



ISSN: 2957-3874 (Print)

Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)

<https://www.iasj.net/iasj/journal/419/issues>

مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها كلية الفارابي الجامعة



الأسس القانونية لإسناد التعاقد بالمناقصات العامة

م.م حيدر عدنان صادق

جامعة بغداد / مركز التخطيط الحضري والإقليمي

Legal foundations for awarding contracts to public tenders

Haider Adnan Sadiq

Baghdad University

Center for Urban and Regional Planning

E-mail:haider.A.367@iurp.uobaghdad.edu.iq

الملخص

تعد المناقصات العامة هي الأصل في اختيار جهة التعاقد للمتعاقد معها بالنسبة للتعاقدات التي ترتب أعباء مالية على جهة التعاقد وتتبلور فكرة المناقصات العامة على مبدأ أساسي هو أتاحة الفرصة لقيام منافسة حرة لجميع المتقدمين للتعاقد مع جهة التعاقد مما يتيح لها اختيار أفضل العروض المقدمة أليها من الناحية المالية والفنية ،ومن أجل أن تحقق المناقصات العامة الهدف المرجو منها نلاحظ أن التشريعات القانونية قد أخضعت المناقصات العامة وإجراءاتها لرقابة الجهات المختصة شأنها في ذلك شأن خضوع كافة وسائل أبرام العقود الحكومية لإجراءات الرقابة فضلا" عن ذلك أن المناقصات العامة هي نوع من أنواع المناقصات كالمناقصة المحدودة والمناقصة المحلية . الكلمات المفتاحية :- المناقصات العامة / إجراءات المناقصات / جهات التعاقد / إسناد التعاقد / سلطة الرقابة / جهات الرقابة)

summary

tueadu almunaqasat aleamat hi al'asl fi aikhtiar jihat altaeaqud lilmutaeaqad maeaha bialnisbat liltaeaqudat alati turatib 'aeba'an maliatan ealaa jihat altaeaqud watatabalwar fikrat almunaqasat aleamat ealaa mabda 'asasiin hu 'atahat alfursat alqiam munafasatan huratan lij Jamie almutaqadimin liltaeaqud mae al'iidarar mimaa yutih lijihat altaeaqud aikhtiar 'afdal aleurud a minalnaahiat almaliat walfaniyat wamin 'ajl 'an tuhaqiq almunaqasat aleamat alhadaf | almarhum nulahiz 'ana altashrieat alqanuniat qad 'akhdaeat almunaqasat aleamat wajra'atiha liraqabat aljihah almukhtasat almuqadamat ealayha. minha shanuha fi dhalik shan khudue kafat wasayil abram aleuqud alhukumiat li'iijra'at alraqabat fadlan ean dhalik 'ana almunaqasat aleamat hi nawe min 'anwae almunaqasat kalmunaqasat almahdudat walmunaqasat almahaliya

أهمية البحث

يتناول هذا البحث موضوع: (الأسس القانونية لإسناد التعاقد بالمناقصات العامة)، ودراسة كيفية إبرام العقود الحكومية بطريق المناقصات بموجب التشريع العراقي وفقاً لترتيبها الإجرائي من الناحية العملية والشكلية ، وقد بدأ البحث ببيان آلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل وكيفية ترتيب المعطيات المقدمة والعوامل المؤثرة في ترتيبها مع بيان سلطات جهة التعاقد بإلغاء إجراءات المناقصات وفقاً لنص القانون ومن دون وجود نص قانوني فضلاً" عن التطرق إلى الرقابة على الأسس القانونية لإسناد التعاقد بالمناقصات العامة مع بيان نطاق سلطة الرقابة وأساسها القانوني وكذلك المبادئ التي يجب احترامها عند التعاقد بطريق المناقصة، وقيام جهة الإدارة بإجراءات اختيار المتعاقد معها بأسلوب المناقصة بالتفاصيل الجزئية والدقيقة لمراحل هذه العملية.

أهداف البحث:

يسعى الباحث من خلال هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

١ - إبراز مواطن القوة والضعف في موضوع إبرام العقد الحكومي بأتباع طريقة المناقصات العامة في العراق من خلال تسليط الضوء على نهج المشرع العراقي ومعالجته لمسألة إبرام العقد الحكومي بأتباع أسلوب المناقصة العامة .

٢- الوقوف على الحلول التشريعية والقضائية والفقهية والتي تساعد المشرع العراقي في وضع تنظيم واحد فعال، بالإضافة إلى كونها خير عون للقضاء العراقي في الوقوف على التطورات الحديثة التي لحقت بموضوع إبرام العقود الإدارية بصفة عامة، والتعاقد بطريق المناقصة العامة بصفة خاصة.

٤- المساهمة ولو بصورة بسيطة - في مادة علمية وعملية في مجال البحوث القانونية التي تعين الباحثين في موضوع التعاقد بطريق المناقصات العامة كنظرية من نظريات القانون الإداري.

5-المساهمة في إعانة جهتي التعاقد بطريق المناقصة (أطراف العقد الإداري) على الحلول القانونية للمشكلات التي يمكن أن تواجهها عند السير في إجراءات التعاقد بطريق المناقصة.

مشكلة البحث :-

تكمن مشكلة البحث في حداثة التنظيم القانوني للتعاقد بطريق المناقصة في العراق، وعدم تناولها بالشكل الكافي في الفقه العراقي فضلا عن تعدد التشريعات الصادرة في العراق التي تنظم عملية التعاقد بطريق المناقصة وإجراءاتها وعدم استقرار النظام القانوني الذي ينظم موضوع التعاقد بطريق المناقصة في العراق لكثرة التعديلات التي أجريت عليه خلال فترة وجيزة إضافة إلى قلة الأحكام القضائية في مجال العقود الإدارية في العراق وندرة الآراء الفقهية والتنظيم القانوني الذي ينظم الرقابة على أعمال الجهات الإدارية عند التعاقد بطريق المناقصات.

المقدمة :-

الإسناد في المناقصة نظام يقوم على مبدأ الإرساء على أفضل عطاء مقدم من حيث أقل سعر وأفضل الشروط لأن الهدف الأساسي للتعاقد في هذه الحالة هو حماية المصلحة العامة . وعليه فإن الإدارة لا تمتلك سلطات تقديرية مطلقة في اختيار المتعاقدين معها دون أتباع الإجراءات القانونية الخاصة بالتعاقد حيث أن إرساء أي عطاء مقدم دون مراعاة الإجراءات القانونية الخاصة بالإرساء التي نظمها المشرع يترتب عليه تعارض بين سلطة الإدارة التقديرية وبين المبادئ العامة لإرساء المناقصات أن إلزام الإدارة بتطبيق قواعد الإرساء في المناقصات يعد بمثابة ضمانة لمصالح الإدارة المالية حتى وأن كانت الإدارة نفسها لها سلطات تقديرية في استبعاد أي عطاء مع مراعاة فكرة الإرساء للعطاء الأفضل شروطاً والأجود فنياً بالإضافة إلى السعر الأقل والذي يعد أمراً شديداً للخطورة على بعض المناقصات لأن الأفضلية فيها سوف تكون للعنصر الفني أكثر من العنصر المالي من حيث الفائدة بل أنه يعد أكثر أهمية لاسيما في أعمال الاستشارات الفنية أو التجهيزات الفنية وعليه سنقوم بتقسيم بحثنا هذا إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول آلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل وفي المبحث الثاني نتطرق إلى موضوع الرقابة على إسناد التعاقد بالمناقصات العامة وكما يلي :المبحث الأول :- آلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل المطلوب الأول :- آلية الإسناد في المناقصات العامة الفرع الأول :- ترتيب المعطاءات الفرع الثاني :- العوامل ذات التأثير المباشر في ترتيب المعطاءات المطلوب الثاني :- سلطة جهات التعاقد التقديرية في إلغاء إجراءات المناقصات الفرع الأول :- سلطة جهات التعاقد التقديرية بإلغاء إجراءات المناقصات وفقاً للقانون الفرع الثاني :- سلطة جهات التعاقد التقديرية بإلغاء إجراءات المناقصات دون نص القانون المبحث الثاني :- الرقابة على الأسس القانونية لإسناد التعاقد بالمناقصات العامة المطلوب الأول نطاق سلطة الرقابة وأساسها القانوني الفرع الأول :- نطاق سلطة الرقابة الفرع الثاني :- الأسس القانونية لسلطة الرقابة المطلوب الثاني :- الرقابة على آلية إسناد التعاقد بالمناقصات العامة الفرع الأول :- الرقابة الخارجية على جهة التعاقد الفرع الثاني الرقابة الداخلية على جهة التعاقد

المبحث الأول آلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل

تتطلب عملية الإسناد بمقتضى السعر الأقل قيام جهة التعاقد بترتيب المعطاءات على أساس أقل المعطاءات سعراً وأفضلها من الناحية الفنية ؛ بغية الوصول إلى مقدم العطاء الأول وإرساء المناقصة عليه، وحيث إن ثمة بعض العوامل التي تؤثر في أفضلية المعطاءات وأولويتها، فإننا سوف نتناوله كآلآتي:

المطلب الأول آلية الإسناد في المناقصات العامة

تعد عملية ترتيب المعطئات من الإجراءات التمهيديّة التي تقوم بها لجنة البت، وذلك للوصول إلى العطاء الأفضل، وهذا يعد تطبيقاً للمبدأ التقليدي في الإسناد بمقتضى السعر الأقل (١) ومن المعلوم أن عملية ترتيب المعطئات لها أهمية كبيرة في تطبيق مبدأ آلية الإسناد وفق السعر الأقل، لذا سنتناولها على النحو الآتي:

الفرع الأول ترتيب المعطئات

أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والضوابط الخاصة بها أن المشرع ذهب إلى تشكيل اللجنة فتح العطاء، والتي تقوم بمهمة فتح وفحص العطاء؛ للتأكد من سلامتها وموافقتها للمواصفات المطروحة في المناقصة، وتجتمع اللجنة حال انتهاء المدة المحددة لغلق المناقصة. إذن فإن أول مرحلة هي ترتيب العطاء التي تعد من مهمات لجنة فتح العطاء، حيث تقوم اللجنة بعد تشكيلها بإيداع العطاء في الصندوق المخصص، وتدوّن المعلومات كاسم المناقصة ورقمها واسم مقدم العطاء أو مندوبه.... الخ. ثم تجتمع اللجنة عند انتهاء الوقت المحدد لغلق المناقصة أو باليوم التالي بموافقة رئيس جهة التعاقد عند الحاجة والضرورة، ويتم فتح العطاء بحضور الراغبين من مقدمي العطاء أو ممثليهم في المكان المحدد مسبقاً. وتقوم بالإجراءات بعد غلق السجل الخاص، ويدوّن ذلك بمحضر الجلسة مع مراعاة ما ورد بالمادة (٦) من التعليمات أعلاه والضوابط رقم (٣) الخاصة بها الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية، والتي تتضمن التأكد من وجود الأختام الموضوعية على أغلفة العطاء التي لم ترفق بها التأمينات الأولية المطلوبة، وكذلك بيان العطاء المبنية على تخفيض نسبة مئوية أو مبلغ مقطوع، والعطاءات البديلة للعطاء السابقة من الناحية الفنية والمالية.... إلخ، كل هذه الإجراءات تعد مرحلة أولى لترتيب العطاء، ثم ينتهي عمل اللجنة بفتح العطاءات، حيث يقوم رئيس اللجنة بالمهام المنوطة به بموجب المادة (٦) المذكورة سلفاً ويعلن أسعار عطاءات المناقصين والمواصفات الفنية ومدد التنفيذ في لوحة الإعلانات، مع التأكيد على أن الأسعار والمواصفات التي أعلن عنها قابلة للتدقيق والتحليل.... الخ (٢).

١- د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٨٧، ٢٠٠٢.

٢- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة 201٤ خلاصة ما سبق أن لجنة فتح العطاءات تقوم بمهمة فرز وترتيب العطاءات، كل ذلك كمرحلة أولى، سيما أن هذه المرحلة تعد قابلة للدراسة المتعمقة من قبل لجنة التحليل، وقد أنط المشرع بهذه اللجنة (أي: لجنة الفتح الدراسة النظرية من دون منحها أية صلاحية للعمل مع لجنة التحليل في مبالغ محددة) ويرى الباحث لو أمكن إعطاء لجنة الفتح صلاحية العمل مع لجنة التحليل في حدود المبالغ الصغيرة للمناقصات التي لا تستوجب إطالة الإجراءات، وكثرة النفقات، والأخذ من وقت اللجان، وإتقال كاهلها بكل العطاءات؛ من أجل السرعة في العمل والانتهاء من ترتيب العطاءات. ثم تبدأ لدينا المرحلة الثانية من ترتيب العطاءات وذلك بأن تقوم لجنة التحليل بمهام العمل من خلال تقييم وتهيئة العطاءات بعد انتهاء لجنة الفتح من عملها بفحص العطاءات، حيث تحيل العطاءات الملائمة لمواصفات المناقصة المطروحة، وتخرج بتوصيات هذه اللجان، وتخضع إلى مصادقة رئيس جهة التعاقد أو من يخوله. ونجد أن هذه اللجنة تقوم بمهمة تقييم وتدقيق إجراءات المناقصة من خلال تحليل العطاءات (ويعني ذلك دراسة وتدقيق الشروط من ذوى الخبرة والاختصاص لكل ما يتعلق بالعقد، إضافة إلى ذلك أن جميع الوثائق وما تتضمنه من معلومات لا بد أن تحاط بسرية تامة وإلا ترتب على إفشاء المعلومات إلحاق إضرار بالمصلحة العامة، مما ينعكس على أسلوب التنفيذ، بمعنى أن تسريب المعلومات للمناقصين غير أكفاء قد يجعلهم يناقسون مقاولين أصحاب خبرة وكفاءة، مما يتسبب بإخفاق للعمل. هذا ومن الضروري أن تتم هذه العملية بالسرعة الممكنة، حيث يجب أن يقدم التقرير النهائي إلى الجهة المخولة بإحالة المناقصة على صاحب العطاء الذي تم ترشيحه من لجنة التحليل. وذكرنا سلفاً المهمات التي تقوم بها اللجنة من فرز العطاءات وإجراء المفاضلة عند ترشيح العطاءات من خلال ترجيح العروض من الناحيتين المالية والفنية ومن أجل التوصل إلى أفضل العروض؛ يتم إجراء مقارنة وتقييم ومفاضلة من النواحي الفنية والمالية والقانونية للعطاءات المقدمة. ثم إن قرار لجنة تدقيق وتحليل العطاءات بإرساء المناقصة على أحد المناقصين ما هو إلا إجراء تمهيدي؛ لأن المرحلة الأخيرة التي تؤدي إلى إبرام العقد تتطلب إجراء لاحقاً هو المصادقة على إرساء المناقصة من قبل الجهة الإدارية المختصة، ومن ثم فإن اختصاص هذه اللجنة يقتصر على إتمام الإجراءات التي تؤدي إلى تعيين المناقص الذي سوف ترسو عليه المناقصة، تمهيداً لقيام الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد. مما تقدم نستنتج أن المعيار المعتمد من قبل لجنة تحليل العطاءات هو (معيار المفاضلة على أسس فنية ومالية، وترجيح أعلى النسب من الناحيتين الفنية والمالية، وبذلك يتفق المشرع العراقي مع نظيره المصري في هذا المعيار، وكذلك الترتيب على أساس السعر من خلال الصعوبات التي تواجه اللجنة؛ للوصول إلى أفضل عطاء وإعطاء الأولوية للمنتجات المحلية للعطاءات المتضمنة توريدات لسلع ومعدات محلية أو يمكن أن تصنع محلياً، لكنه لم يختلف عن التشريع المصري، حيث إنه لم يعط أولوية لتفضيل المقاولين العراقيين بشكل مطلق وإن سبق أعطاهم بالقانون الملغى أولوية بنسبة لا تتعدى (١٠%) عند الاشتراك في المناقصة الدولية (١)، ثم عاد وتراجع عن موقفه

وعدل في المعاملة بين المفاوضين العراقيين والأجانب. ويرى الباحث أن المشرع العراقي لم يوفق في هذا النص حيث أنه لم يشجع المفاوضين العراقيين، وهذا ما يؤخذ عليه كونه يعد عيباً تشريعياً. أما فيما يخص موضوع تجزئة المشتريات، وذلك في حالة إذا تساوت الأثمان فنلاحظ أنه لا يمنح اللجنة أن توصي بالإحالة على أكثر من جهاز عندما تتقارب الأسعار بين مجهزين اثنين لمواد حاكمة.

١- رقية محمد عبيد، (التعاقد بطريق المناقصة والرقابة عليها) رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ص ٢١٠، سنة ٢٠١٦ أو عندما تكون هناك قناعة بضرورة توزيع عمليه الشراء بين أكثر من جهاز، وعدم الاعتماد على جهاز واحد في حالة تنفيذ الطلبات العاجلة، وإن كان الأصل لا يجيز التجزئة للمشتريات أو الخدمات أو مبالغ المناقصة، ويعد الشراء مجزأً إذا تكرر شراء مادة معينة أو القيام بعمل خلال الشهر الواحد مما تقدم يرى الباحث أن المشرع المصري كان نصه في هذا المجال دقيقاً "ورسيناً" وإن كان النص العراقي يلتقي في مواضع معينة مع التشريع المصري من حيث الأمور السالف ذكرها، ولكن حبذا لو أخذ المشرع العراقي بخطى المشرع المصري؛ لأن التعليمات تحمل عبارات مطلقة وغير محددة لا تخدم الإدارة، بل تكلفها مبالغ مالية ضخمة، لذلك نلتزم من المشرع العراقي أن يعيد دراسة التعليمات بدقة أكبر لغموض بعض النصوص القانونية إذا ما قورنت بالتشريعات العربية المعاصرة خاصة التشريع المصري. وهناك أمر مهم جداً لا بد من الانتباه إليه من قبل المشرع العراقي وهو تفضيل الشركات العالمية الرصينة، بمعنى تفضيل المفاوض الأجنبي على المفاوض العراقي، وإعطائه تسهيلات واسعة منها استثناء من تقديم التأمينات الأولية المنصوص عليها في هذه التعليمات كما ورد في (م ٥/ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، وإن كان هدفه هو استقطاب المستثمرين الأجانب وتشجيعهم، إلا أن ذلك لا يعني تفضيله على حساب المفاوضين العراقيين، حيث لا بد من إعطائه أفضلية وتشجيعه، سيما بعد التحول السريع من النظام الاشتراكي إلى الاقتصاد الحر، وحيث نحن نمر حالياً بمرحلة عسيرة تتطلب من المشرع العراقي دعماً للمفاوض العراقي يحفزها للنهوض بالاقتصاد الوطني الذي لم يجد أي دعم من القطاع الخاص المحلي؛ لأن الدولة كانت تقوم بكل المشاريع في ظل النظام الاشتراكي، لذا حبذا لو استفاد المشرع العراقي من التشريعات العربية لمواكبة التغير نحو الأحسن.

الفرع الثاني العوامل ذات التأثير المباشر في ترتيب العطاءات

لا شك في أن عملية ترتيب العطاءات تواجه صعوبة في اختيار العطاء الأول غالباً، حيث هناك من العوامل التي تؤثر في تحديد أولوية العطاء، وخصوصاً إذا ما وجدت أخطاء مادية في بعض العطاءات مقترنة بتحفظ أو أكثر، وهذه قد تؤثر في عملية ترتيب العطاءات، حيث أشار القانون العراقي في نصوصه إلى ضرورة تحديد سعر العطاء المقدم من قبل صاحب العطاء، سيما لا بد أن تكون وثائق الثمن واضحة، ولا يشوبها أي غموض أو تناقض، حيث أشار المشرع إلى ضرورة الأخذ بالسعر الكتابي في حالة وجود اختلاف بين السعر المدون رقمًا وكتابة، والأخذ بالسعر الإجمالي للعقد في حالة وجود اختلاف بين سعر الوحدة المثبت في جدول الكميات مع السعر الإجمالي للصفحة العقد، كما يؤخذ بسعر الوحدة في حالة عدم مطابقته لسعر الفقرة أو الفقرات التي تحتويها تلك الوحدة. وهذا هو ما أكدته البند رقم (١) من ضوابط تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية في الفقرة (أولاً ص (ق) منها (١)).

١- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤. مرجع سابق

ومن خلال ما تقدم سنتناول هذا الفرع من ناحيتين :-

الناحية الأولى (الناحية الشكلية): الأخطاء المادية وأثرها في ترتيب العطاءات: إن عملية إعداد العطاء لا تخلو من الأخطاء المادية التي يقع فيها مقدم العطاء، ويقصد بالأخطاء المادية الأخطاء الكتابية أو الحسابية التي يكون سببها سقطات القلم والسهو غالباً كما لو حدث اختلاف بين السعر الإجمالي و سعر الوحدات بعد جمعها، أو الاختلاف بين المبلغ المكتوب بالأرقام والمبلغ بالحروف. وإن أغلب التشريعات لا تمنع من تصحيح هذه الأخطاء، باستثناء البعض منها، مثل: الخطأ في تقدير الثمن أو تقدير ظروف التوريد أو شروطه، أو في المادة المطلوب توريدها، فإنه يحظر تعديل مثل هذه الأخطاء (١) لذلك نص المشرع العراقي على تصحيح الخطأ المادي من قبل لجنة تحليل العطاءات سواء اكتشف هذا الخطأ أمام لجنة تحليل العطاءات تلقائياً أثناء ترتيب العطاءات، أو بناءً على شكوى مقدمة من صاحب العطاء، وهنا نلاحظ أن المشرع قصد في هذا الحظر الادعاء بحصول الخطأ في تقدير الثمن، أو في تقدير ظروف التوريد، أو غيرها، إذا ما جاء بعد فتح المظاريف وإعلان الأسعار، أما الخطأ الذي مرجعه سقطات القلم عند الكتابة فلا يوجد ثمة نصوص قانونية تمنع تصحيحه (٢). ومن ثم فإننا نجد أن المشرع أقر للجهة الإدارية الحق في مراجعة الأسعار، سواء من مفرداتها أم مجموعها، وإجراء التصحيحات المادية إذا اقتضى الأمر ذلك، هذا على أن يكون تصحيح الخطأ المادي وفقاً للقواعد التي وضعها المشرع وألزم أن يكون التصحيح أيضاً بالأخذ بما مكتوب بالحروف وليس بالأرقام إذا ما حصل خلاف في ذلك؛

كاختلاف في الأسعار رقماً وكتابية، وهذا ما أكدته نصوص تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة وقد ترد لدينا حالة أن يرد العطاء مبنيًا على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة والذي قد يكون فيه مصلحة للإدارة بالحصول على أقل عطاء، فهل يعتد بذلك أم لا؟ هنا سوف تكون أمام أمرين ، هما:

الأمر الأول: إذا قدم عطاء مشار فيه إلى أن صاحبه يقبل خفض النسبة المئوية (٥% مثلا) عن أقل عطاء، في هذه الحالة نرى أن هذا التخفيض لا يؤخذ له في هذا العطاء، وذلك مرجعه أن صاحب العطاء لم يحدد سعراً، وهذا الأمر يشكل مخالفة لحكم المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية المشار إليها سابقاً والتي أوجبت ضرورة أن يقدم صاحب العطاء قائمة بأسعاره إضافة إلى إلزامه بمراعاة نص م (٦٤) من نفس اللائحة، بمعنى أن ما ورد في المواد السالفة الذكر أوجب أن يكون ترتيب العطاء وفقاً لما دون من أسعار ، فإذا لم يقدم صاحب العطاء السعر، بل اكتفى بتحديد نسبة معينة ممكن أن تتم العملية ولو قدم تخفيضاً عن أقل عطاء. علاوة على ذلك فإن السماح في هذا الأمر يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين المتعاقدين، وترتب عليه إمكانية فتح الباب أمام الاحتكار، وهذا يعد مصادرة لنتيجة المناقصة باعتبار أن هذا العطاء سيكون دائماً أقل العطاءات.

١- د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص ٩٠ ، ٢٠١٤ .

٢- د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، المرشد العلمي ، أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، موسوعة القوانين العراقية ، الناشر صلاح الأنباري ، ص ٨٧ ، ٢٠٠٩ .

الأمر الثاني: فهي إذا قدم العطاء متضمناً تحديداً لسعر، إلا أن صاحب العطاء أضاف أن يقدم تخفيضاً بنسبة مئوية (٥%) من قيمة أقل عطاء مطابق للشروط، فهنا هل يعتد بهذا العطاء أم يستبعد أسوة بالمسألة السابقة؟ هناك أكثر من رأي في هذا الأمر، فمنهم من رأى عدم الاعتداد بموضوع التخفيض المشار إليه لنفس الأسباب السالف ذكرها والقاضية بضرورة المحافظة على مبدأ المساواة بين المناقصين هذا من جانب، ومن جانب آخر: إن العطاء المشار إليه سيكون في حقيقة الأمر متضمناً سعريين، أحدهما صرح به والآخر مجهول، وذلك يتعارض مع فلسفة القانون والإجراءات اللازمة لإبرام العقود الإدارية، إلا أن ذلك لا يتعارض أو لا يمنع من الأخذ بالسعر الصريح، أي عدم استبعاد هذا العطاء، ولكن يؤخذ على أساس السعر الصريح المحدد مع الالتفات إلى نسبة الخصم. وإذا تبين أن صاحب هذا العطاء (الصريح) هو أقل العطاءات فعلا فلجنة الإدارة لها أن تلزمه بإعمال نسبة الخفض المشار إليها في ذات عطائه؛ لأنها ترد على عطائه ولأنها لم تكن ذات أثر بالنسبة إلى مبدأ المساواة بين المتنافسين.

المطلب الثاني سلطة جهات التعاقد التقديرية في إلغاء إجراءات المناقصات

قد ترى الإدارة أن إلغاء المناقصة فيه منفعة لها، وأن ترسيه المناقصة فيه إضرار للمصلحة العامة، أو أن إجراءات المناقصة لا تؤدي إلى الوصول إلى الغاية منها؛ ولذلك أجاز المشرع للإدارة إلغاء المناقصة في حالات محددة، منها ما نص عليها القانون ومنها ما لم ينص عليها صراحة فقد أجاز القانون العراقي لجهة التعاقد إلغاء المناقصة قبل صدور كتاب الإحالة بناءً على أسباب مبررة من دون تعويض مقدمي العطاءات، ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط. وقبل البدء بالخوض في موضوع إلغاء المناقصة وموقف التشريع العراقي منه نود الإشارة في هذا الموضوع إلى الفرق بين اقتراح إلغاء المناقصة من قبل اللجنة وبين إلغائها من قبل السلطة الإدارية المختصة في التصديق على الإحالة، حيث إن اقتراح اللجنة، إلغاء المناقصة يقوم على أسباب بالقانون، فإذا ما توافرت هذه الأسباب كلا أو جزءاً لم يجز للجهة المختصة إلا أن تقرر إلغاء المناقصة مقيدة بنص القانون، أما عندما تقوم السلطة الإدارية المختصة بإلغاء المناقصة من تلقاء نفسها فإن ذلك يكون بناء على مقتضيات المصلحة العامة التي تختص بتقديرها وفق أهمية العقد وظروف تنفيذه، ولا تثور في شأن هذا الإلغاء أي منازعة قضائية (١). وللبحث في هذا الموضوع بدقة وتفصيل أكثر فإننا سنتناول في هذا المطلب سلطة الإدارة التقديرية في إلغاء إجراءات المناقصة وفقاً لنص القانون في الفرع الأول منه وسلطة الإدارة التقديرية بإلغاء إجراءات المناقصة دون نص القانون في فرعا" ثاني من هذا المطلب وعلى النحو الآتي :-

١-رقية محمد عبيد ،رسالة ماجستير ، ص ٩٧ ، مرجع سابق .

الفرع الأول سلطة جهات التعاقد التقديرية في إلغاء إجراءات المناقصات وفقاً للقانون قد ينص القانون في بعض الحالات على أحقية جهة الإدارة في إلغاء إجراءات المناقصة إذا ما تطلبت المصلحة العامة ذلك ويسمى هذا بالإلغاء الجوهري وقد يعطى القانون للإدارة سلطة تقديرية في إلغاء المناقصة من عدمها وهذا ما يسمى بالإلغاء الجوهري، حيث أجازت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ ، لجهة الإدارة إلغاء المناقصة من دون تعويض مقدمي العطاءات، ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط إلى المناقصين، وذلك واضح في نص البند (أ/أح)

من الضوابط رقم (١) من تعليمات مقدمي العطاءات في وثائق المناقصة الصادرة عن وزارة التخطيط لسنة ٢٠١٤ ، والذي نص على: "ج لجهة التعاقد إلغاء المناقصة قبل صدور كتاب الإحالة بناءً على أسباب مبررة دون تعويض مقدمي العطاءات، ويعاد ثمن شراء وثائق المناقصة فقط للمناقصين، وكذلك يتم إعادة ثمن شراء وثائق المناقصات إلى المناقصين في الحالتين الآتيتين:

١- حالة إلغاء المناقصة وتغير أسلوب التنفيذ إلى الدعوة المباشرة أو العطاء الاحتكاري عند توافر شروط اللجوء إلى تطبيق هذين الأسلوبين، على اعتبار أن اعتماد هذين الأسلوبين لا يتطلب بيع وثائق المناقصة.

٢- عند إلغاء المناقصات للسنة السابقة والإعلان عنها مجدداً، وبسلسلة جديد للعام اللاحق". وترتب على ذلك إعادة الإعلان عن المناقصة من جديد، وهذا ما يتطلب تتبع الإجراءات الآتية عند إعادة الإعلان

أ - استحصال موافقة الوزير المختص أو رئيس الجهة المرتبطة بوزارة أو من يخوله، مع إعلام وزارة التخطيط بذلك، مع تحديد مدة الإعلان بما يتناسب وأحكام التعليمات.

ب إبلاغ المناقصين المشاركين في المناقصة السابقة بذلك.

ج- يتم اعتماد التسلسل السابق للمناقصة المعاد إعلانها، مع الإشارة إلى

ذلك في الإعلان الجديد إذا كان في السنة ذاتها .

د- إبلاغ الجهات المعنية بموضوع إعادة الإعلان.

هـ - التحري عن أسباب عدم المشاركة في الإعلان الأول للمناقصة، واتخاذ الإجراءات اللازمة في شأنها، ومن ثم هل من الممكن قبول العطاء الواحد عند إعادة الإعلان للمرة الثانية، وفي حالة قبوله : هل هناك شروط معينة؟

لابد من التعرف على شروط إعادة الإعلان للمرة الثانية حيث يعتمد العطاء

الواحد، مع مراعاة ما يأتي:

(١) أن يكون مبلغ ضمن الكلفة الواردة في الخطة.

(٢) أن يكون مطابقاً للمواصفات الفنية والشروط المطلوبة في إعلان المناقصة.

(٣) في حالة ورود أفضل عطاء في الإعلان الثاني أكثر من الكلفة الواردة في الخطة، عندئذ تتم مفاتحة وزارة التخطيط، لاتخاذ إحدى الإجراءات الآتية:

أ - دراسة تأجيل تنفيذ المشروع إلى السنة القادمة.

ب الاستفادة من المبلغ المخصص لتنفيذ المشاريع الأخرى عند المناقصة.

ج- زيادة الكلفة التخمينية لأغراض التعاقد ضمن الكلفة الكلية للمشروع في الخطة.

د - هذا وفي حالة عدم تقدم أي عطاء مقبول في الإعلان الثاني فلرئيس جهة التعاقد إما الإعلان للمرة الثالثة (الأخيرة) وإما اتخاذ ما يلزم لتغيير أسلوب

تنفيذ العقد، مع مراعاة السياقات المعتمدة (١) ولكل ما تقدم يرى الباحث أن موقف المشرع العراقي كان محموداً وسديداً؛ لأنه أعطى الإدارة عدة خيارات عند الرغبة في إلغاء المناقصة وإعادة الإعلان للحصول على عطاءات أخرى، وقبول العطاء الوحيد بشروط معينة، أما إذا زادت القيمة التخمينية للمشروع فتطلب إعادة دراسة الكلفة التخمينية.

الفرع الثاني سلطة جهات التعاقد في إلغاء إجراءات المناقصات دون نص القانون

بعد استعراض الحالات التي نص عليها القانون صراحة بأحقية الإدارة في إلغاء المناقصة، يتساءل الباحث حول حق الإدارة في إلغاء المناقصة في غير هذه الحالات، وهل الأمر جائز أم لا بالنسبة إلى الإدارة، حيث بينا سابقاً إلى أن المشرع العراقي عندما أصدر تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ (٢)، أعطى الحق إلى الإدارة في إلغاء المناقصة بدون أي قيد، وبذلك تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة بالإلغاء وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، وهي من الحقوق المقررة بدون حاجة إلى النص عليها في العقد، وذلك على اعتبارها حقاً من الحقوق الأساسية المقررة للإدارة، وامتيازاً لها تستخدمه الإدارة وفقاً لسلطتها التقديرية على أن تخضع إلى رقابة القضاء، وإن هناك قاعدة عامة أقرها القانون، وهي:

"عدم جواز بيع أو إيجار أموال الدولة، ما لم يقرر الوزير المختص أو الرئيس الجهة الأعلى غير المرتبطة بوزارة أو من يخوله ببيعها أو إيجارها عند تحقق المصلحة العامة (٢).

١- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ ، مرجع سابق .

٢- د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، مرجع سابق ص ١١٢ أي إن القانون وضع لحماية المصلحة العامة علما بأن القانون وتعليماته لم تحدد معنى المصلحة العامة، كما إنها لم تضرب أمثلة أو إشارة إلى تطبيقات لها، إلا أنه يراد بالمصلحة العامة ضمان تحقيق مصلحة الخزنة العامة ومن ثم فإن أي إهدار للمال العام بأي عملية تقوم بها الإدارة يستوجب الإلغاء لمخالفته نص أمر (سبق أن قرره المشرع ، ووفقا للقواعد العامة فإن القانون أعطي الإدارة الحق في إلغاء المناقصة بدون نص؛ لأن النص جاء مطلقا، لكنه إطلاق غير موفق). وكما إن التشريع العراقي في حالة إلغاء المناقصة من قبل الجهة الإدارية ينص على إعادة شراء وثائق المناقصة من دون تعويض مقدمي العطاءات. كما نجد أن المشرع العراقي أعطى الإدارة سلطة في إلغاء المناقصة قبل صدور كتاب الإحالة، على أن يكون ذلك بناءً على أسباب مبررة صادرة عن جهة التعاقد أو الإدارة ومن ثم يترتب على عدم تعويض مقدمي العطاءات، إعادة ثمن شراء وثائق المناقصة فقط للمناقصين المشتركين فيها وعلى هذا الأساس فقد حدد المشرع حالتين تتم فيها إعادة ثمن شراء وثائق المناقصات إلى المناقصين، وهما :

الحالة الأولى: حالة إلغاء المناقصة وتغيير أسلوب التنفيذ إلى الدعوة المباشرة أو العطاء الاحتكاري، وذلك شرط توافر شروط اللجوء إلى تطبيق هذين الأسلوبين، ذلك على اعتبار أن اعتماد هذين الأسلوبين لا يتطلب بيع وثائق المناقصة.

الحالة الثانية: إذا ما ألغيت المناقصة في السنة السابقة، وأعلن عنها مجدداً، ويتسلسل جديد للعام اللاحق أما حالة إلغاء المناقصة بعد صدور الإحالة فلم يشير إليها المشرع العراقي في التعليمات والتشريعات الصادرة عنه. ويرى الباحث إن النص الذي سبقت الإشارة إليه يتخلله قصور في بعض العبارات المستخدمة، حيث كان الأجدر بالمشرع العراقي أن يكون أكثر حنكة ودقة في النص ؛ لأنه من المفروض أن يعاد الثمن إلى المناقص في حالة إلغاء المناقصة، سواء كان قبل الإحالة أم بعد الإحالة، ويعطى الحق إلى المناقص في المطالبة بالاسترداد ، هذا من جانب، ومن جانب آخر : أشار النص العراقي بالبند (أولا و) من الضوابط رقم (٢) السنة ٢٠١٤ الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية / ضوابط تعليمات تنفيذ العقود الحكومية بما يلي: ثمن وثائق المناقصة غير قابلة للرد". وهنا نجد النص أعطى الإدارة الحق في ألا ترد ثمن شراء وثائق المناقصة بل تعده إيرادا للدولة، ويفهم من النص أعلاه إذا كانت العطاءات غير مطابقة للشروط والمواصفات، لذا حبذا لو أن المشرع العراقي أعاد صياغة الفقرة السابقة التي تعالج هذه الحالة؛ لتكون أكثر وضوحاً وتفصيلاً.

المبحث الثاني الرقابة على الأسس القانونية لإسناد التعاقد بالمناقصات العامة

إن تمتع جهة التعاقد بسلطة مراقبة إجراءات المناقصات العامة يعني استخدام الإدارة لجميع سلطاتها في سبيل رقابة جميع العناصر الداخلة في إجراءات المناقصات ، أي رقابة جميع العناصر التي تساهم في إتمام وإنجاز العقد. وإذا كانت جهة التعاقد تتمتع بسلطات مختلفة في مجال وسائل إبرام العقود الإدارية بشكل عام فإن للرقابة على المناقصة بوصفها من أهم وسائل إبرام العقود الإدارية خصوصية، حيث من خلال الرقابة تثار مشاكل متعددة بسبب تعدد أنواع المناقصات ومواضيعها من جهة، والسلطات الواسعة التي تتمتع بها جهة التعاقد من جهة أخرى، وحيث إن سلطة الإدارة تعد في الواقع سلطة تقديرية، فإنها إذا ما تعسفت في استعمال حقها في الرقابة فإن أعمالها ستكون خاضعة إلى رقابة القضاء الإداري الذي يعد الملاذ الذي يلجأ إليه المناقص إذا ما استشعر بظلم أو أذى من أعمال الإدارة، أي: إن الرقابة القضائية تعد هي الحل الوحيد للمناقص أو المتقدم للتعاقد مع الإدارة في حال إخلال الإدارة أو تعسفها بسلطاتها؛ لأن الأصل في الدولة القانونية هو تقيد الإدارة بالقانون (١) وعليه سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين الأول يبين فيه نطاق سلطة الرقابة وأساسها القانوني والمطلب الثاني يتناول موضوع الرقابة على آلية إسناد التعاقد بالمناقصات العامة وعلى النحو الآتي

المطلب الأول نطاق سلطة الرقابة وأساسها القانوني

قبل أن نخوض في نطاق أو حدود الرقابة يتوجب الوقوف على الرقابة كسلطة، حيث تستمد جهة التعاقد سلطاتها من مفهوم تدخل الدولة، ومن ثم من الفلسفة السياسية لها ؛ ذلك لأن الإدارة هي نشاط الدولة لتطبيق وتنفيذ أهدافها السياسية والسلطة هي مجموعة من الإجراءات والخطوات التنفيذية التي تتبع كوسيلة أو أسلوب للوصول إلى غايات وأهداف تكمن في التركيب الفكري والاجتماعي للسلطة السياسية في هذه الدولة أو تلك، لذلك يقال: إن فهم السياسة هو مفتاح لفهم الإدارة العامة للدولة ومنشأتها (١). ويعني مفهوم السلطة العامة في القانون الإداري استخدام أساليب واختصاصات خارجة عن أساليب واختصاصات القانون الخاص، فأساليب السلطة العامة بما تتضمنه من امتيازات استثنائية وقيود غير

مألوفة هي التي تطبع نشاط السلطة التنفيذية بالطابع الإداري وتجعله جديرا بتطبيق قواعد القانون الإداري الخارجة عن أصول الشريعة والمغايرة للقانون المدني (٢).

١- د. عصام البر زنجي , السلطة التقديرية والرقابة القضائية , دار النهضة العربية , ص ١٠١ , ١٩٧١ .

٢- د. هيثم حليم غازي , سلطات الإدارة في العقود الإدارية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ص ٩٨ , ٢٠١٤ .

وبناءً على ما تقدم يمكننا القول: إن سلطة الرقابة ليست قوة شخصية أو حقاً شخصياً مكتسباً، بل صلاحية تخول لرجل الإدارة؛ لغرض تنفيذ القانون، أو خطة مشاريع الدولة، وتنظيم وجه الإنفاق على تلك المناقصات والمشاريع المبتغاة من ورائها وعلى هذا الأساس فإن ممارسة رجل الإدارة للسلطة ما هي إلا ممارسة لاختصاصات وأساليب نص عليها القانون والأنظمة، تساعد رجل الإدارة في تنفيذ المهمات الموكلة إليه طبقاً للقانون. وسوف نتناول هذا المطلب في فرعين وكما يلي :-

الفرع الأول نطاق سلطة الرقابة

إن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة بسبب السياسة التدخلية من قبل الدولة في الميادين كافة أمر على جانب كبير من الأهمية، إذ لم يعد دور الدولة قاصراً فقط على تلك الوظيفة التقليدية في حفظ الأمن والنظام، بل هي تؤدي الآن وظائف اجتماعية واقتصادية، لذا فإن الإدارة عندما تباشر سلطاتها في الرقابة يعني أنها تمارس وظيفتها الإدارية بحكم القانون، ولا يحق للمتعاقد معها أن يعترض على هذه السلطات أو يحتفظ عليها ضمن العطاء المقدم من قبله والإدارة تمارس سلطاتها في الرقابة، وتتدخل في أي وقت الحماية المصلحة العامة إذا ما رأت أن هناك أخطاء أو عيوباً وانحرافات في آلية المناقصة وإبرام العقد. فإن الإدارة يجب أن تمارس سلطاتها بالرقابة في حدود المصلحة العامة ، ولا يجوز أن تستعمل سلطاتها بالرقابة لتحقيق غرض لا يتصل بالمرفق العام موضوع المناقصة، فإن تجاوزت هذه الحدود عد ذلك انحرافاً في ممارسة سلطاتها، كما لا يجوز استعمال سلطة الرقابة من جانب الشخص المعنوي العام تحقيقاً لأغراض بعيدة عن المصلحة العامة . ولا يجوز لها استعمال سلطة الرقابة على نحو يؤدي إلى تعديل بنود دفتر شروط المناقصة ، فمهما اتسعت سلطة الرقابة، ومهما كانت مسلماً بها للإدارة فإنها ليست سلطة مطلقة، حيث يجب على الإدارة التزام مبدأ الشرعية وهي بصدد ممارسة سلطة الرقابة، أي إن نطاق الرقابة يضع الإدارة أمام سلطاتها الحقيقية، ويمنعها من تجاوز سلطاتها المسموح فيها (١).

١- د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي , ضمانات العقد الإداري الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري (المناقصة العامة) , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ص ١١١ , ٢٠١٠ .

الفرع الثاني الأسس القانونية لسلطة الرقابة

لجهة التعاقد سلطة التدخل في أوضاع وإجراءات إبرام العقد، سواء تعديل تلك الإجراءات أم التدخل فيها، وإن هذا التدخل يعتبر في علاقات قانونية قائمة، لذلك فإن ممارسة الإدارة لهذه السلطة الخطرة لابد أن يستند على أساس قانوني يسمح للإدارة القيام بمثل هذه التصرفات، ومن الواجب الإشارة إلى هذه المصادر التي تعد أساساً لسلطة الإدارة في الرقابة حيث إن سلطة الإدارة في الرقابة أياً كان مصدرها ليست طليقة من القيود بل لها حدود يتعين الوقوف عندها، وإلا صارت مظهرًا لسلطة أخرى، أو صارت عملاً غير مشروع تلتزم الإدارة بتعويض من إصابة ضرر جرائه . كما لا يمكن النظر إلى سلطة الرقابة على إجراءات المناقصة كرخصة ممنوحة إلى جهة التعاقد تستطيع استعمالها متى تشاء أو تتركها متى تشاء، بل إن هذه السلطة واجب على جهة التعاقد أن تمارسها بحكم هيمنتها على تنظيم سير المرافق العامة، سواء وردت في نصوص قانونية أم لائحية وسلطة الإدارة تستمد من مصادر متعددة لتنظيم سلطاتها في توجيه ورقابة العقود الإدارية، وفيما يلي المصادر المكتوبة التي تستمد جهة التعاقد منها السند القانوني في ممارسة الرقابة.

١- **الداستير** أن الرقابة حق دستوري يخول صاحبه سلطة إصدار القرارات اللازمة لإنجاح مشروعات الخطة ، فهي حق لأنها تعد رابطة قانونية نابعة من أصل دستوري، وهي الملكية العامة والإدارة في رقابتها على الأجهزة التنفيذية تكون مسئولة عن سلامة استخدام هذه الأموال، وعند رغبة جهة التعاقد في التعاقد بأسلوب المناقصات لابد أن تخصص أموالاً لتنفيذ المشاريع، وإن الأموال العامة بسبب تخصيصها للمنفعة العامة تجب حمايتها ، والرقابة هي وسيلة للحماية. حيث لم تتردد الداستير (١) من النص على حماية الأموال العامة وبسط الرقابة عليها، ومن ثم فإن الدولة عندما تباشر سلطاتها في الرقابة على تنفيذ الخطط الاقتصادية والأموال المصروفة على المشروع فإنها تتحقق من صحة التنفيذ وصحة الصرف في آن واحد. هذا وقد تعترف الداستير بالرقابة كمبدأ دستوري، وتنشئ بموجب هذا المبدأ سلطات الرقابة، سواء الرقابة الإدارية بشكل عام، أم الرقابة المتخصصة كالرقابة المالية بشكل خاص.

١- دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

٢- الأنظمة والتعليمات يهدف المشرع من التدخل بواسطة سلطة الرقابة إلى متابعة الخطط التي أقرها بقانون عن طريق الرقابة على تنفيذها إذا لا تكون هناك جدوى من أقرار الخطط التنموية للدولة ما لم تصاحبها رقابة فعالة وحقيقية خلال مرحلة التنفيذ لذلك يعد القانون والتعليمات مصدرا أساسيا" من مصادر سلطة الرقابة وهذا ما يتأكد من خلال تدخل المشرع بجعل الإدارة المركزية في أي وزارة القيام بالأشراف على التنفيذ على الرغم من كونها الجهة غير المتعاقدة وعلى هذا فإن المتقدمين للتعاقد مع جهة التعاقد (مقدمي العطاءات) لا يحق لهم منع الجهة المشرفة بحكم القانون من الإشراف والإطلاع على سير الأعمال؛ لأن الرقابة التي تمارسها هذه الجهات تستند على القانون. وقد يوجب القانون على الإدارة إتباع أصول وإجراءات معينة عند أعمال الرقابة، وذلك يشمل جميع أوجه نشاط الإدارة، بما في ذلك إبرام العقود كوجه من أوجه النشاط الإداري، ويترتب عليه التزام الإدارة بمبالغ اعتماد مالية في مواجهة من تتعاقد معهم، يتم دفعها من ميزانية الدولة .

٣- العقد والشروط العامة قد يرد في العقد نص على سلطة الرقابة أو دفا تر الشروط، وقد تتضمن دفا تر الشروط نصوصا تبين بتفصيل دقيق كيفية ممارسة جهة التعاقد لسلطة الرقابة ، وحيث إن اشتراط جهة التعاقد لممارسة سلطة الرقابة في دفا تر شروط المناقصات يعني تعبيراً صريحاً للأخذ بها عند تنفيذ العقد (١). وبهذه الاعتبارات فقد تضمنت الشروط العامة نصوصاً تؤكد سلطة جهة التعاقد في الرقابة. وإذا كانت الشروط العامة تؤكد التزام المناقص بحسن تنفيذ مشروع المناقصة، ووفقا لما ورد في دفا تر الشروط وبنود العقد من شروط فنية أو مواصفات، فإنها من باب أولى أن تلزم المناقص بالمحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بالمناقصة، حيث إن حظر إفشاء الأسرار حماية للصالح العام) ؛ لأن هذه الدفا تر لا تلزم الأفراد المتقدمين للتعاقد مع الإدارة ما لم ينص عليها في الإحالة، أي: إنها لا تلزمهم كرها عنهم بل بإرادتهم وقبولهم لأحكامها. هذا وإن عدم مراعاة أحكام تلك الدفا تر أو عدم الإحالة إليها في العقد لا يبطل ذلك العقد، بل يؤدي إلى مسؤولية الموظف الإداري المختص فقط، ومن ثم تكون هذه الدفا تر من طبيعة تعاقدية محضة في العلاقة بين الإدارة والمتعاقدين معها. أما الطبيعة اللاتحفية فهي خاصة بالتنظيم الإداري الداخلي، أي: إنها تعد لائحية وملزمة تجاه رجال الإدارة فقط أما تجاه الفرد المتقدم للتعاقد فنصوص الدفا تر العامة ليس لها أثر طالما هي لم تدرج في شروط العقد، وحينما تدرج في العقد فإنها تأخذ طبيعة العقد نفسه، وتفقد طبيعتها اللائحية (٢). وإذا كانت هذه الدفا تر تنص على سلطة الرقابة وتبين مداها في أنها لا تنشئ الرقابة بل تنظمها فقط، فإذا لم ينص العقد أو دفا تر الشروط على سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد، ولم تقرر القوانين واللوائح هذا الحق وتنظمه فإنها توجد بذاتها من دون الاستناد على نص كونها سلطة أصلية .

١- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص٤٨ ، ٢٠١٥ .

٢- د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية وضمانات الرقابة الإدارية ، مؤسسة الحورس الدولية ، القاهرة ، ص٧٧ ، ٢٠١٥ .

المطلب الثاني الرقابة على آلية إسناد التعاقد بالمناقصات العامة

أن كافة القواعد التي تنظم وتحكم إجراءات أبرام العقود الإدارية ومن هذه الإجراءات المناقصات العامة ليست مجرد قواعد مصليحيه داخلية وضعت لمصلحة جهة التعاقد تلتزم بها متى قدرت أن مصالحها تقتضي ذلك. ولكنها وضعت لصالح الإدارة والأفراد على حد سواء، وبالنتيجة يترتب على مخالفتها من قبل جهة التعاقد بطلان ما تصدره من بعض القرارات. فضلا" عن أن العقود التي تبرمها الإدارة ومنها العقود الإدارية تتكون من مجموعة من العمليات المركبة حيث بعضها يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة ويتمثل في القرارات الإدارية وبعضها ذو طبيعة المنفصلة ثنائية يصدر بإرادة الإدارة باتفاق مع الطرف المتعاقد معها كما أن القرارات التي تتخذها جهة التعاقد بهذا الشأن هي قرارات إدارية، وحيث إن المناقصة لكي تصل إلى المرحلة الأخيرة - وهي مرحلة إبرام العقد - فلا بد من أن تدرج بعدد من المراحل، وتدخل في بعض الإجراءات تتطلب كل مرحلة من الإدارة اتخاذ قرارات معينة، وهذه القرارات السابقة لإبرام العقد الإداري مثل وضع الإدارة لكراسة الشروط الخاصة بالدخول في المناقصة وقرارات لجان الفتح ولجان البت وقرار إرساء المناقصة فإنها تعتبر جميعا قرارات إدارية باعتبارها من تعليمات إجراء المناقصات وهي بالطبع تختلف عن مرحلة إبرام العقد لاسيما وأن الطبيعة القانونية لكل مرحلة تختلف عن الأخرى، فمثلا المتعاقد مع الإدارة في المرحلة الأولى يسمى بالمتناقص- المتنافس أما في المرحلة الثانية فإنه يسمى بالمتعاقد. ومن البديهي أن الإدارة عند اتخاذها أي قرارات إدارية متعلقة بإجراءات المناقصة فإنها قد تأخذ قرارات بإرادتها المنفردة، أو قد تتعسف في استعمال السلطة، أو أن تقوم بأي عمل من شأنه الإضرار بمصلحة الطرف الآخر أو بمصلحتها كما قد تقوم بأي عمل من شأنه الإخلال بمشروعية القرار الإداري؛ مما قد يثير النزاع بين طرفي العقد الإداري، الأمر الذي يتطلب البحث في كيفية فض المنازعات التي تنشأ عن اتخاذ مثل تلك القرارات، والمقصود بالمنازعات وفقاً للحكم القضائي الصادر عن محكمة القضاء الإداري هي لم يعد اختصاص محكمة القضاء الإداري مقصوراً على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن هذه العملية المركبة عملية

التعاقد - بل يمتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالمناقصة وما يتفرع منها (١). وعليه سوف نتناول هذا المطلب في فرعين يخصص الأول لبيان جهات الرقابة الخارجية التي تمارس على جهة التعاقد والثاني يخصص لبيان جهات الرقابة الداخلية التي تمارس على جهة التعاقد وعلى النحو الآتي :-

١- د. محمد ماهر أبو العينين , القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا " لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ , بدون دار نشر , ص ٩٣ , ٢٠٠٩ .

الفرع الأول الرقابة الخارجية على جهة التعاقد أكدت العديد من التشريعات على ضرورة تمتع بعض الجهات الإدارية بحق ممارسة سلطة الرقابة أما وفق الدستور العراقي الحالي فقد أعطى حق الرقابة إلى مجلس النواب العراقي على أداء السلطة التنفيذية (١)، وأعطى مجلس الوزراء الحق في الرقابة والأشراف على أعمال الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة وتخضع العقود وإجراءات المناقصات العامة بموجب التشريعات العراقية للمراجعة والتدقيق من قبل جهات مختصة وكما يلي:

أولاً: هيئة النزاهة تعد هذه الهيئة من أهم المؤسسات الرقابية التي تقوم بمكافحة الفساد الإداري، وهي من الهيئات المستحدثة، والتي تشكلت بعد عام ٢٠٠٣، حيث تم إنشاؤها بموجب الأمر (٥٥) لسنة ٢٠٠٤ (٥) الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة، والغرض من إنشاء هذه الهيئة هو مكافحة الفساد الإداري؛ وذلك عن طريق تطبيق قوانين مكافحة الفساد في كافة تعاملات جهات الإدارة وبضمنها أعمال الإدارة التعاقدية، ومعايير الخدمة العامة، وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة. كما أن من أهم واجبات هذه الهيئة محاربة الفساد، وإحالة المفسدين إلى القضاء لاسيما في مجال التعاقدات الإدارية كونها تعد مؤسسة دستورية، وهي جهاز مستقل في العراق في مجال مكافحة الفساد، وأعماله تخضع لرقابة مجلس النواب، من خلال لجنة النزاهة البرلمانية المشكلة من عدد من أعضاء مجلس النواب وبهذا تكون هيئة النزاهة العراقية خاضعة في أعمالها الخاصة بمحاربة الفساد لرقابة مجلس النواب العراقي من خلال لجنة النزاهة البرلمانية، وهذا ما يعني أن النظام الرقابي الإداري في العراق هرمي الشكل؛ إذ أن المؤسسات الرقابية الإدارية تخضع ممارستها لأعمالها الرقابية لرقابة إدارية من الجهة الأعلى منها في التنظيم الإداري في العراق، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٢) من الدستور الحالي حيث يعد بمثابة ضمانه حقيقة لقيام هذه الهيئة بواجباتها على أتم وجه، حيث حدد القانون النظامي الملحق بالأمر (٥٥) لسنة ٢٠٠٤ أهم واجبات هذه الهيئة، وهو التحقيق في قضايا الفساد، وإحالتها إلى القضاء. إضافة إلى تعزيز ثقة الشركات والمؤسسات بالجهات الإدارية فيما يخص الأعمال التعاقدية .

١- د. محمد حسن مرعي الجبوري , سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية ٢٠١٦.

١٧

ثانياً: ديوان الرقابة المالية يعد ديوان الرقابة المالية أحد الجهات الإدارية التي تعمل على مكافحة الفساد ويعتبر الديوان بموجب قانون المجلس الأعلى للرقابة المالية رقم (٦) لسنة ١٩٩٠ بمثابة السلطة العليا للمراجعة المالية في العراق، وهو الحصن الأمين للمال العام؛ وذلك من خلال كشف الاستغلال والتبذير، وسوء استخدام المال العام؛ مما يؤدي إلى مكافحة الفساد، وممارسة الأعمال بالنزاهة ويهدف إلى ضمان استقلال الديوان فقد صدر الأمر (٧٧) لسنة ٢٠٠٤ الذي عمل على إعادة تشكيل الديوان بصفته مؤسسة عامة، وتتمتع باستقلال، وهذا لتعزيز الاقتصاد وفعالية ومصداقية الحكومة العراقية ومقدرتها على إدارة مواردها . ويقترن عمل الديوان مع هيئة النزاهة العامة ومكاتب المفتشين في الوزارات لضمان نزاهة واستقامة العمل في دوائر الدولة ومساءلتها لدى ممثلي الشعب، ويمارس الديوان العديد من المهام والواجبات التي تهدف إلى تحقيق الشفافية وضمان تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على المال العام ونزاهة وشفافية العمل في دوائر الدولة ، إضافة إلى قيامها بالتقييم المالي للعقود العامة، وضمان استخدام المنح والقروض الحكومية؛ لتحقيق الأغراض التي من أجلها تم تقديم هذه المنح أو القروض؛ وهذا بلا شك من خلال متابعة إجراءات إبرام العقود الإدارية لاسيما المناقصات العامة التي تهدف الإدارة من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد . (١)

ثالثاً: السلطات القضائية

إن السلطات القضائية متمثلة بمجلس القضاء الأعلى ومجلس شورى الدولة ومحكمة التمييز العراقية تقوم على أساس تطبيق القوانين باستقلال تام دون تدخل السلطتين التشريعية أو التنفيذية، وذلك من خلال امتلاكها سلطة الأمر، والإرغام لتنفيذ أحكامها، وهذا ما يجعلها أكثر قوة في الكشف

عن الخروقات الإدارية، فهي مسئولة عن تطبيق القوانين، ومنع حالات الفساد، وتوجيه ومحاكمة الموظفين المفسدين، أو المخلين بواجباتهم الوظيفية التي من شأنها أن تضر بالمصلحة العامة، والتي تحول دون إتمام الإجراءات التعاقدية بنزاهة وعدالة ولا بد من الإشارة إلى أن السلطة القضائية تمارس مهامها ومسؤوليتها بشكل مستقل عن أي رقابة من وزارة العدل، وهذا ما نصت عليه المادة (٦) من الأمر رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٤، حيث إن غياب السلطة القضائية وعدم استقلاليتها، أو عدم تمتعها بالحصانة الكافية يعنى شيوع ثقافة الإفلات من العقاب وانعدام ثقة المواطنين بإمكانيات السلطة، وعدم إتاحة المجال أمام المواطن للتظلم، أو الإبلاغ عن حالات الفساد الوظيفي (٢).

١- قانون ديوان الرقابة المالية رقم ٦ لسنة ١٩٩٠

٢- حيدر محمد زيدان التميمي، النظام القانوني لأساليب أبرام العقود الإدارية في العراق دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص ١١٩، ٢٠١٥.

رابعاً: البرلمان: يعد البرلمان من أعرق الجهات الرقابية لدى البلدان التي تتمتع بالديمقراطية؛ وذلك من خلال ما يلعبه البرلمان أو ممثلي الشعب من دور مهم في تقييد الحكومة والرقابة عليها، ومعارضتها في أحيان كثيرة لضمان سير العمل الحكومي، وذلك لما للبرلمان من قدرة على مسائلة أعضاء الحكومة أمام البرلمان للاستعلام عن أمر ما، أو للاستيضاح والكشف عن أي قصور في عمل الجهاز الحكومي، وذلك من خلال إجراء تعديلات دستورية تسهم في تقوية مؤسسات الحكم الجيد، وتعزيز دورها في المجتمع، كذلك تفعيل دور البرلمان في إعداد الموازنة العامة للدولة وإقرارها إضافة إلى العديد من المهام التي تسهم في محاربة الفساد الإداري، وإنقاذ المجتمع من برائته، ومن ضمنها ممارسة الرقابة على عمل الوزارات والتوصية بإجراء التحقيقات في أعمال الجهات الإدارية التي يشوبها شبهات الفساد، بالإضافة إلى سلطة البرلمان في استجواب الوزير المختص والاستفسار منه عن تلك الأعمال المشابهة بشبهات الفساد فضلاً. فإن للبرلمان سلطة في إقرار التوصية بإقالة الوزير، أو أي مسؤول يثبت قيامه بأعمال فساد إداري؛ وبذلك يكون البرلمان الحصن الأمين للمال العام.

الفرع الثاني الرقابة الداخلية على جهة التعاقد

تتمثل الرقابة الداخلية على جهة التعاقد بدائرة الرقابة والتدقيق الداخلي في الوزارات أو قسم الرقابة والتدقيق الداخلي في بعض الدوائر حيث تمارس دوائر وأقسام التدقيق في الدوائر والمؤسسات الحكومية دوراً مهماً في تدقيق الجوانب المالية والإدارية كافة، منها: العقود والمناقصات والمزيدات والمشتريات التي تجريها الدوائر الحكومية كافة في مرحلة سابقة ومرحلة لاحقة للتصرف للوقوف على مدى مطابقتها، أو عدم مخالفتها للقانون والأنظمة والتعليمات، وإبداء الملاحظات والتوصيات المتعلقة بها، أو التحفظ على التصرف الحاصل في حالة عدم استجابة الرئيس الإداري للملاحظة المقدمة، وإصرار قسم التدقيق عليها لأسباب مسوغة قانونياً بمعنى يمكننا القول أن الرقابة الداخلية هي الرقابة التي تباشرها الإدارة بنفسها أي أنها رقابة ذاتية متمثلة بأن تمارس الإدارة سلطة الرقابة على القرارات الصادرة عن الإدارة ذاتها، وبذلك تكون الإدارة هي الجهة الرقابية ذاتها. وتتميز الرقابة الداخلية بأنها لا تنصب فقط على مشروعية العمل وإنما تمتد أيضاً للرقابة على مدى ملائمة القرار الإداري لظروف المكان والزمان وبالتالي فهي شاملة، والأصل عدم خضوعها لشكليات وإجراءات معينة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (١).

١- قانون ديوان الرقابة المالية رقم ٦ لسنة ١٩٩٠. كما تتميز الرقابة الداخلية بالسرعة وبساطه الإجراءات بما يمكن تحقيق غايتها في آجال معقولة. ويعاب على الرقابة الداخلية أنها رقابة غير حيادية وغير موضوعية، وأنها تجعل من جهة الإدارة خصماً باعتبارها مصدره القرار أو من صدر عنها العمل المطعون فيه هي من تقص في التظلم أو الشكوى المرفوعة إليها وما يؤكد وجود هذه الظاهرة أن الإدارة في كثير من الأنظمة القانونية لا تلتزم بالرد على التظلمات المرفوعة أمامها وتجعل المواطن معلقاً ينتظر الإجابة إلى غاية انتهاء الأجل المحدد قانوناً بما يمكنه من اللجوء للقضاء المختص بعد انتهاء هذا الأجل.

الذاتية:

تخضع المناقصة العامة إلى عدة مبادئ أساسية، وهذه المبادئ ضرورية للوصول إلى الأغراض التي شرعت من أجلها المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، وهي تتمثل في حماية مصالح الدولة المالية؛ وذلك بالتعاقد مع المتنافس الذي قدم أقل عطاء سعراً وأفضل شروطاً، وهذا ستوجب أن تكون المناقصة مفتوحة لكل الراغبين في التقدم إليها، وبالمساواة بين هؤلاء المتنافسين، إذ لكل من استوفى الشروط أن يتقدم للمناقصة، ويتفرع من هذا الأصل أنه لا يجوز للإدارة أن تعفي البعض من الشروط المطلوبة دون البعض الآخر، كما لا يجوز لها أن تطبق شروطاً أو تحذفها، أو تعود إليها بالنسبة إلى بعض المنافسين، ولا يسوغ لها أن تستبعد عطاءات بعض المتنافسين بقرارات عامة أو فردية، وإلا كان ذلك إخلالاً بمبدأ

مجلة الفارابي للعلوم الانسانية العدد (٤) الجزء (٢) آب لعام ٢٠٢٤

المساواة الذي يتيح لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة بالتقدم وفق الشروط والإجراءات التي وضعها المشرع والمنظمة لعملية التعاقد بأي شكل من أشكال المناقصة.

قائمة المراجع :-

- ١- د. جابر جاد نصار , المناقصات العامة . دراسة مقارنة , الطبعة الثانية , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٢ .
- ٢- د. عثمان سلمان غيلان العبودي , المرشد العلمي في أحكام الشراء والبيع و الإيجار وإبرام العقود الإدارية , الطبعة الثانية , موسوعة القوانين العراقية , الناشر صلاح الأنباري , بغداد , ٢٠٠٩ .
- ٣- د. عصام البر زنجي , السلطة التقديرية والرقابة القضائية , دار النهضة العربية , ١٩٧١
- ٤- د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي , ضمانات العقد الإداري الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري (المناقصة العامة) , دار الجامعة الجديدة , ٢٠١٠ .
- ٥- د. محمد حسن مرعي الجبوري , سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠١٦ .
- ٦- د. محمد ماهر أبو العينين , القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩ , بدون دار نشر , ٢٠٠٩ .
- ٧- د. هيثم حليم غازي , سلطات الإدارة في العقود الإدارية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠١٤ .
- ٨- د. سامي جمال الدين , اللوائح الإدارية وضمان الرقابة الإدارية , مؤسسة الحورس الدولية , ٢٠١٥ .
- ٩- د. ماجد راغب الحلو , العقود الإدارية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠١٤/٢٠١٥
- ١٠- د. محمد رفعت عبد الوهاب , القانون الإداري , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠١٥ .
- ١١- حيدر محمد زيدان التميمي , النظام القانوني لأساليب إبرام العقود الإدارية في العراق دراسة مقارنة , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الإسكندرية , ٢٠١٥ .
- ١٢- رقية محمد عبيد , التعاقد بالمناقصة والرقابة عليها دراسة مقارنة , كلية الحقوق , جامعة الإسكندرية , ٢٠١٦ .

التشريعات العراقية

- ١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
- ٢- قانون ديوان الرقابة المالية رقم ٦ لسنة ١٩٩٠
- ٣- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤