طرق ابرام العقود الادارية في العراق

أ.م.د. فرقد عبود العارضي

جامعة القادسية- كلية القانون

Farkad.abood@qu.edu.iq

Methods of concluding administrative contracts in Iraq

الكلمات الافتتاحية :

العقد الاداري, المناقصة, الدعوة المباشرة والعطاء الواحد والتعاقد المباشر, الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة, لجان المشتريات.

Keywords: Administrative contract. Tender. Direct call, One bid and Direct contract. Direct purchase from sober manufacturers. Committees of purchase Court.

Abstract: The ways of the conclusion of administrative contracts in Irak The topic of the research is to identify the most important ways of concluding administrative contracts in Iraq and comparing them with those in Egypt and France, and trying to highlight the most important pros and cons. In this regard, it should be noted that the main problem of administrative contracts in Iraq is that their disputes are not subject to administrative justice despite the establishment of an independent administrative judiciary in Iraq by establishing the Council of State in Iraq under Law No. (71) for 2017. This administrative judiciary is completely independent of the executive branch (Ministry of Justice) unlike his predecessor, Iraqi Council of consultation of the State, established under Law No. 65 of 1979. In this regard, the legal determination of certain contracts, such as contracts for the sale and lease of state funds and supply contracts, is not accompanied by special laws to avoid the problem of not being subject to administrative jurisdiction, as long as disputes relating to these contracts are not subject to the jurisdiction of the Council of State, it means that their disputes are subject to the judiciary normal, and that's what's actually done in Iraq. Here, the many tender methods that were provided for the implementation of the Iraqi government contracts (2) for 2014 should be criticized. On the other hand, the extent to which the direct contract method is positive

compared to the tendering disadvantages defined by its procedures and steps according to the law, so that the administration should be given the freedom to carry out its duties in providing public service to the individuals and satisfying their increasing needs in light of the increasing and rapid technological development, which may not allow us to use traditional methods to conclude the contracts which deals with the methods of the technology Modern..

الملخص

يتلخص موضوع البحث بالتعرف على اهم طرق ابرام العقود الادارية في العراق ومقارنتها مع مثيلتها في مصر وفرنسا, ومحاولة ابراز اهم إيجابياتها وسلبياتها. وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى مشكلة اساسية تعاني منها العقود الادارية عموما في العراق الا وهي عدم اخضاع منازعاتها للقضاء الاداري على الرغم من انشاء القضاء الاداري المستقل في العراق وذلك بإنشاء مجلس الدولة في العراق بموجب القانون رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ بشكل نهائي وبصورة مستقلة تماما عن السلطة التنفيذية (وزارة العدل) خلافا لما كان عليه الحال بالنسبة لسلفه مجلس شورى الدولة العراقي المنشأ بموجب القانون رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩. وفي هذا الشأن لا يشفع التحديد القانوني لبعض العقود مثل عقود بيع وايجار اموال الدولة وعقود التوريد بواسطة قوانين خاصة لتجنب مشكلة عدم خضوع منازعاتها للقضاء الاداري, فما دامت المنازعات المتعلقة بهذه العقود لا تخضع لقضاء مجلس الدولة فهذا يعني بان منازعاتها تخضع للقضاء العادي, وهذا ما معمول به في العراق. وهنا لابد من انتقاد طرق المناقصة الكثيرة التي جاءت بها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ من ناحية, ومن ناحية اخرى بيان مدى ايجابيات طريقة العقد المباشر مقارنة بسلبيات المناقصة المحددة اجراءاتها وخطواتها وفقا للقانون بحيث ينبغي اعطاء الادارة الحرية اللازمة لتنفيذ واجباتها في تقديم الخدمة العامة للجمهور واشباع حاجاتهم المتزايدة في ظل التطور التكنولوجي المتزايد والسريع والذي قد لا تسعفنا الطرق التقليدية بإبرام العقود المتعلقة بوسائل التكنولوجيا الحديثة.

المقدمة : تبرز أهمية البحث في الفائدة المرجوة من ابرام العقد الاداري بطريقة ما من الطرق المنصوص عليها في القانون, فالفائدة تتمثل في ناحيتين الاولى هي تحقيق المنفعة المالية للدولة, اما الثانية فهي التزام الادارة باستهداف المصلحة العامة. ففي العقود الادارية يكون من الطبيعي ان الادارة تكون ملزمة بشروط معينة من حيث كيفية اختيار المتعاقد معها من اجل تحقيق اكبر وفر مالي للدولة. فالعقود المبرمة في اطار القانون الخاص نلاحظ فيها, وفي حدود اهلية التعاقد, حرية المتعاقد في اختيار الطرف الآخر الذي يتعاقد معه. اما العقود التي تكون الدولة او احد هيأتها طرفا فيها فلا نجد فيها مثيلا لتلك الحرية كون الادارة عند تعاقدها مع شخص آخر – طبيعيا كان ام معنويا – انما تحمل حزينة الدولة التزامات مالية تكون كبيرة جدا في اغلب الاحوال وبما ان الادارة انما هي نائبة عن الافراد في التصرف في الاموال العامة في حدود ونطاق ما يرسمه القانون لذلك التصرف بالتالي سيتحمل الافراد كافة تلك الالتزامات في النهاية باعتبارهم المالكون الحقيقيون لتلك الاموال. وعلى ذلك فان المشرع عندما يبين طريقة ابرام العقد الاداري يضع نصب عينيه تحقيق هذه الغاية الاساسية في المحافظة على الاموال العامة, ولكن المشرع بالإضافة الى ذلك ومراعاة منه لمصلحة الادارة يهتم وبشكل كبير بتمكين الادارة من اختيار اكفأ المتقدمين لتوفير الخدمة او لأداء العمل المطلوب سواء تعلقت تلك الكفاءة بالمقدرة المالية او الفنية للطرف المتعاقد مع الادارة وفي ذلك ضمان اساسي من ضمانات المصلحة العامة والتي تستهدفها الادارة في ابرامها للعقد الاداري. والقاعدة في القانون العراقي في اختيار المتعاقد مع الادارة هي ابرام العقد الاداري بطريقة المناقصة, الا ان بعض العقود الادارية لا يراعى فيها الاخذ بهذا الاسلوب بل يتم الالتجاء الى طريق آخر لإبرام العقد الاداري نظرا لما يتطلبه العقد من اجراءات معينة وبالتالي تلجا الادارة الى اسلوب او طريقة الاختيار المباشر.

اشكالية البحث :- ان اول واهم اشكالية يثيرها البحث هي امكانية اخضاع منازعات العقود الادارية, بوصفها المحل الذي يرد عليه اتباع او اختيار أيا من طرق ابرامها, لاختصاص القضاء الاداري في العراق. والاشكالية القانونية الاخرى التي يطرحها البحث هي عدم تطرق القانون العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤

النافذة الى تعريف محدد وواضح لأية طريقة من طرق ابرام العقود الادارية, وهذا على خلاف اغلب التشريعات والقوانين العربية. منهجية البحث :- اعتمد البحث اسلوب المنهج الاستقرائي التحليلي لنصوص القانون المتعلقة بالموضوع سواء اكان ذلك في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية ام في بعض القوانين العربية المتعلقة بالشأن ذاته. وكذلك التطرق الى الآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع من اجل التوصل الى افضل طرق ابرام العقود الادارية وايضا تجنب السلبيات الموجودة في بعضها.

خطة البحث: - من اجل الالمام الكافي بموضوع البحث لابد لنا من تقسيمه الى مبحثين. نتطرق في الاول منهما الى اهم وابرز طريقة لإبرام العقود الادارية الا وهي اسلوب المناقصة. في حين نتطرق في ثانيهما الى الطرق الاخرى لإبرام العقود الادارية في العراق وفقا لما نصت عليه المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة المبحث الاول : اسلوب المناقصة : يعد اسلوب المناقصة من ابرز طرق ابرام العقد الاداري[١]. وبهذا الصدد لابد لنا من الاشارة الى بعض التعريفات الفقهية والقضائية التي تطرقت الى العقد الاداري[٢] كونه المحل الذي ترد عليه طريقة المناقصة. فقد تم تعريف العقد الاداري بأنه ((العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد ادارة مرفق عام او بمناسبة تسييره ويكون هذا الشخص المعنوي العام قد اظهر نيته في الاخذ بأسلوب القانون العام وتستخلص هذه النية مما ينطوي عليه العقد من شروط استثنائية خارجة على نصوص القوانين العادية او غير المألوفة في تلك النصوص))[٣]. ووفقا للغالب من احكام مجلس الدولة الفرنسي فان العقد الاداري هو ((ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام او تنظيمه وتظهر فيه نية الادارة في الاخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك ان يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص او ان يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام))[٤]. اما في العراق فعلى الرغم من اكتمال البنيان القانوني المستقل لمجلس الدولة وفقا لقوانين ١٩٧٩, ١٩٨٩, ٢٠١٣ و ٢٠١٧ الا انه رغم ذلك يلاحظ بأن منازعات العقود الادارية الى الآن تخضع لاختصاص المحاكم العادية, حيث ان القضاء العادي هو

صاحب الولاية العامة فيما يتعلق بهذه العقود[٥], لذلك فإننا من جانبنا ندعوا المشرع العراقي الى رفع هذا التناقض بجعل القضاء الاداري هو الجهة المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عن مثل هذه العقود وذلك بتعديل نص المادة (٧/رابعا) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل وذلك بإضافة النظر في منازعات العقود الادارية الى اختصاص محكمة القضاء الاداري. ويتم التركيز على دعوة المشرع العراقي بهذا الصدد خصوصا بعد تأكيد مجلس الدولة العراقي على عدم اختصاصه في منازعات العقود الادارية في القرار رقم ٢٠١٨/١٥ الصادر في ٢٠١٨/٢/٦. وفي اطار التعريف القضائي للعقد الاداري فقد اشارت محكمة التمييز العراقية الى طبيعة العقد الاداري بطريقة مماثلة للتعريف القضائي الفرنسي والمصري ما دام ((... ان العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف انه عقد إداري لان الادارة قصدت به تسيير مرفق عام من مرافق الدولة وسلكت في ذلك طريق المناقصة بشروط خاصة ...))[٦]. وعلى ذلك يمكننا تعريف العقد الاداري بانه اتفاق بين طرفين تكون الادارة احدهما او كلاهما بقصد ادارة او تسيير مرفق عام وذلك باستخدام وامتيازات وسائل القانون العام المتضمنة حقها في فرض شروطا استثنائية غير معروفة او غير مألوفة في نطاق القانون الخاص. والامر نفسه ينطبق على المناقصة وبقية الطرق الاخرى من حيث الاهتمام التشريعي بتعريفها. حيث ان القانون العراقي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة لم يتطرق اطلاقا الى تعريف المناقصة[٧]. خلافا لما هو عليه الحال في بعض التشريعات العربية, حيث اورد المشرع اليمني تعريفا للمناقصة بقوله أنها ((مجموعة الاجراءات الادارية والفنية والقانونية التي تتخذها الجهة لتنفيذ اعمالها المختلفة بطريقة تنافسية وفق وثائق المناقصة بهدف الوصول الى افضل العطاءات[٨] وذلك استنادا الى معايير ودرجات التقييم المحددة للمناقصة المعلنة بما يتفق واحكام هذا القانون))[٩]. ومن جهة اخرى يمكن ملاحظة عدم وجود قانون خاص بطرق إبرام العقود الادارية في العراق ومنها المناقصات والمزايدات[١٠], وهذا نقص كبير ينبغي على المشرع العراقي تلافيه من خلال اصدار قانون خاص بإبرام العقود

الادارية[١١], متضمنا الاحكام العامة المتعلقة بالموضوع ومن بينها تعريف المصطلحات الواردة فيه ومنها المناقصة والمزايدة بطبيعة الحال, لأنه لا يمكن التذرع اطلاقا في هذا المجال بالقول ان التعريف ليس من مهام المشرع لان المعمول به في اغلب التشريعات بان يقوم المشرع بإيراد تعريفات لمصطلحات التشريع المعني[١٢]. بالإضافة الى ذلك, فإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لم تتطرق اطلاقا الى المزايدة ولو بالإشارة اليها فقط كون المزايدة قد تناولها قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل[١٣], وهذا ما يعاب في الحقيقة على هذه التعليمات لأنها اوردت طرق ابرام العقود الادارية على سبيل الحصر لا المثال وبالتالي كان واجبا على واضعي نصوصها ايراد المزايدة والاحالة بشأن تنظيم احكامها الى القانون الذي نظمها الا وهو قانون بيع وايجار اموال الدولة المعدل[١٤]. وبما ان التعليمات المذكورة لم تشر الى المزايدة رغم كونها من ابرز الطرق الادارية لأبرام عقد بيع او ايجار أموال الدولة وفقا للقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل حيث أن بيع وايجار اموال الدولة وفقا للقانون اعلاه انما يجري بعقد اداري بين الادارة والمشتري او المستأجر سواء اكانا هذين الاخيرين من افراد القانون العام ام الخاص, لذلك ندعوا واضعي النصوص القانونية في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الى تلافي هذا النقص والاشارة الى طريقة المزايدة كأحد طرق ابرام العقود الادارية[١٥], كون الطرق المشار اليها في هذه التعليمات قد وردت على سبيل الحصر لا المثال. وقد عرف بعض الفقه الفرنسي المناقصة بأنها ((اجراء يستهدف حماية المصالح المالية للإدارة بما يتيح لها ابرام العقد مع الشخص الذي يتقدم بأفضل عطاء من الوجهة المالية, ويقوم هذا الاجراء بشكل جوهري على المنافسة والعلانية, مع موازنة بين الاسناد التلقائي للمناقصة وبين السلطة التقديرية الممنوحة للجهة الادارية المختصة باعتماد قرار الاحالة))[١٦]. وقد عرفها بعض الفقه العربي على انها ((مجموعة من الاجراءات تهدف الى دعوة الجمهور للاشتراك في العملية التي تطرحها الادارة بقصد الوصول الى المناقص الذي يتقدم بأرخص الاسعار للتعاقد معه))[١٧]. وقد ذهب بعض الفقه العراقي الى تعريفها بانها ((طريقة من طرق ابرام العقد الاداري, تهدف الادارة منها الى

الوصول الى المتعاقد الذي يقدم افضل العطاءات من الناحية المالية او من الناحية الفنية))[١٨]. وبناءا على ما تقدم, يرى الباحث بأن المناقصة هي مجموعة من الاجراءات الادارية والفنية والقانونية والتي من خلالها تتمكن الادارة من التعاقد على شراء مواد او عمل او خدمات معينة من الشخص الذي يتقدم بأفضل العطاءات وفقا لمعايير ودرجات تقييم المناقصة المعلنة وبما يتفق مع الضوابط القانونية. وتعد المناقصة من اكثر الطرق التي تعتمدها الادارة في العراق من اجل اختيار المتعاقد معها, وسواء اكان شخصا طبيعيا ام معنويا او كان شخصا من اشخاص القانون العام او الخاص, في ابرام العقد الاداري لتجهيز (شراء) خدمة معينة او عمل معين تحقيقا للصالح العام الذي تبتغيه[١٩]. وتستخدم الادارة هذه الطريقة في اغلب العقود التي تبرمها مع المتعاقدين معها مثل عقود الاشغال العامة او التوريد او الخدمات الاستشارية[٢٠]. ولما كانت المناقصات العامة تقيد نوعا ما حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها[٢١], لذلك فقد تنوعت طرقها بقصد منح الادارة قدرا اكبر من الحرية. فوفقا لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ فان المناقصة تتضمن اربعة انواع رئيسة يمكن تناولها وفقا لمطلبين رئيسيين, الاول سيتطرق الى المناقصة العامة (المفتوحة) وتلك العامة المحدودة, اما المطلب الثاني فسيتطرق الى المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني والمناقصة العامة بمرحلتين, ووفقا لما يلي:-

المطلب الاول : المناقصة العامة (المفتوحة) والمناقصة (العامة) المحدودة: وفقا لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة فإن المناقصة العامة (المفتوحة) تسمح باشتراك من يشاء فيها بعد اجراء العلانية اللازمة, وتلتزم الادارة باختيار افضل من يتقدمون اليها من حيث الشروط المالية. وعلى ذلك فان اسلوب المناقصة العامة (المفتوحة) يتم تنفيذه بإعلان الدعوة العامة الى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف انواعها ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة, وان تتسم الاجراءات بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح ومراعاة السقوف المالية المقرة في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية عند

اعتماد هذا الاسلوب. هذا وينبغي ملاحظة بأن الاعلان عن المناقصة لا ينعقد به العقد الاداري حيث انه ليس الا دعوة للتعاقد مجردة من اي ايجاب[٢٢]. اما بالنسبة للمناقصة (العامة) المحدودة, فإنه يلاحظ بأنها تختلف عن المناقصة العامة المفتوحة من حيث الجهة الموجهة اليها المناقصة العامة. ففي المناقصة العامة المفتوحة توجه الدعوة او الاعلان عن المناقصة الى جميع الراغبين في المشاركة في ابرام العقد موضوع المناقصة متى توافرت فيهم شروط المشاركة. اما المناقصة العامة المحدودة فيتم تنفيذها من قبل الادارة عندما يكون موضوع المناقصة من سلع او خدمات الاستشارية او مقاولات متوفرة لدى جهات محدودة من حيث الاختصاص من اجل تقديم عطاءاتها وفق التصاميم والمواصفات والشروط المعدة سلفا من قبل الادارة, ويتم الاعلان عنها الى جميع الراغبين, ضمن الجهات المحدودة من حيث الاختصاص, في الاشتراك بان يقدموا عطاءاتهم ضمن شروط المشاركة وفي مقابل ثمن معين. ويمكن ان يطلق على هذا النوع من المناقصات اسم المناقصات المقيدة, حيث انها تكون مقيدة من حيث الاشخاص الموجهة اليهم, فهم اما ان يكونوا مقاولين او شركات تجارية معتمدة, وفقا لصلاحياتها الفنية والمالية, من قبل الوزارات والدوائر الحكومية المختصة والتي لديها قوائم مسبقة بأولئك المقاولين او تلك الشركات. والمناقصة العامة المحدودة او المقيدة تكون وفقا لإجراءين ضروريين. الاول يتعلق باستلام الوثائق الخاصة بالتأهيل القانوني والفني والمالي للمشتركين في المناقصة وذلك من اجل تقييمها من قبل لجنة مختصة في جهة التعاقد وفقا لشروط التأهيل المذكور اعلاه والمطلوبة من اجل التوصل الى اختيار مؤهلين للاشتراك في الاجراء الثاني على الا يقل عددهم عن (٣) ثلاثة مؤهلين. اما الاجراء الثاني فهو قيام جهة التعاقد بدعوة جميع المؤهلين مجانا لتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية لغرض الدراسة والتقييم والترسية وفقا لأحكام تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. المطلب الثاني : المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني والمناقصة العامة بمرحلتين يقصد بالتأهيل التحقق من المقدرة المالية والفنية والادارية للمقاول او المتعهد في تنفيذ الاعمال التي تجري

بشأنها المناقصة. وتتم المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني من خلال الاعلان عن المناقصة الى جميع الراغبين في الاشتراك بتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية وبظرفين منفصلين في مقابل ثمن معين. وينبغي عند اختيار هذا الاسلوب في التعاقد اتباع ثلاثة اجراءات مهمة. الاول منها يتعلق بفتح العطاءات الفنية ودراستها من قبل لجان التحليل الموجودة في جهات التعاقد وذلك من اجل بيان المناقصين المؤهلين (فنيا) والمستجيبين للشروط المطلوبة. والاجراء الثاني يتعلق بفتح العطاءات التجارية للمناقصين المؤهلين وبما لا يقل عن ثلاثة من اجل اختيار العطاء الافضل منها من قبل لجان التحليل مع الاخذ بنظر الاعتبار الصلاحيات المالية المعتمدة لأغراض الاحالة بهذا الشأن. اما الاجراء الثالث فيتعلق بإعادة ظروف العطاءات التجارية للمناقصين غير المؤهلين فنيا الى مقدميها دون فتحها ومن ثم السير بإجراءات التحليل والتعاقد وفقا للسياقات المعتمدة بهذا الخصوص. اما المناقصة العامة بمرحلتين فيقصد بها ان يتم تنفيذ المناقصة العامة وفقا لمرحلتين, ويمكن ان يسبق تنفيذ هذا الاسلوب في التعاقد التأهيل المسبق ابتداءا. ويتم الالتجاء الى هذه الطريقة من طرق ابرام العقود الادارية بالنسبة للعقود التي يصعب على جهة التعاقد اعداد مواصفاتها الفنية او تصاميمها, وكذلك بالنسبة للعقود ذات المستوى التكنولوجي المعقد بالإضافة الى العقود التخصصية ذات الطبيعة العلمية المتطورة. ويتضمن هذا الاسلوب في التعاقد مرحلتين رئيسيتين. الاولى هي التي تتم بإعلان دعوة عامة لجميع الراغبين بالتعاقد ومقابل ثمن معين لتقديم عطاءاتهم الفنية على اساس التصاميم الاولية والمتطلبات الوظيفية او وصف عام لمراحل تنفيذ العمل ليتم دراستها من لجنة فنية مختصة لغرض اختيار العطاءات المناسبة وفقا لمعايير التأهيل الفني والمالي والقانوني والاعمال المماثلة. ويمكن لجهة التعاقد تعديل التصميم الاولي او المواصفات الفنية والمتطلبات الاخرى وفقا للعطاءات الفنية المقدمة والمعدلة بعد التفاوض الفني, ويمكن ايضا لجهة التعاقد تعديل الكلفة التخمينية عند الضرورة. اما المرحلة الثانية للمناقصة فتتمثل بتوجيه الدعوة المباشرة لمقدمي العطاءات الذين تم قبول عطاءاتهم

الفنية وفق معايير التأهيل في المرحلة الاولى لتقديم عطاءاتهم التجارية على اساس وثائق المناقصة المعدلة ومن ثم السير في العملية التعاقدية وفقا للإجراءات المحددة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. المبحث الثاني : الطرق الاخرى لإبرام العقود الادارية : بالإضافة الى اسلوب المناقصة بأنواعه المشار اليها سابقا, فإن هناك طرق أخرى لإبرام العقود الادارية نصت عليها المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. وبصدد هذه الطرق فإنه من الافضل ان تخضع الى مبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص لغرض تحقيق ثلاث غايات جوهرية. الاولى تتمثل بأن اعمال هذه المبادئ سوف يؤدي الى ضمان كون الطريقة المستخدمة في التعاقد الاداري تؤدي وظيفتها من حيث كونها الطريق الاكثر تناسبا والاكثر ملائمة لمحل او موضوع العقد الاداري المراد ابرامه. والثانية تتمثل في اختيار المتعاقد الملائم مع الادارة من حيث تنفيذ العقد المزمع ابرامه على اتم وجه ووفقا للشروط والمواصفات المطلوبة. اما الثالثة فتتمثل بان هذه المبادئ وبالخصوص مبدا الشفافية لها دور كبير واساسي في مواجهة الفساد الاداري الذي قد ينتاب بعض العقود الادارية. وتظهر أهمية دور مبدا الشفافية ليس فقط في حماية الاموال العامة للدولة, بل ايضا في تعزيز ثقة الافراد في العقود الادارية التي تبرمها الادارة لتسيير او تنظيم المرافق العامة من اجل تحقيق النفع العام. وقد تم تعريف الشفافية بتعاريف عديدة جلها يؤكد بأن الشفافية انما تعني المكاشفة والمصارحة بين جهة الادارة والمتعاملين معها[٢٣]. فهي تتعلق بأربع كلمات اساسية هي المصداقية والافصاح والوضوح والمشاركة[٢٤]. ولأهمية دور الشفافية في مواجهة الفساد الاداري وبالتالي في اختيار طريقة ابرام العقد الاداري, لذلك يمكننا تعريفها في اطار التصرفات الادارية بأنها المكاشفة والمصارحة والوضوح والاعلان المقدم الى المتعاملين مع الادارة بشأن المعلومات المتعلقة بالقرارات والعقود الادارية وكذلك المعلومات المتعلقة بالوظيفة العامة وكل ما من شانه ابعاد شبهة الفساد عن النشاط الاداري. يلاحظ بهذا الصدد بأن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة, وعلى عكس القانون المصري[٢٥] والسعودي[٢٦],

لم تشر الى وجوب اخضاع طرق ابرام العقود الادارية واجراءاتها المنصوص عليها في هذه التعليمات الى مثل هذه المبادئ المشار اليها اعلاه رغم اهميتها في اختيار طريقة ابرام العقد الاداري المحددة وفقا للتعليمات المذكورة, وبالتالي نرى بان من الضروري النص في هذه التعليمات على هذه المبادئ لأهميتها في الحفاظ على حقوق المتعاقدين مع الادارة. وقد اشارت بعض التشريعات العربية الخاصة بالمشتريات الحكومية الى عبارة "العلانية" في اشارة منها الى معنى الشفافية[٢٧]. فقد اشارت المادة (٣) اعلاه الى ان ((لرئيس جهة التعاقد او من يخوله وباقتراح من رئيس التشكيل الاداري للعقود اعتماد احد الاساليب التالية لتنفيذ العقود العامة باستثناء اسلوبي العطاء الواحد والتعاقد المباشر وذلك اما وطنيا او دوليا عند تحقق شروطه, ...)). وعلى ذلك, فانه بالنسبة لكل طرق ابرام العقود الادارية فانه يجوز ابرامها داخليا ام دوليا وفقا للشروط الواردة في التعليمات المذكورة اعلاه[٢٨]. ويلاحظ بهذا الصدد بان جميع الطرق المذكورة في التعليمات المشار اليها تمتلك الادارة بشأنها حرية كبيرة لاختيار المتعاقد معها وفقا لهذا الاسلوب او ذاك متى ما توافرت شروطه, حيث اشارت المادة اعلاه بأنه يمكن لرئيس جهة التعاقد او من يخوله وباقتراح رئيس التشكيل الاداري للعقود الالتجاء الى الطريقة المناسبة من بين الطرق المنصوص عليها في التعليمات لاختيار المتعاقد الآخر. ورغم ذلك فقد استثنت التعليمات اسلوبي العطاء الواحد (العرض الوحيد) والتعاقد المباشر من هذا الامر, حيث ان الادارة قد تم تقييد حريتها في اختيار المتعاقد معها اذا توافرت الشروط اللازمة التي تقتضي الالتجاء الى اسلوب العطاء الواحد او التعاقد المباشر, وبالتالي سوف لن يكون للإدارة الحرية في اختيار غيرهما من الطرق الاخرى, ولهذا السبب فإننا سوف نتطرق الى هذه الاسلوبين بمطلب مستقل. واذا كانت حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها وفقا لاحد الاساليب المذكورة تبدو على هذا النحو, فان مدى هذه الحرية ضمن كل اسلوب من هذه الاساليب بالتأكيد يختلف من اسلوب الى آخر, فنجدها ضيقة نوعا ما في اسلوب المناقصة كون الادارة ملزمة باختيار افضل العطاءات[٢٩], في حين نجدها تتوسع في اساليب اخرى مثل الدعوة المباشرة او العطاء

الواحد او التعاقد المباشر. وعلى العموم يمكن القول بان الطرق الاخرى لإبرام العقود الادارية تتمثل بخمسة طرق نتطرق اليها في مطلبين. الاول نتعرض فيه الى طريقة الدعوة المباشرة والشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة ولجان المشتريات, اما المطلب الثاني فنتطرق فيه الى اسلوبي العطاء الواحد (العرض الوحيد) والتعاقد المباشر, ووفقا لما يلي : -

المطلب الاول : الدعوة المباشرة والشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة ولجان المشتريات :وفقا لنص المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة, فإن اسلوب الدعوة المباشرة يتم تنفيذه من خلال توجيه دعوة مباشرة مجانا الى ثلاثة على الاقل من المقاولين او المجهزين او الاستشاريين المعتمدين. ويؤخذ بنظر الاعتبار عند اختيارهم الرصانة والكفاءة والقدرة المالية لتنفيذ المشاريع وابرام التعاقدات مع الجهات الرسمية. وتلجأ الادارة الى اسلوب الدعوة المباشرة عند توفر احد المبررات التالية او اكثرها والتي هي : ١- اذا تطلب العقد السرية في اجراءات التعاقد والتنفيذ, ٢- ان تكون هناك اسباب امنية تستوجب ذلك, ٣- حالات الطوارئ الكوارث الطبيعية, ٤- تجهيز الادوية والاجهزة والمستلزمات الطبية التخصصية المنقذة للحياة, ٥- عزوف مقدمي العطاءات عن الاشتراك في المناقصات العامة المعلن عنها للمرة الثانية او في حالة تسلم عطاءات غير مستوفية للشروط والمواصفات وللمرة الثانية, ٦- العقود التخصصية التي تصدر ضوابطها دائرة العقود الحكومية العامة وبالتنسيق مع اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء, ٧- المشاريع الاستراتيجية والكبيرة التي تتطلب خبرات اجنبية والتي تحدد من اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء وبالتنسيق مع وزارة التخطيط والمنفذة من شركات عالمية رصينة ذات خبرة في هذا التخصص مدة لا تقل عن خمس سنوات واعمال مماثلة لا تقل عن ثلاثة مشاريع في هذا المجال. وعلى فإن الادارة تتعاقد وفقا لهذا الاسلوب في احوال معينة واستثنائية, ويظهر ذلك من خلال مخاطبتها لعدد معين من الاشخاص (لا يقل عن ثلاثة) وتدعوهم الى تقديم المنافسة. وقد اعفى القانون مقدموا

العطاءات وفقا لبعض طرق ابرام العقود الادارية, ومنها الدعوة المباشرة, من تقديم التأمينات الاولية[٣٠]. ويختلف اسلوب الدعوة المباشرة عن المناقصة العامة في ان الاخيرة يستطيع الاشتراك فيها كل من تتوفر فيه شروط المناقصة, اما الدعوة المباشرة فهي مقتصرة على عدد محدد لا يقل عن ثلاثة من المجهزين او المقاولين او الاستشاريين المعتمدين[٣١]. وغالبا ما يكون الهدف من الدعوة المباشرة هو تلافي اجراءات المناقصة العامة نظرا اما لطبيعة الظرف التي ترمي الادارة مواجهته كالكوارث الطبيعية او حالة الطوارئ او الحصول على المستلزمات الطبية او الادوية او نظرا لطبيعة المشروع كونه يعد من المشاريع الاستراتيجية او المشاريع المهمة والكبيرة او كون المشروع يستدعي السرية في اجراءات التعاقد والتنفيذ[٣٢]. وبالنسبة لطريقة الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة فان التعاقد يتم دون الاخذ بنظر الاعتبار اجراءات المنافسة, لذلك يعرف بعض الفقه الشراء المباشر بأنه التعاقد مباشرة ودون اتباع اجراءات المنافسة مع شخص معين او اشخاص معينين من قبل السلطة المختصة من اجل تأمين احتياجاتها[٣٣]. ويشترط توافر عدة شروط اجراءات في اتباع مثل هذه الطريقة. وعلى ذلك وطبقا لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية فإنه يمكن, وفقا لطريقة الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة, للشركات العامة والتي تمارس النشاط الاستيرادي التجاري الركي الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة وتخضع تعاقداتها الى مصادقة مجلس ادارة الشركة. وللشركات العامة ايضا التفاوض على الاسعار مع الجهات التي يتم التعاقد معها بهذا الاسلوب لتنفيذ مشاريعها او تعاقداتها اذا كان مبلغ العطاء اعلى من الكلفة التخمينية المخصصة للتعاقد. اما بالنسبة لأسلوب لجان المشتريات فإنه يتم استخدام هذا الاسلوب لتجهيز دوائر الدولة بالسلع والخدمات والاعمال وحسب الضوابط الواردة في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية للسنة المعنية.

المطلب الثاني: العطاء الواحد (العرض الوحيد) والتعاقد المباشر :يلاحظ بان في كل من العطاء الواحد والتعاقد المباشر فان القانون قد منح الادارة حرية واسعة في الاختيار

المباشر للمتعاقد معها من خلال سلطتها التقديرية المقررة لها قانونا[٣٤]. ومع ذلك فان الادارة ليست لها حرية اللجوء الى اتباع احد هذه الاسلوبين في التعاقد الاداري الا بعد مراعاة جملة من الشروط التي تطلبها القانون. ويقصد بالعطاء الواحد (العرض الوحيد) ان يتم شراء السلعة او الخدمة بطريقة مباشرة عندما لا تكون الا لدى مقاول او مورد او متعهد واحد وبالتالي لا يكون هناك بديلا مقبولا لها لدى اكثر من مقاول او مورد او متعهد يمكن طرحه في منافسة عامة. ووفقا لتعليمات تنفيذ العقود الحكومية فإن اسلوب العطاء الواحد (العرض الوحيد) يتم من خلال توجيه الدعوة مجانا الى جهة مختصة واحدة مجهز او مقاول او استشاري لتنفيذ العقد وبموافقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة عند توفر احدى الحالتين الاتيتين[٣٥] : ١- عندما تكون السلع او الخدمات الاستشارية او المقاولات ذات طبيعة احتكارية او متوفرة لدى جهة معينة محتكرة تمتلك براءة الاختراع او الاجازة او الحقوق الحصرية لها[٣٦], ٢- اذا كانت السلع او المقاولات المطلوبة لأغراض الصيانة او لتجهيز ادوات احتياطية لعقود سابقة[٣٧], اي ان توفر الجهة المشار اليها اعلاه مواد احتياطية للسلع المجهزة من قبلها. ومن الاحكام الخاصة التي شمل بها القانون طريقة العطاء الواحد هي تلك المتعلقة بمدة تقديم العطاءات حيث انه قد ترك تحديدها لتقدير رئيس جهة التعاقد[٣٨], ومن تلك الاحكام الخاصة ايضا هي رفض القانون قبول العطاءات المرسلة بالبريد الالكتروني الا في طريقة العطاء الواحد فقد اجازها بشرط تعزيز ذلك الارسال بنسخة اصلية بتوقيع حي في موعد يؤمن وصوله الى الجهة المعنية قبل رفع توصيات لجنة التحليل[٣٩]. واجاز القانون التفاوض على الاسعار مع المتعاقد في اسلوب العطاء الواحد[٤٠], في حين انه منع مثل هذا التفاوض مع المناقصين. اما بالنسبة لأسلوب التعاقد المباشر فيقصد به توجيه الدعوة مجانا للتعاقد مباشرة الى جهة واحدة لتنفيذ هذا الاسلوب بموافقة اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء وبتوصية من اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة للعقود الاستيرادية او المحلية لتجهيز السلع او الخدمات ذات الطابع التخصصي غير المحتكرة. وقد حدد

القانون الشروط اللازم توفرها حتى يمكن للإدارة اللجوء الى مثل هذا الاسلوب او الطريقة في ابرام العقد الاداري. وهذه الشروط هي[٤١] : ١- ان تكون العقود متعلقة بأمن وسيادة الدولة التي تقتضيها ظروف الضرورة القصوى, ٢- ان تتسم تلك العقود بمواصفات فنية ذات تقنية عالية او متطورة, ويجوز قبول مواصفات فنية او قياسية اكثر تطورا والمعروضة من الجهة المطلوب التعاقد معها بعد تأييدها من جهة فنية مختصة في جهة التعاقد, ٣- ان تكون الجهة المطلوب التعاقد معها جهة رصينة ومعتمدة ومصنعة معروفة للمواد او الخدمات المطلوب تجهيزها, ٤- وجود تقرير فني بالاحتياجات والمواصفات معد من جهة فنية مختصة مصادق عليه من اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة, ٥- وجود جهة فاحصة رصينة تم استحصال الموافقة عليها للتأكد من دقة المواصفات المطلوبة ومدى مطابقتها للشروط المطلوب التعاقد عليها, ٦- على اللجنة القطاعية المختصة اصدار قرارها خلال (١٤) اربعة عشر يوما من تاريخ تسجيل الطلب لديها وبعكسه تعد الموافقة حاصلة ضمنا. ويلاحظ ايضا بالنسبة لطريقتي العطاء الواحد والتعاقد المباشر بان الدعوة توجه مجانا للمتعاقد مع الادارة, اي ان القانون لا يتطلب بيع وثائق المناقصة. كذلك فإن القانون قد حدد جهة بذاتها هي من توافق على الاحالة في كل منهما, فكانت هذه الجهة هي اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة في طريقة العطاء الواحد (العرض الوحيد), وكانت هي اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء وبتوجيه من اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الاحالة بالنسبة لطريقة التعاقد المباشر[٤٢]. وبالتالي فإنه يمكن للإدارة ان تلجا الى اسلوب الممارسة (الاختيار المباشر) والذي يمكن, وفقا للتعداد الوارد في تعليمات العقود الحكومية النافذة, ان يكون بطريقة العرض الوحيد او التعاقد المباشر او الدعوة المباشرة كطريقة لإبرام العقد الاداري وذلك من خلال الاتفاق المباشر والسريع الذي تقتضيه طبيعة العمل المراد تنفيذه وتجنب الاجراءات المعقدة التي كثيرا ما ترافق اسلوب المناقصات او المزايدات العامة, فقد تجد الادارة نفسها ملزمة بالتعاقد مع صاحب احتكار معين للحصول على العمل او

الخدمة المطلوبة, او ما تقتضيه طبيعة التعاقد من السرية التامة او طبيعة المواد اللازمة لإنقاذ الحياة من المواد والمستلزمات الطبية وغير ذلك مما ورد في شروط التعاقد وفقا لهذه الطرق المشار اليها.

الخاتمة :

تضمنت الخاتمة جملة من النتائج والتوصيات نوجزها بما يلي : -

اولا : النتائج :

١- يمكن تعريف العقد الاداري بأنه اتفاق بين طرفين تكون الادارة احدهما او كلاهما بقصد ادارة او تسيير مرفق عام وذلك باستخدام وامتيازات وسائل القانون العام المتضمنة حقها في فرض شروطا استثنائية غير معروفة او غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

٢- يمكن تعريف المناقصة بأنها مجموعة من الاجراءات الادارية والفنية والقانونية والتي من خلالها تتمكن الادارة من التعاقد على شراء مواد او خدمات معينة من الشخص الذي يتقدم بأفضل العطاءات وفقا لمعايير ودرجات تقييم المناقصة المعلنة وبما يتفق مع الضوابط القانونية.

٣- يمكن تعريف الشفافية الادارية بأنها المكاشفة والمصارحة والوضوح والاعلان المقدم الى المتعاملين مع الادارة بشأن المعلومات المتعلقة بالقرارات والعقود الادارية وكذلك المعلومات المتعلقة بالوظيفة العامة وكل ما من شانه ابعاد شبهة الفساد عن النشاط الاداري.

٤- يمكن للإدارة ان تلجا الى اسلوب الممارسة (الاختيار المباشر) والذي يمكن, وفقا للتعداد الوارد في تعليمات العقود الحكومية النافذة, ان يكون بطريقة العرض الوحيد او التعاقد المباشر او الدعوة المباشرة كطريقة لإبرام العقد الاداري وذلك من خلال الاتفاق المباشر والسريع الذي تقتضيه طبيعة العمل المراد تنفيذه وتجنب الاجراءات المعقدة التي كثيرا ما ترافق اسلوب المناقصات او المزايدات العامة, وكل ذلك وفقا للشروط والمبررات الواردة في مثل هذه الطرق المشار اليها.

ثانيا : التوصيات :

١- على الرغم من اكتمال البنيان القانوني المستقل لمجلس الدولة العراقي وفقا لقوانين ١٩٧٩, ١٩٨٩, ٢٠١٣ و ٢٠١٧ فإن منازعات العقود الادارية في العراق لا زالت تخضع لاختصاص المحاكم العادية, لذلك ندعوا المشرع العراقي الى جعل محكمة القضاء الاداري هي المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عن مثل العقود الادارية وذلك بتعديل نص المادة (٧/رابعا) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل وذلك بإضافة النظر في منازعات العقود الادارية الى اختصاص المحكمة المذكورة.

٢- يلاحظ ايضا عدم وجود قانون خاص بإبرام العقود الادارية في العراق ليكون حاله حال بقية اغلب الدول العربية في هذ المجال, وهذا نقص كبير ينبغي على المشرع العراقي تلافيه من خلال اصدار مثل هذا القانون المهم والذي يجمع بين طياته كل ما يتعلق بطرق ابرام العقود الادارية كالأحكام العامة المتعلقة بالموضوع ومن بينها تعريف المصطلحات الواردة فيه ومنها المناقصة والمزايدة بطبيعة الحال, لأنه لا يمكن التذرع اطلاقا في هذا المجال بالقول ان التعريف ليس من مهام المشرع, لان المعمول به في اغلب التشريعات ذات الصلة ان يقوم المشرع بإيراد تعريفات لمصطلحات التشريع المعني.

٣- اذا كان تنظيم طرق ابرام العقود الادارية مشارا اليه في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية, فإن الاخيرة لم تتطرق اطلاقا الى المزايدة, حتى انها لم تشر اليها بالإشارة فقط, والامر يرجع الى كون المزايدة قد تناولها قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل, وبما ان طرق ابرام العقود الادارية قد وردت على سبيل الحصر لا المثال في هذه التعليمات لذلك ندعوا واضعيها الى النص على المزايدة كطريقة من طرق ابرام العقود الادارية والاحالة بشأن احكامها الى القانون الملزم لها الا وهو قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل.

٤- بما ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة لم تشر الى اخضاع طرق ابرام العقود الادارية واجراءاتها المنصوص عليها في هذه التعليمات الى مبادئ الشفافية وحرية

المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص كما فعل قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية الصادرة في ٢٠١٩, لذلك نرى ان ينص واضعي التعليمات المذكورة على هذا الامر لأهميته في الحفاظ على حقوق المتعاقدين مع الادارة.

المصادر :

اولا: الكتب القانونية :

١- د. ابراهيم طه الفياض, العقود الادارية, الكويت, مكتبة الفلاح, ١٩٨١.

٢- د. حمدي محمد العجمي, المرجع في العقود الادارية في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية مقارنة), المملكة العربية السعودية, معهد الادارة العامة, ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.

٣- د. خالد خليل الظاهر, القانون الاداري, الكتاب الثاني, ط١, عمان, دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة, ١٩٩٧.

٤- د. خميس السيد اسماعيل, الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات, ط١, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٤.

٥- د. عبد العزيز المرسي حمود , الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي, القاهرة, د ار النهضة العربية, ٢٠٠٥.

٦- د. علي محمد بدير, د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي حسين السلامي, مبادئ واحكام القانون الاداري, القاهرة, العاتك لصناعة الكتاب, ٢٠٠٨.

٧- د. فاروق احمد خماس و محمد عبد الله الدليمي, الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية, جامعة الموصل-كلية القانون, ١٩٩٢.

٨- د. ماهر صالح علاوي الجبوري, مبادئ القانون الاداري, بغداد, دار الكتب للطباعة, ١٩٩٦.

٩- د. محمد رفعت عبد الوهاب, مبادئ واحكام القانون الاداري, , بيروت, منشورات الحلبي الحقوقية, ٢٠٠٥.

١٠- د. محمد سعيد حسين امين, فكرة العقود الادارية واحكام ابرامها, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٢.

١١- د. محمد ماهر ابو العينين, القاضي الاداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الادارية (وجيز الاحكام والفتاوى), ط٦, الجيزة, دار ابو المجد للطباعة, ٢٠١٣.

١٢- د. محمد ماهر ابو العينين, قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الادارية (في قضاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤), الكتاب الاول/ابرام العقد الاداري, ط٢, بدون مكان نشر, بلا ناشر, ٢٠٠٤.

١٣- د. محمود خلف الجبوري, العقود الادارية, بغداد, بيت الحكمة, ١٩٨٩.

ثانيا : الرسائل والأطاريح :

١- فارس بن علوش بن بادي السبيعي, دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الاداري في القطاعات الحكومية, اطروحة دكتوراه في العلوم الامنية, جامعة نايف العربية للعلوم الامنية – قسم العلوم الإدارية, الرياض ٢٠١٠م – ١٤٣١ هـ .

ثالثا : البحوث:

١- د. حاتم فارس الطعان, تقييد حرية الادارة على ابرام العقود الادارية (دراسة مقارنة), مجلة الجامعة الاسلامية, ع ٢٦, س٢, ٢٠١١.

٢- د. حسن عبد الرحيم السيد, الشفافية في قواعد واجراءات التعاقد الحكومي في قطر (دراسة مقارنة مع قانون اليونسترال النموذجي للمشتريات الحكومية), مجلة الشريعة والقانون – جامعة الامارات العربية المتحدة, ع ٣٩, ٢٠٠٩م – رجب ١٤٣٠ هـ .

٣- د. حلمي مجيد الحمدي, كيفية تمييز العقد الاداري عن غيره, مجلة العلوم القانونية والسياسية, جامعة بغداد, كلية القانون, مجلد ٥, ع ١ و ٢, ١٩٨٦.

٤- د. صالح عبد عايد العجيلي و د. ناظر احمد المنديل, دور الشفافية في الحد من الفساد الاداري, مجلة العلوم القانونية, جامعة بغداد – كلية القانون, عدد خاص لبحوث مؤتمر القانون العام الذي جرى للمدة ١٣ – ٢٠١٨/١١/١٤.

٥- د. فرقد عبود العارضي, الطبيعة القانونية لعقود الاشغال العامة والتوريد والخدمات الاستشارية في العراق, مجلة رسالة الحقوق, جامعة كربلاء-كلية القانون, س ١٤, ع ٢, ٢٠٢٢.

٦- محمد جعفر الخفاجي و ميثاق طالب عبد, الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة), مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية, جامعة بابل – كلية القانون, ع ٢, المجلد ٦, ٢٠١٤.

٧- د. ياسين كريم, تعليمات المناقصة في عقود الادارة (دراسة مقارنة), مجلة دراسات قانونية – بيت الحكمة, ع ٢٤, ٢٠٠٩.

رابعا : التشريعات والقوانين :

١- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤, الوقائع العراقية ذي العدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦.

٢- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الملغي, منشور في الوقائع المصرية العدد ١٩(مكرر) في ٨ مايو ١٩٩٨.

٣- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩٨ والصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨, منشور في الوقائع المصرية العدد ٢٠١ (تابع) في ١٩٩٨/٩/٦.

٤- قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ الصادر في ١٤ اغسطس ٢٠٠٧, منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٥ لسنة ٢٠٠٧.

٥- قانون الشراء والتعاقد والتخلص من الفائض لجمهورية السودان لسنة ٢٠١٠ والصادر في ٢٠١٠/٦/٣٠, منشور في الجريدة الرسمية المجلد ١٣ في ٢٠١٠/٦/٣٠.

٦- قانون العقوبات العراقي المعدل رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩, الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٨ في ١٩٦٩/١٢/١٥.

٧ - قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨٥, الوقائع العراقية رقم ٣٠٥٦ في ١٩٨٥/٧/٢٩.

٨- قانون شركات المقاولات رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٧, الوقائع العراقية ذي العدد ٣١٥٦ في ١٩٨٧/٧/٢٠ وتعديله الاول رقم (١٢٥) لسنة ١٩٨٨, الوقائع العراقية ذي العدد ٣٢٢٧ في ١٩٨٨/١١/٧.

٩- قانون العقود العامة وفقا لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ الملغي, الوقائع العراقية ذي العدد ٣٩٨٤ في ٢٠٠٤/٦/١.

١٠- تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ الملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٠٣٩ في ٢٠٠٧/٤/١٨ والملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٠٧٥ في ٢٠٠٨/٥/١٩ الملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة.

١١- نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف المعدل رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩, الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٧ في ١٩٦٩/٩/١٤ وتعديله الثالث وفقا للنظام رقم (٣) لسنة ١٩٨٢, الوقائع العراقية ذي العدد ٢٨٧٠ في ١٩٨٢/٨/٢.

١٢- الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية الصادرة عام ٢٠٠٥.

١٣- قانون بيع الاراضي الاميرية الملغي رقم (١١) لسنة ١٩٤٠, الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٩ في ١٩٤٠/٣/١١.

١٤- قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣, الوقائع العراقية ذي العدد ٤٢٨٦ في ٢٠١٣/٨/١٩ وتعديله الاول رقم ٢١ لسنة ٢٠١٦, الوقائع العراقية ذي العدد ٤٤١٥ في ٢٠١٦/٩/٥.

١٥- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨, منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر(د) في ٣ اكتوبر ٢٠١٨.

١٦- قرار وزير المالية رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨, القرار منشور في الوقائع المصرية العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ اكتوبر ٢٠١٩

١٧- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) في ١٤٤٠/١١/١٣هـ وبقرار مجلس الوزراء رقم (٦٤٩) في ١٤٤٠/١١/١٣ هـ الموافق ٢٠١٩/٧/١٦, منشور في ١٤٤٠/١١/٢٩ هـ الموافق ٢٠١٩/٨/١.

١٨- الضوابط رقم (٢) الخاصة بإجراءات الاعن عن المناقصات والاحالة الصادرة عن وزرة التخطيط العراقية.

١٩- الضوابط رقم (٣) الخاصة بمهام لجان فتح وتحليل العطاءات الصادرة عن وزرة التخطيط العراقية.

خامسا : الاحكام القضائية :

١- قرار محكمة القضاء الاداري المصرية في القضية رقم ٢٢٣ السنة العاشرة القضائية, ١٦ ديسمبر ١٩٥٦, مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري, القاهرة, مطابع مدكور, بلا سنة طبع.

٢- حكم محكمة التمييز الاتحادية في الدعوى رقم ٢٣٨/هيئة موسعة مدنية اولى/ ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٦/٨.

٣- حكم محكمة التمييز الاتحادية في الدعوى رقم ٢٠١٥/٣٢ في ٢٠١٥/١/٢٨.

٤ - حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (٢٤٨٠) لسنة ٤٦ق, جلسة ١ فبراير ٢٠٠٥, مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا, س ٥٥, ج ١, من اول اكتوبر ٢٠٠٤ الى آخر مارس ٢٠٠٥, ص ٥١٥.

٥- حكم محكمة القضاء الاداري رقم ١٨/قضاء اداري في ١٩٩١/١٠/٢٣.

٦- حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٢٠١٥/٨٤٤ في ٢٠١٥/٨/١٢, غير منشور.

٧- قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠١٦/٣٤ في ٢٠١٦/٣/٣٠, منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦.

٨- حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٦٤٦/الهيئة المدنية/ ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١١, غير منشور.

٩- حكم محكمة بداءة الكرادة رقم ٢١٩٥/ب/٢٠١٩ في ٢٠٢١/٦/٣٠, غير منشور.

سادسا : المصادر الاجنبية :

1- André De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1953.

2- George Vedel et Pierre Delvolvé, Droit administratif, 12e édition, Paris, Presse universitaire de France, 1993.

3- Jean Carbonnier, Croit civil (Les obligations), 20e édition, Paris, PUF, 1996.

الهوامش

[1] تستهدف المناقصة اختيار المناقص الذي يتقدم بأفضل العطاءات الى الادارة عندما ترغب الاخيرة شراء سلعة معينة او القيام بأعمال معينة اي اشغال عامة ينظر/ د. علي محمد بدير, د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي حسين السلامي, مبادئ واحكام القانون الاداري, القاهرة, العاتك لصناعة الكتاب, ٢٠٠٨, ص ٤٩٤. وتقوم الادارة في نظام المناقصة باختيار افضل العطاءات من ناحية السعر والشروط نظرا لقيام هذا النظام على وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الادارة والذين يتنافسون فيما بينهم لتقديم عطاءاتهم, ينظر/ د. ياسين كريم, تعليمات المناقصة في عقود الادارة (دراسة مقارنة), مجلة دراسات قانونية – بيت الحكمة, ع ٢٤, ٢٠٠٩, ص ٢٤.

[2] لابد من الاشارة الى ان اغلب التشريعات قد تجنبت ايراد تعريف محدد للعقد الاداري, حيث انها اكتفت بتعداد انواع العقود الادارية وبيان خصائصها. وبالتالي فقد كانت مهمة تعريف العقد المذكور ملقاة على عاتق الفقه والقضاء. الا ان هناك بعض الاستثناءات التي ترد بهذا الصدد. ففي مصر عرفت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ العقد الاداري بأنه ((محرر يتم ابرامه بين ممثل الجهة الادارية والمتعاقد, ويتضمن التزامات محددة ومتقابلة

بين طرفيه))، ينظر/ المادة (١) من قرار وزير المالية رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨، القرار منشور في الوقائع المصرية العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ اكتوبر ٢٠١٩.

[٣] د. خميس السيد اسماعيل، الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٢٦. ويعرفه آخرون بانه ((عقد يبرمه شخص من اشخاص القانون العام مع شخص آخر بقصد تسيير او تنظيم او المساهمة في تسيير مرفق عام تظهر نية اطرافه للأخذ بأسلوب القانون العام))، د. ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية، الكويت، مكتبة الفلاح، ١٩٨١، ص ٦١. واوضح آخرون بان العقد الاداري هو ((عمل قانوني شاركت في صنعه ارادتان متكاملتان ارادة الادارة وارادة المتعاقد معها وتقوم على فكرة التراضي))، د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الاداري، ، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، ص ٤٩٢.

[٤] ينظر/ د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، ط٤، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٤٨، ص ٥٢. وقد سار مجلس الدولة المصري على خطى مجلس الدولة الفرنسي فعرف العقد الاداري بأنه ((العقد الذي تكون الادارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة اغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوحدة المصلحة العامة، وتأخذ فيه الادارة بأسلوب القانون العام بما تتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص))، اشار اليه/ د. محمد ماهر ابو العينين، القاضي الاداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الادارية (وجيز الاحكام والفتاوى)، ط٦، الجيزة، دار ابو المجد للطباعة، ٢٠١٣، ص ٩. وفي تعريف آخر، عرفت محكمة القضاء الاداري المصري العقد الاداري بأنه ((العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام او بمناسبة تسييره وان يظهر نيته بالأخذ بأسلوب القانون العام ...))، ينظر/ قرار محكمة القضاء الاداري المصرية في القضية رقم ٢٢٣ السنة العاشرة القضائية، ١٦ ديسمبر ١٩٥٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري، القاهرة، مطابع مدكور، بلا سنة طبع، ص ٨٨.

[٥] وهذا يعني بان المتعاقد مع الادارة اذا ما اراد ان يطعن باي قرار اداري يتعلق بالعقد المبرم سابقا بينه وبين الادارة فان لا يحق له الا اللجوء الى المحاكم المدنية بوصفها القاضي العام للعقد أيا كان نوعه في العراق، ينظر/ حكم محكمة القضاء الاداري رقم ١٨/قضاء اداري في ١٩٩١/١٠/٢٣. ينظر ايضا/ حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٢٠١٥/٨٤٤ في ٢٠١٥/٨/١٢، غير منشور. قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠١٦/٣٤ في ٢٠١٦/٣/٣٠ (منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦). وفي الاتجاه ذاته تقرر محكمة التمييز الاتحادية اختصاصها بنظر العقد المبرم بين الموظف ودائرته، ينظر/ حكم محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٦٤٦/الهيئة المدنية/ ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١١، غير منشور. بذات الموضوع ينظر/ حكم محكمة بداءة الكرادة رقم ٢١٩٥/ب/٢٠١٩ في ٢٠٢١/٦/٣٠، غير منشور.

[٦] ينظر/ قرار محكمة التمييز في القضية رقم ٢٥٦٦/ح/ ١٩٦٦، اشار اليه/ د. حلمي مجيد الحمدي، كيفية تمييز العقد الاداري عن غيره، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، كلية القانون، مجلد ٥، ع ١ و ٢، ١٩٨٦، ص ٢٨٤. وقد اشارت محكمة التمييز الاتحادية العراقية بان القضاء العادي هو المختص بنظر دعاوى المقاولات، بين الادارة والمقاول، بحيث قررت بان محكمة البداءة المختصة بنظر الدعاوي التجاورية هي المختصة بنظر دعاوى المقاولات نوعيا، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية في الدعوى رقم ٢٣٨/هيئة موسعة مدنية اولى/ ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٦/٨.

[٧] وكذلك الحال بالنسبة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الملغي (منشور في الوقائع المصرية العدد ١٩(مكرر) في ٨ مايو ١٩٩٨) ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨(منشورة في الوقائع المصرية العدد ٢٠١ (تابع) في ٩/٦/ ١٩٩٨ والملغية بموجب قرار وزير المالية رقم (٦٩٢) لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ السابق الاشارة اليه. في حين ان لائحة المناقصات والمزايدات الملغية والصادرة عام ١٩٥٨ كانت قد عرفتها بانها ((مجموعة الاجراءات المعلن عنها وفقا للأوضاع المبينة في هذه اللائحة بقصد الوصول الى المتناقص الذي يتقدم بأصلح العطاء وتكون إما داخلية يعلن عنها في جمهورية مصر أو خارجية يعلن عنها في جمهورية مصر والخارج))، المادة (٢) من لائحة المناقصات والمزايدات لسنة ١٩٥٨ الملغاة والصادرة بقرار وزير المالية المصري رقم (٥٤٢) لسنة ١٩٥٧ (منشورة في الوقائع المصرية العدد ١٩ في ١٩٥٨/٣/٣).

[٨] وبالتالي فإن الافضلية تكون من ناحية السعر ومن ناحية الشروط الفنية, اي ان المناقصة تتعلق بأفضل العروض من ناحية مصلحة الخزانة العامة ومن ناحية الشروط الفنية وبالتالي ستضمن حسن اختيار المتعاقد معها والذي يتقدم بمثل هذه العروض (العطاءات), ينظر/ هيوا عمر عبد الله الصالحي, النظام القانوني للمناقصات العامة في العراق (دراسة تحليلية), رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة – جامعة صلاح الدين, ٢٠٠٩, ص ٨.

[٩] المادة (٢) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ الصادر في ١٤ اغسطس ٢٠٠٧ (منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٥ لسنة ٢٠٠٧). وعرف المشرع السوداني ايضا المناقصة بانها ((طريقة الشراء التي يتم بموجبها دعوة الموردين المقاولين او الاستشاريين لتقديم عطاءات مسعرة للسلع او الاعمال او الخدمات وذلك بإعلان عام ينشر بوسائل الاعلام المتاحة))، المادة (٣) من قانون الشراء والتعاقد والتخلص من الفائض لجمهورية السودان لسنة ٢٠١٠ والصادر في ٢٠١٠/٦/٣٠ (منشور في الجريدة الرسمية المجلد ١٣ في ٢٠١٠/٦/٣٠).

[١٠] ان احكام المناقصات والمزايدات في العراق وكذلك الطرق الاخرى لإبرام العقود الادارية لم يجمعها تشريع موحد بل تناثرت في قوانين وتعليمات كثيرة. منها على سبيل المثال, المواد (٣٣٦, ٤٦٣-٤٦٤) من قانون العقوبات العراقي المعدل رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩/ الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٨ في ١٩٦٩/١٢/١٥, قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨٥/ الوقائع العراقية رقم ٣٠٥٦ في ١٩٨٥/٧/٢٩, قانون شركات المقاولات رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٧/ الوقائع العراقية ذي العدد ٣١٥٦ في ١٩٨٧/٧/٢٠ وتعديله الاول رقم (١٢٥) لسنة ١٩٨٨/ الوقائع العراقية ذي العدد ٣٢٢٧ في ١٩٨٨/١١/٧, قانون العقود العامة وفقا لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ الملغي/ الوقائع العراقية ذي العدد ٣٩٨٤ في ٢٠٠٤/٦/١, تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ الملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٠٣٩ في ٢٠٠٧/٤/١٨ والملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٠٧٥ في ٢٠٠٨/٥/١٩ الملغية بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ النافذة, نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف المعدل رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩/ الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٧ في ١٩٦٩/٩/١٤ وتعديله الثالث وفقا للنظام رقم (٣) لسنة ١٩٨٢/ الوقائع العراقية ذي العدد ٢٨٧٠ في ١٩٨٢/٨/٢ , الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية

الصادرة عام ٢٠٠٥. قانون بيع الاراضي الاميرية الملغي رقم (١١) لسنة ١٩٤٠/ الوقائع العراقية ذي العدد ١٧٧٩ في ١٩٤٠/٣/١١, قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٢٨٦ في ٢٠١٣/٨/١٩ وتعديله الاول رقم ٢١ لسنة ٢٠١٦/ الوقائع العراقية ذي العدد ٤٤١٥ في ٢٠١٦/٩/٥.

[١١] يمكن الاستشهاد بهذا الصدد بقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ , منشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر(د) في ٣ اكتوبر ٢٠١٨.

[١٢] ولان القضاء الاداري العراقي غير مختص بالنظر في منازعات العقود الادارية لذلك لا نجد اي تعريف من قبله للمناقصة ولا لأي من الاساليب الاخرى للتعاقد الاداري.

[١٣] ينص القانون المذكور على ان ((يجري بيع وايجار اموال الدولة بطريق المزايدة العلنية وفق الاجراءات المرسومة في هذا القانون, ما لم ينص القانون على خلاف ذلك)), ينظر/ المادة (٣) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ المعدل.

[١٤] وهذا مما يؤكد دعوتنا السابقة الى اصدار قانون خاص بتنظيم طرق ابرام العقود الادارية ومنها المناقصات والمزايدات في العراق على غرار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية الصادرة عام ٢٠١٩.

[١٥] ومن المناسب في هذا الصدد ايراد بعض التعريفات التي تناولت المزايدة.

[١٦] Voy. André De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1953, p. 425. Voy. également; George Vedel et Pierre Delvolvé, Droit administratif, 12e édition, Paris, Presse universitaire de France, 1993, p. 404.

[١٧] د. محمد سعيد حسين امين, فكرة العقود الادارية واحكام ابرامها, القاهرة, دار النهضة العربية, ١٩٩٢, ص ٢٣١. ينظر ايضا/ د. محمد ماهر ابو العينين, قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الادارية (في قضاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤), الكتاب الاول/ابرام العقد الاداري, ط٢, بدون مكان نشر, بلا ناشر, ٢٠٠٤, ص ٢٦٩.

[١٨] د. فاروق احمد خماس و محمد عبد الله الدليمي, الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية, جامعة الموصل-كلية القانون, ١٩٩٢, ص ٧٨. ونحن نرجح هذا الرأي كونه لا يلزم الادارة باختيار اقل العطاءات بل يجبرها باختيار افضل العطاءات من ناحية السعر او من ناحية نوعية الخدمة وكفاءتها أي الناحية الفنية, وهذا ما ينسجم العقل والمنطق كون اوطأ العطاءات قد لا يكون صالحا من الناحية الفنية, وكون التعريف اعلاه منسجما ايضا مع ما اشارت اليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ التي لم تلزم الادارة باختيار اقل العطاءات وانما الزمتها باختيار افضل العطاءات. وهنا قد تكون الافضلية ليست في السعر بل في نوعية وكفاءة الخدمة من الناحية الفنية ما دام العطاء لم يتجاوز الكلفة التخمينية للمناقصة. وذهب بعضهم الى تعريفها بأنها ((طريقة تلتزم الادارة بمقتضاها باختيار افضل الشروط ممن يتقدمون للتعاقد معها سواء من الناحية المالية او من ناحية الخدمة المطلوب اداؤها وفي الزمان والمكان الاكثر ملائمة)), د. خالد خليل الظاهر, القانون الاداري, الكتاب الثاني, ط١, عمان, دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة, ١٩٩٧, ص ٢٤٠. ينظر ايضا/ د. محمود خلف الجبوري, العقود الادارية, بغداد, بيت الحكمة, ١٩٨٩, ص ٦١.

[١٩] وقد اشارت محكمة التمييز العراقية الى ان هدف المناقصة التي تجريها الادارة هو تحقيق المصلحة العامة والتي تختلف تماما عن المصلحة الخاصة التي يبتغيها الافراد في عقودهم الخاصة, حيث ذهبت الى انه ((ولما كان هذا العقد قد ابرمته الادارة مع المقاول من اجل انشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة من اجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات التأخير فانه يكون عقدا اداريا متميزا عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة للأفراد))، اشار اليه/ د. ماهر صالح علاوي الجبوري, مبادئ القانون الاداري, بغداد, دار الكتب للطباعة, ١٩٩٦, ص ٢٢٤.

[٢٠] للتفصيل ينظر/ بحثنا المعنون بـ (الطبيعة القانونية لعقود الاشغال العامة والتوريد والخدمات الاستشارية في العراق), منشور في مجلة رسالة الحقوق, س ١٤, ع ٢, ٢٠٢٢, ص ٢٢٥-٢٢٧.

[٢١] ولكن هذا لا يعني بأن طريقة المناقصة لا تتمتع فيها الادارة بسلطة تقديرية او بحرية نسبية في اختيار المتعاقد معها, حيث ان الادارة ليست ملزمة بقبول اقل العطاءات بل انها بصورة عامة تختار افضل العطاءات, ينظر على سبيل المثال الفقرات (ثانيا/أ, ثالثا/ب, رابعا/أ) من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

[٢٢] وفي هذا الصدد تبين المحكمة الادارية العليا المصرية وبوضوح بان الاعلان عن المناقصة او المزايدة تمهيدا لأبرام العقد الاداري الخاص باي منهما ما هو الا دعوة للتعاقد وان التقدم بالعطاء وفقا للشروط والمواصفات المعلن عنها هو الايجاب الذي يجب ان يلاقيه قبول الادارة المطابق له لإتمام العقد, وبالتالي فان هذا القبول بوصفه تعبيرا عن ارادة الادارة لا يتحقق وجوده القانوني الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه, ينظر/ حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم (٢٤٨٠) لسنة ٤٦ق, جلسة ١ فبراير ٢٠٠٥, مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا, س ٥٥, ج ١, من اول اكتوبر ٢٠٠٤ الى آخر مارس ٢٠٠٥, ص ٥١٥.

[٢٣] وقد عرفت الشفافية بتعريفات عديدة نذكر منها التعريف الذي اوردته المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة (INTOSAI), حيث عرفتها على انها (قيام الاجهزة العليا للرقابة بالإفصاح العام بطريقة آنية وموثوقة وواضحة ومفيدة عن اوضاعها القانونية وانشطتها وادارتها المالية وعملياتها واستراتيجياتها واداءها, وكذلك لزوم الافصاح العام عن نتائج عمليات الرقابة واستنتاجاتها فضلا عن تمكين العموم من الحصول على المعلومات حول الاجهزة العليا للرقابة), د. صالح عبد عايد العجيلي و د. ناظر احمد المنديل, دور الشفافية في الحد من الفساد الاداري, مجلة العلوم القانونية, عدد خاص لبحوث مؤتمر القانون العام الذي جرى للمدة ١٣ – ٢٠١٨/١١/١٤, ص ٢١١. وعرفت الشفافية ايضا بأنها (ان تعمل الادارة العامة في بيت من زجاج, كل ما به مكشوف للعاملين والجمهور, وتتضمن الانظمة التي تعمل من خلالها الادارة الوسائل اللازمة التي تكفل العلم والمعرفة للكافة بحقيقة انشطتها واعمالها بالإفصاح والعلانية والوضوح وبالتالي القدرة على مساءلتها ومحاسبتها), اشار اليه / فارس بن علوش بن بادي السبيعي, دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الاداري في القطاعات الحكومية, اطروحة دكتوراه في العلوم الامنية, جامعة نايف العربية للعلوم الامنية – قسم العلوم الإدارية, الرياض ٢٠١٠م – ١٤٣١ هـ , ص ١٥. فالشفافية في الجانب الاداري تعني بأن تتحرر الادارة من غموضها وانغلاقها على المتعاملين معها من الجمهور. فقد عرفها بعضهم بانها وضوح القواعد التشريعية والتنظيمية وفهما وسهولة الاطلاع على نشاطات الادارة الفعلية فهي تعبير عن فكرة واضحة لمن ينظر من خلال

نافذة زجاجية شفافة نظيفة جدا, ينظر/ د. حسن عبد الرحيم السيد, الشفافية في قواعد واجراءات التعاقد الحكومي في قطر (دراسة مقارنة مع قانون اليونسترال النموذجي للمشتريات الحكومية), مجلة الشريعة والقانون – جامعة الامارات العربية المتحدة, ع ٣٩, ٢٠٠٩م – رجب ١٤٣٠ هـ , ص ٥٥.

[٢٤] في تفصيل ذلك ينظر/ فراس بن علوش بن بادي السبيعي, المكان نفسه.

[٢٥] ينظر/ المادة (٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨. وفي الشأن ذاته ينظر/ المواد (٤, ٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ الصادرة عام ٢٠١٩.

[٢٦] ينظر/ المادة (الثانية) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) في ١٤٤٠/١١/١٣هـ وبقرار مجلس الوزراء رقم (٦٤٩) في ١٤٤٠/١١/١٣ هـ الموافق ٢٠١٩/٧/١٦, منشور في ١٤٤٠/١١/٢٩ هـ الموافق ٢٠١٩/٨/١.

[٢٧] في تفصيل ذلك ينظر/ د. حسن عبد الرحيم السيد, المكان نفسه.

[٢٨] من المستحسن التعرف على مجمل العقود الادارية التي تسري عليها احكام التعليمات المذكورة وجهات التعاقد التي يجوز للإدارة ابرام العقود الادارية معها سواء اكانت في الداخل او الخارج وذلك حسب ما ورد في المادة (١/اولا و ثانيا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة. حيث نصت هذه المادة على ان ((اولا: تسري احكام هذه التعليمات على : أ- العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية ممثلة برئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء ومجلس النواب ومجلس القضاء الاعلى والامانة العامة لمجلس الوزراء والوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والاقليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم مع الجهات العراقية وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة على الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية. ب- الشركات العامة عند تنفيذها لمشاريعها المدرجة في المنهاج الاستثماري او الجاري الممول من الموازنة العامة. ثانيا: لا تسري احكام هذه التعليمات على : أ- المشاريع والعقود لدوائر الدولة والقطاع العام الممولة من الدول الاجنبية او المنظمات الدولية او الاقليمية او المنظمات غير الحكومية والمنفذة استنادا الى اتفاقيات او بروتوكولات خاصة تبرم مع جهة التعاقد العراقية وتطبق احكام هذه التعليمات في حالة عدم وجود نص يمنع من تطبيقها في الاتفاقية. ب- الشركات العامة عند تنفيذها للعقود المحالة اليها من الجهات التعاقدية الرسمية, بصفتها مقاول او مجهز او استشاري وتعتمد في ذلك الضوابط المقرة من مجلس الإدارة والمصادق عليها من رئيس الجهة المرتبطة به في اختيار اسلوب التعاقد المناسب واجراء التفاوض السعري وعلى ان لا تتعارض مع التشريعات والقوانين التي تنظم نشاطها. ج- وزارتي الدفاع والداخلية والاجهزة الامنية فيما يتعلق بعقود التسليح وعقود تجهيز المعدات والاجهزة الامنية والعسكرية على ان تخضع لضوابط تضعها اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء)). بذات الشأن ينظر/ المادة (الاولى) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

[٢٩] حيث ان الادارة ليست ملزمة بقبول اقل العطاءات بل انها بصورة عامة تختار افضل العطاءات, ينظر على سبيل المثال الفقرات (ثانيا/أ, ثالثا/ب, رابعا/أ) من المادة (٣) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤. ففي المناقصة يمكن اجراء التفاوض بين لجنة البت في العطاءات وبين اصحاب العطاءات المقبولة.

[٣٠] ينظر/ المادة (٩/اولا/هـ) من التعليمات ذاتها.

[٣١] وبخصوص مدة تقديم العطاءات في الدعوة المباشرة فيتم تحديدها حسب تقدير رئيس جهة التعاقد, في تفصيل ذلك ينظر/ الضوابط رقم (٢) الخاصة بإجراءات الاعلان عن المناقصات والاحالة والصادرة عن وزارة التخطيط العراقية.

[٣٢] من ابرز امثلة العقود الادارية التي تستدعي السرية في اجراءات التعاقد والتنفيذ هي عقود نقل التكنولوجيا, مثل تكنولوجيا الطائرات المسيرة, والتي تتضمن اغلبها معلومات ومسائل تتسم بطابع السرية نظرا للطابع الفني والمعرفي والتكنولوجي الخاص بها, لذلك يلتزم مانح التكنولوجيا بضمان عدم افشاء الاسرار, في تفصيل ذلك ينظر/ محمد جعفر الخفاجي و ميثاق طالب عبد, الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة), مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية, جامعة بابل – كلية القانون, ع ٢, المجلد ٦, ٢٠١٤, ص ٣٦٧.

[٣٣] ينظر/ د. حمدي محمد العجمي, المرجع في العقود الادارية في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية مقارنة), المملكة العربية السعودية, معهد الادارة العامة, ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م, ص ٢٣٣.

[٣٤] وتبرز اهمية تلك الحرية التي ينبغي اعطاءها للادارة في هذين الاسلوبين من خلال حقيقة ان اسلوب المناقصة العامة, والتي يطغى عليها مبدأ الارساء والاحالة وقبول افضل العطاءات المقدمة من قبل المتنافسين لغرض التعاقد, لا يمكن تطبيقه بالنسبة لجميع العقود الادارية, حيث ينبغي ان يعطي القانون للادارة قسطا من الحرية من اجل اختيار المتعاقد معها في اطار العقود التي يتولى بموجبها ذلك المتعاقد, سواء اكان فردا ام شركة, استغلال او تسيير او ادارة المرفق العام.

[٣٥] ينظر/ المادة (٣/ سادسا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

[٣٦] وهذا ما يعني بان الجهة التي دعتها الادارة للتعاقد معها بهذا الاسلوب انما هي جهة محتكرة للسلعة او لتنفيذ الاعمال او التصنيع او لتقديم الخدمات الاستشارية.

[٣٧] ينظر ايضا/ د. حاتم فارس الطعان, تقييد حرية الادارة على ابرام العقود الادارية (دراسة مقارنة), مجلة الجامعة الاسلامية, ع ٢٦, س٢, ٢٠١١, ص ٤٧٨.

[٣٨] ينظر/ الضوابط رقم (٢) الخاصة بإجراءات الاعن عن المناقصات والاحالة.

[٣٩] ينظر/ الضوابط رقم (٣) الخاصة بمهام لجان فتح وتحليل العطاءات الصادرة عن وزرة التخطيط العراقية.

[٤٠] في تفصيل ذلك ينظر/ د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف, الاطر القانونية للمفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة, مجلة الحقوق – الجامعة المستنصرية, ع ٢, المجلد ١, ٢٠٠٦, ص ٢٧٩ وما بعدها. ويعرف بعضهم التفاوض بأنه مرحلة تمهيدية يتم فيها مناقشة ودراسة شروط العقد ولا يتم العقد في هذه المرحلة, بحيث لا يكون هناك ايجاب يمكن قبوله بل توجد عروض وعروض مضادة فحسب, Voy. Jean Carbonnier, Croit civil (Les obligations), 20e édition, Paris, PUF, 1996, p. 72.
ويعرف آخرون التفاوض على العقد الاداري بأنه (تلك المرحلة التي تجري فيها مناقشة شروط العقد ودراسة جدواه من الناحية الاقتصادية بهدف التوصل الى اتفاق بشأنه), د. عبد العزيز المرسي حمود , الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي, القاهرة, د ار النهضة العربية, ٢٠٠٥, ص٧.

[٤١] ينظر/ المادة (٣/ سابعا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

[٤٢] وقد اعفى القانون مقدموا العطاءات المشاركون في المناقصات المراد اجراؤها وفقا لطريقتي العطاء الواحد والتعاقد المباشر من تقديم التأمينات الاولية, ينظر/ المادة (٩/اولا/هـ) من التعليمات ذاتها.