار بقبول عطاء معين وتبين أنه ينبغي قبول عطاء آخر ، أن تقبل ذلك العطاء الآخر ؛ أو انهاء اجراءات الاشتراء واصدار أمر باستئناف اجراءات جديدة .

٣ - وتخول الفقرة (٤) (ب) صراحة رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدّقة الحق في اشتراط دفع تعويض الى مقدم الشكوى . وفي العادة تكون الجهة المشترية هي التي يتعين عليها دفع التعويض . غير أنه ، عندما تكون سلطة مصدّقة قد وافقت على التصرف أو القرار أو الاجراء المشتكى منه ، يجوز لرئيس تلك السلطة أن يقرر أن تلك السلطة هي التي ينبغي أن تدفع التعويض .

[ملاحظة الفريق العامل : فيما يتعلق بأنواع الخسائر التي يمكن طلب تعويض عنها ، هناك امكانيتان بديلتان مدرجتان بين أقواس معقوفة لكي ينظر فيهما الفريق العامل . فبموجب الامكانية الأولى ، يمكن اشتراط التعويض فيما يتعلق بأية تكاليف معقولة يتكبدها مقدم الشكوى فيما يتصل باجراءات الاشتراء نتيجة للتصرف أو القرار أو الاجراء المنافي للقانون . ولا تشمل تلك التكاليف الربح الناتج عن عقد الاشتراء

والذي ضاع بسبب عدم قبول العطاء أو العرض المقدم من الشاكي . وأنواع الخسائر التي يمكن دفع تعويض عنها في اطار الامكانية الثانية أوسع من الانواع التي يمكن التعويض عنها في اطار الامكانية الأولى ، ويمكن في الحالات الملائمة أن تشمل الربح الضائع . وقد جرى أثناء الدورة العاشرة للفريق العامل تناول مسألة أنواع الخسائر التي ينبغي أن تكون قابلة لدفع تعويض عنها ، ولكن لم يتخذ قرار حولها (A/CN.9/315 ، الفقرة ١٢٠) .]

٤ - وينبغي للدولة المنفذة أن تتخذ الاجراء التالي بشأن ما ورد بين أقواس معقوفة في الفقرتين (٥) و (٦) من اشارة الى المادة "٣٨ أو ٤٠" . فاذا كانت الدولة المنفذة تتيح اعادة النظر القضائية ولكن لا تتيح اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا (أنظر الفقرة ١ من التعليق على المادة ٣٨) ، فانه ينبغي أن تقتصر الاشارة على المادة التي تظهر في هذا القانون النموذجي برقم المادة ٤٠ . واذا كانت الدولة المنفذة تتيح وسيلتي اعادة النظر كلتيهما ولكن تشترط على مقدم الشكوى استنفاد حقه في اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا قبل أن يلتمس اعادة النظر القضائية ، فانه ينبغي أن تقتصر الاشارة على المادة ٣٨ . واذا كانت الدولة المنفذة تتيح اعادة النظر بنوعيهما ولكنها لا تشترط استنفاد الحق في اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا قبل التماس اعادة النظر القضائية ، فانه ينبغي أن تكون الاشارة الى "المادة ٣٨ أو المادة ٤٠" .

٥ - ويجوز للدولة المنفذة أن تدرج في لوائح الاشتراء قواعد تفصيلية بشأن اجراءات اعادة النظر بموجب هذه المادة (وعلى سبيل المثال ، بشأن حق المقاولين والموردين المشتركين في اجراءات الاشتراء ، عدا مقدم الشكوى ، في أن يشتركوا في اجراءات اعادة النظر (أنظر المادة ٣٩) ؛ وتقديم البينات ؛ وتنفيذ اجراءات اعادة النظر ؛ والتدابير التصحيحية التي يجوز لرئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة أن يشترط على الجهة المشترية اتخاذها (أنظر الفقرتين ٢ و ٣ من التعليق على المادة الحالية)) .

٦ - وينبغي أن تستهدف اجراءات اعادة النظر بموجب هذه المادة اتاحة البت السريع في الشكوى . واذا لم يكن بالوسع التصرف في الشكوى بسرعة ، فلا ينبغي للاجراءات أن تعطل ، دون ما يستوجب ذلك ، البدء في اجراءات ترمي الى اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا أو اعادة النظر القضائية . وتحقيقا لهذه الغاية ، تشترط الفقرة (٤) على رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة اصدار قرار في ظرف [٢٠] يوما من بعد تقديم الشكوى . واذا لم يصدر القرار حتى الموعد النهائي ، فان الفقرة (٥) تجيز البدء فورا بعدئذ في الاجراءات الرامية الى اعادة النظر من هيئة ادارية عليا أو اعادة النظر القضائية . [ملاحظة الفريق العامل : وضع الحد الزمني بين قوسين معقوفتين في نص الفقرة (٤) وفي الجملة السابقة بغية دعوة الفريق العامل الى النظر في طول الفترة الزمنية التي ينبغي السماح بها .]

٧ - وترد في المادة ٣٩ قواعد اضافية معينة تنطبق على اجراءات اعادة النظر بموجب هذه المادة .

* * *

المادة ٣٨ - اعادة النظر الادارية

(١) يجوز لأي شخص ما أن يقدم شكواه خطيا الى [يدرج اسم الهيئة الادارية] :

[(أ) اذا لم يكن بالوسع تقديم شكواه أو النظر فيها بموجب المادة ٣٧ بسبب دخول عقد الاشتراء حيز النفاذ ؛] أو

(ب) عملا بالفقرة (٥) من المادة ٣٧ ؛ أو

(ج) اذا ادعى الشخص أن متضرر من قرار أصدره رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدّقة بموجب المادة ٣٧ .

(٢) يجوز لـ [يدرج اسم الهيئة الادارية] أن تقرر واحدا أو أكثر من تدابير الانتصاف التالية :

(أ) أن تعلن القواعد أو المبادىء القانونية التي تحكم موضوع النزاع ؛

(ب) أن تحظر على الجهة المشترية اتخاذ قرار أو تصرف مناف للقانون أو اتباع اجراء غير مشروع ؛

(ج) أن تقتضي من الجهة المشترية التي تصرفت أو اتبعت اجراء بطريقة منافية للقانون ، أو التي توصلت الى قرار مناف للقانون ، أن تتصرف أو تتبع اجراء بطريقة مشروعة أو أن تتوصل الى قرار يتفق مع القانون ؛

(د) أن تلغي كليا أو جزئيا تصرفا أو قرارا منافيا للقانون اتخذته الجهة المشترية ؛

(هـ) أن تعيد النظر في قرار مناف للقانون اتخذته الجهة المشترية أو أن تستعيض عن ذلك القرار بقرارها هي ؛

(و) أن تلغي عقد الاشتراء ، اذا كان قد دخل حيز النفاذ ؛

(ز) أن تقضي بدفع تعويض [عن أي تكاليف معقولة تكبدها مقدم الشكوى فيما يتعلق باجراءات الاشتراء] [عن خسارة تكبدها مقدم الشكوى] نتيجة لتصرف أو قرار مناف للقانون اتخذته الجهة المشترية أو اجراء غير مشروع اتبعته تلك الجهة ؛

(ح) أن تأمر بانهاء اجراءات الاشتراء .

(٣) تصدر [يدرج اسم الهيئة الادارية] قرارا خطيا بشأن الشكوى ، تبين فيه أسباب القرار وتدابير الانتصاف المتاحة ، ان وجدت .

(٤) يكون القرار نهائيا ما لم يشرع في رفع دعوى بموجب المادة ٤٠ .

* * *

التعليق

[ملاحظة الفريق العامل : المصادر : A/CN.9/WG.V/WP.22 ، الفقرات ٢٢٠ و ٢٢٢ و ٢٢٣ و ٢٢٦ ؛ A/CN.9/315 ، الفقرات ١١٥ و ١١٦ و ١١٩ ـ ١٢١ ؛ A/CN.9/331 ، الفقرات ١٠ و ١٥٣ و ٢٠٤ .]

١ ـ تتيح هذه المادة اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا . ويجوز للدول التي لا يشتمل نظامها القانوني على اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا في التصرفات والقرارات والاجراءات الادارية أن تختار حذف هذه المادة وأن تكتفي بالنص على اعادة النظر القضائية (المادة ٤٠) .

٢ ـ يجوز ، في بعض النظم القانونية التي تتيح كلا من اعادة النظر الادارية واعادة النظر القضائية ، البدء في الاجراءات الرامية الى اعادة النظر القضائية بينما اجراءات اعادة النظر الادارية لا تزال قيد النظر ، أو العكس ، وتتوافر قواعد بشأن ما اذا كانت اجراءات اعادة النظر القضائية تحل محل اجراءات اعادة النظر الادارية أو لا تحل محلها أو الى أي مدى تحل محلها . واذا لم يكن النظام القانوني لدولة منفذة يتيح وسيلتي اعادة النظر كلتيهما محتويا على هذه القواعد ، فربما ترغب الدولة في انشائها ، وذلك في لوائح الاشتراء على سبيل المثال .

٣ - ينبغي للدولة المنفذة التي ترغب في النص على اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا ولكن ليست لها بالفعل آلية لاعادة النظر هذه فيما يتعلق بمسائل الاشتراء ، أن تسند وظيفة اعادة النظر الى هيئة ادارية مختصة . ويمكن اسناد الوظيفة الى هيئة قائمة ملائمة أو الى هيئة جديدة تنشئها الدولة المنفذة . ويمكن أن تكون الهيئة ، على سبيل المثال ، هيئة تمارس عموم الاشراف والرقابة على الاشتراء في الدولة (مثل مجلس مركزي للعطاءات ؛ أنظر المادة ٦ والتعليق المرافق لها) ، أو هيئة مختصة لا يقتصر اختصاصها على مسائل الاشتراء (مثل الهيئة التي تمارس المراقبة والاشراف الماليين على عمليات الحكومة وعمليات الادارة العامة (غير أن نطاق اعادة النظر لا ينبغي أن يقتصر على المراقبة والاشراف الماليين)) ، أو هيئة ادارية خاصة تقتصر صلاحياتها على تسوية النزاعات في مسائل الاشتراء ، مثل "مجلس لاعادة النظر في الاشتراء" ، أو هيئة تحكيم . ومن الاهمية أن تكون الهيئة التي تمارس وظيفة اعادة النظر مستقلة عن الجهة المشترية . وفضلا عن ذلك ، اذا كانت الهيئة الادارية هيئة يتوخى منها ، بموجب القانون النموذجي بصيغته المطبقة في الدولة ، أن تصدق على تصرفات أو قرارات معينة تتخذها الجهة المشترية أو على اجراءات تتبعها تلك الجهة ، وجب الحرص على ضمان أن يكون القسم التابع للهيئة الذي يمارس وظيفة اعادة النظر مستقلا عن القسم الذي يمارس وظيفة التصديق .

[ملاحظة الفريق العامل : ينبغي الابقاء على الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة (١) ، والمدرجة بين قوسين معقوفتين ، اذا قرر الفريق العامل ، فيما يتعلق بالمادة ٣٧ ، أنه لا ينبغي أن تكون لرئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدّقة صلاحية النظر في شكوى بموجب تلك المادة بعد دخول عقد الاشتراء حيز النفاذ (أنظر ملاحظة الفريق العامل ، الواردة قبل الفقرة ١ من التعليق على المادة ٣٧) . وإلا فينبغي حذف تلك الفقرة الفرعية .]

٤ - ولا يقتصر الأشخاص الذين يحق لهم اقامة دعوى بموجب الفقرة (١) (ج) على الأشخاص الذين اشتركوا في الاجراءات أمام رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة (أنظر المادة ٣٩ (٢)) ، بل يدخل ضمن هؤلاء أي شخص آخر يدعي أنه تضرر من قرار اتخذه رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدّقة .

٥ - وبشأن الفقرة (٢) ، تتوقف الوسائل التي يثبت بها مقدم الشكوى أنه يستحق تعويضا قانونيا ، على القانون الموضوعي والاجرائي المطبق في اجراءات اعادة النظر .

٦ - وثمة أوجه اختلاف بين النظم القانونية الوطنية فيما يتعلق بطبيعة سبل الانتصاف التي تخوّل الهيئات الادارية العليا المكلفة بمهمة اعادة النظر صلاحية منحها . فقد تعمد الدولة ، عند تنفيذ القانون النموذجي للاشتراء ، الى ادراج جميع سبل الانتصاف الواردة في الفقرة (٢) ؛ وقد تقتصر على سبل الانتصاف التي يكون

للهيئة الادارية عادة صلاحية منحها في اطار النظام القانوني لتلك الدولة . واذا كان هناك نظام قانوني يجيز للهيئة الادارية أن تمنح سبل انتصاف معينة لم توردها الفقرة (٢) ، فيمكن اضافة هذه السبل الى تلك الفقرة . وينبغي أن تدرج الفقرة جميع سبل الانتصاف التي يجوز للهيئة الادارية أن تمنحها . [ملاحظة الفريق العامل : يختلف نهج هذه المادة ، اذ يحدد سبل الانتصاف التي يجوز للهيئة الادارية العليا أن تمنحها عن النهج الأكثر مرونة المتبع بصدد التدابير التصحيحية التي يجوز لرئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة ، أن يشترطها (المادة ٣٧ (٤) (ب)) . فالسياسة العامة التي يستند اليها نهج المادة ٣٧ (٤) (ب) تقضي بأن يكون باستطاعة رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة ، أن يتخذ أي خطوات ضرورية لتصحيح خطأ ارتكبته الجهة المشترية نفسها أو وافقت عليه السلطة المصدقة . بيد أن الهيئات الادارية العليا المضطلعة بمهام اعادة النظر تخضع ، في بعض النظم القانونية ، لقواعد أكثر التزاما بالشكليات وأشد تقييدا فيما يتعلق بسبل الانتصاف التي تستطيع منحها ، ويحاول النهج المتبع في المادة ٣٨ (٢) تفادي المساس بهذه القواعد .]

٧ - والفقرة ٣ من التعليق على المادة ٣٧ ، بصدد دفع تعويض للشخص مقدم الشكوى ، تنطبق أيضا على الفقرة ٢ (ز) من هذه المادة . [ملاحظة الفريق العامل : ملاحظة الفريق العامل التي تلي الفقرة ٣ من التعليق على المادة ٣٧ ، تنطبق أيضا بصدد الفقرة ٢ (ز) من هذه المادة .]

٨ - ويجوز للجهة المشترية اذا أنهيت اجراءات الاشتراء وفقا للفقرة ٢ (ح) ، أن تبدأ اجراءات اشتراء جديدة . ويمكن الأخذ في هذا الصدد بأحكام المادة ٧ .

٩ - اذا لم توجد في الدولة المنفذة للقانون النموذجي للاشتراء قواعد مفصّلة بشأن اجراءات اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا ، فيمكن لهذه الدولة أن تدرج قواعد كهذه في اللوائح التنظيمية للاشتراء . فمن الممكن مثلا أن تسن قواعد بشأن المهلة المسموح بها لبدء اجراءات اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا ؛ وحق المقاولين والموردين ، غير المقاول أو المورّد الذي بدأ اجراءات اعادة النظر ، في الاشتراك في اجراءات اعادة النظر (أنظر المادة ٣٩ (٢)) ؛ وعبء الاثبات ؛ وتقديم الأدلة ؛ وتسيير اجراءات اعادة النظر .

١٠ - وتنص المادة ٣٩ على قواعد اضافية معينة تسري على اجراءات اعادة النظر .

* * *

المادة ٣٩ - قواعد معينة تسري على اجراءات اعادة النظر بموجب المادة ٣٧ [والمادة ٣٨]

(١) على رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة [أو رئيس [يدرج اسم الهيئة الادارية] ، تبعا للحالة] أن يقوم ، فور تقديم شكوى بموجب المادة ٣٧ [أو المادة ٣٨] ، باعلام جميع المقاولين والموردين المشتركين في اجراءات الاشتراء التي تتصل بها الشكوى ، بتقديم هذه الشكوى وبمحتواها .

(٢) [[البديل ألف] اذا قدمت شكوى بموجب المادة ٣٧ [أو المادة ٣٨] ، بعد قبول العطاء أو بعد بدء نفاذ عقد الاشتراء ، وكان مقدمها شخص غير المقاول أو المورّد الذي قبل عطاؤه أو الذي هو طرف في عقد الاشتراء ، كان لهذا المقاول أو المورّد حق الاشتراك في اجراءات اعادة النظر ، الى نفس المدى الذي يذهب اليه حق جهة الاشتراء في ذلك .]

[البديل باء] يجوز لأي مقاول أو مورّد يدعي بأن مصالحه تتأثر أو يمكن أن تتأثر باجراءات اعادة النظر ، أن يطلب الاشتراك في تلك الاجراءات . ويقرر رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة [أو رئيس [يدرج اسم الهيئة الادارية] ، تبعا للحالة] ما اذا كان يجوز أو لا يجوز للمقاول أو المورد أن يشترك ، وشروط اشتراكه في حالة جواز الاشتراك .]

(٣) تقدم في غضون [٥] أيام الى الشخص مقدم الشكوى والى الجهة المشترية والى أي شخص آخر اشترك في اجراءات اعادة النظر ، نسخة من قرار رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة [أو رئيس [يدرج اسم الهيئة الادارية] ، تبعا للحالة] . ويتعين فضلا عن ذلك ، فور صدور القرار ، اذاعة الشكوى والقرار ليطلع عليهما الجمهور ، شريطة ألا تذاع أية معلومات يحظر اذاعتها أي قانون من قوانين [هذه الدولة] المتعلقة بالسرية .

* * *

التعليق

[ملاحظة الفريق العامل : لا تنطبق هذه المادة الا على اجراءات اعادة النظر أمام رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة ، وأمام هيئة ادارية عليا ، فهي لا تنطبق على الاجراءات القضائية لاعادة النظر . وتوجد في كثير من الدول قواعد تتعلق بالمسائل التي تتناولها هذه المادة . ولما كانت هذه القواعد تختلف من دولة الى أخرى ، فقد يرى أنه من غير المناسب أو من غير المستحسن أن ينشىء القانون النموذجي بشأن الاشتراء قاعدة موحدة قد تتعارض مع تلك القواعد .]

١ - ينبغي للدولة المنفذة التي لا تنص تشريعاتها على اجراء اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا ، أن تحذف الاشارات الى المادة ٣٨ والى الهيئة الادارية ، الموضوعة داخل أقواس معقوفة في عنوان هذه المادة وفي نصها .

٢ - الغرض من الفقرتين (١) و (٢) من هذه المادة هو اعلام المقاولين والموردين بأنه قد قدمت شكوى تتعلق باجراءات الاشتراء التي اشتركوا أو يشتركون فيها ، وتمكينهم من اتخاذ الخطوات اللازمة لحماية مصالحهم . وقد تشمل هذه الخطوات التدخل في اجراءات اعادة النظر بموجب الفقرة (٢) وغير ذلك من خطوات قد تنص عليها القواعد القانونية الواجبة التطبيق . [ملاحظة الفريق العامل : يمكن ادراج الجملة التالية في حالة اعتماد البديل ألف من الفقرة (٢) : لئن كانت الفقرة (٢) تقتصر على تناول حق التدخل من جانب المقاول أو المورد الذي قبل عطاؤه أو الذي أصبح طرفا في عقد اشتراء ، فقد تتيح لوائح الاشتراء أو غيرها من قواعد القانون الوطني امكانية التدخل من جانب غيره من المقاولين والموردين المشتركين في اجراءات الاشتراء ، وقد تتناول هذه اللوائح أو القواعد موضوع التدخل حتى قبل قبول العطاء أو قبل بدء نفاذ عقد الاشتراء (أنظر الفقرة ٥ من التعليق على المادة ٣٧ والفقرة ١٠ من التعليق على المادة ٣٨) .]

[ملاحظة الفريق العامل : القصد من البديل ألف هو ضمان اتاحة حق الاشتراك في اجراءات اعادة النظر على الاقل للمقاول أو المورد الذي قبل عطاؤه أو الذي أبرم عقد اشتراء . ويقضي البديل باء بأن أي مقاول أو مورد مشترك في اجراءات الاشتراء يدّعي بأن مصالحه تتأثر أو يمكن أن تتأثر باجراءات اعادة النظر ، يمكنه أن يطلب التدخل ، وإن ترك أمر البت في هذا الطلب للهيئة التي تتخذ اجراءات اعادة النظر . ويميز البديل ألف بين وقت قبول العطاء (في حالة استخدام اجراءات المناقصة) ووقت بدء نفاذ عقد الاشتراء (في حالة استخدام وسائل اشتراء أخرى) ، وذلك لانه بموجب مشروع المادة ٣٢ ، عندما يكون بدء نفاذ عقد الاشتراء مرهونا بتوقيع عقد كتابي ، قد يكون هناك فاصل زمني بين وقت قبول العطاء ووقت بدء نفاذ العقد .]

٣ - وتشير عبارة "أي شخص آخر اشترك في اجراءات اعادة النظر" الواردة في الفقرة (٣) ، الى المقاولين والموردين المشتركين وفقا لاحكام المادة (٢) والى أي أشخاص آخرين يؤذن لهم بالاشتراك في اجراءات اعادة النظر بموجب القواعد والممارسات القانونية الواجبة التطبيق على هذه الاجراءات .

* * *

المادة ٤٠ ـ اعادة النظر القضائية

تختص [يدرج اسم المحكمة أو أسماء المحاكم] بالدعوى المرفوعة من شخص مشار اليه في المادة ٣٦ ، لكي تعيد النظر في تصرف أو قرار صادر عن جهة الاشتراء أو اجراء اتبعته . ولهذا الشخص أن يقيم دعوى كهذه :

[(أ) كبديل عن تقديم شكوى بموجب المادة ٣٨ ؛] أو

[[(ب) اذا انعدمت امكانية تقديم شكواه أو امكانية قبولها والنظر فيها بموجب المادة ٣٧ ، بسبب بدء نفاذ عقد الاشتراء ؛]] أو

[(ج) بموجب الفقرة (٥) من المادة ٣٧ ؛] أو

(د) اذا ادّعى هذا الشخص بأنه تضرر [من قرار رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة بموجب أحكام المادة ٣٧] [أو] [من قرار [يدرج اسم الهيئة الادارية] بموجب أحكام المادة ٣٨] .

* * *

التعليق

[ملاحظة الفريق العامل : المصادر : A/CN.9/WG.V/WP.22 ، الفقرتان ٢٢١ و ٢٢٦ ؛ A/CN.9/315 ، الفقرات ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٩ـ١٢١ ؛ A/CN.9/331 ، الفقرتان ١٥٣ و ٢٠٤ .]

١ ـ تنص هذه المادة على اجراءات الدعوى القضائية ، وهي تمنح الاختصاص القضائي للمحكمة أو المحاكم المذكورة فيها وتحدد الظروف التي يجوز اقامة الدعوى فيها . وتخضع الجوانب الاجرائية وغيرها من جوانب اجراءات الدعوى القضائية ، بما في ذلك سبل الانتصاف التي يجوز منحها ، للقانون الواجب التطبيق على هذه الاجراءات . [ملاحظة الفريق العامل : اعتمد هذا النهج الملتزم بالحد الادنى الضروري لتفادي المساس بالقوانين والاجراءات الوطنية المتصلة باجراءات الدعوى القضائية .]

٢ ـ وينبغي للدولة التي لا تنص تشريعاتها على اجراء اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا أو التي تشترط على الشخص المعني أن يستنفد حقه في التماس اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا بموجب المادة ٣٨ قبل أن يلتمس اعادة النظر القضائية ، أن تحذف الفقرة الفرعية (أ) الواردة داخل قوسين معقوفتين ، وينبغي أن تبقي عليها الدولة المنفذة التي تتيح امكانية اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا ولكنها لا تقتضي الوفاء بالشرط المذكور .

[٣ - وينبغي للدولة التي تشترط على ملتمس اعادة النظر أن يستنفد حقه في التماس اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا قبل أن يلتمس اعادة النظر القضائية ، أن تحذف الفقرة الفرعية (ب) الواردة داخل قوسين معقوفتين . وينبغي أن تبقى عليها الدولة التي لا تقتضي الوفاء بالشرط المذكور أو التي لا تنص تشريعاتها على اجراء اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا .] [ملاحظة الفريق العامل : ينبغي ادراج الفقرة الفرعية (ب) وفقرة التعليق السابقة ، اذا قرر الفريق العامل ، بصدد المادة ٣٧ ، أنه ينبغي ألا يكون لرئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة صلاحية قبول شكوى أو النظر فيها بموجب تلك المادة بعد »بدء نفاذ عقد الاشتراء (أنظر ملاحظة الفريق العامل السابقة للفقرة ١ من التعليق على المادة ٣٧) . والا فينبغي حذفهما .]

٤ - وينبغي للدولة المنفذة التي تشترط على ملتمس اعادة النظر أن يستنفد حقه في التماس اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا قبل التماسه اعادة النظر القضائية ، أن تحذف الفقرة الفرعية (ج) الواردة داخل قوسين معقوفتين ، ولكن ينبغي أن تبقي عليها الدولة التي لا تقتضي الوفاء بهذا الشرط أو لا تتيح امكانية اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا .

٥ - وعلى الدولة المنفذة أن تتخذ الاجراء التالي فيما يتعلق بالاشارات الواردة داخل أقواس معقوفة في الفقرة الفرعية (د) . فاذا كانت الدولة المنفذة لا تتيح امكانية اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا ، فلا يشار الا الى قرار رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة بموجب المادة ٣٧ . واذا كانت الدولة المنفذة تتيح امكانية اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا وامكانية اعادة النظر القضائية كلتيهما ، ولا تشترط على ملتمس اعادة النظر أن يستنفد حقه في التماس اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا قبل أن يلتمس اعادة النظر القضائية ، فينبغي أن تكون الاشارة الى قرار رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدقة بموجب المادة ٣٧ "أو" الى قرار الهيئة الادارية بموجب المادة ٣٨ . واذا كانت الدولة المنفذة تتيح امكانية اعادة النظر الادارية والقضائية كلتيهما ولكنها تشترط على ملتمس اعادة النظر أن يستنفد حقه في التماس اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا قبل أن يلتمس اعادة النظر القضائية ، فينبغي أن لا يشار الا الى قرار الهيئة الادارية بموجب المادة ٣٨ .

٦ - وينظم القانون الواجب التطبيق على الاجراءات القضائية مسألة ما اذا كان يتعين ، في دعوى مقامة بموجب أحكام الفقرة الفرعية (د) ، أن تنظر المحكمة من جديد في جانب اجراءات الاشتراء الذي قدمت الشكوى بصدده ، أم أن تقتصر على النظر في مشروعية أو صحة القرار الذي انتهت اليه اجراءات اعادة النظر بموجب المادة ٣٧ أو المادة ٣٨ .

* * *

المادة ٤١ - [إيقاف إجراءات الاشتراء [وإيقاف تنفيذ عقد الاشتراء]

[البديل ألف] يترتب على تقديم شكوى في الوقت الملائم بموجب المادة ٣٧ [أو المادة ٣٨] ، أو اقامة دعوى في الوقت الملائم بموجب المادة ٤٠ ، توقف اجراءات الاشتراء [، أو تنفيذ عقد الاشتراء ، اذا كان قد دخل حيز النفاذ ،] الى حين الفراغ من اجراءات اعادة النظر ، ما لم يقرر رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدّقة ، أو تقرر [يدرج اسم الهيئة الادارية أو] المحكمة ، حسبما يكون الحال ، أن الايقاف لن يكون في الصالح العام .

[البديل باء] بعد تقديم شكوى في الوقت الملائم بموجب المادة ٣٧ [أو المادة ٣٨] ، أو اقامة دعوى في الوقت الملائم بموجب المادة ٤٠ ، يجوز لرئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدّقة ، [أو لـ [يدرج اسم الهيئة الادارية]] أو للمحكمة ، حسبما يكون الحال ، ايقاف اجراءات الاشتراء [، أو تنفيذ عقد الاشتراء ، اذا كان قد دخل حيز النفاذ ،] من أجل حفظ حقوق مقدم الشكوى أو مقيم الدعوى ، الى حين الفراغ من اجراءات اعادة النظر .

* * *

التعليق

١ - الغرض من هذه المادة هو التمكين من حفظ حقوق الشخص الذي أقام دعوى اعادة النظر ، الى حين الفراغ من تلك الاجراءات . [ملاحظة الفريق العامل : المصادر : A/CN.9/WG.V/WP.22 ، الفقرتان ٢٢٤ و ٢٢٥ ؛ A/CN.9/315 ، الفقرتان ١١٧ و ١١٨ . وهناك بديلان مقدمان لكي ينظر فيهما الفريق العامل . ينص البديل ألف على توقف اجراءات الاشتراء تلقائيا عند بدء اجراءات اعادة النظر ، ما لم يقرر رئيس الجهة المشترية أو رئيس السلطة المصدّقة أو تقرر الهيئة الادارية أو المحكمة ، للأسباب المبينة في البديل ، عدم ايقاف اجراءات الاشتراء . وهذا النهج متبع في قوانين الاشتراء في بعض البلدان استثناء من القاعدة العامة المتبعة في الاجراءات القضائية أو الادارية ، وهي أن عبء الاثبات يقع على عاتق الطرف الذي يلتمس انصافه . وثمة سبب رئيسي يدعم هذا النهج هو أن مقدم الشكوى أو مقيم الدعوى القضائية قد لا يكون لديه الوقت الكافي لالتماس ونيل الانصاف المؤقت . وعلى وجه الخصوص ، سيكون من المهم لذلك الشخص عادة أن يتفادى دخول عقد الاشتراء حيز النفاذ الى حين الفراغ من اجراءات اعادة النظر ، فاذا كان يجب عليه أن يثبت انه مستحق للانصاف المؤقت فقد لا يتوافر له الوقت الكافي لفعل ذلك ، لكي يتفادى دخول العقد حيز النفاذ (عندما تكون اجراءات الاشتراء في مراحلها الأخيرة ، مثلا) ؛ انظر الوثيقة A/CN.9/331 ، الفقرة ٢١٢ . أما البديل باء فيأخذ في الاعتبار أن ايقاف اجراءات الاشتراء أو تنفيذ عقد الاشتراء قد ينجم عنهما خلل خطير . فوفقا لذلك النهج ، لا توقف اجراءات الاشتراء أو

تنفيذ عقد الاشتراء تلقائيا ؛ وانما يكون من شأن جهة الاختصاص المعنية اتخاذ قرار بالايقاف أو عدمه .

وقد وضعت الاشارات الواردة في نص المادة وفي التعليق الى ايقاف تنفيذ عقد الاشتراء بين أقواس معقوفة بغية دعوة الفريق العامل الى النظر في ما اذا كان ينبغي النص على ايقاف تنفيذ عقد الاشتراء أم لا . ومع أن كلا من البديلين يتناول ايقاف تنفيذ عقد الاشتراء بنفس الطريقة التي يتناول بها ايقاف اجراءات الاشتراء فانه يمكن أيضا معاملة هاتين الحالتين معاملة مختلفة ، بأن ينص ، مثلا ، على الايقاف التلقائي لاجراءات الاشتراء ولكن للنص على أنه لا يجوز ايقاف تنفيذ عقد الاشتراء الا اذا قررت جهة الاختصاص المعنية ذلك .]

٢ - ومن شأن جهة الاختصاص التي تتولى اجراءات اعادة النظر أن تستخدم ، في تطبيق أحكام هذه المادة ، أية معايير مبينة في لوائح الاشتراء أو واردة في قواعد قانونية أخرى تنطبق على اجراءات اعادة النظر . وقد تتضمن هذه المعايير ، على سبيل المثال ، ما اذا كانت النتائج السلبية الناجمة عن ايقاف اجراءات الاشتراء [أو ايقاف تنفيذ عقد الاشتراء] لا تتناسب مع فوائد الايقاف ، ومدى أرجحية نجاح المدعي في اجراءات اعادة النظر .

٣ - ولا تمس هذه المادة ما قد يكون لجهة الاختصاص التي تتولى اجراءات اعادة النظر من صلاحية ، بموجب القواعد القانونية المنطبقة ، في أن تقضي بأشكال أخرى من تدابير الانصاف المؤقتة ، كما لا تمس صلاحية الزام من يشرع في اجراءات اعادة النظر أن يقدم ضمانا لتغطية الخسائر التي يمكن أن تتكبدها الجهة المشترية اذا أوقفت اجراءات الاشتراء [أو أوقف تنفيذ عقد الاشتراء] ولكن لم تنجح شكوى طالب اعادة النظر.

٤ - وستتوقف الاشارات الواردة بين أقواس معقوفة الى المادة ٣٨ والى الهيئة الادارية على ما اذا كانت الدولة المنفذة تتيح اعادة النظر من جانب هيئة ادارية عليا أم لا .

* * *

المادة ٤٢ - المسؤولية التأديبية أو الادارية أو الجنائية للجهة المشترية

ليس لنتائج اجراءات اعادة النظر في اطار هذا الفصل أي أثر في أية مسؤولية تأديبية أو ادارية أو جنائية قد تتحملها الجهة المشترية ، أو يتحملها مسؤول أو موظف فيها ، بموجب قانون [هذه الدولة] .

* * *

[ملاحظة الفريق العامل] : أنظر الوثيقة A/CN.9/331 ، الفقرة ١٥١ .]

المرفق الثاني

مشروع توصية يتوخى أن تعتمدها اللجنة
لدى اعتمادها القانون النموذجي للاشتراء

[ملاحظة الفريق العامل : يمكن ادراج التوصية التالية في قرار اللجنة الذي يعتمد القانون النموذجي للاشتراء ، أو يمكن اعتمادها كقرار منفصل ، مع اضافة ديباجة ملائمة . وقد صيغت التوصية على غرار المادتين ١ و ٢ من التوجيه الصادر عن الاتحاد الأوروبي بشأن اعادة النظر . وقد حذفت من التوصية أو عدلت بعض الاحكام الواردة في التوجيه ، والتي ربما كانت ضرورية أو ملائمة في التوجيه بسبب طابعه الالزامي ، حيثما رئي أن الاحكام المعنية غير ضرورية أو غير ملائمة في توصية . وأجريت تعديلات أخرى للتوافق مع المصطلحات أو المفاهيم المستعملة في القانون النموذجي للاشتراء .]

ان لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي ،

...

واقتناعا منها بأن وجود وسيلة فعالة لاعادة النظر في قانونية الافعال والقرارات التي تتخذها الجهات المشترية في سياق الاشتراء الذي يشمله القانون النموذجي للاشتراء والاجراءات التي تتبعها تلك الجهات في ذلك السياق ، هو أمر ضروري لتوقي اساءة تطبيق القانون النموذجي أو لوائح الاشتراء التي تعتمد بموجبه ، ولضمان سلامة أداء نظم الاشتراء الوطنية ، ولتعزيز الثقة في تلك النظم ،

توصي الحكومات بما يلي :

١ - أن تتخذ التدابير اللازمة التي تكفل ، فيما يتعلق بالاشتراء الذي يندرج في نطاق القانون النموذجي للاشتراء ، اعادة النظر بصورة فعالة في قانونية الافعال والقرارات التي تتخذها الجهات المتشرية والاجراءات التي تتبعها تلك الجهات ؛

٢ - أن تكفل عدم وجود تمييز بين الأجانب والمحليين فيما يتعلق بالحق في التماس ونيل اعادة النظر أو فيما يتعلق بأي جانب آخر من اجراءات اعادة النظر ؛

٣ - أن تكفل أن تكون اجراءات اعادة النظر متاحة على الاقل لاي شخص له مصلحة أو كانت له مصلحة في الحصول على عقد اشتراء معين ، ويتضرر أو قد يصيبه ضرر نتيجة لتصرف أو قرار مناف للقانون تتخذه هيئة مشترية أو اجراء تتبعه تلك الهيئة في سياق الاشتراء ؛

٤ - أن تكفل اشتمال اجراءات اعادة النظر المشار اليها في الفقرات السابقة على النص على تخويل الصلاحيات التالية :

(أ) اتخاذ تدابير مؤقتة ، في أقرب فرصة ، بهدف منع وقوع المزيد من الضرر على الشخص المعني ، بما في ذلك تدابير لايقاف ، أو ضمان ايقاف ، اجراءات الاشتراء أو تنفيذ أي قرار تتخذه الجهة المشترية أو تنفيذ عقد الاشتراء ؛

(ب) إما ابطال القرارات التي تتخذ بصورة منافية للقانون أو كفالة ابطالها ؛

(ج) تعويض المتضررين بأي تصرف أو قرار أو اجراء مناف للقانون ؛

٥ - ان تكفل انفاذ القرارات التي تتخذها الهيئات المسؤولة عن اجراءات اعادة النظر انفاذا فعالا ؛

٦ - أن تُبدى دائما أسباب خطية للقرارات التي تتخذ في اجراءات اعادة النظر التي تعرض على هيئات غير قضائية ؛

٧ - أن يُنص أيضا على اجراءات اعادة النظر القضائية ، حتى حيثما تتاح اجراءات اعادة النظر غير القضائية ؛

٨ - أن تكون الهيئات المسؤولة عن اجراءات اعادة النظر مستقلة عن الجهة المشترية ، إلا في حالة بدء اجراءات اعادة النظر أولا أمام الجهة المشترية .

- - - - -