التزام الإدارة بالمبادئ الحاكمة لإبرام العقود الحكومية

(دراسة مقارنة)

أ.م.د رشا محمد جعفر الهاشمي
كلية القانون جامعة بغداد

م.م جواد كاظم جبار الحساني
كلية القانون جامعة الامام الصادق(ع)

الخلاصة

تسعى الجهات الحكومية في أي دولة للحصول على خدمات وسلع ذات جودة أفضل وبتكلفة إجمالية أقل ، أو بمعنى آخر ضمان حصولها على قيمة أعلى مقابل ما تدفعه من أموال من خلال العقود الحكومية التي تبرمها مع موردي هذه الخدمات والسلع ، غيرَ أن هذا الهدف لن يتحقق إذا ما شاب عملية التعاقد هذه أي فساد إداري أو مالي ، فضلاً عن أن ذلك سيؤدي إلى إهدار الأموال العامة ، وترتيب آثار سلبية على الأصعدة كافة ، وبما أن الإدارة هي المعني الاول بسلامة هذه العقود ؛ فهي تعمل باستمرار وتجتهد لإيجاد وسائل تحد من الفساد الإداري والمالي ، وتعمل على تطوير هذه الوسائل بين الفينة والأخرى وبشكل مستمر ومنتظم ؛ لأن التهاون في هذه المسالة سيجعل العقود الحكومية عرضة للفساد الإداري والمالي خاصةً اذا ما علمنا أن أساليب الفساد تتطور وتتنوع كلما تطورت وسائل الإدارة للحد منه .

ومن بين اهم هذه الوسائل هي التزام الادارة بالمبادئ الحاكمة لإبرام العقود الحكومية، والتي تضمن دقة وصحة هذه العقود ، وتضمن حصول الإدارة على المتعاقد الأفضل من حيث القدرة المالية والفنية ، واحترام الإدارة لهذه المبادئ والالتزام بها أمر غير متروك لتقديرها، بل هو أمر ملزم لها ، وإغفاله يولد حقاً لكل مقدم عطاء بالطعن بقرار الإدارة الذي تجاهلت فيه المبادئ العامة الحاكمة لإبرام العقود الحكومية باعتباره قراراً يخالف القانون ، ومن بين أهم هذه المبادئ مبدأ العلنية في التعاقد ومبدأ تكافؤ الفرص (المساواة) ومبدأ الشفافية وحرية المنافسة،

وركزنا من خلال هذا البحث على هذه المبادئ ودورها في تحصين المال العام المستخدم لإبرام هذه العقود.

Abstract

There are many principles governing the conclusion of government contracts ،which guarantee the accuracy and validity of these contracts ،and ensure that management obtains the best contractor in terms of financial and technical capacity. The management's respect for and adherence to these principles is not a matter of management's discretion. A bidder challenging the decision of the administration ،which ignored the general principles governing the conclusion of government contracts as a decision contrary to the law. Among the most important of these principles is the principle of openness in contracting ،the principle of equality of opportunity (equality) and the principle of transparency and freedom of competition

Objective of the research: The research aims to focus on the most important principles governing the conclusion of government contracts and their role in the fortification of public money and reduce the phenomenon of administrative and financial corruption in the scope of government contracts

The research plan: To study the subject of research ،we will divide it into three topics ،which we will allocate to discuss the subject of the principle of public contracting and the second to discuss the issue of activating the principle of equality between the contractors and the third will reflect the principle of transparency and freedom of competition..

مُقَدِّمَة

هنالك العديد من المبادئ الحاكمة لإبرام العقود الحكومية، والتي تضمن دقة وصحة هذه العقود ، وتضمن حصول الإدارة على المتعاقد الأفضل من حيث القدرة المالية والفنية ، واحترام الإدارة لهذه المبادئ والالتزام بها أمر غير متروك لتقدير الإدارة ، بل هو أمر ملزم لها ، وإغفاله يولد حقاً لكل مقدم عطاء بالطعن بقرار الإدارة الذي تجاهلت فيه المبادئ العامة الحاكمة لإبرام العقود الحكومية باعتباره قراراً يخالف القانون [١] ، ومن بين أهم هذه المبادئ مبدأ العلنية في التعاقد ومبدأ تكافؤ

الفرص (المساواة) ومبدأ الشفافية وحرية المنافسة[٢] .

مشكلة البحث : تكمن مشكلة البحث في ايجاد وسائل تمنع الفساد الاداري والمالي ومكافحة انتشاره في نطاق العقود الحكومية، من خلال إعمال المبادئ الحاكمة لإبرام تلك العقود، خصوصاً في بلد مثل العراق بحاجة ماسة لتوظيف الاموال العامة على احسن وجه ، وتحقيق الاستفادة القصوى منها ، والدفع بعجلة التنمية الى الامام ، فالعراق عانا ولازال يعاني من الفساد الاداري والمالي، والهدر في المال العام بسبب عدم اتباع الادارة احياناً لهذه المبادئ الحاكمة مما ادى الى ارتفاع تكاليف المشاريع التي وصلت في العراق من (٢٠-٥٠٪) فوق التكلفة الاصلية بالإضافة الى التلكؤ ورداءة المشاريع المنفذة .

هدف البحث: يهدف البحث الى التركيز على اهم المبادئ الحاكمة لإبرام العقود الحكومية ودورها في تحصين المال العام والتقليل من ظاهرة الفساد الاداري والمالي في نطاق العقود الحكومية .

نطاق البحث: يشمل البحث القوانين والانظمة والتعليمات والقرارات التي تصدرها الادارة في العراق وفي دول المقارنة فرنسا ومصر، والتي تنظم مسألة التزام الادارة بالمبادئ الحاكمة لإبرام العقود الحكومية ، وكذلك احكام القضاء واراء الفقهاء بهذا الخصوص.

منهجية البحث : سنتبع في دراستنا لموضوع البحث المنهج التحليلي والمنهج المقارن لتتاح لنا فرصة تحليل النصوص القانونية في العراق ومقارنتها بالنصوص القانونية في الدول المقارنة للوصول الى غاية البحث .

خطة البحث: للإحاطة بموضوع البحث سنقوم بتقسيمه الى ثلاثة مباحث الاول نخصصه لبحث موضوع مبد العلانية بالتعاقد والثاني لبحث موضوع تفعيل مبدأ المساواة بين المتعاقدين والثالث سنبين فيه مبدأ الشفافية وحرية المنافسة .

المبحث الأول

مبدأ العلنية بالتعاقد

مفاد هذا المبدأ أن الإدارة تعلن عن رغبتها في التعاقد، وتحاول إيصال هذه

المعلومة إلى كل من تنطبق عليه الشروط القانونية للاشتراك، وتهدف الإدارة من خلال هذا الإجراء تحقيق عدة غايات منها الابتعاد عن أجواء الشك والريبة التي تحيط عملية التعاقد فيما لو أجريت بدون الإعلان عنها، وتجنب بطلان وإلغاء تعاقداتها لعدم مراعاة هذا الإجراء ، ومن جانب آخر تثبت الإدارة التزامها ونزاهة تعاملاتها ، فالعلانية تضع المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي، فتثير المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، كما أن اتباع مبدأ العلنية بالتعاقد يحقق منافع فنية ومادية للإدارة ، فخلق أجواء من المنافسة المشروعة بين عدد من الراغبين بالتعاقد يؤدي حتماً إلى حصول الإدارة على أنسب العروض من حيث الثمن وأفضلها من الناحية الفنية[٣] ، والإدارة ملزمة عند الإعلان عن رغبتها في التعاقد ، ببيان شروط ومواصفات وأصناف المواد والأعمال المراد التعاقد عليها بصورة وافية حتى يتسنى لذوي الشأن على أساسها التقدم بعطاءاتهم للتعاقد معها، ولا يعد الإعلان عن العقد إيجاباً من جانب الإدارة ينتظر قبولاً من أحد لينعقد العقد، إنما هو مجرد دعوة للتعاقد ، أما الايجاب فيصدر من الراغبين بالتعاقد متمثلاً بعطاءاتهم المقدمة للإدارة ، فإذا تم قبول أحد هذه العطاءات انعقد العقد[٤] .

والشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان تكون ملزمة للإدارة، فيتعين عليها احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد، وكيفية إجرائه، وعدد مراته، وإلا ترتب على ذلك بطلان العقد، فمبدأ العلنية بالتعاقد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته[٥] ، ومن ميزات الإعلان أنه يهيئ للإدارة متعاقدين اكفاء ، مما يضمن حسن تنفيذ العقد الحكومي، ويضمن أيضاً المحافظة على المال العام[٦] ، وقد رصد ديوان الرقابة المالية في العراق، العديد من المخالفات المتعلقة بعدم مراعاة مبدأ العلنية بالتعاقد مما أدى إلى التأثير سلباً على حسن تنفيذ العقد وإهدار كبير في المال العام[٧] ، ونظراً للأهمية الكبيرة لهذا المبدأ فقد أخذت به أغلب الدول من خلال النص عليه في التشريعات المنظمة للتعاقدات الحكومية ومن هذه الدول العراق ودول المقارنة فرنسا ومصر ، وسنلقي الضوء على هذا المبدأ في

التشريع العراقي والفرنسي والمصري من خلال المطالب الثلاث الآتية :

المطلب الاول

مبدأ العلنية بالتعاقد في فرنسا

كانت إجراءات الإعلان عن المناقصات في فرنسا ، ينظمها القرار الوزاري الصادر عن وزير الاقتصاد والمالية بتاريخ ٢١/ ٥/ ١٩٧٦ ، والذي اشترط أن يكون الإعلان وفقاً لنموذج معين لتسهيل الاطلاع على محتوياته، وأن يتضمن الإعلان على الأقل البيانات الآتية[٨] :

١. موضوع العقد مع الاشتراطات الضرورية.
٢. المكان الذي تسحب منه العطاءات وكراسات الشروط وطريقة الحصول عليها.
٣. تاريخ إرسال الإعلان لنشره في الجريدة الرسمية.
٤. التاريخ والمكان المحدد لاستلام العطاءات.
٥. المكان واليوم والساعة المحددة للبت في المناقصة.
٦. المستندات اللازم إرفاقها بالعطاءات.
٧. مدة ارتباط أصحاب العطاءات بعطاءاتهم.

ويترتب على إغفال أيٍّ من البيانات السابقة ، تقرير بطلان المناقصة وإلغاء التعاقد الذي تم في ظلها ؛ لأن هذه البيانات تعد الحد الأدنى من المعلومات المتعين إلمام الراغبين بالتعاقد بها، وإلى جانب هذه البيانات الإلزامية ، توجد بعض البيانات الاختيارية مثل إعلان الإدارة عن السلطة المسؤولة عن إدارة المناقصة فهذا البيان غير الزامي ويحق للإدارة عدم ذكره في الإعلان، من دون أن يترتب على عدم إدراج هذه المعلومة بطلان العقد .

ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي قد أصدر العديد من الأحكام التي تلزم الإدارة بضرورة مراعاة شروط الإعلان ومن هذه الأحكام حكمه الصادر بتاريخ ٢٦/ ٣/ ١٩٣١ في القضية المعروفة باسم (Helbing) حيث حكم ببطلان المزاد لعدم الإعلان عنه بالطريقة التي نص عليها القانون، وهي اللصق على لوحات الإعلانات المعدة لذلك، وبتاريخ ١٠/ ٧/ ١٩٣٢ أصدر مجلس الدولة حكمه بقضية (Bigot) بإبطال المناقصة لعدم تسليم الإدارة المتعاقدة لأحد المتنافسين الشروط

الكاملة للمناقصة، ويرتب القضاء الإداري الفرنسي الإبطال على عدم إيراد بعض المعلومات الجوهرية في الإعلان، أما غير الجوهرية منها فلا يترتب عليها البطلان ففي حكم لمجلس الدولة صادر في ١٨/ ١/ ١٩٢٩ في قضية (Com de Beausoleil) قرر المجلس أن حدوث أخطاء مادية في الأرقام يمكن لذوي الشأن اكتشافها بسهولة يعد من الأشكال غير الجوهرية التي لا يترتب عليها البطلان وفي حكم آخر صادر بتاريخ ٢٥/ ٨/ ١٩٣٩ في قضية (Gantron) عد المجلس إغفال الإدارة المتعاقدة تضمين الإعلان السلطة المختصة بإجراء المزاد ، أمراً غير موجب للبطلان[٩] .

أما في الوقت الحاضر وبعد إلغاء أسلوب المناقصات في فرنسا ، فقد حدد تقنين العقود الإدارية الفرنسي الصادر سنة ٢٠٠٦ ، طريقة الإعلان واشترط أن يتم تضمينه ببيانات أساسية تمثل مضمون الإعلان، وأكد أيضاً على التزام الإدارة المتعاقدة بإجرائه وفق القيمة التقديرية للعقد المزمع إبرامه، ففي العقود التي تقل قيمتها عن (٢٠,٠٠٠) عشرين ألف يورو، الإدارة غير ملزمة بالإعلان عنها ، أما العقود التي تكون قيمتها أكبر من (٢٠,٠٠٠) عشرين ألف يورو وأقل من (٩٠,٠٠٠) تسعين ألف يورو ؛ فللإدارة سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة الإعلانية المناسبة التي تكفل العلم الكافي للراغبين بالتعاقد ، كالإعلان في لوحة الإعلانات أو في الصحف المحلية أو على الموقع الالكتروني الخاص بالإدارة المتعاقدة، فكل الوسائل متاحة أمام الإدارة ؛ لإيصال العلم بالممارسة إلى الراغبين بالتعاقد.

أما عقود التوريد والخدمات التي قيمتها أكبر من (٩٠,٠٠٠) يورو وأقل من (١٩٣,٠٠٠) يورو ، وكذلك عقود الأشغال العامة التي تزيد على (٩٠,٠٠٠) يورو ، وتقل عن (٤,٨٤٥,٠٠٠) يورو ، فإن الإدارة ملزمة بنشر الإعلان على الأقل في الجريدة الخاصة بإعلان العقود الإدارية (B.O.A.M.P) ، كما يمكنها النشر في الجرائد الرسمية المحلية (J.A.L) .

كما أن نظام السوق الأوربية المشتركة يشترط أن يتم الإعلان عن مناقصات عقود الأشغال العامة وعقود التوريد بصفة خاصة،

في الجريدة الرسمية للسوق الأوربية المشتركة(J.O.U.E) ، ويشترط أن يتم الإعلان في هذه الجريدة قبل أن يتم الإعلان عنها داخلياً في كل دولة على حدة ، ويشترط تقنين العقود الإدارية الفرنسي لسنة ٢٠٠٦ أيضاً أن تكون وسيلة الإعلان متناسبة مع موضوع العقد وقيمته التقديرية علماً أن اختيار الإدارة لوسيلة الإعلان يخضع لرقابة القضاء الإداري الذي يبحث مدى التناسب بين الوسيلة المتبعة في الإعلان وبين موضوع العقد وقيمته.

وورد في حكم لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣٠/ ١/ ٢٠٠٩، أن على الإدارة المتعاقدة أن تضّمن إعلانها بعض المعلومات المهمة مثل موضوع التعاقد، ماهية الإدارة المتعاقدة ، كيفية الاتصال بها، والمعايير الموضوعية التي ستحسم من خلالها الإدارة العطاء الأفضل، وأوضح مجلس الدولة الفرنسي هذه المعايير الموضوعية في حكمه الصادر بتاريخ ٧/ ١٠/ ٢٠٠٥ ، فألزم الإدارة عند اختيارها لوسيلة الإعلان أن تضع في اعتبارها ثلاثة معايير هي موضوع التعاقد، قيمة العقد، المجال التنافسي[١٠] ، فموضوع العقد يقصد به نوعية الأعمال أو الخدمات التي تريد الإدارة الحصول عليها ، أما القيمة التقديرية للعقد فتعد من أهم المعايير الموضوعية لتحديد وسيلة التعاقد المناسبة وكيفية الإعلان عنها، وأخيراً المجال التنافسي الذي يعني أن الإدارة يجب أن تبين في الإعلان ، نطاق أو مجال التنافس أهو على المستوى المحلي أم على المستوى الدولي .

المطلب الثاني

مبدأ العلنية بالتعاقد في مصر

بين المشرع المصري في المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات رقم(٨٩) لسنة ١٩٩٨ أن الإعلان عن المناقصات والممارسات العامة يتم عن طريق الصحف اليومية أو أية وسيلة إعلام واسعة الانتشار، وحددت اللائحة التنفيذية لهذا القانون في المادة (١٢) منها كيفية هذا الإعلان فالمناقصة المحلية يتم الإعلان عنها مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار على أن يتم ايراد بيانات جوهرية في هذا الإعلان تخص الصنف أو العمل

المطلوب إنجازه ومبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين النهائي وثمن كراسة الشروط وملحقاتها والجهة المنوط بها تلقي العطاءات، وآخر موعد لقبول تقديمها وأية بيانات أخرى ترى جهة الإدارة أنها ضرورية لصالح التعاقد، وورد في هذه المادة إمكانية الإعلان بالوسائل الالكترونية ؛ وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة العقد [١١] ونبهت وزارة المالية على الجهات الإدارية الالتزام بقرار مجلس الوزراء رقم (٣٣) لسنة ٢٠١٠ بشأن النشر الالكتروني عن المناقصات والمزايدات في الجهات الحكومية المختلفة على موقع بوابة المشتريات الحكومية[١٢] .

وللتقليل من الإنفاق على الإعلان بينت المادة (١٣) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات أنه إذا تقرر طرح أكثر من مناقصة عامة في تاريخ واحد أو تواريخ متقاربة ؛ فيراعى النشر عنها في إعلان واحد حيث سيؤدي هذا الامر إلى توفير في النفقات وفي نفس الوقت تحقيق الغرض من الإعلان ، أما المناقصة العامة الخارجية فيعلن عنها في مصر والخارج باللغتين العربية والانجليزية ويطلب من سفارات وقنصليات الدول الأجنبية في مصر إبلاغ مواطنيها من العاملين بذات النشاط موضوع التعاقد بصيغة الإعلان عن المناقصة[١٣] .

أما بشان مخالفة الإدارة المتعاقدة لإجراءات الإعلان فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها رقم(١٩٥) لسنة ١٩٦٨ بأن عدم قيام جهة الإدارة بالنشر عن المناقصة يؤدي إلى الإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص ، ومن ثم يترتب على إغفال هذا الإجراء وعدم تحقق الغاية منه وقوع عيب شكلي في إجراءات المناقصة يؤثر على قرار الترسية ويؤدي إلى بطلانه[١٤] .

المطلب الثالث

مبدأ العلانية بالتعاقد في العراق

سار المشرع العراقي على نفس النهج الذي سار عليه المشرعان الفرنسي والمصري بالنص على أهمية الإعلان عند التعاقد بالنسبة للعقود الحكومية باعتباره أول خطوة في عملية التعاقد ؛ فقد نصت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ في المادة ٣/ أولاً على : (وينفذ هذا الأسلوب بإعلان الدعوة العامة إلى جميع

الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة) ويختلف محتوى الإعلان وشروطه في العراق باختلاف أسلوب التعاقد فيما إذا كانت المناقصة عامة أو محدودة أو بطريقة التأهيل الفني ، أما أساليب الدعوة المباشرة والعطاء الواحد والتعاقد المباشر ؛ فلم تشترط التعليمات الإعلان عنها وإنما يتم توجيه دعوات إلى جهات محددة كونها أساليب استثنائية تلجأ الإدارة إليها عند تحقق ظروف وحالات معينة ، ولم تبين تعليمات العقود الحكومية النافذة كيفية إجراء الإعلان ؛ وإنما ألزمت جهات التعاقد بالضوابط التي تصدرها وزارة التخطيط فيما يخص إجراءات الإعلان عن المناقصات وإعادة الإعلان [١٥] .

فوفق الضوابط رقم (٢) الخاصة بإجراءات الإعلان عن المناقصات والإحالة الصادرة من وزارة التخطيط فقد ورد في الفقرة أولاً/ أ من هذه الضوابط أن الإعلان الخاص بالمناقصات الوطنية يتم نشره على الأقل في ثلاث صحف يومية وطنية واسعة الانتشار ولمرة واحدة ، ويتحمل من ترسو عليه المناقصة أجور النشر والإعلان ، بالإضافة إلى ما سبق يتم نشر الإعلان في الموقع الالكتروني لجهة التعاقد ولوحة الإعلانات فيها بالنسبة للمناقصات العامة ، أما بخصوص المناقصات الدولية فيتم الإعلان عنها إضافة إلى ما سبق في الملحقيات التجارية في السفارات العراقية ويتم نشر الإعلان أيضاً في موقع الامم المتحدة لتنمية الأعمال (DG.MARKET)[١٦].

كما بينت الفقرة ثانياً من الضوابط أعلاه أن جهة التعاقد يجب أن تضمن إعلان مناقصات العقود العامة بمختلف أنواعها البيانات الآتية : اسم وموضوع المناقصة ورقمها ونوعها، وصف دقيق وموجز وواضح للمشروع أو العقد المطلوب تنفيذه مع بيان الخدمات والسلع المطلوبة، بيان تاريخ ومكان تقديم العطاءات وفترة النفاذ المطلوبة لها ومكان وموعد بيع وثائق المناقصة، موعد غلق المناقصة، ثمن وثائق المناقصة على أن نبين أنه غير قابل للرد، التأمينات الأولية المطلوبة من مقدمي العطاءات ومدة نفاذيتها، الموقع الالكتروني

لجهة التعاقد، والبريد الالكتروني بالتشكيل الإداري المسؤول عن المناقصة، موعد ومكان فتح العطاءات، أية معلومات وشروط أخرى ترى الإدارة ضرورة إضافتها وبما يتناسب مع ظروف المناقصة، كما أجازت الفقرة ثالثاً من الضوابط تمديد مدة الإعلان لمرتين فقط على ان لا يتجاوز التمديد مدة الإعلان الأول وبموافقة رئيس جهة التعاقد أو من يخوله حيث تقوم الإدارة بإصدار ملحق يعلن عنه في نفس الصحف التي نشر فيها الإعلان وترسل نسخة منه إلى جميع المشتركين في المناقصة ، وهنالك إجراءات أخرى أشارت إليها الفقرة سادساً من الضوابط رقم (٢) تلتزم الإدارة باتباعها عند إعادة الإعلان أو الدعوى[١٧] .

المبحث الثاني

تفعيل المساواة بين المتعاقدين

تقوم فكرة المساواة بين المتعاقدين على اساس مبدأ حرية المنافسة وعليه يتعين على الادارة ان تعامل المتقدمين للتعاقد معها على قدم المساواة فلا يجوز لها ان تخلق وسائل قانونية للتمييز بين المتقدمين، منها على سبيل المثال اعفاء احد المتنافسين او المتقدمين من دفع التأمينات او اعفائه من تقديم بعض او كل الاوراق المطلوبة للتعاقد[١٨]، فاذا فضلت الادارة احد المتنافسين على حساب الاخر فأن ذلك يؤدي الى بطلان اجراءات التعاقد الا اذا كان هذا التفضيل مستندا على اساس قانوني[١٩] ، غير ان هذا المبدأ العام ترد عليه قيود متعددة ممكن ان تؤدي الى حرمان احد الاشخاص الطبيعية او المعنوية من الدخول الى المناقصات او المزايدات التي تجريها الادارة[٢٠] وعلى الادارة مراعاة المساواة بين جميع الاشخاص الراغبين بالتعاقد فلا يجوز للإدارة ان تمنح فرصة بالتنافس لبعض الاشخاص دون البعض الاخر[٢١].

ولأهمية هذا المبدأ نجد اغلب التشريعات قد حرصت على النص عليه في القوانين المنظمة للمناقصات والمزايدات، لذا سنقوم بالتعريف بهذا المبدأ في مطلب اول ونسلط الضوء على الاستثناءات الواردة عليه في كل من العراق ودول المقارنة فرنسا ومصر في مطلب ثاني .

المطلب الاول

التعريف بمبدأ المساواة بين المتعاقدين

على الجهات الادارية المتعاقدة ان تراعي المساواة بين جميع الاشخاص الراغبين بالتعاقد، وتعني المساواة بين المتعاقدين إيجاد نفس الفرصة لكل من يتقدم الى المناقصة او المزايدة دون تمييز بين احد وآخر[٢٢] ، وللتعريف بمبدأ المساواة في التشريعات العراقية وفي التشريع المقارن سنقسم هذا المطلب الى فرعين وعلى النحو الاتي:

الفرع الاول

التعريف بمبدأ المساواة بين المتعاقدين في القانون المقارن

يقضي تطبيق هذا المبدأ في فرنسا ان تكون الفرصة متاحة وبصورة متساوية لكل الراغبين في التقدم بعروضهم ممن تتشابه مراكزهم القانونية، كما يجب المساواة بين هؤلاء المتنافسين من الوجهة الفعلية او القانونية اي لا يجوز للإدارة ان تعفي البعض من الشروط المتطلبة من دون البعض الاخر ولا يجوز لها ان تضيف شروط او تحذفها او تعدلها بالنسبة لبعض المتنافسين[٢٣] .

وقد تم النص على هذا المبدأ في المادة الاولى من تقنين العقود العامة الصادر سنة ٢٠٠٦[٢٤] ، وقد جرم قانون العقوبات الفرنسي بما يعرف اصطلاحاً(بجنحة المحاباة) الافعال الصادرة من الادارة والتي يتم من خلالها منح افضلية لاحد المتنافسين على الاخر ، وعدها مخالفة لمبدأ المساواة[٢٥] ، اما على المستوى القضائي فقد اقر مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من احكامه ومنع التمييز القانوني والواقعي بين الراغبين بالتعاقد[٢٦] .

اما في مصر فقد اخذ المشرع المصري بهذا المبدأ بموجب المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم(٨٩) لسنة ١٩٩٨ حيث نصت على ان (تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة...) ويترتب على الاخذ بهذا المبدأ عدة نتائج منها عندما تحدد الادارة شروط الاشتراك في المناقصة ، فعليها ان تضع نصب عينيها ان الاشخاص جميعهم متساوون ، وتفسح المجال امامهم جميعاً للاشتراك في المناقصة، دون اي تمييز او

تفضيل ، فأي مفاضلة او عراقيل على المستوى القانوني او الواقعي بين الراغبين بالتعاقد تكون غير مشروعة، وكذلك عند تدقيق عروض المشتركين في المناقصة، لاختيار العرض الافضل من بينهم ، فيجب ان لا يحصل اي تمييز في هذه المرحلة ويجب تعميم الاجراءات التي تتخذها الادارة على الجميع[٢٧] .

الفرع الثاني

التعريف بمبدأ المساواة في القانون العراقي

يعد مبدأ المساواة في العراق من المبادئ الاساسية التي نص عليها الدستور[٢٨]، وقد ورد في قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ، الزام الجهات الادارية كافة بالإنفاق العام وفقاً لمبادئ اساسية منها اتسام العقود الحكومية بالعدالة والمساواة[٢٩] ، وقد تم النص على مبدأ المساواة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧(الملغاة) والتأكيد عليه في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨(الملغاة) . الا ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ لم تشر الى هذا المبدأ صراحةً ، بل ذكرت ان الاجراءات في المناقصة العامة يجب ان تتصف بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح[٣٠] .

ونستنتج من ذلك ان الادارة في العراق مقيدة بعدة قيود عند ابرامها لعقودها، منها المساواة بين المتنافسين، واختيار العرض الافضل من بين عروضهم ، فهي ملزمة بعدم التمييز بين الراغبين بالتعاقد اي إعمال مبدأ المساواة ، والمقصود بالمساواة في التعاقد هي المساواة بين المتنافسين على التعاقد وليس المساواة بين اطراف العقد ، فلا يمكن المساواة بين الادارة والمتعاقد معها في العقود الحكومية ، لان الادارة في هذه العقود تتمتع بامتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها[٣١] .

المطلب الثاني

الاستثناءات التي ترد على مبدأ المساواة بين المتعاقدين

ان نطاق تطبيق مبدأ المساواة بين المتعاقدين منوط بمدى توافر الشروط القانونية المطلوبة لدى الراغبين بالتعاقد ففي حال عدم توفر هذه الشروط فيحق للجهة الادارية المتعاقدة استبعادهم من المشاركة

وهذا الامر لا يؤثر على مبدا المساواة بين المتعاقدين لان من واجب الادارة التأكد من صلاحيتهم للتعاقد ، وسنقوم ببحث هذا الموضوع بفرعين وعلى النحو الاتي:

الفرع الاول

الاستثناءات على مبدأ المساواة بين المتعاقدين في القانون المقارن

سنبين في هذا الفرع اهم الاستثناءات التي ترد على مبدأ المساواة في التشريعين الفرنسي والمصري من خلال النقاط الاتية:

أولاً: الاستثناءات على مبدأ المساواة في فرنسا : على الرغم من اهمية هذا المبدأ الا انه قد تتحقق المصلحة العامة عند عدم الالتزام به في بعض الفروض ، اي ان لهذا المبدأ استثناءات منها ما نصت عليه المادة(٨) من المرسوم الصادر في ٤/ فبراير/ ١٩٥٩ (الامر رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٥٩) يحظر على الموظف العام بالذات او بالواسطة الدخول في مناقصات او مزايدات في دائرة اختصاصهم، ومنها ايضا نص المادة (٥٢) من تقنين العقود الادارية التي جاء فيها ان (الاشخاص الطبيعية والمعنوية الذين لم يتقدموا بالإقرارات الضريبية حتى ٣١ ديسمبر من السنة السابقة لتلك التي جرى فيها الاعلان عن المناقصة او الذين لم يؤدوا اشتراكات التأمين الاجتماعي او الاشتراكات الاخرى المقررة لبعض الصناديق الاخرى او الذين لم يؤدوا الضرائب والرسوم وحق دخولهم وتقديمهم في المناقصات العامة ما لم يقدموا الضمانات العامة التي تتطلبها الجهة الادارية)، وكذلك نصت المادة (٤٩) من نفس التقنين السابق على اعتبار الحرمان من دخول المناقصات كعقوبة تبعية في حالة الحكم على الراغب بالتعاقد بعقوبة جنائية لمخالفته قانون الضريبة العامة وكذلك منعت كل الاشخاص المعنوية التي يتصرف باسمها اشخاص محظورون من دخول المناقصات ، وكذلك المشاريع التي يديرها اشخاص محكوم عليهم بالتهرب الضريبي، فهي ممنوعة من الدخول في المناقصات والتنافس مع الاخرين لحين خروج الاشخاص المحكوم عليهم بالتهرب الضريبي من ادارة هذه المشاريع، وقد اجاز مجلس الدولة للإدارة اتخاذ قرارات وفقا لسلطتها التقديرية بحرمان بعض الراغبين بالتعاقد من دخول المناقصات لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة او طبيعة العمل ، الا

ان هذه القرارات تخضع لرقابة القضاء في حالة وجود انحراف بالسلطة او انعدام الاسباب في قرار الحرمان ، والجدير بالذكر ان قرار الحرمان يكون خاصا بالسلطة الادارية التي اصدرته وليس لهذا القرار اي اثر بالنسبة للمرافق والوزارات الاخرى ، الا انه مؤخراً وتحقيقاً للمصلحة العامة اصبحت القوائم الخاصة بالمحرومين من دخول المناقصات العامة يتم تبادلها بين المرافق العامة والوزارات المختلفة(٣٢) .

ثانياً: الاستثناءات على مبدأ المساواة في مصر: ان هذا المبدأ العام ترد عليه عدة استثناءات تتعلق بعضها بطبيعة المناقصة، فالمناقصات المحدودة او المحلية تكون بطبيعتها مقصورة على اشخاص معينين وبالتالي تكون المنافسة لمن لهم حق الاشتراك فيها دون غيرهم(٣٣)، فهنالك اشخاص نص القانون على استبعادهم (٣٤) ، وقد يعود حرمان احد المتعاقدين لأسباب متعلقة بالإقامة حيث اوجبت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري المشار اليه اعلاه في المادة (٦١) ان يكون مقدم العطاء مقيماً في مصر.

وقد يكون سبب الحرمان الحكم بعقوبة جنائية على الراغب بالتعاقد فقد نص قانون العقوبات المصري في المادة (٢٥) منه على ان (كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الاتية:

اولا: القبول في اي خدمات في الحكومة مباشرة او بصفة متعهد او ملتزم أيا كانت اهمية الخدمة....) و هذا النص يعتبر نصاً عاماً، فهو يشمل اي شخص يحكم عليه بعقوبة جنائية مهما كانت بسيطة فأنه يحرم من التقدم للمناقصات العامة(٣٥) .

وقد تكون اسباب استبعاد احد المتعاقدين عائدة لسوء سمعته المهنية، فهدف تفعيل مبدأ المساواة هو تحقيق المصلحة العامة في الوصول لأفضل متعاقد، وليس من مصلحة الادارة قبول عطاء من شخص مشهور بسوء سمعته المهنية، الامر الذي سيؤدي بالطبع الى توقع اخلاله بالتزاماته التعاقدية فيما لو تم التعاقد معه، فحسن السمعة المهنية شرط واجب التوافر في كل من يتعامل مع الادارة لاسيما في مجال شديد الحساسية كالعقود الحكومية التي

تتطلب قدراً كبيراً من الامانة في اداء الالتزامات التي تولدها، لتعلقها بالأموال العامة وضرورة المحافظة عليها وحسن إنفاقها، وتستشف الادارة توافر سوء السمعة المهنية للراغب في التعاقد من خلال تعاقداته السابقة معها او مع جهات اخرى فالإخلال بالالتزامات العقدية او التأخير او استعمال الغش او التدليس كلها ادلة على سوء السمعة المهنية التي تؤدي الى انعدام ثقة الادارة فيه، وقد اصدرت المحكمة الادارية العليا حكماً بتاريخ ٩/ ٥/ ١٩٥٩ جاء فيه (... يجوز اصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين بسبب العجز عن تنفيذ التزام سابق) واصدرت ايضاً الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتواها المرقمة (٤٧/ ١/ ١٢٠) بتأريخ ٩/ ١٢/ ١٩٨٧ جاء فيها (... لا يكفي في التعاقد مع الادارة توافر المقدرة الفنية والمادية بل يجب ان تتوافر الى جانب ذلك حسن السمعة وللإدارة في هذا الشأن الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب اساءة استعمال السلطة) [٣٦]، وقد تكون اسباب الحرمان عائدة الى عدم امتلاك الراغب بالتعاقد الخبرة السابقة للأعمال المطروحة للمناقصة وتقدير ذلك يدخل في السلطة التقديرية لجهة الادارة ، وقد اوضحت محكمة القضاء الاداري ذلك بحكمها ذي الرقم ٢٩٤٦ بتأريخ ٢١/ ٤/ ١٩٥٧ حيث جاء في هذا الحكم التأكيد على مبدأ المساواة بين المتنافسين ومنع الادارة من حرمان بعضهم من حقه في التنافس إلا لأسباب تتعلق بما تفرضه الادارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها في من يتقدم للمناقصة كالقدرة الفنية او المالية لأداء هذه الاعمال[٣٧] .

الفرع الثاني

الاستثناءات على مبدأ المساواة في العراق

لا يختلف الوضع في العراق عن كل من فرنسا ومصر بشان ورود عدة استثناءات على مبدأ المساواة بين المتعاقدين ، فقد نظم قانون العقود العامة[٣٨] مسألة استبعاد بعض الافراد والكيانات من الاشتراك في التعاقدات الحكومية، كما ورد في القسم (٨) من نفس القانون وتحت عنوان نزاهة

المناقصات وتعارض المصالح ، منع كل من الوزير او الموظف المسؤول او المستشار المسؤولين عن المناقصة، من ان تكون لهم اي مصلحة مالية فيها، ولا يجوز لهم قبول عمل مع المناقص الذي فاز بالمناقصة كالاتفاق معه على ادارة المشروع أو الاشراف علية، وهذا الامر يعد تأكيداً على ما ورد في المادة الخامسة من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل والتي حظرت على الموظفين في دوائر الدولة العراقية بالذات او بالواسطة من الاشتراك في المزايدات والمناقصات مطلقاً ، اذا كانت الاموال التي يراد بيعها او استئجارها تعود للدائرة التي يعملون بها، كما نص قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ على نفس المعنى بموجب المادة (٤) منه والتي جاء فيها (لا يجوز لمنتسبي الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة، او القطاع العام الذين اتخذوا قراراً ببيع او ايجار اموال الجهة التي ينتسبون اليها وكذلك اعضاء لجنتي التقدير والبيع، شراء او استئجار هذه الاموال بطريق المزايدة العلنية ويسري ذلك على ازواجهم واقاربهم حتى الدرجة الرابعة) وهذا النص هو تكرار لنص المادة(٤) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم(٣٢) لسنة ١٩٨٦ الملغى، وقد نص قانون بيع وايجار اموال الدولة الجديد على منع غير العراقي من تملك اموال الدولة غير المنقولة مع مراعاة الاستثناء الوارد في المادة (١٠) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل [٣٩]

وقد يكون استبعاد احد الراغبين بالتعاقد يعود لإخلاله بالتزاماته التعاقدية مما يؤدي الى ادراجه في القائمة السوداء التي تعني الاستبعاد المؤقت لأحد الاشخاص او الشركات الوطنية والاجنبية من الدخول في المناقصات[٤٠] ، وقد يكون الاستبعاد راجع لعدم توافر المقدرة الفنية [٤١] ، او لعدم توفير الشروط اللازمة للدخول الى المناقصات[٤٢] ، وقد تستعمل الادارة سلطاتها التقديرية في تفضيل بعض الشركات الوطنية على الشركات الاجنبية في التعاقد او الاشتراط على الشركات الاجنبية تشغيل عدد معين من العمالة الوطنية فكل هذه الامور لا تعد اخلال بمبدأ المساواة، طالما

كانت غايتها تحقيق المصلحة العامة، وقد تضطر الادارة احياناً لخرق مبدأ المساواة بمنح بعض الامتيازات للشركات الاجنبية بغية تشجيعها على التعاقد لاعتبارات عديدة منها امتلاك هذه الشركات لقدرات وكفاءات فنية ومالية عالية او انها تمتلك براءة اختراع او منتجات احتكارية، مما يجعل منحها هذه الامتيازات وعدم مساواتها بالشركات الاخرى الاجنبية والوطنية امراً مقبولاً، ويحقق الصالح العام الذي تسعى الادارة الى تحقيقه.

من كل ما تقدم يتضح ان تفعيل مبدأ المساواة بين المتعاقدين امر ضروري ولازم في كل من العراق وفرنسا ومصر، وان عدم تفعيل هذا المبدأ يودي الى التشكيك بنزاهة وحيدة القائمين على التعاقد، ويفتح باب الفساد الاداري والمالي في التعاقدات الحكومية، الامر الذي يجب مكافحته بإعمال مبدأ المساواة بين المتعاقدين، كما ان الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ والتي لا حضناها في التشريع العراقي وفي تشريعات دول المقارنة، فهي استثناءات فرضتها متطلبات ودواعي المصلحة العامة، ويجب التقيد بما ورد فيها وعدم التوسع او القياس عليها عند ابرام التعاقدات الحكومية، ويجب كذلك تفعيل دور الاجهزة الرقابة بهذا الخصوص لتحصين اجراءات التعاقد، وتفعيل النصوص العقابية بحق من يريد المساس بسلامة التعاقدات الحكومية، ومنها على سبيل المثال ما اشار اليه قانون العقوبات العراقي رقم(١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل من ضرورة عدم المساس بسلامة المزايدات والمناقصات المتعلقة بالحكومة او المؤسسات او الشركات التي يكون للحكومة فيها نصيب، وان اي اخلال بتلك المناقصات والمزايدات من قبل الموظفين او المكلفين بخدمة عامة ستكون عقوبته الحبس والغرامة وبإحدى هاتين العقوبتين.(٤٣)

المبحث الثالث

مبدأ الشفافية وحرية المنافسة في التعاقد

يقصد بالشفافية بشكل عام الوضوح وسهولة الوصول إلى المعلومات، وإزاحة كل المعوقات التي تمنع المعرفة وحرية الحصول على المعلومات، أما في مجال العقود الحكومية فتعني الحد من السرية في

تعاملات الإدارة إلى أقصى قدر ممكن ، على أن لا يؤدي هذا الأمر إلى إلحاق الضرر بها أو بالعمل ، ويقع على الإدارة التزام جوهري يتمثل بعرض كافة المعلومات المهمة وتيسير سبل الاطلاع عليها بقصد إظهار وجه الحقيقة والوضوح الشديد في كل شيء[٤٤] .

أما حرية المنافسة التي تعني إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين الذين ينتمون لمهنة تختص بنشاط معين تريد الإدارة التعاقد بشأنه ، أن يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق شروطها المعلنة ، ويجب أن تقف الإدارة موقف المحايد إزاء المتنافسين ، فلا يجوز لها أن تبعد أياً من الراغبين بالتعاقد ما لم ينص على استبعاد بعضهم بشكل مؤقت أو نهائي من التعاقد مع الإدارة لمقتضيات المصلحة العامة[٤٥] ، أو لأسباب ترجع إلى طبيعة المناقصة فعندما تكون المناقصة محدودة أو محلية ؛ فإنها تحد من المنافسة بطبيعتها كون هذا النوع من المناقصات يكون الاشتراك فيها مقصور على أفراد معينين ولا يحق لغيرهم الاشتراك فيها[٤٦] ، وقد أوجبت المادة (٨٥) من تقنين العقود الإدارية الفرنسي على لجنة العطاءات أن تستبعد بعض المتنافسين الذين لا تتوافر فيهم الشروط المطلوبة التي تخولهم حق تقديم العطاءات، أو إذا تخلف شرط الكفاءة المطلوبة لديهم ، أما المادة ٢٨١ من تقنين العقود العامة الفرنسي فقد وضعت عدة قيود تحد من مبدأ المنافسة الحرة ومن بينها إلزام الشركات المتقدمة باستيفاء الشروط القانونية المتعلقة بصحة تأسيسها، وعلى هذه الشركات أن تقدم الدليل على ذلك طيلة مدة العقد، وكذلك استبعاد المناقصين ناقصي الأهلية بسبب عدم بلوغ السن القانونية والمحكومين بالإفلاس والموضوعين تحت الحراسة القضائية، وكذلك منعت اشتراك الموظفين في المناقصات، واستبعدت أيضاً غير المحترفين في موضوع العقد أو الذين لا ينتمون للمهنة أو الحرفة موضوع المناقصة، فضلاً عن أن القضاء الفرنسي سمح للإدارة بإيراد بعض القيود التي تحقق المصلحة الإدارية والمالية للمرافق العامة، وقرارها بهذا الصدد يجب أن يكون لتحقيق هذه الغاية فقط، وبخلافه سيكون قرارها مشوباً

بعيب الانحراف في استعمال السلطة[٤٧] ، ولأهمية مبدأ حرية المنافسة ؛ فقد حرصت أغلب الدول على تبنيه في التشريعات المنظمة للعقود الحكومية ، فقد تبناه قانون العقود العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم (١٥-٢٠٠٤) في المادة الأولى منه التي نصت على أن (في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها، يجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة، المساواة بين المتعاقدين، والشفافية في الإجراءات)[٤٨] ، وبنفس المعنى جاء نص المادة الأولى من تقنين العقود العامة الفرنسي الصادر سنة ٢٠٠٦[٤٩] .

وقد تبنى المشرع المصري هذا المبدأ في المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ حيث نص على أن (تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ...)، وكذلك المشرع العراقي تبنى هذا المبدأ في قانون العقود الحكومية العامة العراقي رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ في القسم (٤) بأن تحال العقود العامة وفقاً لأقصى مديات الأسس الممكنة للمنافسة، كما أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤ قد أوجبت في المادة (٣/ أولاً) أن تتسم إجراءات المناقصة العامة بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح، وهذا ما أكده مجلس الدولة العراقي في قراره المرقم ٣٨/ ٢٠١٢ والصادر في ٢٧/ ١١/ ٢٠١٢ بصدد ما جاء بكتابي وزارة الصناعة والمعادن المرقمين (٣٦٩٩) في ٢٩/ ٦/ ٢٠١١ ، و(٤١٩٩) في ١١/ ٨/ ٢٠١١ بأن يكون اختيار الشركات المراد التعاقد معها عن طريق أسلوب المناقصات أو توجيه الدعوات الأصولية تحقيقاً لمبدأ الشفافية والعدالة والمنافسة ومن ثمَّ فإن عقود المشاركة لا تخضع لأساليب إبرام العقود العامة الواردة في قانون وتعليمات العقود العامة ، وإن فسح المجال أمام الشركات العامة بإبرام عقود مشاركة من دون مناقصة أو ضوابط محددة لهذا الغرض قد تؤدي إلى ظهور حالات فساد مالي واداري في اختيار الشركة المتعاقد معها ، ومن ثمَّ فإن الامر يتطلب ضوابط تنظم آلية إبرام عقود المشاركة لغرض تحقيق الشفافية والنزاهة والعدالة .... وقرر المجلس بأن

عقود المشاركة بين الشركة العامة والشركات الأخرى تخضع لأساليب تنفيذ العقود الحكومية المنصوص عليها في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨).[٥٠]

الخاتمة

بعد أن أنهينا بحث موضوع التزام الإدارة بالمبادئ الحاكمة لإبرام العقود الحكومية توصلنا إلى عدة نتائج ومقترحات سنوردها على النحو الآتي :

اولاً: النتائج

١. عندما تروم الادارة سواء في العراق او في دول المقارنة ابرام عقودها الحكومية فهي ملزمة بتطبيق عدة مبادئ كمبدأ العلنية بالتعاقد والمساواة بين المتعاقدين وتحقيق الشفافية وحرية المنافسة لتضمن حصولها على افضل المتعاقدين.

٢. لأهمية هذه المبادئ فقد تم النص عليها في التشريع العراقي وفي تشريعات دول المقارنة وان مخالفة الادارة لأي منها يعد عملاً مخالف للقانون ويعرض قراراتها للأبطال وهذا ماكدته العديد من الاحكام القضائية الصادرة في العراق وفي دول المقارنة بهذا الخصوص.

٣. من بين اهم اسباب الفساد الاداري والمالي في العقود الحكومية هو عدم التزام الادارة بهذه المبادئ الحاكمة.

ثانياً: المقترحات

١. تطوير الية الاعلان عن المناقصات والمزايدات الحكومية من خلال تأسيس موقع الكتروني موحد يعنى بنشر الاعلانات الخاصة بالتعاقدات الحكومية كما هو معمول به في دول المقارنة .

٢. ان الاستثناءات الواردة على مبدا المساواة في التشريع العراقي وفي تشريعات دول المقارنة، هي استثناءات فرضتها متطلبات ودواعي المصلحة العامة، ويجب التقيد بما ورد فيها وعدم التوسع او القياس عليها عند ابرام التعاقدات الحكومية.

٣. يقع على عاتق الإدارة التزام جوهري يتمثل بعرض كافة المعلومات المهمة الخاصة بالعقود الحكومية وتيسير سبل الاطلاع عليها بقصد إظهار وجه الحقيقة والوضوح الشديد في كل شيء مالم

يـؤدي هـذا الامـر الـى الاضـرار بهـا او بالعمل .

٤. تفعيل النصوص العقابية الواردة في قانون العقوبات العراقي والمتعلقة بمعاقبة كل من يمس بسلامة التعاقدات الحكومية .

الهوامش:

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧، ص ١٢١.

(٢) خليل صالح السامرائي ، عقد الاشغال العامة- دراسة مقارنة، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٤١.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة-دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨، ص٧٢، وانظر كذلك أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٣، ص ٦٤.

(٤) د. زكريا المصري ، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة ، مصر، ٢٠١٤، ص٣٨.

(٥) د. حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٦ ، ص٦٠٢.

(٦) د. سعد العطية ، الرقابة على الإنفاق العام في العقود الحكومية ، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٦، ص١٩١.

(٧) انظر التقرير السنوي لديوان الرقابة المالية، لسنة ٢٠٠٨، ص٨٧، منشورعلى الموقع الالكتروني للديوان https://www.fbsa.gov.iq، تاريخ زيارة الموقع٣/ ١٢/ ٢٠١٧، الساعة ١:٤٣ م.

(٨) السلال سعيد جمعة الهويدي، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الأنظمة الإدارية لدولة الامارات العربية المتحدة والدول الأجنبية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٠١٣، ص٩٣.

(٩) د. أيمن محمد أبو حمزة، وسائل التعاقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر لسنة النشر، ص٧٩.

(١٠) د. أيمن محمد أبو حمزة، مصدر سابق، ١٥١-١٥٤ .

(١١) هذه المادة مستبدلة بقرار وزير المالية رقم ٤٩٧ لسنه ٢٠٠٦، القرار منشور على موقع بوابة المشتريات الحكومية في مصر https://etenders.gov.eg تاريخ زيارة الموقع ٥/ ١/ ٢٠١٨، الساعة ١١:٥٥ص.

(١٢) خليل صالح السامرائي، مصدر سابق، ص٤٨.

(١٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص٨٨-٨٩.

(١٤) د. فتحي عطية السيد مصطفى ، الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع ، ط٩، ٢٠١٤، ص٢٦٥.

(١٥) المادة (٤/ ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤.

(١٦) انظر: البند أولاً/ ب، ج من الضوابط رقم (٢) الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية في العام ٢٠١٤.

(١٧) انظر نص الفقرة سادساً من الضوابط رقم (٢) ، مصدر سابق.

(١٨) د. سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٨١.

(١٩) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص٨٣.

(٢٠) د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط٥، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص٢٥٠.

(٢١) د. محمود خلف الجبوري، مصدر سابق ، ص٧٤.

(٢٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٦٣.

(٢٣) د. ابو بكر احمد عثمان النعيمي، ابرام عقود تفويض المرافق العامة في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، بحث منشور في مجلة القانون والاعمال جامعة الحسن الاول، البحث متاح على الموقع الالكتروني www.droitetentreprise.com تاريخ زيارة الموقع ٢٩/ ٩/ ٢٠١٧ الساعة ٧:٥١م

(٢٤) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص٨٣.

(٢٥) د. ابو بكر احمد عثمان النعيمي ، مصدر السابق.

(٢٦) للمزيد حول هذه الاحكام انظر : د. سعاد الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢.

(٢٧) ابو بكر صديق عمر ، مصدر سابق، ص٦٨.

(٢٨) نصت المادة (١٤) من الدستور الحالي لجمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز .....)

(٢٩) انظر نص القسم (١) من القانون، المتعلق بقواعد العقود الحكومية العامة .

(٣٠) المادة(٣/ اولا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٣١) شفاء عبد الحسين التميمي، التنظيم القانوني لعقد الاشغال العامة، اطروحة دكتوراه مقدمة لجامعة النهرين كلية الحقوق، بغداد، ٢٠١٥، ص ١٩.

(٣٢) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص٨٥ -٩٤.

(٣٣) د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص٢٥٠.

(٣٤) حيث نصت المادة ٣٩ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على ان ((يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها احكام هذا القانون التقدم ، بالذات او بالواسطة ، بعطاءات او عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز شراء اشياء منهم او تكليفهم بالقيام بأعمال . ولا يسري ذلك على شراء كتب من تأليفهم او تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها او شراء اعمال فنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وبشرط الا يشاركوا بأية صورة من الصور في اجراءات قرار الشراء او التكليف وان يتم في الحدود ووفقا للقواعد والاجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية . كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول ، بالذات او الواسطة، في المزايدات او الممارسات بأنواعها ، الا اذا كانت الاشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات اخرى غير جهة عملهم ولا تخضع لإشراف هذه الجهة)).

ونصت المادة ٩٢ من قانون نظام الادارة المحلية رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٩ على ان ((يحظر التعاقد بالذات او بالواسطة بين الوحدة المحلية واي عضو في مجلسها الشعبي المحلي ومع ذلك يجوز عند الضرورة وفي حالة وجود مصلحة محققة للوحدة المحلية ان يبرم العقد مع العضو بعد موافقة اغلبية أعضاء المجلس الشعبي المحلي والمحافظ المختص))

(٣٥) د. ايمن محمد ابو حمزة ، مصدر سابق ، ص ٩٢.

(٣٦) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص١٢٧.

(٣٧) د. احمد محمود جمعة، العقود الادارية، ط٢، منشأة المعارف ، الاسكندرية ص٣٠٨.وكذلك د. سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٣٨) حيث نص القسم (٩) من قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وتحت عنوان المنع من المشاركة ، على ان (لضمان النزاهة في عملية الشراء، قد يمنع الافراد او الكيانات من الدخول في المنافسة المتعلقة بالتعهدات العامة الحكومية وفقا للأحكام التالية:

أ-كما معروف في انظمة التنفيذ الصادرة بموجب سلطة هذا الامر ، يكون سوء التصرف اساس المنع على سبيل المثال: اولاً: الاخلال المتعمد بنصوص هذا الامر او الانظمة التنفيذية الصادرة وفقا لسلطة هذا الامر . ثانيـًا: التقصير المتعمد بالاداء فيما يتعلق بشرط او الشروط المادية للعقد العام. ثالثـًا: إذا ادين

بجريمة جنائية. رابعـاً: سوء تصرف آخر يشير الى تقصير متعلق بنزاهة العمل او صدق العمل الذي يؤثر بشكل خطير ومباشر على قدرة المقاول بأداء واجبه.

ب-تتولى مديرية ادارة التعهدات العامة الحكومية مسؤوليات ضمان نزاهة عمليات التوريد، حيث تصدر انظمة التنفيذ التي ستقوم على الاقل بـــ: اولا: اعداد معايير لعملية المنع. ثانيـاً: اعداد عملية منصفة وعادلة وفعالة مع فرصة لسماع الاقوال قبل اتخاذ قرار المنع. ثالثـاً: اعداد طريقة يمكن من خلالها للمستبعد ان يعيد التقديم مرة اخرى . رابعـاً: اعداد سجل علم لحفظ ونشر اسماء جميع الافراد والكيانات المستبعدين.

(٣٩) انظر نص المادة (٥) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣.

(٤٠) انظر نص المادة (١١/ اولا، ثانيا، ثالثا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٤١) نصت المادة(٣/ ثالثـاً/ ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ على ان (يتم إعادة ظروف العطاءات التجارية للمناقصين غير المؤهلين فنيـاً الى مقدميها دون فتحها ومن ثم السير بإجراءات التحليل والتعاقد ووفق السياقات المعتمدة بهذا الشأن).

(٤٢) انظر نص المادة(٣/ خامسـاً/ ه) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

(٤٣) انظر نص المادة (٣٣٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٤٤) د. عصام أحمد البهجي، دور الشفافية في تحقيق العدالة والنزاهة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية/ الاسكندرية، ٢٠١٦، ص٣٤.

(٤٥) د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية ، اربيل ، ٢٠١٠، ص١٤٥.

(٤٦) ابتسام حامد ماضي، التنظيم القانوني للمناقصات العامة مع المتعاقد الاجنبي – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٧، ص٤٣.

(٤٧) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، مصدر سابق، ص٧٦.

(٤٨) ابتسام حامد ماضي، مصدر سابق، ص٤٤.

(٤٩) د. أيمن محمد أبو حمزة، مصدر سابق، ص٨٣.

(٥٠) قرار مجلس الدولة العراقي رقم ٣٨/ ٢٠١٢ الصادر بتاريخ ٢٧/ ١١/ ٢٠١٢ ، غير منشور.

المصادر

١. ابتسام حامد ماضي، التنظيم القانوني للمناقصات العامة مع المتعاقد الاجنبي – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٧.

٢. د. ابو بكر احمد عثمان النعيمي، ابرام عقود تفويض المرافق العامة في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، بحث منشور في مجلة القانون والاعمال جامعة الحسن الاول، البحث متاح على الموقع الالكتروني www.droitetentreprise.com .

٣. أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،٢٠١٣.

٤. د. احمد محمود جمعة، العقود الادارية، ط٢، منشأة المعارف ، الاسكندرية.

٥. السلال سعيد جمعة الهويدي، أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الأنظمة الإدارية لدولة الامارات العربية المتحدة والدول الأجنبية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة طنطا،٢٠١٣.

٦. د. أيمن محمد أبو حمزة، وسائل التعاقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر لسنة النشر.

٧. د. حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٦ .

٨. خليل صالح السامرائي، عقد الاشغال العامة- دراسة مقارنة، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧.

٩. د. زكريا المصري ، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة ، مصر،٢٠١٤.

١٠. د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧.

١١. د. سعد العطية ، الرقابة على الإنفاق العام في العقود الحكومية ، ط١،المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٦ .

١٢. د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط٥، دار الفكر العربي، ١٩٩١.

١٣. شفاء عبد الحسين التميمي، التنظيم القانوني لعقد الاشغال العامة، اطروحة دكتوارة مقدمة لجامعة النهرين كلية الحقوق، بغداد،٢٠١٥.

١٤. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .

١٥. د. عصام أحمد البهجي، دور الشفافية في تحقيق العدالة والنزاهة، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٦.

١٦. د. فتحي عطية السيد مصطفى ، الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع ، ط٩، ٢٠١٤.

١٧. د. مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية ، اربيل ، ٢٠١٠.

١٨. د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة-دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨. - العقود الادارية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

١٩. الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.

٢٠. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٢١. قانون نظام الادارة المحلية رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٩.

٢٢. قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨

٢٣. قانون العقود العامة العراقي رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

٢٤. قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣.

٢٥. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

٢٦. قرار مجلس الدولة العراقي رقم ٣٨/ ٢٠١٢ الصادر بتاريخ ٢٧/ ١١/ ٢٠١٢ ، غير منشور.

٢٧. التقرير السنوي لديوان الرقابة المالية، لسنة ٢٠٠٨، ص٨٧، منشور على الموقع الالكتروني للديوان https://www.fbsa.gov.iq.

٢٨. موقع بوابة المشتريات الحكومية في مصر https://etenders.gov.eg.