

تقييد حرية الإدارة على إبرام العقود الإدارية دراسة مقارنة

د. حاتم فارس الطعان

كلية الإدارة والاقتصاد / جامعة بغداد

المقدمة

تنتهج الدول سياسات اقتصادية كثيرة ومتنوعة للنهوض بأعباء التنمية الشاملة وفي أي دولة لا يمكن أن يضطلع القطاع العام لوحده بهذه المهمة مهما كانت وسائله البشرية والمادية، بل يقتضي لضمان أمر نجاحه إفساح المجال للقطاع الخاص ليساهم في الحركة التنموية ويدفع بها للأمام، واتخذت مساهمة القطاع الخاص أشكالاً كثيرة في العملية التنموية منها العقود الإدارية المتعددة. لذا تلجأ الإدارة إلى التعاقد مع الأفراد أو الشركات أو المؤسسات أو الهيئات الخاصة المختلفة من أجل إدارة المرافق العامة أو تسييرها بعقود متنوعة الأغراض والتسميات، لتحقيق أهدافها، وأن إبرام مثل هذه التعاقدات هو تحقيق المصلحة العامة.

وإذا قدرنا حجم المبالغ الهائلة التي مازالت الحكومات تقوم باستثمارها في قطاع المرافق العامة نستطيع أن نتصور حجم المشكلة المترتبة على ضمان التوظيف الأمثل لهذه الموارد، ويبدو أنّ هذه التعاقدات في كثير من الأحيان لم تحقق النتائج المرجوة بل بالعكس لوحظ ضعف الكفاءة المتعاقدة مع الإدارة مما سبب عدم فاعلية تلك المرافق والمشاريع المصادق عليها وكذلك هدر في المال العام، وبروز مظاهر الفساد الإداري. لذا يتطلب عند إبرام العقود الإدارية أن تلتزم بالضوابط التي يحددها القانون والنظام والتي يقع على عاتق الإدارة الالتزام بتطبيقها، ومن هذه الضوابط أسلوب اختيار المتعاقد، وجدوى المشروع والتصريح أو الإذن، أو الاستشارة، والاعتماد المالي. ولتوضيح ذلك تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث: يتضمن المبحث الأول مفهوم العقود الإدارية فقهاً وتشريعاً وقضاءً (دراسة مقارنة لبعض الدول). أما المبحث الثاني فخصّص لتقييد حرية الإدارة على إبرام العقود الإدارية، والمبحث الثالث أنفرد لتقديم النتائج والتوصيات.

أهداف البحث تكمن بما يلي:

- ١- يهدف البحث إلى تفعيل دراسة الأهمية الاقتصادية للمشاريع المتعاقد عليها حتى لا تصبح تلك المشاريع عديمة الفائدة.
- ٢- تجنب إبرام التعاقدات دون توفير التمويل المالي لإنجازها.
- ٣- وضع أطر قانونية سليمة للتعاقد قبل إبرام العقود الإدارية.

٤- لتسليط الضوء للإدارات الرغبة في التعاقد على أهمية الالتزام بشروط إبرام العقود وإجراءاتها قبل التوقيع عليها حفاظاً للمال العام والمصلحة العامة.

فرضيات البحث:

تقوم على الإجابة على التساؤلات الآتية:

- ١- هل تم تحديد مفهوم العقود الإدارية؟
- ٢- هل للإدارة الحرية الكاملة على إبرام العقود الإدارية؟
- ٣- ما هي القواعد القانونية والتنظيمية التي تسلكها الإدارة عند إبرام العقود الإدارية؟
- ٤- ما هي الجزاءات التي تفرض عند مخالفة شروط إبرام العقود الإدارية؟

منهجية البحث:

تقوم على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن وذلك من خلال استقراء التشريعات العقدية والأحكام ومقارنتها للتوصل إلى النتائج.

حدود البحث:

تم تقسيمها إلى ما يلي:

- ☞ الحدود العلمية: وتتمثل في المصادر والتشريعات والأحكام القضائية.
- ☞ الحدود الزمنية والمكانية: سنة ٢٠١٠ بغداد.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري ومماهته

ويتضمن فرعين الفرع الأول مفهوم العقد الإداري والفرع الثاني تعريفه الفقهي والتشريعي والقضائي.

الفرع الأول- مفهوم العقد الإداري:

تلجأ الإدارة إلى الاتفاق مع الأفراد والهيئات الخاصة بموجب عقود ترسم حقوق والتزامات الطرفين لمباشرة وظيفتها إلى إنشاء وتسيير المرافق العامة في الدولة، وذلك مع

من يرغب التعاون معها من مقاولين أو الموردين أو المتعهدين لتنفيذ المشروعات بهذه المرافق.

وهكذا فإن العقود التي تبرمها الإدارة تختلف فيما بينها في الأغراض وفي التسميات (عقود- الامتياز- التوريد- والأشغال العامة- العقود الاستثمارية- وعقود القروض العامة والإيجار- والبيع- والنقل) وكذلك تختلف في القواعد القانونية المنظمة لها. وتنقسم العقود التي تبرمها الإدارة من حيث خضوعها لأحكام القانون إلى:

- ١- عقود تخضع لأحكام القانون الخاصة (العقود المدنية).
 - ٢- عقود تخضع لأحكام القانون الإداري (العقود الإدارية).
- (بدوي، ١٩٧٦: ٣) وإن تحديد مفهوم العقود الإدارية أمر يستلزم التعرف عليها ومعرفة خصائصها.

تعريف العقد الإداري فقهاً وقضاً:

تعريف العقد لغةً: العقد هو الربط نقيض الحل، «وعقد الحبل والبيع، والعهد واليمين ونحوها يعقده عقداً أحكمه وشده وهو نقيض حلّه» (البستاني، ١٩٨٧: ٦١٨)، ويطلق العقد على الجمع بين أطراف الشيء وتقويته، ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي أو بين الكلاميين، ومن معنى الأحكام الحسية للشيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد، وإذا صار العقد بمعنى العهد الموثوق والضمان ولكل ما ينشأ التزاماً، وعلى ذلك يكون عقداً في اللغة كل ما يفيد الالتزام بشيء، من جانب واحد أو من جانبين، وبما فيه من معنى الربط والتوثيق.

والعقد في اصطلاح القانون: هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه (المصدر: المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي).

الفرع الثاني - التعريف التشريعي والقضائي للعقود الإدارية (دراسة مقارنة):

عرّف مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري تشريعياً: «هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام وتنظيمه وتُظهر فيه الإدارة نية الأخذ بأحكام القانون العام ويتضمن شرطاً استثنائياً غير مألوف في القانون الخاص أو أن يتحول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك المباشر في تسيير المرفق العام» (الحلو، ٢٠٠٤: ١٠) وبهذا تكون العقود الإدارية بإرادة المشرع حسب قانون (٢٨) بلوفيسوس للسنة الثامنة للثورة الفرنسية فوجود البند غير المألوف في العقد وحسب الاجتهاد تعبيراً عن مظاهر السلطة العامة بكونها تتمتع بامتيازات وان تشترط ما تشاء وأن تلغي العقد أو تعدّله دون اللجوء إلى القضاء (Laubadere, 1984: 357). وعرفها القضاء الفرنسي في حكمه في ١٩٥٠/١٠/٢٠ حول قضية (مؤسسة القنات والفوسفات) العقد الإداري «هو الذي يحول موضوعه للأطراف المعنية حقوقاً ويضع على عتقهم التزامات غريبة بطبيعتها من تلك التي أن تقبل بحرية من أي منهم وذلك ضمن إطار القوانين المدنية أو التجارية» (حلمي، ١٩٧٧: ٢٦). وقد استقر القضاء الفرنسي بأنه يلزم توافر شرطين لكي يكون العقد إدارياً وهما الشروط:

١- الشروط الاستثنائية.

٢- الصلة بالمرفق العام.

ويكتفي القضاء الفرنسي بأحدهما لكي يتصف العقد بالوصف الإداري (في حكم مجلس الدولة) الفرنسي في قضية (epoux bertin) في نيسان ١٩٨٥ أكتفي بوجود الاتصال بين العقد والمرفق العام، دون اشتراط تضمين العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون المدني.

أما في مصر: فعرّف العقد الإداري «بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، أية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك المباشر في تسيير المرفق العام» (الطماوي، ١٩٨٤: ٣٦٨). وأعتبر مجلس الدولة المصري من اختصاص محكمة القضاء الإداري النظر في منازعات العقود الإدارية، إذ ورد بنص المادة (١٥) من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بأنه «تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الآتية: المنازعات الخاصة بعقود

الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر». وبهذا عرّفت المحكمة الإدارية في مصر العقد الإداري بأنه «العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص» (مجموعة أحكام القضاء المصري، ١٩٥٦: ١٨) وجاء هذا الحكم مطابقاً لما أورده مجلس الدولة الفرنسي. هذا وتعرضت المحكمة الدستورية العليا في مصر لمعيار العقد الإداري في كثير من أحكامها ولم تخرج هي الأخرى عن محددات تعريف العقد الإداري التي تضمنتها أحكام وفتاوى مجلس الدولة إذ ذهبت في حكمها الصادر في القضية رقم (٧) لسنة (١) ق بالجلسة ١٩٨٠/١/١٩ إلى الآتي «يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروطاً استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص».

ومن خلال استدلال النصوص نرى استقرار الفقه والقضاء والإفتاء بتعريف العقد الإداري، «هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام ويتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في القوانين العادية».

أما العقود الإدارية في العراق: فقد حددها المشرع بنصوص قانونية لا تدع مجالاً للشك في كونها عقوداً إدارية ومنها على سبيل المثال عقود تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى التي يقرر شمولها بأحكام قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة (١٩٨٥)، وعقود بيع وإيجار أموال الدولة التي ينظم أحكامها القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ وعقود المقاولات (الجبري، ١٩٩٦: ٢٢٣) وفي حكم لمحكمة تمييز العراق جاء فيه «ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة من جراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات التأخير، فإنه يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة للأفراد» (قرار محكمة التمييز، ١٩٦٥: ٢٢٤).

وعُرف أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) في العراق رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ «إن العقود العامة لا بد أن تطابق المعايير الدولية للشفافية وإمكانية التنبؤ بالذي سيحصل والمساواة في المعاملات وكذلك وجود آلية لحل النزاعات وإن تكون هذه المتطلبات خالية من التغيير والتدخل غير المشروع آخذاً بعين الاعتبار إن مبدأ المنافسة العادلة والعلنية الكاملة أمر ضروري لاقتصاد العراق والتي هي هدف للتجارة الحرة تسعى له كل الأمم». وقد ورد في القسم (١) (من قواعد العقود الحكومية العامة) (رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤) ينطبق هذا الأمر على جميع عقود التعهدات التي تتعلق بالسلع والخدمات، وخدمات الأعمار التي تبشرها الدولة عبر وزاراتها أو مؤسساتها الفدرالية والوحدات الحكومية بما فيها الأقاليم والمحافظات وكل التقسيمات الفرعية الأخرى وإن يتم تمويل هذه العقود من الموازنة العامة للدولة ومن خلال تخصيصات الوزارات والمؤسسات الفدرالية والأقاليم والمحافظات.

هذا وعلق أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ بالقسم الثالث عشر تعليمات المناقصة لسنة ٢٠٠١، وتعليمات التنفيذ ومتابعة المشاريع وعمل خطة التطور الوطني الصادرة من وزارة التخطيط لسنة ١٩٨٨، وعلق أي نص من القانون العراقي لا ينسجم مع هذا الأمر.

وبهذا عُرف العقد الإداري «عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام» (عبد الرزاق، ١٩٨١: ٣٨) ويعد هذا التعريف مشابهاً لما أورده الفقه المصري في تعريفه للعقود الإدارية.

بينما اعتبرت المغرب العقد إدارياً: إذا توافرت عناصر أخرى إضافية إلى عنصر الرضا وذلك بأن يكون أحد الأطراف شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون العام، وأن يكون موضوع العقد هو تنفيذ مرفق عمومي، وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون العادي (كرامي، ٢٠٠٠: ٢٤٢). وبهذا عُرف العقد إدارياً «عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام» (عبد الرزاق، ١٩٨١: ٣٨) ويعد هذا التعريف مشابهاً لما أورده الفقه المصري في تعريفه للعقود الإدارية.

وفي حكم للمحكمة الإدارية المغربية لشركة بلاتومار ضد وكالة إنقاذ مدينة فأس «إذا كانت الصفة المتنازع حول الطبيعة القانونية التي أبرمت من أجل إيصال الماء الشرب

إلى إطار مرفق عام ولو كان طرفاها أشخاص القانون الخاص ما دامت الشركة صاحبة المشروع في مركز المفوض له من ممثل السلطات المختصة لأجل التخفيف من الكثافة السكانية لمدينة فاس فيعتبر العقد عقداً إدارياً» (مجلة القضاء، ٢٠٠٣: ٢٢٧).

وما أستقر عليه القضاء المغربي في حكم المحكمة الإدارية بوجده «إن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن العقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإداري» (العدد ٩٣ في ٣/٥/٢٠٠٠).

وبهذا أستقر الفقه والقضاء في المغرب بأن العقد الإداري هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء عقد يتم بين طرفين أحدهما شخص عام (الدولة أو أحد أشخاص القانون العام لغرض إنشاء مشروع أو توريد أو أداء خدمات من أجل منفعة عامة).

الجزائر عرّفت العقد الإداري: بموجب نص المادة (الأولى) من الأمر رقم ٩٠ / ٦٧ في ١٦/٦/١٩٦٧ «الصفات العامة هي عقود خطية تجريها الدولة والمحافظات والبلديات والمؤسسات والدواوين العامة وفق الشروط المنصوص عليها في القانون وذلك بهدف تحقيق أشغال أو توريدات أو خدمات».

وعند إصدار قانون الصفقات العمومية رقم ٥٧ لسنة ١٩٩١، عُرّف العقد الإداري «بأنه عقد مكتوب يبرمه أحد أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسة العامة) ذات الطابع الإداري في النظام القانوني». وكذلك القانون رقم ٥١/٨٨ لسنة ٢٠٠٢ حيث ورد بنص المادة (٣) منه الصفقات العمومية عقود مكتوبة يبرمه أحد أشخاص القانون العام قصد إنجاز أشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة. وفي حكم صادر عن المحكمة العليا للغرف الإدارية في الجزائر سنة ١٩٩٠ والمتعلق بصفقة عمومية مبرمة بين والي ولاية تلمسان والسيد ب.م حيث جاء في حيثيات الحكم (غير منشور) «أنه نتيجة لذلك فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن إن يعاقب عليه إلا من قبل القاضي الإداري وهو القاضي الطبيعي وخاصة في مثل هذه الحالات».

أما ليبيا: فتناولت العقود الإدارية ضمن لائحة العقود الإدارية رقم ٥٦٣ لسنة ٢٠٠٧ فعُرّف العقد الإداري بأنه «كل عقد تبرمه الجهات والوحدات الإدارية أو العقود التي تبرم لتنفيذ التنمية المعتمدة والممولة من الميزانية العامة، كما تعتبر من العقود الإدارية،

عقود المقاولات والأشغال العامة، وعقود التوريد والتركيب وعقود الصيانة، والتشغيل للمشروعات، والمرافق وعقود الإدارة بمختلف أنواعها للمرافق العامة والمنشآت الصناعية أو السياحية وغيرها وعقود بيع الأشياء التي يتقرر الاستغناء عنها وعقود استخدام المكاتب الاستشارية وأخيراً عقود تنفيذ المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة».

ومن خلال تبين مفهوم العقود الإدارية لتلك الدول فقهاً وقضاءً يتضح ما يلي:

١ هناك شبه إجماع على أن العقود الإدارية (هي العقود التي يبرمها شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام).

٢ إن تحديد العقود الإدارية في القانون الفرنسي يخضعها لصفين وهي إما بتحديد القانون أو إلى عقود إدارية بتحديد القضاء ولكن مصر اعتبرت العقود إدارية بطبيعتها وفقاً لخصائصها لا بتحديد القانون ولا وفق إرادة المشرع وبالرغم من أن القضاء المصري تأثر بأحكامه من مجلس الدولة الفرنسي وقد تكون في بعض الأحيان متشابهة في التفسير.

٣ جميع الدول التي تم تناولها بالبحث أقرت بأن التنازع بشأن العقود الإدارية تخضع لاختصاصات القضاء الإداري.

٤ إن أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ في العراق ورد بشكل واسع وفضفاض - فيما يتعلق بالعقود الإدارية وأطلق عليها تسمية (العقود العامة) - وكان لا بد أن تطابق المعايير الدولية للشفافية - ولكن الأنظمة التي أعدتها وزارة التخطيط بالرغم من اتساعها كانت إيجابية.

٥ لقد قيد أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ بعض التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية وكان الأفضل بالإبقاء عليها لما لها من اعتبار قانوني لا تدعو للشك.

٦ اشترط المشرع المغربي والجزائري بوضع معياراً شكلياً للعقود الإدارية بأن تكون مكتوبة وأعتبر الكتابة شرط وجوبي وعنصر مهم ترتكز عليها توثيق العقد.

الشروط التي يجب توافرها في العقد ليعقد عقداً إدارياً هي:

١- أن تكون الدولة طرفاً فيه: يتطلب أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد لكي يكون عقداً إدارياً ولكن أعتبر بعض الفقهاء العقود إدارية بالرغم من أن أحد أطرافها أشخاص من أشخاص القانون الخاص وأعتبر ذلك الاجتهاد استثنائي وأكدت ذلك الرأي محكمة تنازع القوانين في مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري. هذا ويجب أن تنصرف الإدارة في تعاقدتها بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات استثنائية عند إبرامها العقد.

٢- أن يحكم وينظم التنازع القانون العام: وأن يتضمن شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في نطاق العقود العادية.

٣- أن يتصل تنفيذ العقد بتسيير مرفق عام: أي يجب أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه وأن يبرر العقد الإدارة لتحقيق المصلحة العامة وتكون الهدف الرئيسي بين المتعاقدين.

المبحث الثاني

قيود حرية الإدارة على إبرام العقود الإدارية

لا تملك الإدارة حرية واسعة عند التعاقد مع الأفراد أو الهيئات أو الشركات وغيرها؛ لأن المشرع فرض جملة من القيود والإجراءات التي تلزم الإدارة بإتباعها، وأكد القضاء هذا الاتجاه لأن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية التي يشترطها القيد على حرية الإدارة عند التعاقد يرجع إلى أن المشرع هو الذي حدد طريقة إبرام العقود وهو يسعى في ذلك إلى تحقيق هدفين:

الهدف الأول: تحقيق أكبر وفر مالي للخرينة العامة وهذا يلزم الإدارة اختيار المتعاقدين الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية.

والهدف الثاني: مراعاة المصلحة الإدارية من أن تختار أكفاء المتقدمين للتعاقدين لضمان نجاح الأداء والخدمة التي من أجلها يتم إبرام العقد. وسيتم تناول قيود حرية الإدارة على التعاقد لبعض الدول في ثلاث مطالب وهي:

المطلب الأول - تقييد حرية الإدارة على إبرام العقود الإدارية في مصر:

يقصد بقيود إبرام العقد الإداري: هي تلك الضوابط التي يحددها القانون المصري والتي يجب على الإدارة الالتزام به عند إبرام العقد الإداري. إن الواقع التشريعي فرض قيود وضوابط عديدة ومتنوعة منها ما يتعلق بأسلوب التعاقد، أو ما يتعلق بالسلطة المختصة بالإذن أو بالتصريح بذلك، أو الاعتماد المالي المخصص لذلك الغرض أو طلب الاستشارة قبل إبرام العقد الإداري أو شروط كتابة العقد أو الشروط المتعلقة باختيار المتعاقد معها. ويمكن إجمال تلك القيود بما يلي:

أولاً- الإجراءات التي تقوم بها الإدارة قبل اختيار المتعاقد لإبرام العقد وهي:

أ- الاستشارات: الاستشارة يقصد بها الرأي الاستشاري في مجال إبرام العقود الإدارية حيث يتطلب من الإدارة المختصة الحصول على المشورة والنصح والرأي القانوني من هيئة استشارية أو جهة إدارة مختصة قبل إبرام العقد وتأخذ تسمية: الاستشارة الإلزامية أو الإجبارية: وهي الاستشارة التي يفرضها القانون على الإدارة التي ترغب في إبرام العقد الإداري، حيث يلزمها أخذ رأي هيئة استشارية أو إدارية قبل إبرام العقد الإداري. وأعتبر هذا الشرط إلزامياً بموجب نص المادة (٥٨) من القانون المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الدولة المصري والتي تنص على أنه «لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة» هذا ويتطلب تعديل المبلغ حسب رأينا إلى (١٥٠) ألف جنيه حيث أصبحت الخمسة آلاف دينار لا تشكل قيمة مالية كبيرة يطلب عليها الاستشارة في حالة التعاقد. وكذلك نرى تقييد سلطة الإدارة واضحاً، تقييد حرية الإدارة إلا بطلب الاستشارة بنص المادة (الأولى) من قرار رئيس الجمهورية رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٢ «على جميع الجهات الحكومية أو القطاع العام التي ترغب في شراء أو تأجير أو استخدام الحاسبات الإلكترونية وحزم البرامج الجاهزة اللازمة لها استشارة الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء في جميع مراحل دراسة الجدوى والاستخدام والتعاقد على الأنظمة المذكورة»، وعرض النتيجة على الوزير المختص الذي تتبعه الجهة الطالبة لتقرير ما تراه. ولكن ما مدى شرعية عقد الإدارة في حالة عدم الاستشارة، في رأينا يعتبر الخروج على نصوص القانون الذي ألزم الإدارة بالاستشارة قبل إبرام العقد يفقده

الشرعية وبذا يمكن إبطاله، «وهذا ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة يؤدي إلى بطلان العقد لمخالفته الصريحة لنصوص القانون» واعتبر الفقه أن أسباب البطلان لمخالفته الرأي الاستشاري يؤدي إلى زعزعة الثقة بالإدارة لمخالفة القانون ومن جهة أخرى ينعكس سلباً على سير المرفق العام من جهة أخرى.

ب- **الإنذ أو التصريح بالتعاقد:** هي القيود التي وضعت على الإدارة وذلك بالحصول على الإنذ والتصريح المسبق على إبرام العقد الإداري وأعتبر المشرع في ذلك ضرورة للحصول على الإنذ والتصريح لما تمثله العقود الإدارية من أهمية كبيرة وما يترتب عليها من آثار هامة تتعلق أحياناً بسيادة الدولة ومواردها الرئيسية أو قد تضر بمصلحة أمن المجتمع والمصالح العليا للبلد.

وبهذا يأخذ الإنذ والتصريح صوراً متعددة فقد يأخذ صورة القانون أو موافقة البرلمان أو رئاسة الجمهورية مرسوم جمهوري أو يصدر عن الوزارة بقرار وزاري. ولو تتبعنا النصوص التشريعية في ذلك لتوضح لنا الرؤية في هذا القيد المفروض على الإدارة من الحصول على الموافقة بالإنذ أو التصريح. فالعقود الإدارية التي تبرمها الدولة عادة تبرم بأسم الدولة والتي تعبر عن إرادتها في ذلك.

☞ وقد تبرم العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ حيث حددت المادة (الثالثة) منه (تبرم العقود الإدارية من قبل الوزراء فقط وفي نطاق اختصاصهم أو من يفوضهم لذلك مهما كانت قيمة العقد وأياً كان أسلوب التعاقد).
☞ أو يأخذ التصريح أو الإنذ بصورة قرار جمهوري استناداً لما ورد بنص المادة (الأولى) من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بأن (منح الامتيازات المتعلقة باستثمار الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أي تعديل في شروط الامتيازات يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة، يكون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة).

☞ وقد يكون الإنذ والتصريح بقرار من مجلس الوزراء، وهذا ما نصت عليه القوانين أرقام (١٥٥) لسنة ١٩٩٦ في شأن منح التزامات محطات الكهرباء والقانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ في شأن منح التزامات الطرق العامة، والقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزامات المطارات.

☞ وقد يتطلب الإذن والتصريح بالتعاقد باستحصال موافقة البرلمان، وذلك بما عبرت عنه المادة (١٢١) من الدستور المصري سنة ١٩٧١ بأنه (لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب).

☞ وكذلك نص المادة (١٢٩) من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (لا يجوز لولايات الإدارة المحلية إبرام أي قرض أو الارتباط بأي مشروع غير وارد في الخطة أو الموازنة إذا كان يترتب عليه إنفاق مبالغ في فترة مقبلة إلا بعد موافقة مجلس الشعب).

☞ يتطلب موافقة مجلس الوزراء بالنسبة للعقود التي تبرمها المجالس المحلية للمحافظات والمدن والمراكز بقصد التأخير بإيجار أسمى أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة لجهة أجنبية إذا كانت قيمة العقد تزيد على خمسين ألف جنيه في السنة.

☞ أما الإدارات اللامركزية الإدارية أو المصلحية فقد اشترطت الإذن أو التصريح من المحافظ على العقود التي تبرمها الولايات الإدارية المحلية وحسب ما ورد بنص المادة (٢٧) «يتولى المحافظ بالنسبة إلى جميع المرافق العامة التي تدخل في اختصاص وحدات الإدارة المحلية» (قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩). وأيضاً نص المادة (٢) «المحافظ هو السلطة المختصة بإبرام عقود الولايات الإدارية المحلية».

(قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨). أما إذا تصرفت الإدارة بحرية التعاقد بدون الحصول على الإذن أو التصريح بذلك فيعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن القواعد المتعلقة بالإذن أو التصريح تعتبر من قواعد النظام العام ولأنها تتعلق بالمصلحة العامة إضافة إلى فقدانها الشرعية لخروجها على الدستور والقانون.

ج- توافر الاعتماد المالي: لما كانت العقود الإدارية تضع على عاتق الشخص المعنوي العام التزامات مالية لمواجهة الأعباء الناجمة عن تلك العقود، لذا فمن المنطقي أن يكون هناك أولاً وقبل إبرام أي عقد إداري اعتماد مالي ضمن موازنة الإدارة التي أبرمت التعاقد ويكون وارداً في الموازنة العامة للدولة. حيث ورد بنص المادة (٦) «عدم جواز الأمر بالارتباط أو التعاقد إلا في حدود الاعتمادات المخصصة للجهة الإدارية وفي ذات الأغراض التي يخصص لها كل بند من بنود الموازنة العامة» وكذلك نصت المادة (٧) «عدم جواز

الصرف أو الارتباط بمصروفات جارية إلا في حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة». هذا وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (الثامنة) «على الجهات الإدارية قبل إبرام أي عقد أو اتفاق مالي الحصول على إقرار كتابي من المسؤولية عن نظام الارتباطات بسماع البند المختص الجائز الخصم عليه قانوناً بقيمة هذا الارتباط». وكذلك قانون المحاسبة الحكومية (رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨١). وحذرت المادة (١٣٣) «التعاقد بغرض استنفاد الاعتمادات المالية كما حذرت التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية إلا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة العمل وبموافقة السلطة المختصة» (لائحة التنفيذ للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨).

ولكن ما حكم العقد الإداري الذي أبرمته الإدارة؟ وإذا لم يكن لهذا العقد اعتماد مالي أو لم يتوفر المبلغ المالي لتغطية استحقاقات العقد، فهل يؤدي ذلك إلى بطلان العقد أم الأخذ بتطبيقه؟

بما أن القانون المالي فرع مستقل بذاته وله قواعده وأحكام تطبيقه وتفسيره وأهدافه وتختلف قواعده عن قواعد وأحكام القانون الإداري. الأمر الذي يعني إن مخالفة قواعده تخضع للجزاءات التي تحكمه وليس لها نتائج أو جزاءات على قوانين أخرى. إذاً جزاء هذه المخالفة محصورة على نطاق القانون المالي، ونتيجة لذلك أن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب عليه بطلان التصرف الإداري، ومن ثم فإن الإدارة إذا تعاقدت رغم عدم وجود اعتمادات مالية فإن العقد الإداري يكون سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة الأفراد سواء كان الاعتماد غير موجود كلياً أو جزئياً هذا ما أستقر عليه مجلس الدولة الفرنسي «حيث أقر مبدأ الفصل بين قواعد القانون المالي وقواعد القانون الإداري، فقد قرر صراحة ومنذ زمن طويل أن العقد المبرم دون اعتماد مالي أو الذي تجاوز الاعتماد المالي المقرر، يكون مشروعاً وصحيحاً ولا يمكن للإدارة أن تتخلص من دفع المبالغ الناجمة عنه» وأتجه نفس الاتجاه مجلس الدولة المصري حيث تقول المحكمة الإدارية العليا أنه من الثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلاً، ينعقد صحيحاً، وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد أعتد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى إذا تجاوزت الإدارة حدود الاعتماد لأن الأمر لا يمس صحة العقد - وتتحمل الإدارة كامل المسؤولية عن تصرفاتها. حيث أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى

والتشريع بمجلس الدولة المصري «إن عدم توافر المصرف المالي لا يصلح سنداً للتقاعس عن الوفاء بما ألتزمت به، وحق عليها أن تقوم بتنفيذه طبقاً لشروط العقد».

وفي رأينا رغم ما تضمنته القوانين والأنظمة بضرورة توافر الاعتماد المالي عند التعاقد ولكن الأولى بهذه التشريعات أن تتضمن شرطاً جزائياً في حالة المخالفة لكي يكون التقيد بذلك صريحاً على الإدارة في إبرام التعاقد وبذلك تحجب تفسيرات للقضاء بمدى صحة العقد المبرم.

ثانياً - اختيار المتعاقد:

وهذا يترتب على جهة الإدارة إتباع طرائق محددة لاختيار المتعاقد وترسي العقد عليه، وتتصف هذه الطرائق بأنها ملزمة للإدارة بقوة القانون، حيث حددت المادة (١٥) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على طرق إبرام العقود الإدارية واختيار المتعاقد وهي:

✓ المناقصة: وهي الطريقة الأساسية لتقديم المواد وإنجاز الخدمات وتنفيذ الأشغال. وتقوم على أساس التنافس بين المتعاقدين من خلال تقديم عطاءاتهم وفق الشروط المحددة وبصورة عامة على عقود الأشغال والتوريد والخدمات وغيرها من العقود الإدارية قد حددت إجراءاته بموجب نص المادة (١١) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. وتقوم المناقصة على أساس وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة يتنافسون فيما بينهم لتقديم العطاءات تختار أفضلها.

✓ إعلان المناقصة: وهي طريقة لنشر إعلان تدعو من يرغب في التعاقد مع الإدارة المعنية إلى التقدم بعطاءه، ويقصد بالإعلان إخطار ذو الشأن عن المناقصة أو المزايدة التي ستجري، وإبلاغهم عن كيفية الحصول على (كراسة) الشروط العامة والمواصفات وقائمة الأسعار.

واشترطت المادة (٢٧) من قانون المناقصات والمزايدات المذكور (أن يتم الإعلان في وقت مناسب وعلى مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعة الانتشار) وبين فيه على الأخص:

📁 الجهة التي يقدم إليها العطاء.

📁 وآخر موعد تقديم العطاء.

📁 والصنف أو العمل المطلوب.

📁 مبلغ التأمين المؤقت.

📁 ونسبة التأمين النهائي.

📁 وثمن كراسة الشروط وملحقاتها.

📁 وأية بيانات أخرى تراها الجهة الإدارية لصالح العمل (كتقديم خبرة مماثلة).

هذا ويتم الإعلان عن المناقصات في داخل مصر وخارجه وباللغتين العربية والإنكليزية، ويطلب من سفارات الدول الأجنبية، القنصليات بحسب الأصول إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد لتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار، وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد حسب المادة (١٢) من قانون المناقصات والمزايدات آنف الذكر. وأكد ذلك إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأن نص المادة (١٥) من قانون المناقصات والمزايدات القديم رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ونص المادة (١٢) من قانون المناقصات والمزايدات الحالي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ (أوجب الإعلان).

المطلب الثاني - قيود إبرام العقود الإدارية في العراق :

تعتبر العقود الإدارية الوسيلة القانونية التي عادة ما تعتمد عليها الدولة في المساعدة بإدارة وتسيير مرافقها وتقديم الخدمات اللازمة لإفراد المجتمع؛ ولأن هذه العقود مثلت مجالاً شائعاً لسوء استغلال المال العام وتقشي مظاهر الفساد وأهمها الرشاوى واختلاس وإهدار المال العام، فقد اتجهت الدولة نحو ضبطها وتقييدها بعدد من المعايير والشروط التي تضمن نزاهتها من خلال وضع تشريعات وأنظمة تقييد حرية الإدارة في إبرام العقد الإداري وكذلك في اختيار المتعاقد معها ووفقاً لما يلي:

أولاً- القيود التي تفرض على الإدارة قبل إبرام العقد الإداري:

تقوم الحكومة المتمثلة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم (دوائر الدولة والقطاع العام)، بإبرام عقود إدارية لتنفيذ مقاولات المشاريع العامة للدولة أو العقود الاستشارية أو تجهيز السلع والخدمات - الخ. ولكن

لم تمنح تلك الإدارات الحرية المطلقة بالتعاقد وإنما تم تقييد تصرفها بناءً على نصوص تشريعية وقبل القيام على إبرام العقود الإدارية والمتمثلة بما يلي:

أ- الإذن أو الموافقة على التعاقد لتحقيق مصلحة عامة يتطلب إستحصال الموافقة اللازمة من الجهة التي تحولها القانون قبل الشروع على إبرام العقد وكما يلي:

Á إستحصال مصادقة وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي على الجدوى الفنية والاقتصادية المعدة بموجب تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨٤ الصادرة عن مجلس التخطيط الملغي على أن ترفق بها استمارة طلب المشروع لإدراجه في الخطة مع مراعاة خصوصية مشاريع التأهيل نص الفقرة (أ) من (أولاً) المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية سنة ٢٠٠٨.

Á موافقة الوزراء ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظين في الموافقة على العقود ولغاية (٥٠) مليون دولار لوزارة الدفاع، والداخلية، والنفط، والتجارة، والصحة، والكهرباء، والصناعة والمعادن، والموارد المائية، والبلديات والأشغال العامة ولغاية (٣٠) مليون دولار لباقي الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة ولغاية (١٠) عشرة مليون دولار للمحافظين وللوزراء ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة تخويل رؤساء التشكيلات المرتبطة بهم صلاحية مراجعة ومصادقة العقود بما لا يتجاوز أقيامها (٥) مليون دولار ويمكن للمحافظ كذلك من تخويل رؤساء تشكيلات محافظته بما لا يتجاوز أقيامها عن (٣) مليون دولار (أعمام مجلس الوزراء ٢٠٠٨). واستناداً إلى الفقرة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٩ رفع الصلاحيات الممنوحة إلى السادة الوزراء والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظين بالموافقة على العقود لغاية (١٠٠) مليون دولار للوزراء ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة ولغاية (٥٠) مليون دولار للسادة المحافظين وتخويل الرئيس الأعلى ورؤساء التشكيلات المرتبطة به مراجعة ومصادقة العقود بما لا يتجاوز أقيامها (١٥) مليون دولار بالنسبة للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة ولغاية (٥) ملايين دولار بالنسبة للمحافظات.

Á إستحصال موافقة مجلس الوزراء في حالة زيادة مبلغ العقود عن الصلاحيات المخولة في الفقرة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٩.

Á موافقة البرلمان على عقود القروض أو عقود الاستثمارات النفطية وحسب ما ورد بالدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، وفي حالة عدم إصدار تشريعات تنظم ذلك. وبهذا أي عقد إداري

ينعقد بدون إستحصال الموافقات التي حددها الدستور والقانون والنظام يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه يعتبر فاقداً للمشروعية، ويتحمل من قام على إبرام العقد المسؤولية الكاملة عن تصرفاته.

ب- الاعتماد المالي: ويقصد به وجود غطاء مالي يكفي لمتطلبات العقد الإداري. واشترطت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وجود تخصيصات لتنفيذ العقد في الموازنة العامة الاتحادية مؤدية من الجهات المختصة لطلبات احتياجات الجهات التعاقدية مع الإشارة في وثائق المعطآت إلى التنبؤ الخاص بالمشروع في الخطة.

وعلى الجهة الإدارية الراغبة بإبرام العقد التقيد بالاعتمادات المخصصة في الموازنة ولا يجوز الدخول في الالتزام بالصرف أو التعاقد بما لا يزيد عما مخصص في الموازنة أو عدم توفر التخصيصات المالية اللازمة لذلك (البند (٣) من الفقرة (أ) المادة (٣) أحكام عامة من تعليمات تنفيذ الموازنة لعام ٢٠٠٩) وكذلك أحكام المادة (٤٨) من قانون الموازنة العامة الاتحادية المرقم (٦) لسنة ٢٠٠٩.

وقد ورد بالفقرة (ب) من المادة (٤) الالتزام بشروط العقد في تعليمات الموازنة لسنة ٢٠٠٩ «يراعى عند الالتزام بعقود يمتد تنفيذها لأكثر من سنة وضع التخصيصات المالية اللازمة في موازنة السنة القادمة حيث يتعذر تدوير أو نقل أية مبالغ متبقية من موازنة سنة معينة إلى سنة أخرى». وكذلك عدم تضمين عقود المشاريع والأعمال فقرات تتعلق بتوفير السيارات ووقودها وسائقها وصيانتها أو إنشاء الوحدات السكنية وترميمها، وعند الحاجة الحقيقية لمثل هذه المستلزمات توفيرها من قبل الجهات المنفذة مباشرة وبالحد الأدنى وتضاف كلفتها إلى المشروع (فقرة ١٧) من تعليمات وصلاحيات تنفيذ المشاريع الرأسمالية (الاستثمارية) الواردة بموجب تعليمات الموازنة العامة الاتحادية سنة ٢٠٠٩.

ولتحليل قيد الاعتماد المالي على إبرام العقود الإدارية، نرى عدم وجود جزاءات في حالة مخالفة جهة الإدارة لهذا الشرط في أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ ولا في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، وعليه في حالة تعاقد سلطة الإدارة في إبرام عقد إداري دون توفر الاعتماد أو بأكثر من الاعتماد المخصص لا يبطل العقد ويبقى صحيحاً لأنه يخضع لأحكام القانون الإداري ويمكن للمتعاقد من المطالبة بكافة حقوقه، وإن الاعتماد المالي يخضع لأحكام القانون المالي (قانون الموازنة

العامّة) والتعليمات المنفذة له وفي حالة الإخلال بالتعليمات تتحمل جهة الإدارة المسؤولية وتوضع تلك المسؤولية حيث جاءت بتعبير عام ويمكن أن يعتبر تقصير أو إهمال إلى غير ذلك ولا يوجد شرط في إبطال العقد وتحمل آثاره.

ج- الجدوى الاقتصادية وهي وجود دراسة محدثة عن الكلفة التخمينية للمشروع أو العقد المطلوب تنفيذه ضمن دراسة الجدوى بغية استخدامها كمقياس عند تحليل المعطيات وإرساء العقود على أن تراعى السرية في ذلك (فقرة ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

د- استحصال موافقة ديوان الرقابة المالية من خلال ممارسة ديوان الرقابة المالية أعمال الرقابة الوقائية (السابقة) إضافة إلى عمله الرئيسي لأعمال الرقابة اللاحقة حيث أقر ذلك في (ثانياً) من قرار مجلس الوزراء رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٩ والمعمم على كافة الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظات كافة بموجب العدد ش.ز. ١٠/١٠/١٠٣٠٣ في ٨/٤/٢٠٠٩. (ترسل العقود إلى ديوان الرقابة المالية لغرض التدقيق من (١٥٠) مليون دينار إلى مليار دينار، على أن يحدد الزمن اللازم لتدقيق العقد من قبل الديوان (بخمسة عشرة يوماً)، وبخلافه تعتبر الموافقة حاصلة بمطابقة العقد لإجراءات التعاقد. وعند تحليل هذا القرار نلاحظ أن ديوان الرقابة المالية تنقصه الجوانب الفنية لكي يتحرى عن القصور في هذا الجانب أما إذا كان التدقيق في إجراءات التعاقد فقد وضعت بموجب التشريعات ويجب أن تكون الرقابة لاحقة ولذلك نلاحظ اختلاف التسميات في مبالغ التعاقد.

ففي الفقرة (أولاً) من قرار مجلس الوزراء رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٩ حددت صلاحيات التعاقد للوزراء ومن هم بدرجتهم والمحافظين بمبالغ لا يجوز تجاوزها عند إبرام العقد وكانت أقيامها (بالدولار)، بينما ورد في الفقرة (٢) من القرار بتدقيق العقود من قبل ديوان الرقابة المالية وحددت أقيامها بالدينار، لذا نرى أن هناك تناقض في استخدام عملة أجنبية وعملة عراقية وطنية لذلك يتطلب عند إبرام العقود أن تحدد مبالغها بالعملة العراقية وكذلك منح الصلاحيات المالية عند توقيع العقد أن تكون بالعملة العراقية وإذا كانت هناك ضرورة يضاف ما يعادلها بالعملة الأجنبية.

ثانياً- القيود التي تفرض على الإدارة لاختيار المتعاقد:

يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة وفق إجراءات دعوة عامة تقوم على أساس الشفافية وبروح تنافسية مبني على المساواة والعدالة في التعامل وأن يبنى هذا الاختيار على معايير موضوعية منها:

أ توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات العقود بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في المناقصة والمعلومات ذات الصلة الوثيقة بإرساء العقود توزيعاً عاماً بما يتيح لأكبر عدد من مقدمي العروض المحتملين وقتاً كافياً لإعداد عروضهم وتقديمها. أ القيام مسبقاً بإقرار ونشر شروط المشاركة. أ استخدام معايير موضوعية ومقررة مسبقاً والتي تم اعتمادها من قبل غالبية الدول ومنها العراق وهي:

١- المناقصة: وهي الدعوة للراغبين للاشتراك بتنفيذ عقود إدارية وتأخذ الأشكال التالية:

أ- المناقصة العامة: وتكون أما وطنية أو دولية تحدد حسب صلاحية رئيس جهة (التعاقد) مع الأخذ بنظر الاعتبار عند ذلك طبيعة العقد ومبلغه ويتم تنفيذ هذا الأسلوب بإعلان الدعوة العامة إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوافر فيهم شروط المشاركة وللمبالغ التي لا تقل عن (٥٠) مليون دينار أو أي مبلغ آخر يحدد من الجهات المعنية مع مراعاة أن تتسم الإجراءات بالعمومية والتنافسية والعدالة والشفافية والعلنية.

ب- المناقصة المحدودة: ويتم بإعلان الدعوة العامة من جهة التعاقد إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوافر فيهم شروط المشاركة وللمبالغ التي لا تقل عن (٥٠) مليون دينار أو أي مبلغ آخر يحدد من الجهات المعنية وتكون على مرحلتين:

المرحلة الأولى: وتتضمن تقديم الوثائق الخاصة بالتأهيل الفني والمالي للمشاركين في المناقصة وحسب التشريعات القانونية النافذة ذات العلاقة بالموضوع للتوصل إلى اختيار المؤهلين للمشاركة.

المرحلة الثانية: وتتم بتوجيه الدعوة المباشرة (مجاناً) إلى المؤهلين للمشاركة في المناقصة لتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية (المالية) والشروط القانونية للمشاركة على أن لا تقل عن (٦) ستة دعوات (المادة ٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

ج- المناقصة بمرحلتين: لرئيس جهة التعاقد أو من يخوله استعمال طريقة تقديم العطاءات بمرحلتين في التعاقد لكي يحصل على أفضل طريق يلبي احتياجاته التعاقدية.

- **المرحلة الأولى:** دعوة مقدمي العطاءات لتقديم عروضهم الفنية على أساس التصميم الأولي ووصف الفعاليات ولرئيس جهة التعاقد تعديل الكلفة التخمينية إن تطلب الأمر ذلك.

- **المرحلة الثانية:** دعوة مقدمي العطاءات الذين تم قبول عطاءاتهم الفنية وفق معايير التأهيل في المرحلة الأولى لتقديم عطاءاتهم المالية على أساس وثائق المناقصة المعدلة ووفقاً للشروط التي تصنفها جهة التعاقد.

٢- **الدعوة المباشرة:** توجه الدعوة المباشرة من جهات التعاقد إلى ما لا يقل عن (٥) من المقاولين، أو الشركات، أو المؤسسات المعتمدة لقدرتها وكفاءتها الفنية والمالية عند تنفيذ العقود بمختلف أنواعها وعند الضرورة ولوجود أسباب مبررة في إحدى الحالات التالية:

١- إذا كان العقد ذا طابع تخصصي، أو يتطلب السرية في كل من إجراءات التعاقد والتنفيذ، أو أن تكون هناك أسباب أمنية تستدعي ذلك.

٢- إذا كان الهدف تحقيق السرعة والكفاءة في التنفيذ، خاصة في حالات الطوارئ والكوارث الطبيعية وتجهيز الأدوية والمستلزمات المنقذة للحياة.

٣- عزوف مقدمي العطاءات من المشاركة في المناقصات العامة المعلن عنها للمرة الثانية.

٣- **أسلوب العطاء الواحد (العرض الوحيد):** ويتم بتوجيه الدعوة مجاناً من جهات التعاقد لمناقص واحد فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية لتجهيز أو تنفيذ الأعمال أو الخدمات الاستشارية أو التصنيع وذلك عند الضرورة ولوجود أسباب مبررة تستدعي ذلك.

٤- **الإعلان عن المناقصات:** تبدأ عملية الإعلان عن المناقصة بتوجيه الراغبين بالتعاقد وفق الشروط المعلنة لتخلق المنافسة وتحقيق العدالة والشفافية بتقديم عطاءاتهم، ويتم ذلك بنشر الإعلان في ثلاث صحف يومية وطنية واسعة الانتشار في الأقل على أن تكون جريدة الإعلان الصادرة عن وزارة المالية أحداها، وفي حالة توقف هذه الصحيفة عن الصدور لأي سبب فيتم النشر في صحيفة أخرى واسعة الانتشار وعلى أن يتحمل من ترسو عليه

المناقصة أجور نشر الإعلان، وكذلك يتم نشر الإعلان في الموقع الإلكتروني لجهة التعاقد ولوحة الإعلان فيها بالنسبة للمناقصات العامة الوطنية إضافة إلى نشر الإعلان في الملحقات التجارية في السفارات العراقية في الخارج وموقع الأمم المتحدة لتنمية الأعمال فيما يتعلق بالمناقصات العامة الدولية بند (٣)، فقرة (أ، ب) من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

ويراعى في إعلان مناقصات العقود ما يأتي:

- ١- أسم المناقصة ورقمها وعنوانها والتبويب المدرج في الموازنة.
- ٢- وصف موجز واضح للمشروع أو العقد المطلوب تنفيذه مع بيان الخدمات والسلع المطلوبة.
- ٣- مدة إعلان المناقصة أو الدعوة المباشرة وتكون وفقاً لما يأتي:
 - أ- في عقود التجهيز والخدمات الاستشارية مدة تتراوح من (١٥ - ٦٠) يوماً تحدد حسب أهمية العقد وتبدأ من تاريخ آخر نشر الإعلان ويستثنى من ذلك عقود تجهيز الحنطة والرز والدواء وحسب تقدير الوزير المختص.
 - ب- فيما يخص عقود الأشغال العامة من (٢١ - ٦٠) يوماً تحدد حسب أهمية العقد وتبدأ من تاريخ آخر نشر للإعلان.
- ٤- بيان موعد ومكان تقديم العطاءات وفترة النفاذ المطلوبة لها ومكان وموعد بيع مستندات المناقصة.
- ٥- بيان مقدار التأمينات الأولية المطلوبة من مقدمي العطاءات.
- ٦- موعد المناقصة.
- ٧- ثمن مستندات المناقصة غير قابلة للرد.
- ٨- الموقع الإلكتروني لجهة التعاقد وعنوان البريد الإلكتروني للتشكيل الإداري المسؤول عن المناقصات فيه.

وقد ورد نشر الإعلان كذلك بنص الفقرة (٣) من المادة (٩) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ «يعلن عن بيع المال غير المنقول أو إيجاره بالمزايدة العلنية في صحيفة يومية من الصحف التي تصدر في بغداد، وتعلق نسخة من الإعلان في

الدائرة التي تقوم ببيعه أو إيجاره وأخرى في مدخل الإدارة وللجنة إضافة إلى ذلك أن تقرر نشر الإعلان وإذاعته بوسائل الإعلان الأخرى إذا رأت أن المصلحة تدعو إلى ذلك».

وأيضاً نص الفقرة (٣) من المادة (٤) من تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ على أنه «تتضمن صيغة الإعلان في الصحف المحلية عن المناقصات والمعلومات الآتية، أسم المناقصة ورقمها ومكان وموعد بيع سندات المناقصة وسعر مستندات المناقصة غير قابلة للاسترداد، ودرجة المقاول المطلوب».

وبعد اتخاذ الإجراءات الشكلية التي يحددها القانون من إجراء المناقصات العامة، أو الدعوة المباشرة، أو الغرض الوحيد، والإعلان عن المناقصة، تقوم اللجان المشكلة بموجب أحكام تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بتحليل العطاءات ورفع التوصيات الخاصة بالتسرية والإحالة إلى رئيس جهة التعاقد للبت فيها حسب الصلاحية المخولة له لإغراض التعاقد وفي حالة الموافقة يتم اختيار المتعاقد ويتم تبليغه بتوقيع العقد.

وبعد قراءة النصوص التشريعية والتعليمات المنظمة لها في العراق نراها تطابق اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي أقرت سنة ٢٠٠٠ حيث نصت المادة (٩) منها على أن تقوم كل دولة طرفاً وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم إثراء مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير موضوعية في اتخاذ القرارات وتتسم ضمن جملة أمور بفاعليتها في منع الفساد وتناول هذه النظم التي يجوز أن تراعى في تطبيقاتها قيماً جدية مناسبة وأموراً منها:

٠ توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات العقود بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في المناقصة.

٠ القيام مسبقاً بإقرار ونشر شروط المشاركة.

٠ استخدام معايير موضوعية ومقررة مسبقاً.

هذا ما أوردته التشريعات العراقية الخاصة بالعقود الإدارية من الإعلان عن العطاء، وحرية المنافسة، وسرية العطاءات مطابقة للمعايير الدولية، ولكن المتابع للعقود المبرمة بشأن المرافق العامة يرى أن هناك خلل في نتائج نجاحها وربما يرجع سبب ذلك إلى إجراءات التطبيق وليس التشريع.

المطلب الثالث- القيود التي تضعها التشريعات الجزائرية قبل إبرام العقد الإداري:

لا توجد طرق عامة وموحدة لإبرام العقود الإدارية في التشريع الجزائري إلا ما أورده المرسوم الرئاسي الجزائري رقم ٢٥٠/٠٢ في ٢٤ يوليو ٢٠٠٢ والمتعلق بالصفقات العمومية وسيقوم الباحث بتحليل ما يتضمنه هذا المرسوم، والذي حدد تعريف الصفقات بموجب نص المادة (٣) وهي (عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم فعقد إنجاز الأشغال واقتناء الموارد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة واقتناء اللوازم).

وحددت المادة (٥) من المرسوم لا ضرورة لإبرام عقد إذا قلّ المبلغ عن (٦) مليون دينار جزائري أو ما يساويه لخدمات الدراسات والخدمات ومعنى ذلك لا يقتضي وجوباً بإبرام عقود بذلك. وما زاد من تلك المبالغ يخضع لإجراءات معينة منها:

١- إجراء المناقصة.

٢- إجراء التراضي.

أولاً- المناقصة: هي مجموعة الإجراءات الإدارية والفنية والقانونية التي تتخذها الجهة لتنفيذ أعمالها المختلفة بطريقة تنافسية وفق وثائق المناقصة بهدف الوصول إلى أفضل العطاءات وذلك إستناداً إلى معايير ودرجات التقييم المحدد للمنافسة المعلنة بما يتفق وأحكام القانون. ويمكن أن تكون المناقصة وطنية أي يشترك الراغبون في التعاقد بتقديم عروضهم من وطني الدولة والمقيمين فيها.

أو تكون المناقصة أجنبية أي يشترك الراغبون في التنافس بتقديم عطاءاتهم إلى الإدارات صاحبة المصلحة في التعاقد. وتأخذ المناقصة الأشكال الآتية:

٠ المناقصة المفتوحة: وهي إجراء يمكن من خلال لأي مرشح أن يقدم تعهداً (إعطاء) الراغب بإجراء التنافس.

٠ المناقصة الانتقائية: وهي إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه المدعون خصيصاً للقيام بذلك بعد انتقاء أولي للتنافس على عمليات معقدة ذات أهمية خاصة.

٠ المزايدة: إجراء يسمح بتخصيص الصفة للمتعهد الذي يقترح أحسن وأعلى عرضاً وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المترشحين والأجانب المقيمين في البلد.

مراحل المناقصة:

مرحلة إقامة المنافسة بإشهار الصفة عند إبرام المناقصة ويتطلب اعتماد عدة مبادئ أهمها:

أ- **مبدأ المنافسة:** تخضع المناقصات بصورة إلزامية للمنافسة ونعني بمبدأ المنافسة، هو إعطاء الفرصة لكل من توافر فيه شروط المناقصة بتقديم عروضه للإدارة المتعاقدة، وهذا لا يعني انعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في صلاحية المتقدمين للتنافس وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة. فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء ومن سبق وأن تعاقد سابقاً وفشل في إنجاز عمله أو من له سمعة سيئة في الاحتيال والتلاعب من التعاقد حيث لها الحق في استخدام هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية ولكن يجب أن يكون حق الاستبعاد بنصوص قانونية حتى لا يفقد مبدأ العدالة والشفافية في التعامل مع الراغبين على التعاقد.

ب- **مبدأ المساواة:** يجب تطبيق مبدأ المنافسة لتحقيق مبدأ المساواة بين المتقدمين للتعاقد، فالمساواة أمام المرفق العام تقضي كل تفضيل إعطاء الصفة وبالتالي اعتبارها مصدر المنافسة. لذلك فاحترام المنافسة يفرض إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين، إذاً المساواة هي أساس المنافسة ووسيلة لخدمة المتنافس.

ج- **الإعلان (الإشهار):** تخضع المناقصات لمبدأ الإعلان (الإشهار) التي يعتبر وسيلة لضمان المنافسة، وذلك بدعوة الإدارة للراغبين في التعاقد كما يعتبر الإعلان وسيلة لضمان الشفافية والمساواة وبالتالي العمل به إلزامي كما ورد في القانون. إذاً المناقصة تبدأ بالدعوة العامة لجميع المتنافسين عن طريق الإعلان، ويحرر إعلان المناقصة باللغتين العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل كما يكون نشره في النشرة الرسمية لصفقات التعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين ويكون ذلك إلزاماً بحكم القانون.

أما مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات الأشغال أو التوريدات والتي لا تقل عن (٥٠) مليون دينار جزائري، وصفقات الدراسات والخدمات التي لا تقل مبالغها عن (٢٠) مليون دينار جزائري أن تكون محل الإعلان (الإشهار) حيث يتم نشر إعلان المناقصة في جهة مبنى الإدارة صاحبة المصلحة في التعاقد أو جهتين من المبنى، وكذلك إلصاق الإعلان

بالمقرات المهنية للولاية وكافة بلديات الولاية، والغرف التجارية والصناعية والحرف، الفلاحة للمديرية التقنية المهنية في الولاية.

ثانياً- الترخيص من الإدارة بطريقة التراضي وفق الشكلية التالية:

أ- التراضي البسيط: ويشكل طريقاً استثنائياً لإبرام الصفقات العمومية ويأخذ الأشكال الآتية: ١- الاحتكار وهو عدم وجود شخص أو جهة منافسة لأن المطلوب منه التعاقد لديه القدرة الفنية، والابتكارية، والمالية لا يمتلكها غيره لذا يتطلب من جهة الإدارة القيام بالتراضي مع المعني لإبرام العقد.

٢- الخطر الدائم: حيث تحدث في الدولة بعض الأزمات مثل انعدام كمية القمح المعد للتغذية بسبب الجفاف والضرورة القصوى بتوفيره بالسرعة أو تحدث المجاعة حيث هناك خطر فعلي يدهم المجتمع لذلك يطبق التراضي البسيط دون إجراء المنافسة. ٣- التمويل المستعجل: بسبب حدوث كارثة مرضية يتطلب سرعة توفير الدواء للحد من هذه الحالة.

٤- وكذلك للأهمية الوطنية عندما يتعلق الأمر بمشروع وطني مهم.

ب- التراضي بعد الاستشارة: ويتم تنظيم هذه الاستشارات على شكل رسائل مكتوبة واضحة بشأن إبرام الصفقة بإقامة المنافسة عن طريق الاستشارة المسبقة والتي تتم بكافة الوسائل المكتوبة (بريد- تليكس- إنترنت) وبدون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعقدة في الإعلان عن المناقصة. وإنما تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات التي تكون فيها الدعوة للمنافسة غير مجدية في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة، وتحدد قائمة الخدمات واللوازم بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني وإن إبرام مثل هذه الصفقات بالتراضي بعد الاستشارة يندرج ضمن اختصاصات المصلحة العامة.

ثالثاً- الرقابة على إبرام العقود: تدخل الرقابة على إبرام العقود لحماية الأموال العامة والتأكد من الإعتمادات اللازمة لتلك العقود الإدارية، يضاف إلى ذلك التأكد من مطابقة الصفقات العمومية للشروط والمواصفات المعمول بها، وكذلك المشاركة في فتح العطاءات للتأكد من قانونية وشرعية المناقصة وتقوم بذلك من خلال:

أ- الرقابة الخارجية: وتقوم بالتحقق من مطابقة التزام الإدارة المتعاقدة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون ومدى تطبيقها ويتم ذلك عن طريق لجنة تسمى (اللجنة الوطنية للصفقات) وتكون على مستوى الوزارة، والولاية، والبلديات، المؤسسات العمومية. وتتولى هذه اللجنة الرقابة والدقيق والبت في كل الصفقات العمومية وحسب ما نص عليه المرسوم رقم ٢٥٠/٠٢ في ٢٤ يوليو ٢٠٠٢ وعلى الشكل الآتي:

٠ فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريد التي يزيد عن (٢٥٠) مليون دينار جزائري بالإضافة إلى كل ما يلحق بهذه الصفقة.

٠ فيما يتعلق بعقود الدراسات واللوازم والخدمات بما يزيد عن (١٠٠) مائة مليون دينار جزائري بالإضافة إلى كل ما يلحق بهذه الصفقة.

وتتكون اللجنة الوزارية للصفقات من أشخاص عموميين وفق نص المادة (٢) من

المرسوم رقم ٢٥٠ / ٠٢ في ٢٤ يوليو ٢٠٠٢ وهم كل من:

١- الوزير المعني أو ممثله رئيساً.

٢- ممثل عن المصلحة المتعاقدة عضواً.

٣- ممثل عن وزير التجارة عضواً.

٤- ممثل عدد (٢) عن وزير المالية عضواً.

أما ما يتعلق عن كيفية إبرام عقود الولاية وتدقيقها والبت فيها من قبل الرقابة فمحددة بما يلي:

٠ عقود الأشغال العامة والتوريد التي يقل مبالغها عن (٢٥٠) مليون دينار جزائري بالإضافة إلى ملحق الصفقة.

٠ عقود اللوازم التي يقل مبالغها عن (١٠٠) مليون دينار جزائري بالإضافة إلى ملحق الصفقة.

٠ عقود الدراسات والخدمات التي يقل مبالغها عن (٦٠) مليون دينار جزائري وكل ملحق بهذه الصفقة وتتشكل لجنة الولاية للصفقات من:

أ الوالي أو ممثله رئيساً.

أ ثلاثة ممثلين للمجلس الشعبي الولائي.

Á مدير الأشغال للولاية.

Á مدير الري للولاية.

Á مدير البناء والتعمير.

Á مدير المصلحة التقنية المهنية بالخدمة.

Á مدير المنافسة والأسعار للولاية.

Á أمين الخزانة للولاية.

Á المراقب المالي.

Á مدير تخطيط وتنمية الأقاليم.

وهناك عقود تخص مجالس البلديات تكون مبالغها أقل من مستوى الولاية وتكون تشكيل اللجان فيها على مستوى العاملين في تلك المجالس.

ب- الرقابة المسبقة للجنة الصفقات العمومية:

تتمثل مهمة لجنة الصفقات العمومية في متابعة كل الصفقات العمومية وإبداء الرأي بذلك، وتقوم مساعدتها في مجال تحضيرها وإبرامها للعقود وفقاً للقوانين المنظمة لذلك، ولمختلف مراحل الصفقات العمومية وأخيراً المتابعة الميدانية لها.

والرقابة الخارجية مستقلة في قراراتها عند مراجعة العقود والبت فيها وهي التي تمنح الجهة الإدارية بالموافقة أو الرفض على إبرام العقود وخلال مدة (٢٠) من تاريخ إيداع الملف لدى اللجنة المختصة، وعند الموافقة تعطى للجهة صاحبة العلاقة: الرقم الخاص الموافقة أو التصريح أو الإذن، تاريخ الموافقة، وبتوقيع رئيس لجنة الصفقات العمومية الوطنية. هذا ويحق للجنة أن توافق مع بعض التحفظات أو عدم الموافقة، وعلى الجهة المعنية المكالفة إبرام الصفقات أن تنفذ العمل بعد حصول الموافقة وخلال ستة أشهر الموالية لتاريخ تسليم الموافقة وإذا انقضت هذه المدة بدون إبرام العقود يعاد دراستها من جديد من طرف اللجنة المختصة.

هذا وخير ما فعله قانون الصفقات العمومية في الجزائر بالتنويه عن جزاءات جنائية واعتبارها نوع من الجرائم التي تتعلق بالصفقات العمومية وتأخذ ثلاثة صور:

- * إبرام عقداً أو صفقة أو التأشير (الموافقة) عليها أو مراجعتها جزافاً للإحكام التشريعية أو التنظيمية الجارية العمل بفرض امتيازات غير مبررة للغير واعتبر ذلك جنحة المحاباة.
- * استغلال النفوذ للحصول على منفعة وفائدة عند إبرام عقد أو صفقة مع دولة أو إحدى الهيئات التابعة لها.
- * قبض أجرة أو فائدة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها (الرشوة). وحدد قانون العقوبات الجزائري جنحة المحاباة بموجب المادة ١٢٨ مكرر وتحتصر أعمال المخالفة لهذه العقوبة بما يلي:

- ١- المساس بالقواعد المتعلقة بالإشهار (عدم الإعلان عن الصفقة).
- ٢- المساس بالقواعد المتعلقة باعتماد المترشحين (إبعاد البعض رغم مؤهلاتهم).
- ٣- المساس بالقواعد المتعلقة باختيار المستفيد من الصفقة في إطار إجراء المنافسة (المادة ٤٦ إلى ٤٩) من قانون الصفقات العمومية، وعقوبة جنحة المحاباة هي: من (٢) سنة إلى (١٠) سنة وبغرامة لا تقل عن (٥٠٠) ألف دينار وأن لا تزيد عن (٥) ملايين دينار وهي نفس عقوبة الرشوة.

وعند تحليل التشريعات الجزائرية فيما يتعلق بالعقود الإدارية نراها تضمنت المعايير الدولية في إبرام العقود، وبما أنها بلد نامي يسعى إلى رفع مكانته التنموية ويسعى من الحد من الفساد وتقييم إنجاز العمل وخير ما فعلت الجزائر هو تشكيل (لجنة الصفقات الوطنية) وهي لجنة مستقلة ترتبط برئيس الجمهورية تتشكل من أشخاص عموميين مهنيين ومتخصصين تقوم بالإشراف والمتابعة والمراقبة والتدقيق على العقود الإدارية قبل إبرامها ويعد التوقيع عليها ومباشرتها التنفيذ لتحديد مظاهر الفساد والتوجيه بمعالجة الانحرافات، إضافة لذلك اعتبار المخالفة في إبرام العقود جنحة محاباة يوقع صاحبها السجن حد من مظاهر الهدر في المال العام والفساد وأعتبر ذلك من المظاهر الإيجابية في التشريع الجزائري حيث لم أجدها في التشريعات التي تناولتها الدراسة.

المبحث الثالث

الاستنتاجات والمقترحات

أولاً- الاستنتاجات: وهي ما توصلت إليها الدراسة بعد التحليل ويمكن إجمالها بما يلي:

١- تم التوصل إلى تحديد مفهوم العقود الإدارية فقهاً وتشريعاً وقضاءً. حيث هناك اتفاق تام بأن يكون أحد أطراف العقد الإداري أشخاص القانون العام (أحد أطراف الإدارة). ويهدف إلى تسيير مرفق عام وفيه شروط غير مألوفة في أحكام القانون الخاص والنية تتجه بتطبيق أحكام القانون العام.

٢- تبين أن العقد الإداري لا يعني هيمنة الإدارة في العملية التعاقدية مهما أعترف بها المشرع (امتيازات السلطة)، بل هو توفير السلطة العامة والمصلحة العامة، والإدارة تعطي الأولوية للنشاط الخاص لما كانت الغاية تحقيق مصلحة عامة.

٣- أوردت تشريعات الدول التي تم تناولها بالدراسة ضوابط حددتها التشريعات ويجب على الإدارة الالتزام بها عند إبرام العقد الإداري (الموافقة والاستشارة، والاعتماد المالي، والمناقصات).

٤- هناك خلل واضح في نظام العقاب الذي اعتمدته تلك التشريعات لما يتيح لضعاف النفوس من التجاوز والتلاعب والتزوير في الوثائق المقدمة.

٥- تضمنت التشريعات العدالة والمساواة بين المتنافسين في المناقصات والمزايدات إذا تم تطبيقها وفق ما هو منصوص عليه.

٦- تتبنى التشريعات النزاهة والشفافية والمساءلة وضبط وتحديد الإجراءات المتعلقة بالمناقصات والمزايدات.

٧- تضمنت التشريعات إجراء المناقصات على مراحل منها إعداد المستندات ومرحلة الإعلان، ومرحلة تقديم العطاءات، ثم مرحلة فتح- وإرساء المناقصة (أي اختيار المتعاقد) لكي يبرم العقد.

٨- خولت التشريعات الجهة المتعاقدة بالتعاقد بدون المناقصة أو الاعتماد بالشراء المباشر ولكن تم التقييد وهو عند الضرورة ولحالات استثنائية محدودة.

ثانياً- المقترحات: من خلال ما تناول البحث نقدم جملة من المقترحات والتي تخص بلدنا- العراق. وهي:

- ١- ضرورة إيجاد آلية يتم من خلالها تشجيع الأشخاص ذات العلاقة (موظفين، متعاقدين، فنيين) على الإبلاغ عن أية مظاهر للفساد في تلك العقود الإدارية. وبعد الرجوع إلى القوانين تبين عدم مراعاة هذا الأمر.
- ٢- إصدار قانون يحمي أعضاء لجان العطاءات والفنيين والكاادر الوظيفي في حال تبليغهم عن مظاهر الفساد والتواطؤ في العقود.
- ٣- تعزيز القوانين بعقوبات واضحة لكل من يتلاعب في العقود الإدارية أو يسيئ استخدام موقعه أو لا يقوم بواجب الإبلاغ عن جرائم الفساد التي تقع في العطاءات العامة وغيرها من العقود الإدارية بعقوبات جنائية كالحبس والغرامة وعقوبات تكميلية أخرى كمصادرة الأموال والفصل من الخدمة والحرمان من الحقوق المدنية والسياسية.
- ٤- إلغاء أمر سلطة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ لأنه جاء بصيغة عامة وفضفاضة ويفتقر إلى الصيغة القانونية.
- ٥- تشكيل هيئة عليا (تسمى الهيئة العليا الوطنية للمراقبة على المناقصات والمزايدات) تقوم بالمراقبة السابقة واللاحقة على العقود الإدارية ولا يتم إبرام العقود إلا بإذن منها. وتتمتع بالشخصية الاعتبارية، وتكون مستقلة تخضع لإشراف البرلمان، وتتكون من سبعة أشخاص وتتم قرارات تعيينهم بموافقة البرلمان وبأوامر من رئيس الجمهورية ويتمثل فيها القطاع التجاري، والصناعي، والمجتمع المدني، والقضاء للحد من هدر المال العام والفساد المالي والإداري.
- ٦- نقترح إصدار قانون حماية المنافسة من الممارسات الاحتكارية لأن ممارسة النشاط الاقتصادية حق مشروع وأن منع حرية المنافسة يؤدي إلى الإضرار بهذا النشاط.
- ٧- تفعيل الإشراف والمراقبة على أعمال المناقصات والمزايدات وضمان سلامة الإجراءات تحافظ على المال العام.
- ٨- عدم إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل إلا إذا كانت سائر الشروط والمواصفات المقدمة من المتنافسين متساوية، حتى لا يفسح المجال للتلاعب والاحتياال.
- ٩- العمل على تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين بالإعلان عن المناقصة وشروطها على نطاق واسع وفي الصحف واسعة الانتشار وإعطائهم فرصة كافية لتقديم العطاءات ومنحهم نفس القدر من المعلومات وعدم التحيز لأحدهم بإجراء تعديلات في الشروط

لمصلحته أو السماح له بالتسجيل بأكثر من أسم وان تتخذ جميع التدابير اللازمة لضمان سرية العطاءات وعدم تسريبها.

المصادر

- ١- البستاني، بطرس (١٩٨٧)، محيط المحيط، الطبعة الجديدة، لبنان.
- ٢- الجبوري، عبد اللطيف نايف (بدون سنة)، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه غير منشورة مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد.
- ٣- الجبوري، ماهر صالح علوي (١٩٩٦)، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الطباعة والنشر، الموصل.
- ٤- الحلو، ماجد راغب (٢٠٠٤)، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة للنشر.
- ٥- الطماوي، سليمان محمد (١٩٨٤)، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة.
- ٦- بدوي، ثروت (١٩٧٦)، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية.
- ٧- حلمي، محمود (١٩٧٧)، العقد الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي.
- ٨- عبد الرزاق، عبد الرحمن (١٩٨١)، العقد في النظام الاشتراكي، رسالة دكتوراه غير منشورة، مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية.
- ٩- كرامي، محمد (٢٠٠٠)، القانون الإداري والتنظيم الإداري، الطبعة الأولى، المغرب.

القوانين:

- ١٠- قانون الصفقات العمومية في الجزائر رقم ٥٧ سنة ١٩٩١.
- ١١- قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ سنة ١٩٧٢.
- ١٢- قانون استخدام الأجهزة الحكومية والقطاع العام للحاسبات الإلكترونية رقم (١١٢) سنة ١٩٨٢.
- ١٣- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٧٩ لسنة ١٩٩٨.
- ١٤- قانون استثمار الثروة الطبيعية والمرافق العامة، مصر رقم ٦١ لسنة ١٩٥٦.

- ١٥- قانون التزامات محطات الكهرباء، مصر رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٦.
- ١٦- قانون فتح الطرق العامة، مصر رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦.
- ١٧- قانون فتح المطارات، مصر رقم ٣ لسنة ١٩٩٧.
- ١٨- قانون الإدارة المحلية، مصر رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩.
- ١٩- قانون أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤.
- ٢٠- قانون تنفيذ الموازنة الاتحادية، العراق رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦.
- ٢١- قانون بيع وإيجار أموال الدولة، العراق رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦.
- ٢٢- قانون المناقصات للصفقات العمومية الجزائري رقم ٠٢، ٢٥٠ لسنة ٢٠٠٢.

الأنظمة واللوائح:

- ٢٣- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.
- ٢٤- لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم ٥٦٣ لسنة ٢٠٠٧.
- ٢٥- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، العراق رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.
- ٢٦- تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية، العراق لسنة ٢٠٠٩.
- ٢٧- تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨.