

وسائل الإدارة في الحد من الفساد الإداري والمالي عند اختيار المتعاقد معها (دراسة مقارنة)

رشا محمد جعفر الهاشمي⁽¹⁾

(1) أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.

البريد الإلكتروني: jawadbb120@gmail.com

جواد كاظم جبار الحساني⁽²⁾

(2) مدرس مساعد، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.

البريد الإلكتروني: jawadalhassany9@gmail.com

الملخص:

يعنى هذا البحث بتحليل الوسائل التي تمتلكها الإدارة في العراق عند اختيار المتعاقد معها لمعرفة مكامن الخلل فيها، من خلال مقارنتها بالوسائل المتاحة أمام الإدارة في الدول المقارنة فرنسا ومصر، والعمل على معالجة الخلل لتحسين المال العام والتقليل من ظاهرة الفساد الإداري والمالي في نطاق العقود الحكومية، ونطاق البحث يشمل القوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات التي تصدرها الإدارة في العراق وفي دول المقارنة والتي تكون لها علاقة بوسائل الإدارة عند اختيار المتعاقد معها، وكذلك أحكام القضاء وآراء الفقهاء بهذا الخصوص. ولإحاطة بموضوع البحث قسمناه إلى مبحثين الأول خصصناه لبحث موضوع تفعيل المساواة بين المتعاقدين والثاني لبحث موضوع اختيار الأسلوب المناسب للتعاقد.

الكلمات المفتاحية:

وسائل الإدارة، الفساد الإداري والمالي، العقود الحكومية.

تاريخ إرسال المقال: 2018/10/08، تاريخ قبول المقال: 2020/03/01، تاريخ نشر المقال: 2020/08/31.

لتهميش المقال: رشا محمد جعفر الهاشمي، جواد كاظم جبار الحساني، "وسائل الإدارة في الحد من الفساد الإداري والمالي عند اختيار المتعاقد معها (دراسة مقارنة)"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02 (عدد خاص)، 2020، ص 38-62.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: جواد الحساني، jawadalhassany9@gmail.com

The Administrative Means to Reduce Administrative and Financial Corruption when Selecting a Contractor (A Comparative Study)

Abstract:

This research means analysing the means that the administration has in Iraq, when selecting a contractor with it to find out the deficiencies in it by comparing it with the means available to the administration in the comparative countries France and Egypt, and work to address the defect to protect the public money and reduce the phenomenon of administrative and financial corruption within the scope of government contracts, and the scope of research It includes laws, regulations, instructions, and decisions issued by the administration in Iraq and in comparison countries that have a relationship with the means of administration when selecting a contractor, as well as the judgments of the judiciary and opinions of jurists in this regard. The appropriate method of contracting.

Keywords:

Administrative & financial corruption, administrative means, government contract.

Les moyens de l'administration dans la lutte contre la corruption administrative et financière dans le choix de son contractant (étude comparative)

Résumé:

L'étude a pour objet la recherche des moyens dont dispose l'administration Irakienne dans la lutte contre la corruption administrative et financière dans la phase du choix de son contractant et ce 'en se référant aux exemples Français et Egyptien. Une telle étude permet de cerner avec précision les écueils que rencontre l'administration pendant la phase du choix du contractant et de tenter ainsi d'y remédier.

Mots clés:

Moyens administrative, corruption administrative et financière, contrats administratifs.

مقدمة

للأفراد الحرّية الكاملة في التّعاقّد في مجال علاقاتهم الخاصة، ولا توجد أي قيود تقرض عليهم في اختيار المتعاقّد معهم، طالما كان ذلك في حدود النّظام العام والآداب، بينما نجد أن السّلطة الإداريّة على عكس ما تقدم ليست لها الحرّية الكاملة في اختيار المتعاقّد معها، فهناك عدة قيود يضعها المشرع وعليها بطبيعة الحال الالتزام بها، ضماناً لاختيار أفضل المتعاقدين من النّاحيتين الفنيّة والماليّة، ولضمان الحيديّة واستبعاد الشّبّهات والتّمييز والمحاباة بين المتعاقدين لاعتبارات شخصية تتجافى مع الصّالح العام⁽¹⁾. ومن هذه القيود إعمال مبدأ المساواة بين المتعاقدين والذي يعني منع أي ممارسات تمييزيّة من شأنها تمييز بعض المتعاقدين، ومن جانب آخر فإن استخدام الوسائل القانونيّة المعينة لاختيار المتعاقّد مع الإدارة يعد من المميزات الرّئيسيّة التي تميز إبرام العقود الحكوميّة وأن الحكمة من ضرورة وجود أساليب وإجراءات معقّدة لإبرام العقود الحكوميّة هي لضمان حماية المال العام والابتعاد عن العبث به وتبذيره، كما أن اختيار الأسلوب الأمثل للتّعاقّد يؤدي في نهاية المطاف إلى تقديم أفضل الخدمات العامّة للجمهور ويؤدي إلى تسيير المرافق العامّة بانتظام واطراد⁽²⁾.

مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في شيوع ظاهرة الفساد الإداري والمالي في العقود الحكوميّة بالرغم من وجود وسائل كثيرة تمتلكها الإدارة للحد من هذه الظّاهرة خصوصاً في مرحلة اختيار المتعاقدين معها، لذا سيتم التّركيز على هذه الوسائل المتاحة أمام الإدارة لمعرفة الأسباب التي أدت إلى عدم فاعليتها.

هدف البحث: يهدف البحث إلى تحليل وسائل الإدارة عند اختيار المتعاقّد معها لمعرفة مكامن الخلل فيها من خلال مقارنتها بالوسائل المتاحة أمام الإدارة في الدّول المقارنّة والعمل على معالجة الخلل لتحسين المال العام والتّقليل من ظاهرة الفساد الإداري والمالي في نطاق العقود الحكوميّة.

نطاق البحث: يشمل البحث القوانين والأنظمة والتّعليمات والقرارات التي تصدرها الإدارة في العراق والتي لها علاقة بوسائل الإدارة عند اختيار المتعاقّد معها، وكذلك أحكام القضاء وآراء الفقهاء بهذا الخصوص، وسيتم مقارنة هذه الوسائل المتاحة أمام الإدارة في العراق مع الوسائل المتاحة أمام الإدارة في كل من فرنسا ومصر.

أهمية البحث : تكمن أهمية البحث في منع الفساد الإداري والمالي ومكافحة انتشاره في نطاق العقود الحكوميّة، خصوصاً في بلد مثل العراق بحاجة ماسة لتوظيف الأموال العامّة على أحسن وجه، وتحقيق الاستفادة القصوى من هذه الاموال، والدفع بعجلة التّنمية إلى الأمام، فالعراق عانى ولايزال يعاني من الفساد الإداري والمالي وهدر المال العام الذي أدى إلى ارتفاع تكاليف المشاريع التي وصلت في العراق من (20-50%) فوق التكلفة الأصليّة بالإضافة إلى التلكؤ ورياءة المشاريع المنفّذة في إيجاد آليات ووسائل تحد من هذا الفساد تعد ضرورة ملحة لمنع إعاقة التّنمية الاقتصاديّة والاجتماعيّة المنشودة .

(1) د. ايمن محمد ابو حمزة، وسائل التّعاقّد الإداري - دراسة مقارنة، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، دون سنة نشر، ص 61. وكذلك

د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامّة للعقود الإداريّة، دار محمود للنشر والتّوزيع، القاهرة، 2015، ص 84.

(2) د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات النّاشئة في مرحلة إبرام العقود الإداريّة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، ص 278.

منهجية البحث: سنتبع في دراستنا لموضوع البحث المنهج التحليلي والمنهج المقارن لتتاح لنا فرصة تحليل النصوص القانونية في العراق ومقارنتها بالنصوص القانونية في الدول المقارنة للوصول إلى غاية البحث. خطة البحث: للإحاطة بموضوع البحث سنقوم بتقسيمه إلى مبحثين الأول نخصه لبحث موضوع تفعيل المساواة بين المتعاقدين، والثاني لبحث موضوع اختيار الأسلوب المناسب للتعاقد.

المبحث الأول: تفعيل المساواة بين المتعاقدين

تقوم فكرة المساواة بين المتعاقدين على أساس مبدأ حرية المنافسة وعليه يتعين على الإدارة أن تعامل المتقدمين للتعاقد معها على قدم المساواة فلا يجوز لها أن تخلق وسائل قانونية للتمييز بين المتقدمين لها على سبيل المثال إعفاء احد المتنافسين او المتقدمين من دفع التأمينات أو إعفائه من تقديم بعض او كل الأوراق المطلوبة للتعاقد⁽³⁾. فإذا فضلت الإدارة احد المتنافسين على حساب الآخر فإن ذلك يؤدي إلى بطلان إجراءات التعاقد إلا إذا كان هذا التفضيل مستندا على أساس قانوني⁽⁴⁾، غير أن هذا المبدأ العام ترد عليه قيود متعددة يمكن أن تؤدي إلى حرمان أحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين من الدخول إلى المناقصات أو المزايدات التي تجريها الإدارة⁽⁵⁾ وعلى الإدارة مراعاة المساواة بين جميع الأشخاص الراغبين في التعاقد، فلا يجوز للإدارة أن تمنح فرصة التنافس لبعض الأشخاص دون البعض الآخر⁽⁶⁾.

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

(3) د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 281.

(4) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص 83.

(5) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، 1991، ص 250.

(6) د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 74.

المطلب الأول: التعريف بمبدأ المساواة بين المتعاقدين

على الجهات الإدارية المتعاقدة أن تراعي المساواة بين جميع الأشخاص الراغبين بالتعاقد، وتعني المساواة بين المتعاقدين إيجاد نفس الفرصة لكل من يتقدم إلى المناقصة أو المزايدة دون تمييز بين أحد وآخر⁽⁷⁾، وللتعريف بمبدأ المساواة في التشريعات العراقية وفي التشريع المقارن سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول : التعريف بمبدأ المساواة بين المتعاقدين في القانون المقارن

يقضي تطبيق هذا المبدأ في فرنسا أن تكون الفرصة متاحة وبصورة متساوية لكل الراغبين في التقدم بعروضهم ممن تتشابه مراكزهم القانونية، كما يجب المساواة بين هؤلاء المتنافسين من الوجهة الفعلية أو القانونية أي لا يجوز للإدارة أن تعفي البعض من الشروط المطلوبة دون البعض الآخر ولا يجوز لها أن تضيف شروطاً أو تحذفها أو تعدلها بالنسبة لبعض المتنافسين⁽⁸⁾.

وقد تم النصّ على هذا المبدأ في المادة الأولى من تقنين العقود العامة الصادر سنة 2006⁽⁹⁾، وقد جرم قانون العقوبات الفرنسي بما يعرف اصطلاحاً (بجنحة المحاباة) الأفعال الصادرة من الإدارة والتي يتم من خلالها منح أفضلية لأحد المتنافسين على الآخر، وعدّها مخالفة لمبدأ المساواة⁽¹⁰⁾، أما على المستوى القضائي فقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من أحكامه، ومنع التمييز القانوني والواقعي بين الراغبين في التعاقد⁽¹¹⁾. أما في مصر فقد أخذ المشرع المصري بهذا المبدأ بموجب المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 حيث نصّت على: "تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة..."، ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ عدة نتائج منها، عندما تحدد الإدارة شروط الاشتراك في المناقصة، فعليها أن تضع نصب عينها أن الأشخاص جميعهم متساوون، وتفسح المجال أمامهم جميعاً للاشتراك في المناقصة، دون أي تمييز أو تفضيل، فأى مفاضلة أو عراقيل على المستوى القانوني أو الواقعي بين الراغبين في التعاقد تكون غير مشروعة، وكذلك عند تدقيق عروض المشتركين في

(7) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 63.

(8) د. ابو بكر احمد عثمان النعيمي، "إبرام عقود تفويض المرافق العامة في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية"، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، البحث متاح على الموقع الإلكتروني www.droitentreprise.com تاريخ زيارة الموقع 2017/9/29 الساعة 7:51م

(9) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص 83.

(10) د. ابو بكر احمد عثمان النعيمي، المصدر السابق.

(11) للمزيد حول هذه الأحكام انظر : د. سعاد الشراوي، مصدر سابق، ص 282.

المناقصة، لاختيار العرض الأفضل من بينهم، فيجب أن لا يحصل أي تمييز في هذه المرحلة ويجب تعميم الإجراءات التي تتخذها الإدارة على الجميع⁽¹²⁾.

الفرع الثاني : التعريف بمبدأ المساواة في القانون العراقي

يعد مبدأ المساواة في العراق من المبادئ الأساسية التي نصّ عليها الدستور⁽¹³⁾ وقد ورد في قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004، إلزام الجهات الإدارية كافة بالإتفاق العام وفقاً لمبادئ أساسية منها اتسام العقود الحكومية بالعدالة والمساواة⁽¹⁴⁾. وقد تم النصّ على مبدأ المساواة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2007 (الملغاة) والتأكيد عليه في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 (الملغاة). إلا أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة رقم (2) لسنة 2014 لم تشر إلى هذا المبدأ صراحةً، بل ذكرت أن الإجراءات في المناقصة العامة يجب أن تتصف بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح⁽¹⁵⁾.

ونستنتج من ذلك أن الإدارة في العراق مقيدة بعدة قيود عند إبرامها لعقودها، منها المساواة بين المتنافسين، واختيار العرض الأفضل من بين عروضهم، فهي ملزمة بعدم التمييز بين الراغبين في التعاقد، أي أعمال مبدأ المساواة، والمقصود بالمساواة في التعاقد هي المساواة بين المتنافسين على التعاقد وليس المساواة بين أطراف العقد، فلا يمكن المساواة بين الإدارة والمتعاقد معها في العقود الحكومية، لأن الإدارة في هذه العقود تتمتع بامتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها⁽¹⁶⁾.

المطلب الثاني: الاستثناءات التي ترد على مبدأ المساواة بين المتعاقدين

إن نطاق تطبيق مبدأ المساواة بين المتعاقدين منوط بمدى توفر الشروط القانونية المطلوبة لدى الراغبين في التعاقد، ففي حال عدم توفر هذه الشروط يحق للجهة الإدارية المتعاقدة استبعادهم من المشاركة، وهذا الأمر لا يؤثر على مبدأ المساواة بين المتعاقدين لأن من واجب الإدارة التأكيد من صلاحيتهم للتعاقد، وسنقوم ببحث هذا الموضوع في فرعين وعلى النحو الآتي:

(12) ابو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 68.

(13) نصّت المادة (14) من الدستور الحالي لجمهورية العراق لسنة 2005 على أن: "العراقيون متساوين أمام القانون دون تمييز...".

(14) انظر نصّ القسم (1) من القانون، المتعلق بقواعد العقود الحكومية العامة.

(15) المادة (3/3) (أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(16) شفاء عبد الحسين التميمي، التنظيم القانوني لعقد الأشغال العامة، أطروحة دكتوراه مقدمة لجامعة النهدين كلية الحقوق، بغداد، 2015، ص 19.

الفرع الأول: الاستثناءات على مبدأ المساواة بين المتعاقدين في القانون المقارن

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

أولاً: الاستثناءات على مبدأ المساواة في فرنسا: على الرغم من أهمية هذا المبدأ إلا أن بعض الظروف قد تجعل المصلحة العامة في استبعاده، أي أن لهذا المبدأ استثناءات، منها ما نصت عليه المادة (8) من المرسوم الصادر في 4/ فبراير/ 1959 (الامر رقم 244 لسنة 1959) يحظر على الموظف العام بالذات أو بالواسطة الدخول في مناقصات أو مزايدات في دائرة اختصاصهم، ومنها أيضاً نصت المادة (52) من تقنين العقود الإدارية التي جاء فيها أن: "الأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين لم يتقدموا بالإقرارات الضريبية حتى 31 ديسمبر من السنة السابقة لتلك التي جرى فيها الإعلان عن المناقصة، أو الذين لم يؤديوا اشتراكات التأمين الاجتماعي أو الاشتراكات الأخرى المقررة لبعض الصناديق الأخرى، أو الذين لم يؤديوا الضرائب والرسوم وحق دخولهم وتقديمهم في المناقصات العامة ما لم يقدموا الضمانات العامة التي تتطلبها الجهة الإدارية"، وكذلك نصت المادة (49) من نفس التقنين السابق على اعتبار الحرمان من دخول المناقصات كعقوبة تبعية في حالة الحكم على الرّاعب في التّعاقب بعقوبة جنائية لمخالفته قانون الضريبة العامة، وكذلك منعت كل الأشخاص المعنوية التي يتصرف باسمها أشخاص محظورون من دخول المناقصات، وكذلك المشاريع التي يديرها أشخاص محكوم عليهم بالتهرب الضريبي، فهي ممنوعون من الدخول إلى المناقصات والتنافس مع الآخرين لحين خروج الأشخاص المحكوم عليهم بالتهرب الضريبي من إدارة هذه المشاريع، وقد أجاز مجلس الدولة للإدارة اتخاذ قرارات وفقاً لسلطتها التقديرية بحرمان بعض الرّاعبين في التّعاقب من دخول المناقصات لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو طبيعة العمل، إلا أن هذه القرارات تخضع لرقابة القضاء في حالة وجود انحراف بالسلطة أو انعدام الأسباب في قرار الحرمان، والجدير بالذكر أن قرار الحرمان يكون خاصاً بالسلطة الإدارية التي أصدرته وليس لهذا القرار أي أثر بالنسبة للمرافق والوزارات الأخرى، إلا أنه مؤخراً وتحققاً للمصلحة العامة أصبحت القوائم الخاصة بالمحرومين من دخول المناقصات العامة يتم تبادلها بين المرافق العامة والوزارات المختلفة⁽¹⁾.

ثانياً: الاستثناءات على مبدأ المساواة في مصر: إن هذا المبدأ العام ترد عليه عدة استثناءات تتعلق بعضها بطبيعة المناقصة، فالمناقصات المحدودة أو المحلية تكون بطبيعتها مقصورة على أشخاص معينين وبالتالي تكون المنافسة لمن لهم حق الاشتراك فيها دون غيرهم⁽²⁾، فهناك أشخاص نصّ القانون على استبعادهم⁽³⁾ وقد يعود

(1) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص 85-94.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص 250.

(3) حيث نصت المادة 39 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 على: ((يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التّقدم بالذّات أو بالواسطة بعهادات أو عروض لتلك الجهات، كما لايجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال. ولا يسر ذلك على شراء كتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرّسم والتّصوير وما يماثلها أو شراء

حرمان أحد المتعاقدين لأسباب متعلقة بالإقامة حيث أوجبت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري المشار إليها أعلاه في المادة (61) أن يكون مقدم العطاء مقيماً في مصر .
وقد يكون سبب الحرمان الحكم بعقوبة جنائية على الراغب في التعاقد فقد نصّ قانون العقوبات المصري في المادة (25) منه على أن: " كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية: أولاً: القبول في أي خدمات في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أياً كانت أهمية الخدمة..."، وهذا النصّ يعتبر نصاً عاماً، فهو يشمل أي شخص يحكم عليه بعقوبة جنائية مهما كانت بسيطة فإنه يحرم من التّقدم للمناقصات العامة⁽¹⁾ .

وقد تكون أسباب استبعاد احد المتعاقدين عائدة لسوء سمعته المهنية، فههدف تفعيل مبدأ المساواة هو تحقيق المصلحة العامة في الوصول لأفضل متعاقد، وليس من مصلحة الإدارة قبول عطاء من شخص مشهور بسوء سمعته المهنية، الأمر الذي سيؤدي بالطبع إلى توقع إخلاله بالتزاماته التعاقدية فيما لو تم التعاقد معه، فحسن السمعة المهنية شرط واجب التوفر في كل من يتعامل مع الإدارة، لاسيما في مجال شديد الحساسية كالعقود الحكومية التي تتطلب قدراً كبيراً من الأمانة في أداء الالتزامات التي تولدها، لتعلقها بالأموال العامة وضرورة المحافظة عليها وحسن إنفاقها، وتستشف الإدارة توفر سوء السمعة المهنية للراغب في التعاقد من خلال تعاقداته السابقة معها أو مع جهات أخرى، فالإخلال بالالتزامات العقدية أو التأخير أو استعمال الغشّ أو التّدليس كلها أدلة على سوء السمعة المهنية التي تؤدي إلى انعدام ثقة الإدارة فيه، وقد أصدرت المحكمة الإدارية العليا حكماً بتاريخ 1959/5/9 جاء فيه: "... يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين بسبب العجز عن تنفيذ التزام سابق"، وأصدرت أيضاً الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتّشريع بمجلس الدولة فتواها المرقمة (120/1/47) بتاريخ 1987/12/9 جاء فيها: "... لا يكف في التعاقد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمادية بل يجب أن يتوفر إلى جانب ذلك حسن السمعة وللإدارة في هذا الشأن الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من

أعمال فنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية، ويشترط ألا يشاركوا بأي صورة من الصور في إجراءات قرار الشراء أو التّكليف وأن يتم في الحدود ووفقاً للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية. كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول بالذّات أو الواسطة في المزايدات أو الممارسات بأنواعها، إلا إذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات أخرى غير جهة عملهم ولا تخضع لإشراف هذه الجهة)).

ونصت المادة 92 من قانون نظام الإدارة المحلية رقم (43) لسنة 1979 على: ((يحظر التعاقد بالذّات أو بالواسطة بين الوحدة المحلية وأي عضو في مجلسها الشعبي المحلي ومع ذلك يجوز عند الصّورة وفي حالة وجود مصلحة محققة للوحدة المحلية أن يبرم العقد مع العضو بعد موافقة أغلبية أعضاء المجلس الشعبي المحلي والمحافظ المختص))

(1)د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص 92.

قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة⁽¹⁾.

وقد تكون أسباب الحرمان عائدة إلى عدم امتلاك الزاغب في التعاقد الخبرة السابقة للأعمال المطروحة للمناقصة وتقدير ذلك يدخل في السلطة التقديرية لجهة الإدارة، وقد أوضحت محكمة القضاء الإداري ذلك في حكمها رقم 2946 بتاريخ 1957/4/21 حيث جاء في هذا الحكم التأكيد على مبدأ المساواة بين المتنافسين ومنع الإدارة من حرمان بعضهم من حقه في التنافس إلا لأسباب تتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توفرها في من يتقدم للمناقصة كالقدرة الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال⁽²⁾.

الفرع الثاني: الاستثناءات على مبدأ المساواة في العراق

لا يختلف الوضع في العراق عن كل من فرنسا ومصر بشأن ورود عدة استثناءات على مبدأ المساواة بين المتعاقدين، فقد نظم قانون العقود العامة⁽³⁾ مسألة استبعاد بعض الأفراد والكيانات من الاشتراك في التعاقدات الحكومية، كما ورد في القسم (8) من نفس القانون وتحت عنوان نزاهة المناقصات وتعارض المصالح منع كل من الوزير أو الموظف المسؤول أو المستشار المسؤول عن المناقصة من أن تكون لهم أي مصلحة مالية فيها، ولا يجوز لهم قبول عمل مع المناقص الذي فاز بالمناقصة كالاتفاق معه على إدارة المشروع أو الإشراف عليه،

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص 127.

(2) د. احمد محمود جمعة، العقود الإدارية، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص308. وكذلك د. سعاد الشراوي، مصدر سابق، ص 283.

(3) حيث نصّ القسم (9) من قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004 وتحت عنوان المنع من المشاركة، على أنه: "الضمان النزاهة في عملية الشراء، قد يمنع الأفراد أو الكيانات من الدخول في المنافسة المتعلقة بالتعهدات العامة الحكومية وفقاً للأحكام التالية:

أ- كما هو معروف في أنظمة التنفيذ الصادرة بموجب سلطة هذا الامر، يكون سوء التصرف أساساً لمنع على سبيل المثال:

أولاً: الإخلال المتعمد بنصوص هذا الامر أو الأنظمة التنفيذية الصادرة وفق السلطة هذا الامر.

ثانياً: التصدير المتعمد في الأداء في ما يتعلق بشرط أو الشروط المادية للعقد العام.

ثالثاً: إذا أدين بجريمة جنائية.

رابعاً: سوء تصرف آخر يشير إلى تقصير متعلق بنزاهة العمل أو صدق العمل الذي يؤثر بشكل خطير ومباشر على قدرة المقاول في أداء واجبه.

ب- تتولى مديرية إدارة التّعهدات العامة الحكومية مسؤوليات ضمان نزاهة عمليات التّوريد، حيث تصدر أنظمة التنفيذ التي ستقوم على الأقل بـ: أولاً: إعداد معايير لعملية المنع. ثانياً: إعداد عملية منصفة وعادلة وفعالة مع فرصة لسماح الأقوال قبل اتخاذ قرار المنع. ثالثاً: إعداد طريقة يمكن من خلالها للمستبعد أن يعيد التقديم مرة أخرى. رابعاً: إعداد سجل عام لحفظ ونشر أسماء جميع الأفراد والكيانات المستبعدين.

وهذا الأمر يعد تأكيداً على ما ورد في المادة الخامسة من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (14) لسنة 1991 المعدل والتي حظرت على الموظفين في دوائر الدولة العراقية بالذات أو بالواسطة من الاشتراك في المزيادات والمناقصات مطلقاً، إذا كانت الأموال التي يراد بيعها أو استئجارها تعود للدائرة التي يعملون بها.

كما نصّ قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (21) لسنة 2013 على نفس المعنى بموجب المادة (4) منه والتي جاء فيها: " لا يجوز لمنتهبي الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة، أو القطاع العام الذين اتخذوا قراراً ببيع أو إيجار أموال الجهة التي ينتسبون إليها وكذلك أعضاء لجنتي التّقدير والبيع، شراء أو استئجار هذه الأموال بطريق المزايدة العلنية ويسري ذلك على أزواجهم وأقاربهم حتى الدرجة الرابعة"، وهذا النصّ هو تكرار لنصّ المادة (4) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 الملغى، وقد نصّ قانون بيع وإيجار أموال الدولة الجديد على منع غير العراقي من تملك أموال الدولة غير المنقولة مع مراعاة الاستثناء الوارد في المادة (10) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل⁽¹⁾ وقد يكون استبعاد أحد الزّاعبين في التّعاقد راجعاً لإخلاله بالتزاماته التّعاقدية مما يؤدي إلى إدراجه في القائمة السوداء التي تعني الاستبعاد المؤقت لأحد الأشخاص أو الشّركات الوطنية والأجنبية من الدّخول في المناقصات⁽²⁾. وقد يكون الاستبعاد راجعاً لعدم توافر المقدرة الفنية⁽³⁾، أو لعدم توفير الشّروط اللازمة للدخول إلى المناقصات⁽⁴⁾.

وقد تستعمل الإدارة سلطاتها التّقديرية في تفضيل بعض الشّركات الوطنية على الشّركات الأجنبية في التّعاقد أو الاشتراط على الشّركات الأجنبية تشغيل عدد معين من العمالة الوطنية، فكل هذه الأمور لا تعد إخلالاً بمبدأ المساواة طالما كانت غايتها تحقيق المصلحة العامة، وقد تضطر الإدارة أحياناً لخرق مبدأ المساواة بمنح بعض الامتيازات للشّركات الأجنبية بغية تشجيعها على التّعاقد لاعتبارات عديدة، منها امتلاك هذه الشّركات لقدرات وكفاءات فنية ومالية عالية، أو أنها تمتلك براءة اختراع أو منتجات احتكارية، مما يجعل منحها هذه الامتيازات وعدم مساواتها بالشّركات الأخرى الأجنبية والوطنية أمراً مقبولاً، ويحقق الصّالح العام الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه.

(1) انظر نصّ المادة (5) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (21) لسنة 2013.

(2) انظر نصّ المادة (11/أولاً، ثانياً، ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(3) نصّت المادة (3/ثالثاً/ج) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 على: "يتم إعادة ظروف العطاءات التّجارية للمناقصين غير المؤهلين فنياً إلى مقدميها دون فتحها ومن ثم السير بإجراءات التّحليل والتّعاقد ووفق السياقات المعتمدة بهذا الشّأن).

(4) انظر نصّ المادة (3/خامساً/هـ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

من كل ما تقدم يتضح أن تفعيل مبدأ المساواة بين المتعاقدين أمر ضروري ولازم في كل من العراق وفرنسا ومصر، وأن عدم تفعيل هذا المبدأ يؤدي إلى التشكيك في نزاهة وحيدة القائمين على التعاقد، ويفتح باب الفساد الإداري والمالي في التعاقدات الحكومية، الأمر الذي يجب مكافحته بإعمال مبدأ المساواة بين المتعاقدين، كما أن الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ والتي لاحظناها في التشريع العراقي، وفي تشريعات الدول المقارنة هي استثناءات فرضتها متطلبات ودواعي المصلحة العامة، ويجب التقيّد بما ورد فيها وعدم التوسّع أو القياس عليها عند إبرام التعاقدات الحكومية. ويجب كذلك تفعيل دور الأجهزة الرقابية بهذا الخصوص لتحسين إجراءات التعاقد، وتفعيل النصوص العقابية بحق من يريد المساس بسلامة التعاقدات الحكومية، ومنها على سبيل المثال ما أشار إليه قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل من ضرورة عدم المساس بسلامة الزيادات والمناقصات المتعلقة بالحكومة أو المؤسسات أو الشركات التي يكون للحكومة فيها نصيب، وأن أي إخلال بتلك المناقصات والزيادات من قبل الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة ستكون عقوبته الحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين.⁽¹⁾

المبحث الثاني: اختيار الأسلوب المناسب للتعاقد

تتعد وسائل التعاقد الإداري وأساليبه اللازمة لإبرامه، وغالبا ما ينظم أحكامها القانون، ويلزم الجهات الإدارية باتباعها عندما تريد اختيار المتعاقد معها⁽²⁾، فالإدارة لا تتمتع دائماً بحرية اختيار المتعاقدين معها، ويتعين عليها اتباع أشكال حددها القانون، ويعود السبب في فرض قيود على الإدارة عند إبرامها للعقد الحكومي إلى ضرورة حماية مصالحها المالية، خصوصاً في العقود التي يقدم فيها المتعاقد مع الإدارة عملاً أو أشغالا أو يورد مواداً أو خدمات، فمثل هذه العقود التي تتطلب إنفاقاً كبيراً نجد أن أغلب التشريعات قد نظمتها تنظيمياً قانونياً مستقلاً بقصد المحافظة على حقوق الدولة وعلى المال العام⁽³⁾.

وتستطيع الإدارة أن تبرم نوعين من العقود كما سلف الذكر، عقود عادية أو مدنية تخضع لقواعد القانون الخاص وعقود إدارية - حكومية تخضع لقواعد القانون العام، والنوع الأخير من العقود يتم بأساليب مختلفة، فقد تقتضي المصلحة العامة إلزام الإدارة بالتعاقد بأسلوب المناقصة بأنواعها المختلفة والزيادة، أو بأسلوب الدعوى أو الاتفاق المباشر... الخ، أو بأساليب التي تنصّ عليها القوانين والتعليمات الخاصة بهذا الشأن.

(1) انظر نص المادة (339) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

(2) حمدي ياسين عكاشة، مشكلات إبرام العقود الإدارية والدولية، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، الهرم، 2015، ص 330.

(3) د. سعاد الشراوي، مصدر سابق، ص 260-261.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لبيان أساليب التعاقد في كل من فرنسا ومصر وكيفية اختيار الأسلوب المناسب للتعاقد، والثاني نخصصه لبيان أساليب التعاقد في العراق ودور الإدارة في اختيار الأسلوب المناسب من بينها كوسيلة مهمة من وسائل الإدارة لمنع الفساد المالي والإداري في تلك العقود.

المطلب الأول: أساليب التعاقد في القانون المقارن

في فرنسا ومصر يوجد نظامان رئيسيان لاختيار المتعاقد مع الإدارة، هما النظام المقيد والنظام غير المقيد، فالنظام الأول تكون الإدارة فيه مقيدة باتباع أسلوب معين في اختيار المتعاقد، وهذا الأسلوب يحدده المشرع (الاختصاص المقيد) مثل إلزام الإدارة بإبرام عقودها بطريق المناقصة أو المزايدة، أما في النظام الثاني فإن الإدارة تكون حرة وغير مقيدة بأسلوب محدد في إبرام عقودها، (الاختصاص التقديري) وفي هذه الحالة يترك للإدارة حرية اختيار الأسلوب المناسب الذي قد يكون على شكل الممارسة أو الدعوة المباشرة أو الاتفاق المباشر أو التفاوض⁽¹⁾.

ففي فرنسا يقسم الفقيه الفرنسي مارسيل فالين طرق إبرام العقود الإدارية إلى ثلاث طرائق رئيسية هي المناقصة أو المزايدة المفتوحة أو المقيدة، والممارسة، والاتفاق المباشر⁽²⁾، وفي تصنيف آخر في الفقه الفرنسي يركز على أسلوبين للتعاقد هما أسلوب المناقصات والمزايدات، وأسلوب التعاقد الحر الذي يشمل الدعوة للتعاقد وعقود المفاوضات، وعقود الدراسات، وهذه الصور من العقود تعد صوراً حديثة للتعاقدات الحكومية⁽³⁾.

وكانت المناقصة العامة في فرنسا هي الوسيلة أو الأسلوب الأكثر شيوعاً في أغلب عقود الإدارة حتى نهاية القرن التاسع عشر، لكونها الأسلوب الأكثر اتفاقاً مع المبادئ الأساسية للمذهب الحر الذي يرتكز على قاعدة المساواة أمام القانون⁽⁴⁾، إلا أن الوضع في فرنسا قد تغير، وأصبح المبدأ السائد هو حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، ما لم يوجد نص قانوني يلزمها بإبرام العقود عن طريق المناقصة⁽⁵⁾.

وهذا التدرج في الموقف الفرنسي بدأ منذ صدور مرسوم بتاريخ 1942/4/6 الذي رجح الاعتبارات المالية على الاعتبارات الإدارية للمرفق العام، وبموجب هذا المرسوم أصبحت المناقصة هي الأساس العام في التعاقد وأوجب رسو العملية على أقل العطاءات دون أن تكون للإدارة أي سلطة تقديرية تمكنها من اختيار المتعاقد معها فهي ملزمة باتباع المناقصة كطريق للتعاقد واختيار أقل العطاءات، ولكن في المرسوم الصادر بتاريخ 1956/3/13 منحت الإدارة الحق في عملية اختيار المتعاقدين معها، حيث خيرت باتباع أحد الأسلوبين المناقصة العامة أو الممارسة العامة، ومن ثم صدر منشور في 1957/3/21 تضمن تحديد الإدارة باتباع أسلوب المناقصات

(1) د. عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص 279-280.

(2) M. Waline, *Droit Administratif*, Op.cit, p.586.

(3) د. سعاد الشراوي، مصدر سابق، ص 262.

(4) د. عثمان ياسين علي، المصدر نفسه، ص 286.

(5) د. سعاد الشراوي، المصدر السابق نفسه، ص 265.

العامة في العقود البسيطة، وأوجب هذا المنشور اتباع الممارسة العامة في إبرام العقود الإدارية التي تتطلب مهارة فنية في تنفيذها، بعد ذلك أصدر المشرع الفرنسي قانون الصفقات العامة بالمرسوم الصادر في 1964/7/17 والذي حددت بموجبه طرائق إبرام العقود الإدارية، ولم يتطرق للأحكام الموضوعية للعقود الإدارية فقد بقيت ذات طبيعة قضائية وميز هذا المرسوم بين العقود قليلة الأهمية، التي لا تزيد قيمتها على مبالغ معينة، وتبرم بدون شكليات محددة وبين العقود كبيرة الأهمية التي يخضع إبرامها لنظام محدد تلتزم الإدارة باتباعه⁽¹⁾.

كما صدر قانون الصفقات العامة لسنة 2001 المعدل، والذي ألغى أسلوب المناقصات لإبرام العقود الإدارية إلا أنه أبقى على أسلوب المزايدة في إبرام عقود الصفقات العامة في المادتين (24 و 25) منه، كذلك أخذ هذا القانون في المادتين (54 و 56) بالمزايدة الإلكترونية التي تتعلق في الغالب بعقود التوريد التي يتعهد بمقتضاها المرشح الفائز بتوريد منقولات للإدارة مقابل ثمن معين، ويكون التناقص بين المرشحين خلال مدة زمنية تحددها الإدارة في كراسة الشروط، وتتم إجراءات المزايدة عن طريق الوسائط الإلكترونية، وتقدم أثمان مختلفة تكون معلومة لجميع المتقدمين، إلا أن هوية المزايد تكون محجوبة، ويبرم العقد مع المرشح الذي يقدم أقل سعر، وبالإضافة إلى أسلوب المزايدة والمزايدة الإلكترونية، تضمن القانون أساليب أخرى تقوم على مبدأ التفاوض بين المتعاقد والإدارة مثل أسلوب الممارسة والاتفاق المباشر، وأساليب أخرى جديدة نصت عليها المواد (32-38) من القانون المذكور، مثل أسلوب التفاوض التنافسي وأسلوب المسابقات⁽²⁾.

وتم تأكيد استبعاد أسلوب المناقصات العامة كطريق من طرق التعاقد بعد صدور تقنين العقود الإدارية العامة بالمرسوم الصادر بتاريخ 7/يناير/ 2004 والذي جعل الإجراء الرسمي للتعاقد الإداري هو الممارسة العامة، إضافة إلى الاتفاق المباشر والحوار التنافسي في بعض الحالات وبشروط خاصة⁽³⁾، لذا سنركز على مفهوم الممارسة وأنواعها، والاتفاق المباشر من خلال الآتي:

أولاً: مفهوم الممارسة العامة وأنواعها في فرنسا: عرف المشرع الفرنسي الممارسة في المادة (33) من تقنين العقود الإدارية الصادر سنة 2006 بأنها: "الإجراء الذي عن طريقه تستطيع السلطة المختصة اختيار المتعاقد مباشرة بدون تفاوض بناءً على معايير موضوعية معروفة مسبقاً للمرشحين"، وهي الأسلوب الأكثر شيوعاً في فرنسا خصوصاً بعد إلغاء أسلوب التعاقد عن طريق المناقصة، وتلجأ الإدارة لهذا الأسلوب عندما تبلغ القيمة التقديرية للعقد مبالغ مالية محددة، ففي عقود الأشغال العامة لا يمكن اتباع هذا الأسلوب إلا إذا تجاوزت القيمة التقديرية للعقد "4، 845، 000 يورو"، وبالنسبة لعقود التوريد والخدمات يجب أن يتجاوز مبلغ العقد 193، 00 يورو، هذه الحدود المالية بينتها المادة (26) من تقنين العقود الإدارية الصادر سنة 2006، والإدارة ملزمة باختيار أفضل المتقدمين إليها من الناحيتين الفنية والمالية، وذلك وفقاً لتلك المعايير الموضوعية وعليها أيضاً أن

(1) د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص 224.

(2) د. عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص 287.

(3) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص 61.

تسبب قرار اختيارها، وقد بينت المادة (53) من تقنين العقود الإدارية عدد من هذه المعايير منها الجودة، الثمن، القيمة الفنية للعرض، الخصائص الابتكارية، مدى التوافق مع حماية البيئة، الوقت اللازم للتنفيذ، خدمة ما بعد البيع (الصيانة)، الربحية، التكلفة الإجمالية للاستخدام، التكلفة على المدى البعيد، أمن الإمدادات، تاريخ وميعاد النقل، إمكانية خلق فرص عمل جديدة، وهذه المعايير يجب أن تعلن بطريقة صريحة وواضحة، وتوضع نسبة مئوية لكل معيار حتى تتمكن الإدارة من تحديد العطاء الأفضل من بين العطاءات المقدمة، ويمكن إضافة معايير أخرى تتناسب مع نوع العقد حتى ولو لم يتضمنها القانون إذا كان هنالك ما يبررها.

وبخصوص أنواع الممارسات في تقنين العقود الإدارية الفرنسي، فهي على نوعين، الممارسات المفتوحة والممارسات المقيدة، حيث تستطيع الإدارة المتعاقد أن تختار بينهما بكل حرية والفرق بين الممارسة المفتوحة والممارسة المقيدة هو أن الأولى يسمح من خلالها لكل من يرغب في التعاقد مع الإدارة بتقديم عطاءه، أما الثانية فلا تسمح إلا لمن تم اختياره مسبقاً من قبل الإدارة، ووفقاً للمادة (38) من تقنين العقود الإدارية الفرنسي تستطيع الإدارة إجراء الممارسة بشكل مسابقة ويتعلق هذا الأسلوب من التعاقد بأشياء لا يمكن تحديدها مسبقاً بمواصفات دقيقة، ويهدف إلى قيام الإدارة بتحديد احتياجاتها على أن يتولى الراعبون في التعاقد مع الإدارة اقتراح التعريف الدقيق لطبيعة هذه الاحتياجات، والإدارة ملزمة باحترام الشروط والقواعد التي وضعتها للمسابقة⁽¹⁾.

ثانياً: **التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر**: عرفت المادة (34) من تقنين العقود الإدارية الفرنسي الاتفاق المباشر بأنه: "الإجراء الذي من خلاله تستطيع الإدارة المتعاقدة أن تتفاوض مع المتنافس أو المتنافسين على شروط العقد المزمع إبرامه، تمهيداً لاختيار العطاء الأفضل"، وأسلوب التعاقد المباشر في فرنسا يعد أسلوباً استثنائياً ولا يمكن للإدارة أن تلجأ إليه إلا عندما تتحقق شروط نص عليها القانون، وهذه الشروط على نوعين فقد يتم الاتفاق المباشر مع ضرورة الإعلان المسبق وتوفر حالة المنافسة، وقد يتم هذا الاتفاق المباشر بدون هذا الإعلان المسبق، ولكل حالة من هذه الحالات شروطها الخاصة التي يجب أن تلتزم بها الإدارة وإلا عدّ تصرفها غير قانوني، ومخالفة الإدارة لهذه الشروط تشكل مخالفة للنظام العام، ويمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه فبالنسبة للشروط التي يجب توفرها في الاتفاق المباشر مع الإعلان المسبق قد بينتها المواد (34، 74، 84) من تقنين العقود الإدارية، والعقود التي يمكن أن يتم التعاقد المباشر مع الإعلان المسبق بشأنها هي:

- 1- عقود الأشغال العامة، والتوريد، والخدمات، التي أجريت لها ممارسات أو حوارات تنافسية باطلة، أي التي قدمت لها عطاءات غير قانونية أو مرفوضة أو غير ملائمة، وفي هذه الحالة يجب أخذ رأي المرشحين المتقدمين وعدم تغيير موضوع العقد، على أن تكون الإدارة قد اتبعت جميع الإجراءات التي من شأنها إنجاح الممارسة.
- 2- عقود الخدمات المعقدة، مثل بعض عقود الخدمات المالية أو العقود المتعلقة بالخدمات الفكرية أو الذهنية، لأن مواصفات هذه العقود لا تستطيع الإدارة تحديدها مسبقاً بشكل كاف.
- 3- عقود الأشغال والتوريد الخاصة بالأبحاث والتجارب التي لا تستهدف الأغراض التجارية الفورية.

(1) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص ص 145-150

4- عقود الأعمال والتوريد والخدمات المعقدة التي تكون المخاطر المصاحبة لتنفيذها حائلا دون تحديد ثمنها مسبقاً.

5- عقود الأشغال العامة التي تقع قيمتها التقديرية بين 230، 000 يورو و5، 900، 000 يورو.

وهناك عقود يمكن التعاقد بشأنها بطريق الاتفاق المباشر بدون الإعلان المسبق وهي:

1- العقود التكميلية، أي في حالة التجديد الجزئي لعقود التوريد، أو في عقود الأشغال العامة حال توفر الظروف الطارئة، على أن لا يتجاوز العقد التكميلي 50% من قيمة العقد الأصلي .

2- العقود المتماثلة، أي في حالة وجود عقود مماثلة وسابقة تم إبرامها مع نفس المتعاقد، ويجب أن يكون هذا العقد المماثل سبق إبرامه عن طريق الممارسة، والمدة التي تفصل بين العقد الأول والعقد المماثل له، لا تتجاوز ثلاث سنوات.

3- عقود الخدمات المبرمة مع الفائز أو الفائزين في المسابقة التي أعلنت عنها الإدارة.

4- عقود شراء المواد الأولية (الخام) والتي يتم شرائها عن طريق البورصات التجارية.

5- عقود لا تستطيع الإدارة إلا أن تبرمها مع شخص محدد بعينه، وذلك بسبب التقنية العلمية أو الفنية أو لحماية حقوق حصرية.

6- التعاقد في حالة الضرورة الملحة، التي لا تحتمل التأخير، والتي لا يمكن الانتظار معها لتطبيق المواعيد الخاصة بالممارسة أو الاتفاق المباشر مع الإعلان المسبق، وتوفر حالة الاستعجال من عدمه تخضع لرقابة القضاء الإداري⁽¹⁾.

أما بخصوص مصر، فإن جميع القوانين المنظمة لعمليات الشراء الحكومي منذ القانون رقم (236) لسنة 1954 ولائحته التنفيذية بالرقم 542 لسنة 1957، وكذلك القانون رقم 9 لسنة 1983 ولائحته التنفيذية، كانت تعدّ المناقصة العامة هي الطريق الأصلي الوحيد لتدبير احتياجات الإدارة من المنقولات ومقاولات الأعمال والنقل والخدمات، وبعد صدور القانون رقم (89) لسنة 1998 الذي أضاف الممارسة لتكون هي الأخرى طريقاً أصلياً للتعاقد، كما أجاز لها على سبيل الاستثناء ولوج طرق أخرى بقرار مسبب لتدبير احتياجاتها بالمناقصة المحدودة أو المحلية، والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر⁽²⁾.

(1) د. أيمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص 173-177.

(2) نصت المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 على: "يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة، ويصدر باتباع أي من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد. ومع ذلك يجوز استثناءً وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق الآتية: المناقصة المحدودة ب - المناقصة المحلية ج - الممارسة المحدودة د - الاتفاق المباشر، ولا يجوز في أي حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحتها لتنفيذية".

فالقاعدة العامة في مصر هي حرية الجهة الإدارية في اختيار المتعاقد معها، فهي تملك الالتجاء إلى أسلوب المناقصات العامة أو الممارسات العامة⁽¹⁾، أما بخصوص الأساليب الاستثنائية الواردة في القانون فإن الإدارة لا تستطيع إبرام عقودها بموجبها ما لم تتحقق الحالات التي نصّ عليها القانون، ويتحقق هذه الحالات المحددة، تستطيع الإدارة حينئذ أن تبرم عقودها بموجب تلك الأساليب، وسنبين بإيجاز أساليب التعاقد الأصلية والاستثنائية في التشريع المصري من خلال النقاط الآتية:

أولاً: المناقصة العامة: وهي من أهم طرق إبرام العقود الإدارية في مصر، وتقوم على مجموعة من الإجراءات التي تتسم بالعلانية والشفافية والمنافسة الحرة بين الراغبين في التعاقد، بقصد إرساء المشروع على أفضل العطاءات من الناحيتين المالية والفنية⁽²⁾ ويهيمن على هذه الطريقة مبدأ أساسي هو الآلية، بمعنى أن الإدارة إذا ما أرادت المضي في عملية التعاقد فهي ملزمة بالتعاقد مع من قررت لجنة البتّ إرساء العطاء عليه، وهذا ما يجعلها مختلفة عن الممارسة أو الاتفاق المباشر⁽³⁾.

ثانياً: المناقصة المحدودة: ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك على أشخاص بذاتهم، وتتبع بشأنها نفس الإجراءات المتبعة في المناقصة العامة ما عدا الإعلان، ففي المناقصة العامة يتوجب الإعلان في الصحف، أما المناقصة المحدودة فيكون الإعلان عنها بتوجيه دعوات إلى المشتغلين بالنشاط⁽⁴⁾.

ثالثاً: المناقصة المحلية: وهي طريق للتعاقد قرره المشرع المصري لتنشيط المقاولين والموردين المحليين الذين يقع نشاطهم داخل المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ العقد، حيث يقتصر الاشتراك في المناقصة المحلية على هؤلاء المقاولين والموردين⁽⁵⁾، وليس لها أي شروط خاصة سوى أن مبلغ العقد يجب ألا يزيد عن أربعمئة ألف جنيه مصري⁽⁶⁾ وتخضع في إجراءاتها إلى ذات الإجراءات المقررة للمنافسة العامة⁽⁷⁾.

(1) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص 63.

(2) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 577.

(3) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 617.

(4) نظم المشرع المصري أحكام المناقصة المحدودة بموجب المادة (3) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 وكذلك المواد (34، 35، 36) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

(5) د. فتحي عطية السيد مصطفى، الحلول العملية لمشكلات المناقصات والمزايدات الناشئة عن تطبيق القانون 89 لسنة 1998 وتعديلاته، ط9، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 210.

(6) كان الحد الأعلى للمنافسة المحدودة هو مائتا ألف جنيه مصري، إلا أن القانون رقم (191) لسنة 2008 الذي عدل بعض أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998، ليصبح الحد الأعلى هو أربعمئة ألف جنيه مصري، انظر : د. زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014، ص 165.

(7) وردت هذه الإجراءات في نصّ المادة (4) من قانون المناقصات والمزايدات المصري المعدل، وكذلك في المواد (37، 38، 39) من اللائحة التنفيذية له.

رابعاً: **الممارسة العامة:** وهي أسلوب أصلي للتعاقد مثلها مثل المناقصة العامة، والإدارة تستطيع تدبير احتياجاتها باستعمال هذا الأسلوب من دون إبداء أي مبررات أو أسباب دعيتها للتعاقد وفق هذا الأسلوب، وقد نظم المشرع الممارسة العامة بطريقة تضمن تحقيق المساواة وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة بين الراغبين في التعاقد على النحو المعمول به في المناقصة العامة، وتقدم عطاءات المتنافسين في مظروفين أحدهما فني والأخر مالي، وتقوم لجنة البتّ بفضّ المظاريف الفنية أمام الحاضرين من أصحاب العطاءات، وتتحقق من مطابقة العروض للمواصفات المطلوبة، وترفع تقرير بالقبول أو الرّفص إلى السّلطة المختصة للاعتماد، ثم إعلان ذلك والانتظار لمدة سبعة أيام عمل، ثم تعود لجنة البتّ للانعقاد لفضّ المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنياً بحضور أصحاب العطاءات ومندوبيهم، ومن ثم تقوم اللجنة بتوحيد أسس المقارنة بين العروض الفنية المقبولة وإعلانها، وللتوصل إلى أقل الأسعار وأفضل الشّروط، تقوم اللجنة في جلسة علنية بتلاوة أقل الأسعار وتعرضه على صاحب المظروف الأول، ثم الثاني، ثم الثالث، إلى أن تصل إلى صاحب العرض الأقل سعراً وهو آخر من يتم عرض السّعر عليه، ولا تسمح اللجنة بمرور السّعر على صاحب العرض دون أن ينزل بسعره عن آخر سعر وصلت إليه اللجنة، ويؤخذ توقيعه على هذا الأمر، وتستمر اللجنة في دورتها حتى لا يبق إلا صاحب العطاء الأقل سعراً، فتطلب منه الوصول إلى آخر سعر يقبل التنفيذ به، ويتم عمل محضر بذلك ويوقع عليه صاحب العطاء، ثم تقوم اللجنة بدراسة هذه الأسعار وما توصلت إليه من تقييم للمظاريف الفنية للوصول إلى أفضل الشّروط وأقل الأسعار، وترفع توصياتها إلى السّلطة المختصة للاعتماد⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الممارسة العامة قد تكون داخلية أو خارجية، كما هو الحال في المناقصة العامة، فعندما تكون الممارسة العامة داخلية يجب أن يشترك في لجنة البتّ ممثل عن وزارة المالية إذا كانت قيمتها أكثر من مائتين وخمسين ألف جنيه، أما إذا تجاوز مبلغها خمسمائة ألف جنيه فيجب إشراك عضو من إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة، أما إذا كانت الممارسة العامة خارجية فيجب أن يشترك في اللجنة عضو عن وزارة المالية وعضو عن إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة إذا كان مبلغها يتجاوز المليون جنيه⁽²⁾.

خامساً: الممارسة المحدودة: تعد الممارسة المحدودة وفقاً لنصّ المادة الأولى من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري التّأخذ، أسلوباً استثنائياً للتعاقد تلجأ إليه الإدارة في حالات محددة⁽³⁾، على سبيل الحصر وبقرار

(1) د. فتحي عطية السيد مصطفى، المصدر نفسه، ص 212.

(2) د. ايمن محمد او حمزة، مصدر سابق، ص 142.

(3) حددت المادة الخامسة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1989، الحالات التي يجوز فيها للإدارة التعاقد عن طريق الممارسة المحدودة وهي: 1- الأشياء التي لاتصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم. 2- الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها. 3- الأعمال التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم. 4- التعاقدات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرّية.

مسبب من السلطة المختصة، حيث تواتر إفتاء اللجنة الأولى لقسم الرأي بمجلس الدولة على أنه لا يجوز اللجوء إلى أسلوب الممارسة المحدودة كأحد الطرق الاستثنائية إلا بناءً على قرار مسبب يبرر ذلك في الحالات المحددة قانوناً على سبيل الحصر (فتوى رقم 355 في 2000/7/18 والفتوى رقم 418 في 2002/8/17⁽¹⁾)، وتخضع الممارسة المحدودة لكافة الأحكام والشروط العامة للمناقصات والممارسات العامة⁽²⁾، باستثناء مسألة الإعلان التي سنتحدث عنها لاحقاً.

سادساً: الاتفاق المباشر: تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في الحالات العاجلة التي لا تحتمل التأخير، فلها أن تتعاقد مع من تشاء من المتعاقدين، ولكن في حدود مالية معينة، ومن دون أن تتقيد بإجراءات المناقصات والممارسات، أي أنها تستطيع أن تتحرر من كل الشكليات التي تفرض عليها من خلال التشريعات المنظمة للمناقصات والممارسات العامة، وتعاقدتها بهذا الأسلوب يشبه تعاقد الأفراد العاديين في إبرام عقودهم الخاصة وبذلك يعدّ هذا الأسلوب أسلوباً استثنائياً للتعاقد عندما لا يكون بمقدور الإدارة اتباع إجراءات المناقصات والممارسات العامة، مثل توريد الأدوات الكتابية والمكتبية التي يجب توفيرها قبل بدء العام الدراسي، وفي حالة احتكار المتعاقد للمواد التي تحتاجها الإدارة، أو في حالة احتكاره لاختراع معين أو في الحالة التي يتطلب فيها العقد خبرات أو مهارات معينة، أو عندما تفرض السرية على محل العقد خصوصاً في العقود المتعلقة بأمن الدولة وقواتها العسكرية، أو عندما يكون الاعتبار الشخصي أمراً مطلوباً في التعاقد⁽³⁾، وتخضع الإدارة عندما تختار هذا الأسلوب من التعاقد للعديد من الصوابط، منها موافقة السلطة الإدارية المختصة على استخدامه وكذلك التقيد بحدود مالية محددة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: أساليب التعاقد في العراق

هناك عدة أساليب للتعاقد متاحة أمام الإدارة في العراق عندما ترغب في إبرام عقودها الحكومية، لإشباع الحاجات العامة، وتسيير المرافق العامة، وهذه الأساليب محددة على سبيل الحصر في القانون، ولا يمكن للإدارة أن تلجأ إلى أساليب مغايرة، أو أن تبتكر طريقاً جديداً للتعاقد لم ينص عليه القانون، أو تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة، وهذه الأساليب تكون قيدياً على حرية الإدارة في التعاقد واختيار المتعاقد معها، سواء كان هذا المتعاقد شخصاً عاماً أو خاصاً وسواء كان وطنياً أم أجنبياً، لأن المشرع يلزم الإدارة باختيار أفضل العروض من

(1) د. فتحي عطية السيد مصطفى، مصدر سابق، ص 213.

(2) انظر المادة (6) من قانون المناقصات والمزايدات المصري النافذ وكذلك المواد 46، 47، 48، 49 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

(3) د. ايمن محمد ابو حمزة، مصدر سابق، ص 163-165.

(4) انظر المواد (7) و (8) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري وكذلك المواد (50، 51، 52) من اللائحة التنفيذية له.

النّاحيتين الفنية والمالية، لتحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾، وترد أساليب التّعاقد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية التي تصدرها وزارة التّخطيط العراقية، استناداً إلى الفقرة (1) من القسم (14) من قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004، وصدرت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2007 الملغاة ووردت في المادة (4) منها أساليب التّعاقد وهي: المناقصة العامة، المناقصة المحدودة، الدعوة المباشرة، أسلوب العطاء الواحد (العرض الواحد)، لجان المشتريات، وبالإضافة إلى هذه الأساليب أضافت المادة (4) من تعليمات رقم (1) لسنة 2008 الملغاة أسلوباً جديداً هو المناقصة بمرحلتين⁽²⁾، ولكن ما هي أساليب التّعاقد المتاحة حالياً أمام الإدارة في العراق؟ بالرجوع إلى نصّ المادة الثالثة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، يتضح أن هذه الأساليب أو الطّرق هي: المناقصة العامة والمحدودة والمناقصة بطريقة التّأهيل الفني وبمرحلتين والدعوة المباشرة، وكذلك التّعاقد بأسلوب العطاء الواحد (العرض الوحيد)، أسلوب التّعاقد المباشر، أسلوب الشراء المباشر من الشّركات الرّصينة، وأخيراً لجان المشتريات، وبذلك فقد تم إضافة ثلاثة أساليب جديدة إلى المتقدم ذكرها والتي نصّت عليها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العام 2007 و2008، وهي: أسلوب المناقصة بطريقة التّأهيل الفني، أسلوب التّعاقد المباشر، أسلوب الشراء المباشر من الشّركات الرّصينة، وسنبحث هذه الأساليب في النّقاط الآتية:

أولاً: المناقصة العامة: لقد أحاط المشرع العراقي موضوع المناقصة العامة كأسلوب من أساليب التّعاقد بأهمية كبيرة تتسجم مع ما يترتب عليه من آثار، نظراً للمبالغ الكبيرة التي يتم التّعاقد بها وفقاً لهذا الأسلوب، ومنحت صلاحية اللجوء إليها إلى رئيس جهة التّعاقد أو من يخوله، على أن يتم اقتراح هذا الأسلوب من قبل رئيس التّشكيل الإداري للعقود، ويتم تنفيذ هذا الأسلوب بإعلان الدّعوة العامة لجميع الراغبين في التّعاقد ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة، كما أن إجراءاتها يجب أن تتسم بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح، وتلتزم الإدارة أيضاً بعدم تجاوز الأسقف المالية التي تقرّها تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية⁽³⁾، وحددت تعليمات تنفيذ الموازنة العامة الاتحادية لعام 2017 في المادة (3/ رابعاً) قيمة العقد في المناقصة العامة الذي يجب أن يكون أكثر من 100،000،000 مائة مليون دينار عراقي، مع مراعاة ما جاء في قرارات مجلس الوزراء المرقمة 90 لسنة 2009 و 372 لسنة 2011 و 56 لسنة 2012.

(1) د. عثمان سلمان غيلان، الأحكام التفصيلية في شرح التّعاقدات الحكومية، مطبعة السيماء، بغداد، شارع المنتبى، 2015، ص54.

(2) انظر نصّ المادة الرابعة من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2007 الملغاة نشرت في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4039 في 2007/8/14 وكذلك المادة (4) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 .

(3) انظر نصّ المادة (3/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

ويعد أسلوب المناقصة العامة الأسلوب الأكثر شيوعاً في العراق لإبرام الإدارة للعقود الحكومية، ويعتقد أن السبب في تفضيل هذا الأسلوب يرجع إلى توفيره لضمانات ذات بعدين أولهما أحكام العقد من جوانبه كافة مما يهيئ المتعاقد الكفاء، الذي يحقق غاية الإدارة من التعاقد، وثانيهما أن هذا الأسلوب سواءً كان على المستوى الوطني أم الأجنبي فإنه يحقق تكافؤ الفرص بين مقدمي العطاء.⁽¹⁾

ثانياً: المناقصة المحدودة: يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب عندما تكون السلع أو الخدمات الاستشارية أو المقاولات متوفرة لدى جهات محدودة من حيث الاختصاص، على أن يتم تقديم العطاءات وفق المواصفات والشروط المعدة من قبل الإدارة الرّغبة في التعاقد، ويتم الإعلان عن المناقصة المحدودة لجميع الرّغبين في الاشتراك ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة، وتتم من خلال اتباع إجراءين هما:

1- الإجراء الأول هو تسليم الوثائق الخاصة بالتأهيل القانوني والفني والمالي للمشاركين في المناقصة، ويتم تقييم هذه الوثائق من قبل لجنة مختصة في جهة التعاقد لاختيار ثلاثة مؤهلين تنطبق عليهم شروط التأهيل القانوني والفني والمالي للاشتراك في الإجراء الثاني.

2- أما الإجراء الثاني فيتمثل في قيام جهة التعاقد بدعوة كل الأشخاص أو الشركات المؤهلة لتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية لتتم دراستها وتقييمها ومن ثم رسو العقد على أحدهم⁽²⁾.

وبذلك فإن المناقصة المحدودة تختلف عن المناقصة العامة، في أن عدد المشاركين فيها محدود ويتم التّأكد من صلاحيتهم للمشاركة من النّواحي القانونية والفنية والمالية، وتملك الإدارة سلطات واسعة في اختيار المتعاقد معها وفقاً لهذا الأسلوب، لتتمكن من التّوصل إلى المتعاقد الذين يملك كفاءة فنية خاصة تتطلبها بعض التّعاقدات الحكومية، واتباع هذا الأسلوب يوفر حماية كبيرة للمال العام⁽³⁾.

ثالثاً: المناقصة العامة بطريقة التّأهيل الفني : ورد أسلوب التّعاقد هذا في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النّافذة، ولم يكن منصوصاً عليه في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنتي 2007 و 2008، ولم نجد لهذا الأسلوب تطبيقاً مماثلاً في التّشريعات الفرنسية والمصرية⁽⁴⁾، وللإدارة المتعاقدة الحق في اتباع هذا الأسلوب إذا تم اقتراحه من قبل رئيس التّشكيل الإداري لقسم العقود لديها لتحقيق المصلحة العامة، مع مراعاة أن المبلغ الذي ستحال به المناقصة يجب أن يزيد عن مائة مليون دينار، وجهة التّعاقد ملزمة بالإعلان عن المناقصة إلى جميع الرّغبين في الاشتراك، على أن يطلب من الرّغبين في التّعاقد تقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية بظرفين منفصلين، ومن ثم تقوم لجان التّحليل في جهة التعاقد بفتح العطاءات الفنية ودراستها لمعرفة المناقصين المؤهلين والذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة، ويجب أن لا يقل عددهم عن ثلاثة، ومن ثم تفتح العطاءات التجارية للمناقصين المؤهلين من قبل لجان

(1)د. سعد العطية، الرّقابة على الإنفاق العام، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2016، ص 153.

(2)انظر نصّ المادة (3/ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(3)د. سعد العطية، مصدر سابق، ص 159-160.

(4)د. عثمان سلمان غيلان، مصدر سابق، ص 68.

التحليل لاختيار العطاء الأفضل من بينها، أما المناقصون غير المؤهلون فلا يجوز فتح عطاءاتهم التجارية وتعاد إليهم دون أن تفتح⁽¹⁾.

رابعاً: **المناقصة بمرحلتين**: يعدّ هذا الأسلوب من الأساليب الحديثة في التعاقد لإنجاز المشاريع التي يصعب على جهة التعاقد إعداد مواصفاتها الفنية أو تصاميمها، وكذلك المشاريع ذات المستوى التكنولوجي المعقد والمشاريع التخصصية ذات الطبيعة العلمية المتطورة، ومن الممكن أن يسبق هذا الأسلوب (التأهيل المسبق) إخضاع المناقصين لمعايير التأهيل القانوني والفني والمالي، والمرحلة الأولى للمناقصة تبتدأ بإعلان الإدارة دعوتها العامة لجميع الراغبين في التعاقد لتقديم عطاءاتهم الفنية على أساس التصاميم الأولية والمتطلبات الوظيفية، أو وصف عام لمراحل تنفيذ العمل، وتدرس العطاءات المقدمة من قبل لجنة فنية متخصصة لاختيار العطاءات المناسبة من بينها، ولم يشترط فيها حدّ أدنى لعدد العطاءات المناسبة كما هو الحال في أسلوب المناقصة المحدودة و المناقصة العامة بطريقة التأهيل الفني، ويتم اختيار العطاءات المناسبة وفقاً لمعايير التأهيل الفني والمالي والقانوني والأعمال الممثلة، كما أن جهة التعاقد تستطيع في هذه المرحلة تعديل التصميم الأولي والمواصفات الفنية وتعديل الكلفة التخمينية إذا تطلب الأمر من خلال إجراء عملية تفاوض فني مع مقدمي العطاءات، أما المرحلة الثانية فيتم فيها دعوة مقدمي العطاءات الذين تم قبول عطاءاتهم الفنية، بشكل مباشر ويطلب منهم تقديم عطاءاتهم التجارية وفقاً لوثائق المناقصة المعدلة، ومن ثم السير في عملية التعاقد⁽²⁾، ويثار لبس حول تشابه هذا الأسلوب مع أسلوب المناقصة المحدودة، والحقيقة أن الأسلوبين مختلفين، وأهم فارق يميز بينهما، هو أن الإدارة عندما تلجأ إلى أسلوب المناقصة المحدودة يكون لديها تصور واضح عن المشروع، بعكس حالة اللجوء إلى أسلوب المناقصة بمرحلتين، حيث لا يكون للإدارة علم أو تصور واضح عن العمل المزمع تنفيذه، لذا نراها تلجأ إلى الاستعانة بالمشاركين من ذوي الخبرة والاختصاص خصوصاً في المشاريع المعقدة لتأخذ منهم الأفكار والتصورات لتختار نموذجاً من النماذج المقدمة، وقد تجرى عليه تعديلات فنية ومالية ومن ثم تعمد إلى تنفيذه⁽³⁾.

خامساً: الدعوة المباشرة: يتم هذا الأسلوب بتوجيه دعوة مباشرة لما لا يقل عن ثلاثة مقاولين، أو استشاريين أو مجهزين معتمدين لتنفيذ مشاريع محددة، وذلك لتمتعهم بالرصانة والكفاءة الفنية والمالية، فعندما يتطلب العقد سرية في إجراءات التعاقد والتنفيذ، يمكن للإدارة أن تلجأ إلى أسلوب الدعوة المباشرة، لكن لم يتم تحديد الجهة التي بإمكانها تصنيف العقود التي تتطلب إجراءات سرية سواءً على مستوى التعاقد أو التنفيذ، وهذا الأمر بحاجة إلى معالجة بضوابط ومعايير دقيقة، لمنع الفساد المالي والإداري، والتطبيقات العملية تؤكد استغلال الإدارة لهذا النص وإحالة الكثير من المشاريع التي تشوبها شبهات فساد مالي بداعي أن العقد يتطلب إجراءات سرية، أما المبرر الثاني لاتباع الإدارة لأسلوب الدعوة المباشرة فهو وجود أسباب أمنية تستدعي اللجوء إلى أسلوب الدعوة المباشرة،

(1) انظر نص المادة (3/ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(2) انظر نص المادة (3/رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(3) د. عثمان سلمان غيلان، مصدر سابق، ص 70-71.

فهو أيضا قد صيغ بعبارة فضفاضة تسمح للإدارة باتباع هذا الأسلوب من دون وجود قيد حقيقي أو ضابط دقيق يمكن إلزام الإدارة باتباعه عند اختيار التعاقد بهذا الأسلوب⁽¹⁾، أما بقية المبررات كحصول حالة طوارئ أو كوارث طبيعية، أو حالة حاجة الإدارة لتجهيز الأدوية والأجهزة والمستلزمات الطبية التخصّصية المنقذة للحياة، أو في حالة عزوف مقدمي العطاءات عن الاشتراك في المناقصات العامة المعلن عنها للمرة الثانية، أو عندما يسلم المناقصون عطاءات غير مستوفية للشروط والمواصفات وللمرة الثانية، وكذلك حالة العقود التخصّصية التي تصدر ضوابطها دائرة العقود الحكومية العامة وبالتنسيق مع اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء، والمبرر الأخير هو المشاريع الإستراتيجية والكبيرة التي تتطلب خبرات أجنبية والتي تحدد من اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء، وبالتنسيق مع وزارة التخطيط، والمنفذة من شركات عالمية رصينة ذات خبرة في هذا التخصّص مدة لا تقل عن خمس سنوات، ولديها أعمال مماثلة لا تقل عن ثلاثة مشاريع في هذا المجال⁽²⁾، فنلاحظ أنها قد صيغت بشكل لا يسمح للإدارة باتباع أسلوب الدعوة المباشرة بصورة كيفية، فهناك شروط وحالات دقيقة يجب التأكد من تواجدها قبل إعلان الإدارة رغبتها في التعاقد وفق هذا الأسلوب، وفي حالة تجاهل الإدارة هذه الشروط والمضي في عملية التعاقد من دون مراعاة المبررات المذكورة فإن عملها يوصف حينئذ بأنه غير مشروع، ويوجب مسؤوليتها.

سادساً: العطاء الواحد (العرض الوحيد) : تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما تكون السلع أو الخدمات الاستشارية أو المقاولات ذات طبيعة احتكارية، أو متوفرة لدى جهة معينة محتكرة تملك براءة الاختراع، أو الإجازة أو الحقوق الحصرية لها، وكذلك في حالة كون السلع أو المقاولات المطلوبة لأغراض الصيانة أو لتجهيز أدوات احتياطية لعقود سابقة، وحددت التعلّيمات الجهة المسؤولة عن إعطاء الموافقة باتباع هذا الأسلوب وهي اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة⁽³⁾، والجدير بالذكر أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية السابقة للسنوات 2007 و2008 قد نصّت على هذا الأسلوب، وكانت تعليمات 2008 تسمح للإدارة باللجوء إلى هذا الأسلوب ضمن تطبيقات محدودة جداً وتحت إشراف ومتابعة وزارة التخطيط، وكانت تعفي الجهة التي يتم التعاقد معها من تقديم التأمينات الأولية⁽⁴⁾.

سابعاً: التعاقد المباشر: عندما تقرر الإدارة إبرام عقودها باتباع أسلوب التعاقد المباشر الذي يعد أسلوباً استثنائياً، لأنها توجه الدعوة إلى جهة واحدة، للتعاقد وفق هذا الأسلوب، ولكن يجب الحصول على موافقة اللجنة القطاعية المختصة في مجلس الوزراء، وبتوصية من اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على الإحالة للعقود الاستيرادية

(1) انظر نصّ المادة (3/خامساً/أ، ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(2) انظر نصّ المادة (3/خامساً/ج، د، هـ، و، ز) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(3) انظر نصّ المادة (3/سادساً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(4) د. عثمان سلمان غيلان، مصدر سابق، ص 82.

أو المحلية لتجهيز السلع أو الخدمات ذات الطابع التخصصي غير المحكرة، وفق شروط محددة⁽¹⁾ يجب توفرها لتتمكن الإدارة من التعاقد وفق هذا الأسلوب.

ثامناً: الشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة : وهذا الأسلوب تمت إضافته في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة ولم تنص عليه التعليمات السابقة وهو أسلوب خاص بالشركات العامة التي تمارس النشاط الاستيرادي التجاري، والذي يكون هدفه تحقيق الربح، حيث سمح بموجب هذا الأسلوب للشركات العامة الشراء بشكل مباشر من الشركات المصنعة الرصينة على أن تتم مصادقة هذه التعهدات من قبل مجلس إدارة الشركة العامة، ولهذه الأخيرة التفاوض على الأسعار مع الجهات التي يتم التعاقد معها بهذا الأسلوب لتنفيذ مشاريعها أو تعاقداتها، إذا كان مبلغ العطاء أعلى من الكلفة التخمينية المخصصة للتعاقد⁽²⁾.

تاسعاً: لجان المشتريات: نصت المادة 3/تاسعاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة على: "يتم استخدام هذا الأسلوب لتجهيز دوائر الدولة بالسلع والخدمات والأعمال وحسب الضوابط الواردة في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية للسنة المعنية"، من خلال النص المذكور يتضح أن الإدارة ملزمة باتباع الضوابط التي توردها تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية، وقد ورد في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية لسنة 2017 إلزام الوزارات الاتحادية والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظات بشراء احتياجاتها من منتجات الوزارات الاتحادية، أو المنتج المحلي مع مراعاة النوعية والجودة، وفي حالة اعتذار الوزارات عن تجهيز السلع والخدمات، يكون الشراء وفق آلية معينة تم تحديدها بموجب التعليمات المشار إليها⁽³⁾.

(1) انظر نص المادة (3/سادساً/أ، ب، ج، د، هـ، و) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(2) انظر نص المادة (3/ثامناً/أ، ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014.

(3) نصت المادة (1/3) من تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية لسنة 2017، الصادرة من وزارة المالية استناداً لنص المادة 45 من قانون الموازنة الاتحادية رقم 44 لسنة 2017، والمبلغ إلى الوزارات كافة بموجب الكتاب رقم 10245 بتاريخ 2017/1/17. على: (1- إذا كان مبلغ السلع أو الأعمال أو الخدمات يقل عن (2,000,000) مليوني دينار فيحق للإدارة تأمين هذه السلع أو الخدمات دون توسط لجان المشتريات لضالة المبلغ. 2- إذا كان المبلغ يزيد عن (2,000,000) مليونين دينار ويقل عن (10,000,000) عشرة ملايين دينار فيمكن للإدارة تأمين احتياجاتها من خلال تشكيل لجان مشتريات ولا يشترط تقديم عروض في هذه الحالة. 3- أما إذا كان المبلغ يزيد على (10,000,000) عشرة ملايين دينار ولحد (100,000,000) مائة مليون دينار فيكون من خلال لجان المشتريات مع وجود ثلاثة عروض على الأقل لاختيار العرض الأفضل من بينها من ناحية السعر والجودة، ويشترط تأييد لجنة الاعتدال للأسعار التي تشكل في جهة التعاقد لهذا الغرض)).

خاتمة

لقد خالصنا من بحثنا هذا إلى النتائج والمقترحات الآتية:

أولاً: النتائج

- 1- يعد مبدأ المساواة بين المتعاقدين من المبادئ الأساسية التي نصت عليها التشريعات المقارنة وأكدت أحكام القضاء الإداري سواءً في فرنسا أو مصر، وقد أخذ المشرع العراقي بهذا المبدأ إذ نصّ عليه في الدستور النافذ وفي قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004، وفي تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2007 (الملغاة)، وفي تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 (الملغاة)، وأشارت إليه بشكل ضمني تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة رقم (2) لسنة 2014، لذا يعد هذا المبدأ قيداً يرد على حرية الإدارة في التعاقد في كل من فرنسا ومصر والعراق.
- 2- على الرغم من أهمية مبدأ المساواة بين المتعاقدين فقد وردت عليه عدة استثناءات في كل من العراق ودول المقارنة، ولاحظنا أن جميع الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ لها ما يبررها.
- 3- في فرنسا ومصر يوجد نظامان رئيسيان لاختيار المتعاقد مع الإدارة، هما النظام المقيد، والنظام غير المقيد، فالنظام الأول تكون الإدارة فيه مقيدة باتباع أسلوب معين في اختيار المتعاقد، وهذا الأسلوب يحدده المشرع (الاختصاص المقيد) مثل إلزام الإدارة بإبرام عقودها بطريق المناقصة أو المزايدة، أما في النظام الثاني فإن الإدارة تكون حرة وغير مقيدة بأسلوب محدد في إبرام عقودها، (الاختصاص التقديري) وفي هذه الحالة يترك للإدارة حرية اختيار الأسلوب المناسب للتعاقد.
- 4- هنالك عدة أساليب للتعاقد متاحة أمام الجهات الإدارية المتعاقدة في العراق عندما ترغب في إبرام عقودها الحكومية، وهذه الأساليب وردت على سبيل الحصر، ولا يمكن للإدارة أن تلجأ إلى غيرها من الأساليب أو أن تبتكر طريقاً جديداً للتعاقد لم ينصّ عليه في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة.
- 5- لازال أسلوب المناقصة العامة هو الأسلوب الأكثر شيوعاً في العراق عندما تريد الإدارة إبرام العقود الحكومية، إلا أن هذا الأسلوب قد تم التخلي عنه في فرنسا منذ صدور تقنين العقود الإدارية العامة الصادر في عام 2004، والذي جعل الإجراء الرسمي للتعاقد الإداري هو الممارسة العامة، إضافة إلى الاتفاق المباشر والحوار التنافسي، وقد سبق هذا القانون قانون آخر نصّ على أساليب حديثة للتعاقد منها المزادات الإلكترونية والمسابقات .. الخ .

ثانياً: المقترحات

- 1- إن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة رقم (2) لسنة 2014 لم تشر صراحةً إلى مبدأ المساواة بين المتعاقدين، بل ذكرت أن الإجراءات في المناقصة العامة يجب أن تتصف بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح، لذا نتمنى من وزارة التخطيط إجراء تعديل على تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة والنص بشكل صريح على هذا المبدأ.
- 2- تفعيل مبدأ المساواة بين المتعاقدين لكونه أمراً ضرورياً ولازماً في العراق، حيث أن عدم تفعيله يؤدي إلى التشكيك في نزاهة وحيدة القائمين على التعاقد، ويفتح باب الفساد الإداري والمالي في التعاقدات الحكومية.
- 3- يجب التقييد بالاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة بين المتعاقدين والتي فرضتها متطلبات ودواعي المصلحة العامة، وعدم التوسع أو القياس عليها عند إبرام التعاقدات الحكومية.
- 4- تفعيل دور أجهزة الرقابة لتحسين إجراءات التعاقد، وخصوصاً في مجال اختيار المتعاقدين، وتفعيل النصوص العقابية بحق من يريد المساس بسلامة التعاقدات الحكومية.
- 5- الاستفادة من تجارب الدول المقارنة في تطوير أساليب التعاقد وتبسيط إجراءاتها، وعدم الاكتفاء بالأساليب الحالية وذلك لمواكبة التطور الحاصل في هذا المجال، فإدخال أساليب جديدة للتعاقد في العراق يتيح للإدارة حرية أكبر في اختيار المتعاقدين، فضلاً عن السرعة والدقة التي توفرها بعض أساليب التعاقد الإلكتروني المعمول بها في الدول المقارنة.