

جامعة تكريت
كلية الإدارة والاقتصاد
قسم إدارة الأعمال

إدارة العقود الحكومية

المرحلة الرابعة / إدارة أعمال
مدرس المادة : م. كفاح عباس الجنابي
للعام الدراسي ٢٠١٨/٢٠١٩

الفصل الأول

مفهوم العقد الحكومي (الاداري)

ان من اسمى الوظائف التي تقوم بها الجهات الادارية هو اشباع الحاجات العامة للمواطنين وكفل لها المشرع تحقيق هذه الغاية لذا تلجأ الادارة الى العقود الادارية لتنفيذ مشروعاتها وتسيير مرافقها العامة وتحقيق غاياتها .

والعقد الاداري شأنه شأن العقد المدني ، من حيث العناصر الاساسية لتكوينه ولا يعدو ان يكون توافق ارادتين بإيجاب وقبول لإنشاء الالتزامات التعاقدية بين الطرفين قائمة على التراضي . وليس من اليسير التوصل إلى معرفة ماهية العقد الإداري ، وذلك لعدد من الأسباب أولها إن الإدارة العامة لا تبرم عقوداً إدارية فقط وإنما تعقد كذلك عقوداً مدنية من عقود القانون الخاص التي تخضع لإحكام القانون ((ومن حيث إن الذي ينبغي لنا المبادرة إلى التنبية إليه هو إن ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة بعقد إداري حكماً فكثيراً ما تلجأ هذه الجهة إلى إبرام عقود بينها وبين جهة أخرى أو بينها وبين بعض الأشخاص في ظل قواعد القانون الخاص فيختص بها قاضي في القانون الخاص ولا تعني بأمرها مبادئ القانون الإداري . وليس بكاف أبداً مجرد إن يكون احد طرفي التصرف شخصاً إدارياً عامة للقول بان هذا التصرف أو العقد إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام ، وتختص حتماً بالفصل في منازعات هذه المحكمة فالشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما يبرم عقداً إدارياً سواء)) فقد تلجأ الادارة الى ابرام بعض العقود ذات الطبيعة المدنية او التجارية ولا تظهر في العقد كسلطة عامة بل كطرف مساو للطرف الاخر . أما من حيث العناصر فيستلزم العقد الإداري توافر عناصر أخر بالإضافة إلى عنصر الرضا ، بان يكون احد أطرافه شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام وان يكون موضوعه مرفق عام وان يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون العادي.

وعليه يتضح أن العقد الإداري ليس هو عقد الإدارة ولا عقد الأفراد وإنما هو عقد يتوافر على مجموعة من الخصائص المحددة للإدارة في علاقتها مع المتعاقد معها ومهما تعددت هذه المميزات أو الخصائص فإن أهمها هو خاصية المصلحة العامة أو النفع العام وخاصية السلطة العامة . ومن الجدير بالذكر أن هناك اختلافاً جوهرياً بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من خلال الهدف منها فالأولى تهدف إلى التنظيم والتأسيس إما الثانية فتهدف إلى تحقيق الربح المادي . كما أن المصلحة العامة هي من اختصاص الإدارة وحدها والمحرك الأساسي لنشاطها وسبب وجودها وسر امتيازاتها فالمشرع لا يعترف للإدارة بامتيازات السلطة العامة إلا من أجل الحاجات العامة للمواطنين .

لذلك فان العقد الإداري لا يمكن وصفه هيمنة للإدارة في التعاقد مهما اعترف لها المشرع بامتيازات وإنما هو توفيق بين المصالح العامة والسلطة العامة .

تعريف العقد الإداري

ان مفهوم العقد الإداري لا يختلف عن مفهوم العقد المدني فهو يعبر عن توافق ارادتين تتجهان الى احداث اثار قانونية معينة بأثناء التزام او تعديله ، الا ان ذلك لا يعني التطابق بينهما فالعقد الإداري يتميز بنظام قانوني خاص كونه يخضع للقضاء الإداري ويختلف من حيث نشاطه واطرافه والاثار المترتبة عليه ، لذا عرف جانب من فقهاء القانون العقد الإداري بأنه عمل قانوني شاركت في صنعه ارادتان متكاملتان ارادة الإدارة و ارادة المتعاقد معها وتقوم على فكرة التراضي . ويذهب البعض الى ان العقد الإداري تتوافر فيه صفة العقد بالمعنى المعروف في القانون المدني فتعريف العقد عموماً " يصدق بالنسبة للعقود الإدارية كما هو الشأن في عقود القانون الخاص . كما عرفه جانب اخر من الفقه بأنه ((عقد مبرم بين شخصين من اشخاص القانون العام ، بقصد تسيير مرفق عام او تنظيمه)) .

وعرفه اخرون 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 مألوفة في تلك النصوص)) .

ويخلص جانب من الفقه الى تعريف العقد الإداري بأنه ((عقد يبرمه شخص من اشخاص القانون العام مع شخص اخر بقصد تسيير او تنظيم او المساهمة في تسيير مرفق عام تظهر نية اطرافه للأخذ بأسلوب القانون العام)) .

وتأسيساً على ما سبق يمكن القول بان العقد الإداري هو ذلك العمل القانوني الذي تتدخل بوساطته الإدارة في ممارسة نشاطها و الذي يختلف عن باقي الأعمال الإدارية الأخر انطلاقاً من كونه يقوم على أسس بسبب هيمنة السلطة العامة نتيجة لطابعه التعاقدية وانطلاقاً من انفراده بخصائص لا مثال لها في مجال علاقات التعاقد القائمة بين الخواص .

ونرى هو عبارة عن توافق ارادتين الاولى لاحد اشخاص القانون العام والثانية لشخص معنوي او طبيعي خاص بقصد تنظيم او تسيير مرفق عام او ادارته يتميز بنظام قانوني خاص من حيث اسلوب التعاقد واجراءاته وشروطه .

ولم تظهر فكرة العقود الإدارية إلا عندما ظهر القضاء الإداري بوصفه قضاء " مستقلاً" مختص بالفصل في المنازعات الإدارية من خلال مجلس الدولة الفرنسي لذا فهي نظرية حديثة العهد كما

أن القانون الإداري كان قانوناً حديثاً لم تستقر أحكامه ومبادئه آنذاك ، لذا لجأ إلى القانون المدني للفصل في ما هو معروض عليه إما صراحة" أو التسليم فيها ببعض المبادئ . وهذا التطور والنمو المستمر كان وراء صعوبة تعريف العقد الإداري. وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا في العراق في الكثير من أحكامه على ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تعريف العقد الإداري بأنه ((كل اتفاق يبرمه احد الأشخاص المعنوية العامة لغرض تسيير مرفق عام على إن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام أما بتضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص أو السماح للمتعاقد معها بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)).

وقد نصت محكمة القضاء الإداري في العراق بحكمها الصادر بتاريخ ١٩٦١/٦/٤ على ان ((العقد الإداري هو اتفاق يبرمه شخص من أشخاص القانون العام مع أحد الأشخاص أو الهيئات بقصد تسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وتظهر نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص)).

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة القضاء الإداري العراقية قد رددت هذه الضوابط في أحكام كثيرة ، كما قررت الجمعية العمومية في احكام كثيرة لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة العراقي أنه ((العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام، وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة، ومركز المتعاقدين فيه غير متكافئ، إذ يجب أن يراعي فيها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد، وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه، ونفسيره)).

وتأسيساً على ما تقدم فقد استقر الفقه والقضاء في تعريفه للعقد الإداري بأنه اتفاق يكون احد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد ادارة احد المرافق العامة أو تسييرها وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد ، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد ، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير ، لا يتمتع بها أو تعاقد مع غيره من الأفراد ، كان يكون صاحب احتكار فعلي ، أو بمنحه الحق في الاستيلاء على بعض العقارات المحكومة للغير مدة مؤقتة.

وقد تأكد هذا التحديد للعقود الإدارية في قضاء المحكمة الدستورية العليا الذي ذهبت فيه إلى أن العقد الإداري هو الذي يكون احد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وان يتسم هذا العقد بالطابع المميز للعقود الإدارية ، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص.

وفي ضوء ما سبق يمكننا تعريف العقد الإداري بأنه اتفاق بين طرفين احدهما جهة الإدارة ممثلة في شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام او تنظيمه ويتم إبرامه وتنفيذه بأسلوب القانون العام من خلال تضمين شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

اما بالنسبة للتعريف التشريعي للعقد الاداري فان غالبية التشريعات قد تجنبت ذكر تعريف محدد للعقود الادارية واكتفت بتعداد انواعها وبيان خصائصها .

أما في العراق فان موضوع العقود الإدارية كسائر موضوعات القانون الإداري يكتنفه الغموض وعدم الوضوح سواء على صعيد القضاء أم على صعيد التشريع ذلك إن موقف القضاء العراقي من مجمل موضوعات العقود الإدارية غير مستقر على حال ولا بد من الإشارة إلى أن المحاكم لدينا تطبق ما تراه من قواعد القانون الخاص على العقود الإدارية دونما حرج. وتارة ثانية تطبق قواعد القانون العام والخاص سوية عليها. هذا بالإضافة الى عدم توافر النصوص التشريعية وقتلتها بالنسبة لموضوع العقود الإدارية ويتبين من خلال ذلك أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة.

واستمر خضوع العقود الإدارية للقضاء العادي حتى بعد صدور التعديل الثاني لمجلس شوري الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ حيث اختصت محكمة القضاء الإداري بوصفها احدى هيئات المجلس بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الصادرة من جهة الإدارة بإرادتها المنفردة واستثنيت العقود الإدارية من النظر فيها إذ نصت المادة السابعة / البند الثاني/ الفقرة (د) من القانون أعلاه على إن (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ هذا القانون الذي لم يعين مرجع للطعن فيها...).

وبالرغم من ذلك فان المشرع العراقي قد حدد عدداً من العقود بنصوص قانونية لا تدع مجالاً للشك في كونها عقوداً إدارية كالمقاولات العامة وعقود بيع وإيجار أموال الدولة. إذ نظمت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق لعام ١٩٨٨ عقود الإشغال العامة ، بالإضافة إلى تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ ومتابعتها الملغاة ، والتي تنظم في جوانب منها عقود التوريد أيضا .

أما عقود بيع أموال الدولة وإيجارها فقد أصبح ينظمها القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ ومن ثم القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ ، وبذلك أصبحت تلك الأحكام تشكل النظرية العامة للعقود الإدارية بصورة عامة ولهذه العقود بصورة خاصة من خلال استقرار أحكام القضاء الإداري بشأنها.

لذا فقد عرف القضاء العراقي العقد الإداري بطريقة مماثلة للقضاء الفرنسي حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز ((.... إن العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف أنه عقد إداري لان الإدارة قصدت به تسيير مرفق من مرافق الدولة وسلكت في ذلك طريق المناقصة بشروط خاصة....)). أي انه لم يتعرض لتعريف العقود الإدارية إلا ضمن أحكام نادرة جداً" تتعرض لمعيار التمييز بين العقد الإداري والمدني .

خصائص العقد الإداري والمعيار المميز له :

مرّ تمييز العقد الإداري عن عقود الإدارة الأخرى بمراحل زمنية متعاقبة بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الإدارة بإرادته على وفق ما يسمى بنظرية العقد الإداري بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون ثم أعقبت ذلك مرحلة أخرى وضع فيها القضاء الإداري عدة معايير للتمييز سميت بمرحلة التمييز القضائي للعقود الإدارية .
فقد دأب المشرع على ذكر بعض أنواع العقود الإدارية في القوانين والأنظمة والتعليمات المنظمة للعقود الإدارية تتمثل بعقود الإشغال العامة وعقود التزام المرافق العامة وعقود التوريد والقرض العام... الخ .

إذ يرجع اختصاص القضاء الإداري بتلك العقود إلى إرادة المشرع ، ويحدث ذلك عندما يجد أن تطبيق قواعد القانون العام تكون ملائمة أكثر لحل النزاع المعروض من قواعد القانون الخاص فيضي الصفة الإدارية على هذا العقد.

فقد حدد المشرع العراقي في المادة (١٠) من القانون رقم (٧٤) لسنة ١٩٧٢ العقود الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة بالنص ((تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الإشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر)).

وقد افرد المشرع العراقي لبعض عقود الإدارة تشريعات خاصة مما يدل على كونها عقود إدارية مثل عقود تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى على وفق قانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٥ الملغى وعقود بيع أموال الدولة وإيجارها على وفق قانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ والقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ . وعقود المقاولات وفقاً للتعليمات النافذة .

ونظراً للانتقادات الكثيرة التي وجهت إلى فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية كونها لا تتوافق مع التكليف الذي يسبغه المشرع عليها حتى إن كان ملائماً فإنه يكون كاشفاً فقط لها وليس منشأً. لذا فإن الأفضل إن يتم تحديد هذه العقود عن طريق القضاء . إذ إن المحاولات التشريعية لتحديد العقود الإدارية لم تتوصل إلى وضع هذه العقود في حيز محدود وكل ما فعله المشرع بهذا

الخصوص هو ذكر بعض الأمثلة فقط وقد تولى القضاء الإداري مهمة تحديد العقود الإدارية عبر مدة طويلة من التطور الاجتهادي مع عدم وجود البعض يبرز الخصائص الذاتية للعقد الإداري. إلا أن هذا التوسع لم يعد كافياً للاستجابة إلى إخضاع منازعات العقود الإدارية جميعها إلى اختصاصه لأن معيار السلطة العامة الذي كان ينحي العقود من نطاق هذا الاختصاص إلا استثناءً وبنص تشريعي.

لذا فإن القضاء الإداري الفرنسي غير من معيار اختصاصه واتجه إلى معيار جديد هو المرفق العام وذلك في قضية ((رونشيلد)) عام ١٨٥٥ في مجال دعاوى المسؤولية الإدارية غير التعاقدية الذي تأكد بصفة نهائية في حكم بلا نكو عام ١٨٧٣.

ولكن لا يكفي اتصال العقد بمرفق عام ليتسم بالطابع الإداري بل يجب إن تكون هناك شروط أخر كإتباع أسلوب القانون العام ، وان كان للقضاء الفرنسي الدور الكبير في بلورة قواعد العقود الإدارية واحكامها وإخضاعها لنظام قانون خاص بها جعل المجال ضيقاً للقضاء المدني في الدول التي لا تتبنى النظام القضائي المزدوج بحيث تم استبعاد تطبيق نظرية العقود المدنية.

وفي العراق فإن محكمة التمييز اعتمدت أكثر من معيار في تحديد العقد الإداري فقد جاء في قضائها مايلي ((ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من اجل إنشاء مرفق عام متوسلة بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفاً من إجراء مناقصة عامة واشترطت تأميمات وغرامات التأخير فانه يكون عقداً ادارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة للأفراد)).

أركان العقد الإداري

١. الرضا يُشترط لإبرام العقد الإداري وجود الرضا التام بين طرفي العقد، ويُبرم العقد فور تعبير الطرفين عن إرادتهما بالإيجاب والقبول، مع الحرص التام على مراعاة القانون وما يفرضه من أحكام في أوضاع معينة يشترط اتباعها. إنَّ عنصر الرضا بالنسبة للإدارة يُشترط الصدور به من الجهة المسؤولة عن التعاقد لديها، تبعاً للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل، ويتم تحديد الأشخاص المسؤولين عن إبرام هذه العقود من قبل المشرع، ويُمنع غيرهم من إتمام ذلك.

٢. المحل هي الغاية أو العملية القانونية المنوي تحقيقها من هذا العقد، ويأتي ذلك من حيث إعطاء الحقوق وفرض الالتزامات متقابلة للمتعاقدين، ويعتبر الشرط الأساسي في ذلك أن يكون موجوداً أو قابلاً للتحقيق والتعامل به.

٣. السبب حتى تكتمل مشروعية العقد الإداري يجب أن تتوفر أركانه الأربعة الركنيين الآتئين الذكر، بالإضافة إلى وجود سبب مشروع، حيث إنّ توفر شرطين دون ثالثهما يعتبر العقد فاقداً للمشروعية.

٤. الشكلية من الأصل أن تُبرم العقود الإدارية بالتراضي بين الأطراف المتعاقدة، لكن لا يشترط إفراغ هذا العقد ضمن نموذج أو شكل معين إلا في حال اشتراط القانون والعقود الإدارية ذلك بنص صريح؛ فتخضع العقود بذلك للقواعد العامة في القانون المدني.

عناصر العقد الاداري :

إذا رجعنا إلى التعاريف التي أوردها القضاء الفرنسي أو العراقي نلاحظ انه يستند إلى معايير ثلاث وهي ما سنحاول التكلم عنها في الفروع الثلاث التالية: -

الفرع الأول : إن تكون الإدارة طرفاً في العقد : أمر طبيعي إن تكون الإدارة احد أطراف العقد وهذا العنصر من البديهيات كونه لا يجوز إن يوصف عقد بأنه عقد إداري إذا لم يكن احد أطرافه جهة إدارية أو شخص من أشخاص القانون العام. وأشخاص القانون العام تتمثل بالدولة والوزارات والمؤسسات الإدارية التابعة لها إضافة إلى المحافظات والأشخاص العامة المحلية . وهذا ما ذهبت إليه محكمة التنازع الفرنسية في حكم شهير لها في قضية (Pyrot) عام ١٩٦٣ اذ عدت العقد الذي أبرم بين شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز وبين احد المقاولين وكان متعلقاً بالإشغال العامة عدته عقداً اداريا على أساس إن شركة الاقتصاد المختلط تعمل لحساب الإدارة . وقد سلكت محكمة القضاء الإداري في العراق النهج نفسه في حكمها الصادر في ١٩٥٦/٤/٢٤ الذي جاء فيه ((متى كان الثابت إن وزارة التموين نفسها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد تدخلت في أمر سلعة الشاي واتخذت من الإجراءات وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلاً بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء ووضعت القواعد التي تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التي تعقدها اللجنة عقوداً إدارية)) ، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في العراق بالطعن رقم ١٣٨٦ بتاريخ ١٩٩٤/١/١٨ ومع ذلك فان القضاء الإداري لم يعد يتشدد في شرط إبرام الشخص العام للعقد بذاته واخذ يقر بإمكانية إبرامه من شخص آخر بالوكالة . كما فعل القضاء الفرنسي في السنوات الاخيرة بإقراره إمكانية إبرام العقد من أشخاص القانون الخاص بالإنابة الضمنية عن شخص معنوي عام إذا كان شخص القانون الخاص قد تعاقد لحساب الشخص العام كما لو كان مخولاً بذلك. كما يجوز الحلول أيضاً بان تحل إدارة محل إدارة أخرى فتنتقل حقوق الدائرة المتعاقدة وواجباتها إلى الدائرة التي حلت

محلها، أما في العراق فيجوز الحلول أيضاً بان تحل إدارة محل أخرى وتنتقل الحقوق والواجبات إلى الدائرة الأخرى وقد حدد المشرع العراقي في المادة الأولى من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة الحالات التي تسري عليها التعليمات المذكورة والعقود التي لا تسري عليها .

الفرع الثاني : ارتباط العقد بمرفق عام : المقصود بذلك إن العقد لا يعد عقدا إداريا إلا إذا ارتبط بالمرفق العام سواء وجدت معه عناصر أخرى أم لا . وبعد إن كان القضاء في فرنسا والعراق يتبنى المعنى العضوي للمرفق تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخر مباشرة أو الذي تعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للمصلحة العامة، وفي العراق فان موقف القضاء العراقي من الصلة بين العقد والمرفق العام يتبين من خلال أحكام محكمة التمييز فقد ذهبت في حكم لها في ١٩٦٦/٧/٢٨ ((تبيين إن العقد الإداري الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة وتجري فيه الحكومة بإتباع أساليب القانون العام..)) وقد انعكست فكرة المرفق العام وما لحقها من تطور على معيار التمييز للعقد الإداري وارتبطت به مدة طويلة حتى كاد الفقه والقضاء يجمعان على ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية عليه ، ولهذا أوردت فكرة المرفق العام في العديد من أحكام القضاء الإداري الفرنسي وعدّها مجلس الدولة في بعض أحكامه معياراً كافياً لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص وسار القضاء العراقي على ذلك المسلك في حكم له صادر في ١٩٥٦/١٢/١٦ ((تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية أنها تستهدف مصلحة عامة وهو تسيير المرافق العامة)). وقد جاء أيضاً في قرار للمحكمة الإدارية العليا في العراق في ١٩٦٨/٢/٢٤ ((مناطق العقد الإداري ... أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراض وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة)). كما أن فكرة العقد الإداري لا تقتصر على المرافق الإدارية وإنما يجوز أن تلجا إليها المرافق الأخر الاقتصادية والتجارية وقد ظهرت في هذا الخصوص نظريات ثلاث يذهب كل منها إلى تعيين الدرجة التي تكون عليها هذه الصلة حتى يمكن إضفاء الصفة الإدارية على ذلك العقد. وهذه النظريات هي نظرية الهدف المباشر ونظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام ونظرية المرافق العامة في طبيعتها وسنتكلم عن كل منها بإيجاز وكما يلي :

أولاً : نظرية الهدف المباشر : ونادي بها الأستاذ مارك رجلاذ Mare Reglade إذ يرى أن العقود التي يكون من شأنها إن تحقق غرض المرفق العام بصورة مباشرة تعدّ عقوداً إدارية أما التي

لا يحقق موضوعها غرض المرفق العام مباشرة فإنها من عقود القانون الخاص ولو كانت نية الإدارة قد اتجهت إلى تحقيق غرض المرفق العام بصورة مباشرة إلا أنها تعرضت إلى جانب كبير من النقد من اغلب الفقهاء إذ إنها تتعارض مع أحكام القضاء .

ثانياً : **نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام** : وهذه النظرية التي استندت إلى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسية سنة ١٩٥٦ تتضمن فكرتين كل منهما يضع العقد بالطابع الإداري الأولى هي دوام المشاركة في المرفق العام أي أن العقود التي لا تتضمن إلا مشاركة مؤقتة أو عارضة في المرفق العام تعدّ من عقود القانون الخاص إلا إذا وجدت شروط استثنائية وبالعكس فإن المشاركة الدائمة تكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد محل المنازعة ولو كان لا يتضمن شروطاً استثنائية . أما الفكرة الثانية هي طبيعة الوظيفة فإذا كانت الوظيفة في المرافق العامة الصناعية والتجارية فإن العقد في هذه الحالة يكون إدارياً . إلا أنها تعرضت إلى جانب من الانتقادات أيضاً إذ يرى بعض الفقهاء أنه يكفي إن نلاحظ إن هذه المشاركة في إدارة المرفق تكون في ذاتها شرطاً استثنائياً وتتضمن بالتالي تحقيق الضابط الثاني في معيار العقود الإدارية أي الشروط الاستثنائية إذ لا يمكن أن تتضمن العقود المدنية مثل هذه الشروط .

ثالثاً : **نظرية المرافق العامة الإدارية بطبيعتها** : إذ إن العقود التي تبرمها مرافق إدارية بطبيعتها عقود إدارية أما التي تبرمها المرافق الأخر والتي تكون أعمالها مشابهة لأعمال الإدارة تمارس من قبيل الأفراد والهيئات الخاصة فهي عقود مدنية غير أن هذا القول لا يؤيده الواقع إذ توجد أحكام قضائية عديدة تشير بوضوح إلى أن المرافق العامة الاقتصادية هي عقود إدارية إذا تضمنت شروطاً استثنائية . فقد كان سند الحكم في إخراج العقود المبرمة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بخدمات تلك المرافق من مصاف العقود الإدارية إن هدف تلك العقود تحقيق مصلحة خاصة للمنتفعين لا علاقة لها بمصلحة المرفق . وقد قضت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه لا يغير من الطبيعة المدنية لهذه العقود تولى وزارة السياحة إدارة واستغلال المرفق بعد انتهاء التزام الشركة القائمة عليه ، فالعقد الذي نشأ في الأصل مدنياً لا ينقلب بمقتضى قواعد تنظيمية إلى عقد إداري .

الفرع الثالث : إتباع أسلوب القانون العام : يجب لاعتبار العقد إدارياً أن تظهر نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام حتى ان لم يدخل العقد بمرفق عام ، أي أنه إذا تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فإن ذلك يكشف عن أن نية الإدارة قد اتجهت إلى إتباع وسائل القانون العام وبالتالي فإن العقد يصبح إدارياً بغض النظر عن صلته بالمرفق العام . وبذلك فإن احتوى العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود التي يبرمها الأفراد بعد المعيار الحاسم في تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود . واشترطت الإدارة لنفسها التمتع ببعض

الامتيازات العامة التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين ينبئ عن رغبتها في استخدام وسائل القانون العام . وقد أيد ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٠/١٠/١٩٥٠ حيث جاء فيه ((أن الشروط الاستثنائية هي تلك التي تمنح احد المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري)) .

وتتمثل الامتيازات العامة في نزع الملكية للمنفعة العامة أو فرض الضرائب أو تنظيم حركة المرور أو غلق طريق أو التنفيذ المباشر أو توضع عقوبات على المتعاقد معها أو حقها في تعديل العقد أو فسخه وسحب العمل والشراء على حساب المتعاقد من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. هذا ولا يشترط أن يتضمن العقد عدة شروط استثنائية بل يكفي شرط واحد لوصفه عقداً إدارياً وإظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام. وقد ناصر بعض الفقهاء العراقيين معيار الشروط الاستثنائية وعدّوه المعيار الحقيقي لتمييز العقد الإداري على أساس أن هذا المعيار وحده هو الذي يترتب عليه نتائج قانونية الذي ينال عناية القاضي في إثناء البحث كما أنه عنوان السلطة العامة وتعدّها في مجال العقود ، ويضيفون إلى ذلك أن صلة العقد المبرم بالمرفق العام لم تعد لها أهمية كما قيل أنها أصبحت مجرد عبارات لفظية لا تتضمن أي معنى حقيقي. والأكثر من ذلك فقد حصل تطور كبير في طبيعة السلطة العامة كأساس للقانون الإداري من خلال العقد الإداري بالذات أكثر من غيره من موضوعات القانون الإداري إذ لم يعد النظر إليها مجرد امتيازات ممنوحة للإدارة وإنما هي في الوقت ذاته تعدّ قيوداً عليها فهي سلطة منظمة وليست مطلقة. إلا أنه لا يمكن تمييز العقد الإداري عن العقود الأخرى بالاعتماد على معيار واحد من دون المعايير الأخرى فبعضها يكمل البعض الآخر وهذا ما جرى عليه القضاء العراقي إذ تبنت محكمة التمييز المعيار المزدوج في الكثير من الأحكام ومن ذلك حكمها الصادر في ٢٨/٧/١٩٦٦ والذي جاء فيه ((... تبين إن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه بحكم القوانين والأنظمة...)) ، والشروط الاستثنائية لا يمكن حصرها وهي تتمثل عادة بامتيازات تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها كحق التعديل من دون موافقة المتعاقد معها. ونحن نؤيد هذا الرأي فلا يمكن تمييز العقد الإداري بالاعتماد على معيار واحد وإنما يجب ان تجتمع المعايير جميعها لاعتبار العقد ادارياً" .

الفصل الثاني

أنواع العقود الإدارية الناشئة عن المناقصات

سنتناول في هذا المبحث أنواع العقود الإدارية الناشئة عن المناقصات والتي هي مجال دراستنا وتتمثل بعقد الإشغال العامة وعقد التوريد أو التجهيز وعقد الخدمات الاستشارية اما عقد التزام المرافق العامة فهو عقد اداري ذو طبيعة خاصة لا يتصور تنفيذه من دون مراعاة شخصية المتعاقد اذ يتم ابرامه عن طريق الممارسة ويكون لجهة التعاقد الحرية في التفاوض مع من ترغب التعاقد معه وبحرية لا توفرها الطرائق الأخر . لذا يخرج من مجال بحثنا هذا . وإن القاعدة في العراق هي التزام الإدارة باتباع أسلوب المناقصة أو المزايدة لإبرام عقودها إلا إذا جاز لها النص غير ذلك ومن خلال النصوص نلاحظ أنها لا تمثل مجالات عقود الإدارة جميعها إلا أن اتجاه المشرع واضح من خلالها بإلزام الإدارة بهذا الأسلوب كما أن الواقع العملي يؤيد ذلك فهذه القاعدة مستقرة ومعمول بها في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد. على خلاف القاعدة في فرنسا والعراق وهي حرية الإدارة في اختيار أسلوب التعاقد ولم يلزمها المشرع بأسلوب معين إلا إذا وجد نص تشريعي يقيد هذه الحرية. وسنتناول هذه الأنواع في ثلاثة مطالب فننكلم في المطلب الاول عن عقد الاشغال العامة وفي المطلب الثاني عن عقد التوريد والمطلب الثالث سنخصصه لعقد الخدمات الاستشارية .

١. **عقد الإشغال العامة** : عرف دي لوبادير عقد الإشغال العامة بأنه ((إعداد مادي لعقار ينفذ لحساب شخص عام بهدف تحقيق منفعة عامة)) ، وعرفه البعض بأنه عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص آخر (كفرد أو شركة) يتعهد بمقتضاه المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الهدم أو الحفر أو الترميم أو الإصلاح أو الصيانة في عقار لحساب الشخص العام وتحقيقاً لنفع عام مقابل ثمن يحدده العقد وفي الفقه العربي عرف بأنه ((اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ويقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة بالعقد)). أما محكمة القضاء الإداري في العراق فقد عرفتته ((...أن عقد الإشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام ، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد)). اما المشرع الاماراتي فقد عرفه بانه عقد بين الإدارة وطرف آخر ويتم بمقتضاة قيام الطرف الاخر ببعض الاعمال التي ترد علي

العقار سواء كان بناء أم ترميماً" أم صيانة مقابل ثمن يتم تحديده ويكون الهدف تحقيق مصلحة عامة ولا يتعلق بمنقول. أما في العراق فيعرفه البعض بأنه ((اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية وتحقيقاً لمنفعة عامة)).

ومن ذلك يتبين أن عقد الإشغال العامة يتميز بتوافر شروط معينة وهي :

أولاً / إن يتعلق موضوع العقد بعقار : ويشمل ذلك كل ما يتعلق بإعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على العقار ويخرج من قبيل عقود الإشغال العامة ما يرد على منقول مهما كانت ضخامته فلم يعدّ القضاء الإداري في فرنسا من عقود الإشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة.

ثانياً / إن يكون محل العقد لصالح أحد أشخاص القانون العام : إذ لا يكفي أن ينصب الالتزام في العقد على عقار للقول بأنه عقد إداري وإنما يجب بالإضافة إلى ذلك إن يكون محل الالتزام لصالح احد أشخاص القانون العام وذلك كونهم المنوط بهم السهر على تحقيق النفع العام. ومثال ذلك بناء مستشفى لصالح وزارة الصحة أو بناء وترميم كلية مستحدثة في جامعة وترميم أو صيانة محكمة أو هيئة قضائية لصالح وزارة العدل أما البناء لصالح شخص من أشخاص القانون الخاص لا يعد من قبيل عقود الإشغال العامة. كذلك اعترف القضاء الإداري الفرنسي بصفة الأشغال العامة لأشغال المرافق العامة الصناعية والتجارية التي تدار بالأشراف المباشر من مؤسسات عامة أو الأشغال التي تقوم بها البلدية من تلقاء نفسها في عقار مهدد بالسقوط لكفالة الطمأنينة العامة .

ثالثاً / أن يهدف العقد الى تحقيق مصلحة عامة : قد يتداخل هذا الشرط مع شرط أن يكون الالتزام في العقد لصالح شخص من أشخاص القانون العام إذ من المؤكد أن يتضمن شرط تحقيق المصلحة العامة كون أن هدف أشخاص القانون العام هو تحقيق النفع والصالح العام وبداية عدّ مجلس الدولة الفرنسي أن العقد عقد أشغال عامة إذا ارتبط بالمال العام إما إذا تعاقد بالدومين الخاص فلا يعد كذلك . وبعدها تطور هذا المفهوم إذ عد كل عقد يهدف إلى تحقيق الصالح العام من عقود الإشغال العامة سواء كان الالتزام ينصب على عقار من عقارات الدومين العام أم الخاص. ويلتزم المقاول في عقد الأشغال العامة بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه في نصوصه بحسن نية فلا يجوز له التوقف عن تنفيذ العقد لمجرد خلافات بسيطة أو غموض في بعض الشروط وبسبب عدم دفع المستحقات المالية من قبل الجهة الإدارية . وقد تأكد ذلك بنص المادة (٤٢) من قانون المناقصات والمزايدات العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث يتم تسوية الخلافات عن طريق التحكيم مع استمرار كل طرف في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد . كما يلتزم المقاول بالتحري عن الأعمال التي سوف يباشرها والمواصفات والتصميمات المعتمدة وتدوين الملاحظات

اللازمة حول ذلك لإخطار الجهة الإدارية بها كما يقع على عاتق المقاول بمجرد انتهاء العقد و إخلاء موقع العمل من المخلفات والآلات التي تم استخدامها ويبقى ضامناً لسلامة المنشأ بحسب نظام العقد ويسأل عن الضرر المباشر فقط . وفي المقابل يستحق المقاول في عقد الأشغال العامة المقابل المادي للعقد وعلاوة على ذلك فله الحق في الفروق المالية الناشئة عن زيادة الأسعار في المشروع متى ماكان غير متراخٍ في تنفيذ التزاماته وكذلك الحق في استرداد مبلغ التأمين النهائي عند إتمام التسليم . ونظراً لكون عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية فيكون للجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها سلطات المراقبة والتوجيه وتعديل العقد وتبرز سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه حيث إن المقاول ملزم بتنفيذ الأوامر التي تصدر إليه من جهة التعاقد. ولكن هذا لا يحرم المقاول من الاعتراض على هذه الأوامر أو اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى وإضافة إلى سلطة الرقابة والتوجيه تتمتع الإدارة في عقد الأشغال العامة سلطة تعديل العقد بشرط أن لا يخالف هذا التعديل جوهر العقد فتفرض على المتعاقد القيام بأعمال جديدة غريبة عن العقد الأصلي . وينتهي عقد الأشغال العامة نهاية طبيعية بتنفيذ موضوع العقد.

٢. **عقد التوريد** : عرف الفقهاء عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرداً أو شركة يتعهد بمقتضاه بتوريد منقولات معينة للشخص العام مقابل ثمن محدد في العقد. وقد عرفته محكمة القضاء الإداري في العراق بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين. ومن خلال ذلك يمكن القول انه اتفاق يتعهد بمقتضاه احد المتعهدين بتوريد منقولات لجهة الادارة مقابل ثمن معين وتستخدم فيه الادارة امتيازات السلطة العامة . ومن أمثلة عقود التوريد تجهيز المستشفيات والجامعات والوزارات بالمستلزمات التي تحتاجها . ومن خلال التعريف القضائي والفقهي أعلاه يتبين أن عقد التوريد يتميز بعدد من العناصر التي تميزه عن غيره وأهمها :

- ١- محل هذا العقد تقديم منقولات أو توريدها وهذا عنصر يميزه عن عقد الأشغال العامة الذي ينصب محل الالتزام فيه على عقار .
- ٢- أن يكون المتعاقد مع المورد شخصاً من أشخاص القانون العام وهذا عنصر تشترك فيه العقود الإدارية كلها .
- ٣- أن يستهدف تحقيق مصلحة عامة وهو عنصر لازم بلزوم إن يكون التوريد لشخص من أشخاص القانون العام إذ الغرض أن أشخاص القانون العام لا يهدفون إلا تحقيق الصالح العام .

٤- أن يكشف الشخص المعنوي العام عن نيته في استعمال وسائل القانون العام وذلك يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في علاقات القانون الخاص.

ويستوي أن يتم عقد التوريد دفعة واحدة أو على دفعات متعددة وقد افرز التطور الصناعي ظهور عقود جديدة دخلت ضمن نطاق عقد التوريد تتعلق بتسليم منقولات بعد صناعتها وسميت هذه العقود بعقود التوريد الصناعية التي تقسم بدورها إلى نوعين من العقود عقود التصنيع وعقود التعديل أو التحويل. وقد نظم المشرع العراقي عقود الأشغال العامة وعقود التوريد أو التجهيز على وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والتي سيتم التطرق إليها بشيء من التفصيل من خلال فصول هذه الدراسة ، ويعدّ عقد التوريد من أهم العقود الاقتصادية . ولا يعدّ عقد التوريد دائماً عقداً أدارياً إلا إذا استوفى الشروط العامة اللازمة للعقد الإداري جميعها وبخلافه يعدّ عقداً "مدنياً" ، وتقسّم عقود التوريد إلى **عقود التوريد العادية** والتي ينصب التوريد فيها على التوريد فقط ويستقل المورد بتحديد طرق التنفيذ واختيارها، كتوريد مواد غذائية فله الحق في الحصول عليها من أي مصدر ويقتصر دور الإدارة على فحص المواد الموردة للتأكد من مطابقتها للمواصفات المنصوص عليها في العقد ، وقد تكون عقود توريد وتركيب فبالإضافة إلى توريد الأصناف المطلوبة يلتزم المورد بتركيبها في الأماكن المخصصة لها وفي هذه الحالة يكون عقد مختلط بين توريد وأشغال عامة تطبق عليه أحكام العقدين .

أما النوع الثاني من عقود التوريد فهو **العقود الصناعية** ولا تخضع لتعريف معين كونه مرناً جداً ويتزك للإدارة حرية واسعة في التصرف كعقود تصنيع الأسلحة ، وتبرم عقود التوريد بالأساليب المعروفة لأبرام العقود الإدارية وهما **المنافسة العامة والممارسة العامة** . ويلتزم المورد بتوريد الأصناف في المواعيد المحددة لذلك وهو ما ينعكس أثره على تأمين سير المرافق العامة وضمانها بانتظام واطراد وان يبذل في سبيل تحقيق ذلك كل ما بوسعه . ولا تنتفي مسؤوليته في حالة الإخلال إلا بوجود السبب الأجنبي الذي أدى إلى استحالة التنفيذ. كما يلتزم بالتوريد طبقاً للمواصفات المتفق عليها ويعدّ هذا الالتزام بالغ الأهمية كونه يرد على محل العقد وحتى تخلف المحل بتخلف ركن من أركان العقد يؤدي إلى بطلانه . وكما هو الحال في عقد الأشغال العامة تمتلك الإدارة سلطات الرقابة والتوجيه والتعديل على عقد التوريد . وفي مقابل الالتزامات التي يلتزم بها المورد فله الحق في المقابل المالي للعقد والحق في طلب التعويض كجزاء لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية وكذلك الحق في إعادة التوازن المالي للعقد متى ما أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً لا يمكن للمورد الاستمرار في تنفيذ التزاماته . وينتهي عقد التوريد نهاية طبيعية بالاستلام النهائي للأصناف الموردة فتنتقل ملكية تلك الأصناف إلى الإدارة وتحملها تبعة الهلاك والتلف . كما ينتهي عقد التوريد نهاية غير طبيعية (مبتسرة) وكما سنأتي على تفصيله في هذا البحث .

٣. عقود الخدمات الاستشارية : وهو عبارة عن اتفاق يقدم بمقتضاه احد الأشخاص خدماته لشخص معنوي عام مقابل عرض يتفق عليه بالشروط المقترنة بهذا العقد الإداري . وعرفه البعض بانه عقد اساسه وادائه الرئيس يقوم على تقديم المشورة ، أو هو عقد تبرمه الإدارة مع احد الأفراد أو احد المكاتب المتخصصة أو إحدى المؤسسات أو الشركات المرخص لها تتولى إعداد الدراسات المسبقة عن مشروع من المشاريع العامة سواء من حيث الجدوى الاقتصادية أو من حيث حساب التكاليف الخاصة بالتنفيذ أو إعداد التصميمات أو المواصفات الخاصة أو الإشراف ومتابعة تنفيذه وكذلك حصر الأعمال المنفذة ويجب إن يكون الشخص المتعاقد معه سواء كان شخصاً "طبيعياً" أو معنوياً" مختصاً . وهو بذلك عقد مقاوله ولكن ذو طبيعة خاصة لان التزامه تقديم معلومات، وهو عقد مهني يقوم على الاعتبار الشخصي، وتلجأ الإدارة غالباً إلى التعاقد مع المكاتب الاستشارية لتقديم الخبرات الفنية والهندسية أو الإدارية أو قد يفرض عليها هذا الالتزام وتأخذ هذه المكاتب مسميات عدة من دولة لأخرى وتقدم هذه الأجهزة دوراً فعالاً في إجراء الدراسات والبحوث الميدانية لعدد من الجهات الحكومية . وفي مجال العقود الإدارية لا تخرج هذه الخدمات عن إعداد دراسات الجدوى بنوعها الأولية والتفصيلية للمشاريع الهندسية والتوصية إلى الجهة الإدارية باختيار أفضل البدائل لأسلوب التعاقد وطريقة تنفيذ المشروع من حيث المواصفات والكلفة والمنهاج الزمني وإعداد التصاميم الهندسية الأولية والتفصيلية والخرائط والمخططات وإعداد وثائق المناقصة لعقود التجهيز للمواد والمعدات الأخر كذلك تقديم المشورة بخصوص اختيار أفضل أساليب التعاقد وطرائق التنفيذ والإشراف اليومي الدائم على تنفيذ الأعمال الموقعية من قبل المقاول الرئيس والمقاولين الثانويين على وفق المنهاج الزمني المعتمد والتأكد من المطابقة وضمن الجودة من حيث مواصفات المواد التي يتم استلامها في موقع العمل وكذلك طرائق التنفيذ وإتباع متطلبات السلامة والحفاظ على البيئة وتحقيق الهدف من انجاز المشاريع الناجمة والمتمثلة بأعمالها بالمواصفات المحددة ضمن المدة المخططة ومن دون تجاوز الكلفة التخمينية . كما يلتزم المتعاقد بتقديم المشورة في حالة النزاعات التعاقدية التي تحصل في أثناء تنفيذ العقد مع المقاولين والمجهزين والأطراف الأخر ذات العلاقة وتقديم التوصيات بهدف حلها بأسلوب ودي والحد من وصولها إلى المحاكم أو لجان التحكيم . ولا يخضع لرقابة صاحب العمل . من خلال ما تقدم يتبين لنا أن عقد تقديم الخدمات الاستشارية إما ان يكون عقداً "اصلياً" قائماً" على التزام ثابت هو تقديم المشورة ، او هو عقد تبعية أو تكميلي لعقود الأشغال العامة وعقد التوريد أو التجهيز ومكمل لها ويخضع للقواعد نفسها التي تحكم العقود الإدارية من حيث أسلوب التعاقد فينفذ هذا العقد بأسلوب المناقصة العامة. وغالباً ما تحدد الشروط الواردة في صيغة العقد أهم الالتزامات المترتبة على الطرفين وتاريخ انتهاء العقد والمبلغ الواجب دفعه لتأدية الخدمات كما يقوم الاستشاري بتأمين كفالة

حسن الأداء والتتفيذ بصيغة كفالة مقبولة من الجهة الإدارية ويبدأ تاريخ سريان العقد من تاريخ التوقيع عليه من قبل الطرفين أو أي تاريخ يتفق عليه في الشروط الخاصة .

عقد البوت "B.O.T"

مفهوم عقد البوت : مصطلح "B.O.T" وهو اختصار العبارة الإنجليزية BUILD OPERATE TRANSFER والتي تعني البناء والتشغيل والتحويل. نظام البناء والتشغيل والتحويل أو البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أو التشييد والتشغيل ونقل الملكية مضمونه هو تولي مستثمر من القطاع الخاص بعد الترخيص له من الدولة أو الجهة الحكومية المختصة بتشيد وبناء أي من مشروعات البنية الأساسية كإنشاء مطار أو محطة لتوليد الكهرباء من موارده الخاصة على أن يتولى تشغيله وإدارته بعد الانتهاء منه لمدة امتياز معينة تتراوح عادة ما بين ٣٠ أو ٤٠ سنة وخلالها يتولى تشغيل المشروع بحيث يحصل من خلاله على التكاليف التي تحملها بالإضافة إلى تحقيق أرباح من خلال العوائد والرسوم التي يدفعها مستخدمو هذا المشروع وبعد انتهاء مدة الامتياز يتم نقل المشروع بعناصره إلى الدولة ومن ثم فإن نظام B.O.T يعني وجود آلية تمويلية إنشاء البنى الأساسية في مجتمع ما بعيداً عن موارد الدولة.

اهمية عقود البوت : الأسباب التي أدت إلى الالتجاء لنظام B.O.T : يعد نظام الـ B.O.T أحد الوسائل الملائمة لتمويل مشروعات البنية الأساسية بعيداً عن ميزانية الدولة حيث يتحمل المستثمر والذي يأخذ عادة شكل شركة أو كونسورتيوم دولي أو محلي الأعباء المالية لإقامة هذه المشروعات مقابل العوائد المحصلة نتيجة للتشغيل وهذا يعني تخفيف الأعباء التمويلية ومخاطرها عن الدولة ولا شك أن هذا النظام يساعد الدول التي تعاني من ضعف الاستثمارات إقامة المشروعات التي تحتاج لأموال طائلة لا تتوفر لديها.

المزايا لنظام B.O.T

١. الاستفادة من الخبرات الفنية في إدارة تشغيل المشروعات خاصة ما يتعلق بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين على أحدث ما توصلت إليه علوم الإدارة بما يسهم في إيجاد قاعدة من ذوي الخبرات الإدارية.
٢. تعزيز الكفاءة الإنتاجية في تشغيل مشروعات البنية الأساسية باستخدام أحدث الوسائل الفنية.

٣. تحسين خدمات النقل وما ترتبط به من تحميل وتفريغ وتحسين خدمات الموانئ وإطالة للعمر الافتراضي للمنشآت من خلال صيانة دائمة للطرق وغيرها من إنشاءات.
٤. توفير الأموال اللازمة للإنشاء والتي كان يتعين على الحكومة توفيرها.
٥. تحميل مخاطر التنفيذ على منفعدي المشروعات والتي يفترض فيهم حسن الإدارة والتنفيذ بأقل تكلفة استثمارية مع ضمان حسن الأداء.

العيوب لنظام B.O.T

- مع التسليم بالمزايا التي تعود على البلدان مانحة الامتياز إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود عيوب تكتنف تشغيل هذا النظام ومن أبرزها:
١. مغالاة المستثمرين في تقدير التكاليف الاستثمارية للمشروعات والهدف من ذلك فرض أسعار عالية على مستخدمي المشروعات بعد الانتهاء منها.
 ٢. قد يترتب على تشغيل بعض المشروعات أضرار بالأوضاع البيئية وهذا يقتضي من جانب الحكومات وضع اشتراطات تتعلق بالتوازن البيئي تكون كأحد شروط منح الامتياز.
 ٣. إن بعض المستثمرين قد يلجأون إلى استخدام معدات قديمة أو تكنولوجيا متأخرة نسبياً مما قد لا يوفر الجوانب الفنية اللازمة لخلق كوادر جديدة قادرة على استيعاب المستحدثات الفنية ونقلها.
 ٤. إن بعض المستثمرين تحت شعار عدم التدخل يحجمون عن الالتزام بحقوق العمال من تأمينات و ضمان وتأمين صحي.
 ٥. إمكانية إهمال المستثمرين في صيانة المشروعات كلما قربت مدة انتهاء فترة الامتياز.

المراحل التي يمر بها نظام B.O.T :-

١. الحصول على الترخيص أو الامتياز من خلال اتفاق يبرم بين الدولة والمستثمر.
٢. مرحلة الإنشاء والتشييد وتتم بمقتضى عقد مقاولة بين المستثمر وإحدى شركات المقاولات والتشييد وعادة ما يأخذ هذا العقد شكل تسليم مفتاح.
٣. مرحلة إدارة المشروع وتشغيله وتوول عوائد التشغيل على المستثمر.
٤. المرحلة الأخيرة وهي مرحلة انتقال وتحويل الملكية إلى الدولة بعد انتهاء فترة الامتياز.

تمويل مشروعات B.O.T : يتم تمويل مشروعات B.O.T من خلال قروض دولية تسمى بالقروض الجماعية أو عن طريق مجموعة من البنوك حيث تصل قيمة هذه القروض إلى ملايين الدولارات ويتم سداد هذه القروض وفوائدها عادة من العائد الذي يدره المشروع وهو الأمر الذي أدى

بالبنوك التحقق من الكفاءة الفنية والإدارية للمشروع ومستوى المخاطر السياسية والاقتصادية المرتبطة به حيث تشترط عدم منح أي قروض إلا بعد إطلاعها وموافقتها على اتفاق الامتياز وعقود الإنشاءات التي تبرمها الأطراف في هذا الشأن بعد التحقق من:

١. صلاحية المقترض للاقتراض والدخول في المشروع.
٢. ملكية أرض المشروع.
٣. إمكانية تحويل الأرباح واستقرار سعر الصرف.
٤. الجدوى الاقتصادية للمشروع ومدى قدرته على تحقيق العائد اللازم لسداد القرض وفوائده.
٥. الضمانات والتأمينات العينية وعادة ما تكون في صورة استفسارات • هل يستطيع المقترض أن يرهن أصول المشروع ؟ • هل يستطيع المقترض تحويل مستحققاته ؟ • هل تضمن الحكومة السداد بطريق مباشر أو غير مباشر ؟ • هل يمكن للمقرض (البنوك) إذا أخفق المقترض في التنفيذ أن يقوم بإدارة المشروع كمدير له ؟ • كيف يمكن توزيع المخاطر خلال المراحل المختلفة لتنفيذ المشروع ؟ • كيف يمكن مواجهة المخاطر المالية (انخفاض العائد / التضخم / عدم استقرار سعر الصرف / فرض أسعار جبرية). • كيف يمكن الحد من المخاطر السياسية (التأميم / سحب الامتياز / المصادرة) ؟

الحقوق المقررة لصاحب الامتياز والتزاماته خلال فترة المشروع توجد بعض الحقوق لصاحب الامتياز كما أن عليه التزامات.

أولاً : الحقوق :

١. استغلال المشروع طوال مدة الامتياز والحصول على عوائد التشغيل.
٢. احتكار إنشاء المشروع ما لم يمكن هناك ما يحول ذلك ومن ثم فلا يجوز قيام مشروع آخر منافس ويعني هذا أن يكون الامتياز مطلقاً.
٣. عدم قيام الدولة المانحة للامتياز بإصدار أي تشريعات مقيدة لصاحب الامتياز.
٤. عدم إنهاء الامتياز أو إلغائه من جانب الحكومة منفردة.
٥. تحصيل الرسوم المفروضة على استخدام المشروع والحق في استخدامها لتغطية تكاليفه.

ثانياً الالتزامات :- على المستثمر التزامات أهمها :

١. بناء المشروع وتشغيله طبقاً للمواصفات المتفق عليها.
٢. الالتزام بالشروط المتعلقة بالحفظ على الأمن والآداب العامة ومتطلبات الحفاظ على البيئة.

٣. رد المشروع إلى الدولة بدون مقابل وفي حالة طيبة بعد انتهاء فترة الامتياز .

تسوية المنازعات :- تتضمن آليات تسوية المنازعات بين الدولة المانحة وصاحب الامتياز من خلال الوساطة والتوفيق والتحكيم بمعنى أنه حال حدوث نزاع بين الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ العقد أو مراحل التنفيذ أو ما يتعلق بالحقوق والالتزامات وموعد التسليم وغيرها فإنه عادة يتفق على عدم اللجوء إلى الهيئات القضائية سواء على المستوى الداخلي أو الدولي .

أشكال عقود البوت : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست شكلا واحدا وإنما تتعدد صورها وتباين ، فعلاوة على الصورة الرئيسية التي تعني البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فإن الواقع العملي افرز صوراً جديدة يتعين التعرف عليها والإلمام بخصائصها حتى يمكن اختيار النوع المناسب للتطبيق وهذه الأنواع هي :

١ . **البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T Operate & Own , Build) Transfer** وفي إطار هذا العقد فان شركة المشروع تقوم ببناء المرفق وتملكه وادارته وتشغيله طوال مدة العقد ، وتختلف هذه الصورة عن صورة الـ B.O.T من انها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد ثم ينقل الملكية في نهاية هذه المدة ، بينما في الـ B.O.T تكون الملكية للجهة الإدارية ذلك ان المشروع يبنى لحسابها .

٢ . **البناء والتملك والتشغيل (B.O.O Operate , Own , Build)** وهذا النوع تكون الملكية فيه دائمة حيث ينتهي المشروع ذاتيا بانتهاء فترة الامتياز ، وهذا النوع الوحيد من أنواع الـ B.O.T التي تكون فيه الملكية دائمة أي انتقال المشروع كاملا إلى القطاع الخاص بعد بنائه وتشبيده وتملكه لتكون المرحلة الأخيرة انتقاله إليه لتشغيله بمفرده ولا يعود مرة أخرى إلى الدولة مثل باقي الأنواع الأخرى لذلك يعد هذا النوع أحد أساليب الخصخصة الكاملة للمرافق العامة .

٣ . **البناء والتملك والتأجير وتحويل الملكية (B.O.L.T Build , Own , Lease & transfer)** حيث يتم بناء المشروع وامتلاكه مرحليا وتأجيره تأجيرا تمويلياً للغير وتحويل الملكية إلى الدولة في نهاية مدة الامتياز ، وهو من أهم صور مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص وتصلح لاقامة المشروعات التي تحتاج إلى آلات ومعدات رأسمالية لتشغيلها وحسن إدارتها .

٤ . **البناء والإيجار والتحويل (B.R.T Rent & Transfer , Build)** وهذا النوع له طبيعة خاصة تستمد خصوصيتها من خصوصية المنفعة التي تحققها للأفراد وهي خصوصية ترتبط

بالمكان وترتبط أيضا بالعائد المتولد عنها ، حيث يقوم المشروع على قابليته للتأجير سواء كان إيجارا سنويا قابلا للتجديد أو طوال فترة الامتياز ، مثل إقامة طريق حيوي سريع .

٥ . **تحديث وتملك وتشغيل وتحويل الملكية O.O.T ، Own ، Operate & Transfer** وهذا النوع من المشروعات يكون قائما بالفعل لكنه لا يعمل بكفاءة لعدم صلاحيته أو بسبب التطور التكنولوجي ويجعله يحتاج إلى عملية التحديث يتم من خلالها تزويد المشروع بأحدث المعدات التكنولوجية وبنظم إدارة وتشغيل حديثة ، ومراحله تبدأ بالتحديث ثم التملك وتشغيله وتحويل الملكية إلى الدولة في نهاية عقد الامتياز .

٦ . **البناء والتملك والتشغيل R.O.O (Own & Operate ، Rehabilitate)**

٧ . **البناء والتحويل والتشغيل B.T.O (Transfer & Operate ، Build)** يقصد بهذا النوع تعاقد الحكومة مع المستثمر الخاص على بناء المشروع أو المرفق العام ثم التخلي عن ملكيته للحكومة التي تبرم عقد آخر لإدارة وتشغيل المشروع خلال فترة الامتياز وذلك مقابل الحصول على إيرادات التشغيل وبذلك تصبح الحكومة مالكة ابتداء وليس في نهاية فترة الامتياز كما في عقد ال B.O.T فتكون للجهة الإدارية الملكية حيث ان المشروع ينشأ لحسابها ويصلح هذا النوع من العقود في مجال الفنادق .

٨ . **التصميم والبناء والتمويل والتشغيل D.B.F.O (Operate ، finance ، Build ، Design)** تتفق الحكومة مع المستثمر على إقامة مشروعات البنية الأساسية أو المرفق العام وفقا لشروط وتصميمات تحددها الحكومة ، ويتولى المستثمر الإنفاق على إقامة المشروع وتأسيسه وامداده بالآلات والمعدات والأجهزة ، ويتولى البحث عن تمويل من أحد البنوك ويقوم بتشغيل المشروع وفقا لضوابط تضعها الحكومة ، ولا تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد فترة الامتياز حيث ان الحكومة تحصل مقابل منح الامتياز ويحق للحكومة تجديد الامتياز أو منح الامتياز لمستثمر افضل مع دفع التعويض المناسب للمستثمر الخاص المالك للمشروع .

هذه هي أهم أنواع البناء والتشغيل والتحويل وعلى الرغم من تعددها إلا انها جميعا تتقارب ولا تخرج في رأينا عن ثلاثة أنواع أساسية هي B.O.T – B.O.O.T – M.O.O.T . وفي جميع الأحوال اختيار أي منها للتطبيق تحكمه العديد من العوامل والمتغيرات والاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية ، والتي تختلف من دولة لأخرى ومن نشاط اقتصادي لآخر وبما يتوافق والبيئة المحيطة وتحقيق اكبر فائدة تنموية للدولة .

الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

يرى اغلب الفقهاء ان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بتقريعاتها المختلفة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة ، إلا ان بعض الفقهاء لهم آراء مختلفة وسوف نتناول هذه الآراء وكما يأتي :

الرأي الأول : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي تنظيم : ويعني ذلك ان عقد البوت ليس اتفاقاً أو عقداً وإنما هو تنظيم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابكة والمتعددة بين أطراف مختلفة . بل ان هذه الأطراف قد تتعارض مصالحها . إلا ان هذا الرأي محل نقد بسبب انكاره الصفة التعاقدية لعقود البوت بدعى انه يتضمن العديد من الاتفاقات التي قد تتعارض فيها مصالح أطرافها ، وهذا غير صحيح ، إذ ان الاتفاقات الفرعية إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيس بين جهة الإدارة وشركة المشروع فان كانت هناك عقود فرعية فهي لا تؤثر على طبيعة العقد الرئيسي .

الصعوبات والمخاطر التي تواجه مشروعات B.O.T

المخاطر السياسية / تتمثل في المصادرة والتأميم والحروب والاضطرابات العرقية
أما المخاطر الاقتصادية / فهي تتمثل في الأضرار التي قد تصيب المستثمر بسبب تطبيق التشريعات أو القرارات الحكومية سواء كانت على مستوى الاقتصاد الوطني أو المستوى القطاعي أو على مستوى المشروع وتتمثل على سبيل المثال في مخاطر عدم السداد مقابل الانتفاع بخدمات المشروع أو تأجيل السداد ومخاطر تتعلق بالمنافسة وعدم فتح المجال أمام المشروعات الخاصة وذلك لوجود منافسة من جانب المشروعات الحكومية أو السماح بتأسيس مشروعات متماثلة للمشروع قبل أنقضاء مدة الامتياز ومخاطر نكوص الحكومات عن إتمام التعاقد بالإضافة إلى مخاطر إلغاء الامتياز أو السعي لتغيير شروطه وإعادة التفاوض بشأنه قبل أنقضاء مدته. ولمواجهة هذه المخاطر ظهرت الحاجة إلى ضرورة توفير ضمانات من جهات أخرى كبديل ولو مؤقت للخيار الأمثل وهو إزالة تلك المخاطر كلية بالإضافة إلى الضمانات التي تقدمها حكومات البلدان المانحة من خلال أنظمة متعددة الآليات المتعلقة بضمان الاستثمار والقروض وضمان الصادرات وشركات التأمين الخاصة. وترى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في دراسة لها إلى أن تحقيق المنافع المحتملة لقيام القطاع الخاص بتوفير البنية الأساسية تحقيقاً كاملاً من عدمه مسألة تعتمد على الكيفية التي تقوم بها الحكومات بتوزيع المخاطر فيمكن للحكومات أن تزيد المنافع بواسطة تحمل تبعة المخاطر التي تستطيع السيطرة عليها ولكن ينبغي لها أن تتجنب عادة تحمل المخاطر الاخرى وبهذه الطريقة يجد المستثمرون حوافز جيدة يتم بموجبها اختيار المشاريع بعناية وإدارتها بكفاءة حيث تتحمل الحكومات في الكثير من مشاريع البنية الأساسية الخاصة تبعة مخاطر من

المفروض ان يتحملها المستثمر وبإمكان الحكومات اتخاذ اجراءات لتحسين بيئة توزيع المخاطر من خلال الالتزام بالشفافية في التعامل والافصاح عن المعلومات وتنفيذ قواعد وتشريعات العمل من خلال تنفيذ جيد يراعي المصلحة العامة بالتوازي مع حقوق المستثمرين.

الفصل الثالث

اختيار الادارة للمتعاقد معها

(الاعتبارات الواردة على اختيار الادارة للمتعاقد طرق واساليب التعاقد)

وسائل التعاقد الإداري

مقدمة عامة:- يجب أن نعلم أن الأفراد يتمتعون في علاقاتهم الخاصة بالحرية الكاملة في التعاقد دون أي قيود تفرض عليهم طالما كان ذلك التعاقد في حدود النظام العام والآداب، لذلك فالإدارة العامة ليست لها الحرية في اختيار المتعاقد معها ونتيجة لذلك نجد أن المشرع قد فرض على الإدارة قيود أكثر من المفروضة على الأفراد وذلك لاعتبارين:

- ١- أن المشرع يريد أن يضمن اختيار أفضل للمتعاقدين.
- ٢- أن المشرع يريد أن يضمن الحياد في التعاقد واستبعاد شبهة المحاباة التي تتعارض مع المصلحة العامة.

الوسائل التي تلزم الإدارة بها عند التعاقد:- أولاً في فرنسا:- تتنوع تلك الوسائل ما بين المناقصة العامة والممارسة العامة والاتفاق المباشر. ثانياً في العراق:- تتم إما عن طريق المناقصات العامة أو الممارسات العامة بالاستناد إلى قرار من السلطة المختصة. * - ويستثنى من ذلك انه يجوز للسلطة المختصة التعاقد بأحدي الطرق الآتية:-

- ١- المناقصة المحدودة.
- ٢- المناقصة المحلية.
- ٣- الممارسة المحدودة.
- ٤- الاتفاق المباشر.

* - ملحوظة:- لا يجوز في أية حال من الأحوال تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة. ولكن:- في ظل القانون الجديد أصبحت السمة الأساسية في التعاقد هي حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها.

أولاً: المنافسة (المناقصة)

تعريف : هي طريقة تلجأ اليها الادارة لتلبية احتياجاته من الاعمال او السلع او الخدمات وهي تفود الى التعاقد مع افضل العروض وفقاً للشروط والمواصفات المطلوبة .تستخدم عادة لابرار عقد النقل - عقد التوريد - الاشغال العامة

ثانياً:المزايدة

هي طريقة تلجأ اليها الادارة بغرض بيع او تأجير او استثمار بعض املاكها او اموالها بحيث يتم التعاقد مع اعلى العطاءات او العروض عادة ما تستخدم لبيع منقولات .

ثالثاً:التعاقد (الامر) المباشر

أسلوب لتعاقد جهة الإدارة مع الغير، ورد عليه النص في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، بحيث تقوم الإدارة بموجبه التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر لتأمين احتياجاتها دونما حاجة لاتباع الاجراءات المطولة الواجب مراعاتها في حالتي التعاقد بالمنافسة والمزايدة ويعتبر هذا الأسلوب من أسرع وأقصر طرق التعاقد لتوفير احتياجات جهة الإدارة؛ إذ تقوم بموجبه بالتعاقد المباشر مع موردي السلع أو الخدمات أو منفذي الأعمال البسيطة يتم وفق صيغة التعاقد المتعارف عليها في قواعد القانون المدني دون اتباع اجراءات المنافسة ودون أن يقدح ذلك في وصف العقد بأنه عقد إداري هو طريق استثنائي لتوفير احتياجات جهة الإدارة ولا يتم إلا ضمن صلاحيات محدودة وذلك لتلافي احتمالات الفساد والتواطؤ والترجح من الوظيفة ويتم اللجوء إلى أسلوب التعاقد المباشر سواء في حالة البيع أو الشراء .

اجراءات المنافسة

هناك سلسلة من الاجراءات للتعاقد عبر المنافسة وهي التالية:

اولاً: الاعلان عن المنافسة :يعتبر الإعلان عن المناقصات أول مراحل اجراءات التعاقد واول محطات الاتصال بين المتنافسين والادارة وهو اجراء يهدف لإظهار رغبة الادارة في التعاقد وايصال العلم للمؤهلين وهو وسيلة لجذب المتنافسين ومنحهم فرصة لبيان ما لديهم من مؤهلات وعروض . وبالرغم من إن الإعلان من المنافسة لا يكون بمثابة ركن الإيجاب في العقود وإنما هو عبارة عن دعوة إلى التعاقد إلا انه ينبغي ان يكون على درجة كافية من الوضوح والشمولية ويجسد مظاهر الشفافية لدى الإدارة ويمثل عملاً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين وينأى بالإدارة عن احتمالات التواطؤ وشبهات المحاباة ومزاعم المجاملة

والاعلان عن المنافسة يختلف من منافسة الى اخرى :

١. المنافسة المفتوحة (العامة) :هي التي لا تحديد فيها لعدد المنافسين ،تعتبر هي الاصل في الدعوة إلى التعاقد . فالإعلان عنها في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين محليتين مرة واحدة على الاقل وبالوسائل الاعلانية الالكترونية .

٢. **المنافسة مغلقة** : تكون قاصرة على عدد محدود على المتنافسين المؤهلين للتعاقد عليها فإن الإعلان عنها يكون بتوجيه خطابات رسمية مباشرة كما لا يتم اللجوء إليها إلى في حالات الاستعجال والضرورة بشرط إتباع مرحلتين هما :

- ❖ توجيه دعوة لمن يرغب في التنافس على تزويد الإدارة بالمشتريات .
- ❖ مطالبة المتنافسين بتقديم عروض متضمنة تحديث زمن ومكان مدة تقديم العروض سواء أعلن عنها بالصحف او تم توجيه خطابات .

٣. **المنافسة المحلية** : يقتصر الاشتراك فيها على المتنافسين الوطنيين فقط .

٤. **المنافسة الدولية** : هي تلك التي تكون مفتوحة للأفراد والمؤسسات والشركات في كثير من دول العالم ، عادة ما يتم اللجوء إليها عند الرغبة في تنفيذ مشروعات ضخمة ومعقدة يصعب على المقاولين المحليين تنفيذها يكون الإعلان على المنافسة خارج البلد عبر الصحف الرئيسية في الدول التي تقدم الخدمة وكذلك عن طريق المواقع الإعلانية الالكترونية العالمية بكل من اللغتين العربية والانجليزية

اهم المعلومات المتعلقة بالإعلان عن المناقصات :

ضرورة ان يتضمن الاعلان معلومات تفصيلية عن المنافسة .

١. **رقم المنافسة** - اسم الجهة المعلنه - اسم المنافسة ووصفها وغرضها قيمة المنافسة وثائق المنافسة اخر موعد لتقديم العروض - مكان تقديم العروض مكان فتح المظاريف مقدار التصنيف المطلوب ونوعه والملاحظات لا تقل المدة بين تاريخ صدور اول اعلان في الجريدة الرسمية وتاريخ انتهاء تقديم العروض عن ٣٠ يوم في المشاريع التي تبلغ قيمتها (٥٠ مليون واكثر) فلا تقل المدة بين اول اعلان في الجريدة الرسمية وتاريخ انتهاء تقديم العروض عن ٦٠ يوم إعترف المنظم بتبادل الايجاب والقبول والتعاقد من خلال الوسائط الالكترونية ومنها الانترنت والايمل .

٢. **الاجراء الثاني :تقديم عروض الاسعار**: يتقدم المتنافسون بعروضهم في مظاريف مغلقة في الوقت المحدد والمكان المحدد ولا يقبل أي عرض بعد انتهاء الوقت او في غير المكان المحدد تقوم لجنة فتح المظاريف بفتحها امام الجميع لجنة فتح المظاريف تتكون من ٣ اعضاء وعضو احتياط يتم تكوينها كل ٣ سنوات بقرار من الوزير او رئيس الدائرة. لضمان عدم تسرب المعلومات اوجب النظام على من يقدم عرض ان يحدد السعر الاجمالي وما قد يرد عليه من زيادة او نقص ولن تقبل الخطابات المستقلة ولا حتى تعديل السعر بعد التقدم لضمان جدية المتقدم فقد اوجب النظام على ان يقترن العرض بضمان مالي ابتدائي (١ - ٢) % من قيمة

العرض (لا تنطبق هذه الفقرة على الشراء المباشر) إذا لم يتم التوصل للسعر المطلوب تلغى المنافسة وتطرح من جديد . بعد فتح المضاريف تحال الى (لجنة فحص العروض) خلال ٧ ايام من فتحها . لجنة فحص المضاريف تتكون من ٣ اعضاء وعضو احتياط يتم تكوينها كل سنة . (يجب ان يكون فيها مراقب مالي وعضو مؤهل في القانون)

ملاحظة هامة : لا يجوز الجمع بين عضوية او رئاسة اللجنين معا .

٣. الاجراء الثالث : فحص عروض الاسعار

- ❖ يتم فيها استبعاد العروض الغير مقبولة .
- ❖ تركز على افضل العروض من الناحية الفنية وبغض النظر عن الاسعار
- ❖ لا يحق استبعاد أي عرض بحجة تدنى السعر مالم تكن النسبة بين السعر السائد والسعر الذي وضعه الادارة تقل عن سعر العرض بنسبة ٣٥ % .
- ❖ يجوز للجنة مناقشة صاحب العرض الذي يقل سعرة عن ٣٥ % من الاسعار المقدرة
- ❖ للجنة الفحص الحق في الاستعانة بمختصين
- ❖ توصيات اللجنة بترسية المناقصة غير ملزمة للادارة فلا يعتبر العقد منعقد الا بعد اعتمادها من صاحب الصلاحية

حالات استبعاد العروض:

١. الاستبعاد الجوازي :

- ❖ اذا قام المتنافس ب اجراء اي تعديل على الاسعار بدرجة جاوزت ١٠ % من القائمة . (من صلاحية لجنة فحص العروض)
- ❖ اغفال وضع أسعار لبعض البنود (من صلاحية لجنة فحص العروض)
- ❖ الاطء الحسابية في الاسعار والتي تتجاوز ١٠ % من قيمة العرض
- ❖ العرض المتدني بحيث يقل عن سعر الادارة عن ٣٥ %
- ❖ اذا بلغت التزامات صاحب العرض التعاقدية حدا مرهقا له سواء مع نفس الادارة او مع غيرها .

ملاحظة : الفقرة ١ و ٢ من صلاحيات لجنة فحص العروض اما ٣ و ٤ و ٥ فلا صلاحية لها فيها الا كتابة توصية ويبقى القرار لصاحب الصلاحية .

٢. الاستبعاد الوجوبي :

- ❖ اذا تجاوز العرض الحدود المالية بدرجة تصنيفه

- ❖ إذا قام صاحب العرض بإجراء تعديل على الشروط والمواصفات والكميات
- ❖ إذا قدم العرض بدون اصل خطاب الضمان الابتدائي .
- ❖ إذا لم ترفق مع العرض الوثائق المطلوبه .
- ❖ إذا لم يتفق العرض مع المواصفات و الشروط الموضوعه من الادارة .
- ❖ إذا كان عرض (عقد التوريد) غير مسعر .
- ❖ إذا كان العرض مبني على تخفيض نسبة مئوية او قدر معين من اقل العروض .

العقود المستثناه من اسلوب المنافسة العامة

- ❖ الاسلحة والمعدات العسكرية وقطع غيارها .
- ❖ الاعمال الاستشارية والفنية والدراسات ووضع المواصفات والمخططات والاشراف على تنفيذها وخدمات المحامين والمحاسبين .
- ❖ قطع غيار الالات الميكانيكية والكهربائية والالكترونية والمعدات
- ❖ السلع والانشاءات والخدمات التي لا تتوفر الا عند منتج واحد
- ❖ الادوية في حالة الضرورة أي الاوبئة

حالة العرض الوحيد

- ❖ إذا اقتصرت المنافسة على عرض واحد !! فهذا لا يتفق مع مفهوم المنافسة فنكون امام تعاقد مباشر .
- ❖ الاصل عدم جواز قبول العرض الوحيد الا بتوفر اربعة شروط هي :
- (١) اذا اصبحنا امام عرض واحد إما بالإقتصار او لم يتبقى الا عرض بعد إستبعاد العروض الاخرى
- (٢) اسعار العرض مماثلة للأسعار السائدة
- (٣) حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المنافسة مرة اخرى
- (٤) موافقة الوزير او رئيس الدائرة .

في حالة عدم تقدم أحد للمزايدة بعد الإعلان عنها فقد أوجب النظام الجهات الحكومية الإعلان عنها مرة ثانية. وإذا لم يتقدم أحد للمرة الثانية جاز لصاحب الصلاحية في الجهة الحكومية أن يوجه دعوة مباشرة إلى مختصين في مجال الأصناف والمنقولات المرغوب في بيعها وعرضها عليهم للشراء فإن لم يتقدم أحد بالسعر المناسب جاز للحكومة أن توجه دعوة في مجال مباشرة إلى مختصين في مجال الأصناف والمنقولات المرغوب في بيعها وعرضها عليهم للشراء فإن لم يتقدم أحد في السعر المناسب جاز للجهة الحكومية منحها مجاناً للجهات الخيرية أو الجمعيات ذات

النفع العام شريطة أن تشعر وزارة المالية بذلك تقوم جهة الحكومة بتكوين لجنة ثلاثية لإجراء المزايذة العلنية أو لفتح المظاريف وفحص العروض على الأصناف المراد بيعها وبعد أن تتأكد اللجنة من سلامة المظاريف تعلنها للحاضرين ثم ترفعها محضرها متضمن افضل عرض (اعلى سعر) لصاحب الصلاحية لاعتمادها . اذا تبين للجنة أن أعلى سعر في العروض المقدمة أو أن أعلى سعر تم طرحه في المزايذة يقل بنسبة ١٥ % عن الأسعار المقدرة للمنقولات سلفا يعاد تقديرهم ويتم الإعلان عنها مرة أخرى فإن لم يتم التوصل إلى السعر المناسب جاز للجهة الحكومية التصرف في المنقولات أو الأصناف وفقا على النحو الذي سبق بيانه (نفس الحالة التي لا يتقدم للمزايذة احد للمرة الثانية) في حالة البيع بأسلوب المزاد العلني فإن التعاقد لا يتم - قانونا - بمجرد إخطار صاحب العرض بأنه قد تمت الترسية عليه وإنما يتم تحرير محضرا بنتيجة الترسية بحيث لا يكون التعاقد قائما إلا باعتماد النتيجة التي أشير إليها المحضر ثم صدور قرار البث والتعاقد مع صاحب الصلاحية ووفقا لحكم نظام المشتريات والمنافسات الحكومية فإن الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة هو الذي يملك صلاحية اعتماد الترسية كما يملك الحق في التفويض في اعتماد الترسية.

المزايذة بغرض بيع منقولات مملوكة لجهة الإدارة

يجوز قيام جهة الإدارة ببيع ما يفيض عن حاجتها من المنقولات مثل الأدوات المكتبية ووسائل الإيضاح وذلك بأسلوب المزايذة .

شروط البيع بالمزايذة :

١. أن تكون الأشياء المرغوب في بيعها عبارة عن منقولات وليس عقارات
٢. أن تكون المنقولات المرغوب في بيعها مما تستغني عنه جهة الإدارة .
٣. ان تكون المنقولات المرغوب في بيعها لا تحتاجها أي جهة ادارية اخرى .
٤. أن تقوم بإشعار وزارة المالية بأصناف وكميات المنقولات التي ترغب في التنازل عنها
٥. أن يتم الإعلان عن المزايذة طبقا لقواعد الإعلان عن المنافسات العامة .
٦. يتم تقدير المنقولات المراد بيعها عن طريق لجنة تتكون من ثلاثة موظفين على الأقل من منسوبي جهة الإدارة الراغبة في البيع وعلى اللجنة عند تقديرها للمنقولات المرغوب في بيعها أن تراعي حالاتها وتكلفتها وعمرها الافتراضي ونسبة الإهلاك السنوي وما إلى ذلك من العناصر. ويجوز للجنة أن تسترشد عند التقدير بالأسعار السائدة في السوق من أي جهة ذات خبرة في الأصناف المراد طرحها بالمزايذة .

٧. المزايدة بغرض تأجير العقارات المملوكة للإدارة غير المخصصة للنفع العام كانت المزايدة العلنية لتأجير العقارات التابعة لجهات الإدارة وغير المخصصة للنفع العام تخضع في أحكامها إلى ما يعرف بـ (تعليمات إجارة عقارات الدولة) والتي ظلت سارية رغم صدور نظام مشتريات الحكومة (السابق) على اعتبار أن هذا النظام تعرض لبيان حكم أو كيفية تأجير أو استثمار عقارات الدولة ، إلى أن صدرت لائحة التصرف بالعقارات البلدية ، التي نظمت مسألة استثمار العقارات البلدية ثم أعقب ذلك نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ليستردك حالة الغياب أو الصمت التشريعي، الذي كان عليه نظام تأمين مشتريات الحكومة ليخص مسألة تأجير واستثمار العقارات

التعاقد المباشر بغرض البيع

يتمثل هذا الأسلوب في حالة واحدة هي حالة رغبة الإدارة في بيع المنقولات التي تزيد عن حاجتها ولا توجد جهة أخرى تحتاج إليها. فإن كان التقدير الذي وضعت له لجنة التثمين لهذه المنقولات أدنى، ففي هذه الحالة يمكن بيعها إما بأسلوب المزايدة العامة أو بالطريقة التي تراها الجهة محققة لمصلحة الخزنة العامة شريطة أن تتيح المجال لمشاركة أكبر عدد ممكن من المتنافسين . إذا كانت القيمة المقدرة للمنقولات مائتي ألف فأكثر فيتعين على جهة الإدارة ألا تتصرف فيها بالبيع إلا بأسلوب المزايدة العامة. ويتم الإعلان عنها طبقاً لقواعد الإعلان

التعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة العامة

أولاً : ماهية المناقصة:- هي مجموعة من الإجراءات التي رسمها القانون بقصد الوصول إلي أفضل المتنافسين سعراً وشروطاً تمهيداً للتعاقد معه.

*- تعريف آخر:- تعرف بأنها مجموعة الإجراءات التي تهدف الإدارة من ورائها إلي اختيار المتعاقد الذي يتقدم بأرخص الأسعار.

*- والهدف من المناقصة هو تحقيق المصلحة المالية لجهة الإدارة.

ثانياً : الفرق بين المناقصة والمزايدة:-

فإجراءات المناقصة لا تختلف عن إجراءات المزايدة إلا فيما يتعلق بقيمة العطاء وذلك علي النحو التالي:-

١- في المناقصة:- يتم التعاقد مع الشخص الذي يتقدم بأقل عطاء للقيام بالعملية المطروحة.

٢- في المزايدة:- يتم التعاقد مع الشخص الذي يتقدم بأعلى عطاء.

*- وإذا فرض المشرع علي الإدارة أن تتعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة فيجب عليها احترام إرادة المشرع و إلا اعتبر ذلك التعاقد باطلا.

ثالثا : المبادئ الأساسية للمزايدة العامة:-

- ١- الإعلان عن المزايدة.
- ٢- حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين.
- ٣- تشكيل لجان لفتح المظاريف وفحص العطاءات.

الأنواع المختلفة للمناقصات

فالمناقصة نوعين:-

النوع الأول المناقصة المفتوحة:- وهي التي يسمح بالاشتراك فيها لمن يشاء وذلك بعد إجراء العلانية وتلتزم الإدارة في اختيار أفضل من يتقدمون فيها من حيث الشروط المالية.
النوع الثاني المناقصة المقيدة :- وهي التي يقتصر حق الاشتراك فيها علي أشخاص أو بيوت تجارية معتمدة أسماؤها في السجلات الفنية المختصة بالمناقصات وغالبا ما يتم استدعاء من لهم حق الاشتراك في ذلك النوع من المناقصات عن طريق خطابات موصي عليها.

الأنواع المختلفة للمناقصات في العراق وفقا لقانون المناقصات والمزايدات تنقسم المناقصات إلي ثلاثة أنواع:-

النوع الأول المناقصات العامة:- تمثل القاعد العامة التي تلجأ إليها الإدارة عند اختيار المتعاقدين وهي مفتوحة لكل من يريد التقدم بعطائه فيها طالما توافرت فيه الشروط المعلن عنها وهذه المناقصة إما أن تكون داخلية (أي داخل العراق) أو خارجية.

النوع الثاني المناقصات المحدودة:- ويقصد بها المناقصات التي يتم قصر الاشتراك فيها علي الموردين أو المقاولين أو الاستشاريين أو الفنيين أو الخبراء سواء في العراق أو في الخارج بشرط توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن المعاملة.

النوع الثالث المناقصات المحلية:- ويقصد بها المناقصات التي يقتصر الاشتراك فيها علي الموردين أو المقاولين المحليين الذي يقع نشاطهم داخل نطاق المحافظة المعلن بدائرتها تنفيذ التعاقد وذلك النوع من المناقصات يتم الإعلان عنه بموجب قرار مسبب من السلطة المختصة.

الدعوة المباشرة : تتم بتوجيه الدعوة المباشرة الى ما لا يقل عن (٣) ثلاثة من المقاولين و/أو الشركات و/أو المؤسسات المعتمدة لقدرتها وكفائتها الفنية والمالية لتنفيذ العقود بعد استحصال الموافقات الاصولية وذلك عند الضرورة ولوجود اسباب تستدعي ذلك كالسرية في التنفيذ او السرعة في الانجاز او لاسباب امنية مع مراعاة المواصفات المطلوبة او غير ذلك من الاسباب التي تستدعي اللجوء الى هذه الطريقة مع مراعاة الضوابط او التوجيهات التي تصدرها وزارة التخطيط.

اسلوب العطاء الواحد (العرض الواحد) : يتم بتوجيه الدعوة لمناقص واحد فيما يتعلق بالعقد الاحتكارية على سبيل الحصر لتجهيز او لتنفيذ الاعمال او الصيانة ذات الطبيعة التخصصية للأعمال المتعاقد عليها وبعد استحصال الموافقات الأصولية.

التعاقد (الامر) المباشر

أسلوب لتعاقد جهة الإدارة مع الغير، ورد عليه النص في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، بحيث تقوم الإدارة بموجبه التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر لتأمين احتياجاتها دونما حاجة لاتباع الاجراءات المطولة الواجب مراعاتها في حالتي التعاقد بالمنافسة والمزايدة ويعتبر هذا الأسلوب من أسرع وأقصر طرق التعاقد لتوفير احتياجات جهة الإدارة؛ إذ تقوم بموجبه بالتعاقد المباشر مع موردي السلع أو الخدمات او منفذي الأعمال البسيطة ويتم وفق صيغة التعاقد المتعارف عليها في قواعد القانون المدني دون اتباع اجراءات المنافسة ودون أن يقدح ذلك في وصف العقد بأنه عقد إداري هو طريق استثنائي لتوفير احتياجات جهة الإدارة ولا يتم إلا ضمن صلاحيات محدودة وذلك لتلافي احتمالات الفساد والتواطؤ والتريح من الوظيفة ويتم اللجوء إلى أسلوب التعاقد المباشر سواء في حالة البيع أو الشراء

إجراءات المناقصات

تتكون إجراءات المناقصة التنافسية من المراحل التالية:

المرحلة الأولى: التأهيل المسبق للشركات

المرحلة الثانية: إعداد القائمة المختصرة للشركات

المرحلة الثالثة: الدعوة لتقديم العطاءات

المرحلة الرابعة: تقييم المناقصات

المرحلة الخامسة: الإسناد وإعلان النتائج

سيتم النظر في إسناد المناقصة إلى المتعاقدين أو الموردين، الذين يعتبرون مقبولين من الناحية الفنية والتجارية. سوف يتلقى المتعاقد أو المورد الذي فاز بالعقد إخطار بإسناد العقد إليه ويطلب منه توقيع عقود أو وثائق الاتفاقيات. وسوف يتم إخطار مقدمي العطاءات الذين لم يحالفهم النجاح بعد إسناد العقد.

الفصل الرابع

المشتريات وإدارة العقود

لجان المشتريات : لجان المشتريات : ويتم استخدام هذا الاسلوب بالنسبة للسلع والخدمات التي تقل مبالغها عن (٢٥,٠٠٠,٠٠٠) دينار (خمسة وعشرون مليون دينار) او أي مبلغ آخر يحدد في الموازنة الجارية .

- وتعتمد الاساليب المشار اليها في اعلاه لكل من المناقصات الوطنية والدولية والتي تحدد حسب اهمية وطبيعة العقد وعلى ان تعطى افضلية للمناقصين الوطنيين بنسبة ١٠% عشرة بالمائة عند الاشتراك في المناقصات الدولية مع مراعاة التعليمات الخاصة بتنفيذ الموازنة العامة للدولة بهذا الصدد . تقوم إدارة المشتريات والعقود بمهمة تنفيذ ومتابعة العقود مع عملاء وموردي الشركات للسعي الجاد نحو تحقيق أعلى مستوى من الجودة والتكلفة الفعالة طبقا لسياسات وقواعد ولوائح الشركات .

مسئوليات إدارة المشتريات :

واجبات ومهام تنفيذ العقود المرتبطة بشراء المواد، المعدات والأجهزة المطلوبة وفقا للقواعد والإجراءات المتبعة .

مهام الشراء المباشر عند الضرورة.

اكتساب المعارف العامة حول الأسعار السائدة في السوق وأرشفة الكتالوجات وقوائم الأسعار الصادرة من قبل الموردين للسلع والخدمات المقدمة مما يساعد في عملية اتخاذ القرارات حول العروض المقدمة من قبل الموردين المحليين أو العالميين .

مسئوليات إدارة العقود :

١. إعداد وثائق المناقصات والتنسيق مع الإدارات المعنية .
٢. اختيار أفضل الطرق لتنفيذ العقود.
٣. تنظيم اتفاقيات العقود والإشراف عليها .

الشروط العامة للمزايدات

- ١- تقدم الأسعار بالعملة المحلية، ما لم تنص وثائق المزايدة على خلاف ذلك
- ٢- مدة سريان العطاء (٩٠) يوماً من تاريخ فتح المظاريف
- ٣- لا تقبل العطاءات إلا إذا اشتملت على أسعار إجمالية ثابتة

٤- السعر الإجمالي المبين في نموذج المزايدة هو الذي يؤخذ في الاعتبار ، ولا يلتفت إلى الأرقام الأخرى أو إلى أية أخطاء يرتكبها المزايد أثناء حساب سعره الإجمالي ، ولا يسمح له بإجراء أي تعديل بالسعر بعد تقديم العطاء فإذا تجاوز الخطأ الحسابي (٥%) من السعر الإجمالي استبعد العطاء إلا إذا ارتأت اللجنة بإجماع آراء الأعضاء الحاضرين قبوله لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، وإذا اختلف المبلغ المكتوب بالحروف عن المبلغ المكتوب بالأرقام اعتد بالسعر الإجمالي المكتوب بالحروف .

٥- لا يجوز للمزايد أن يسحب عرضه أو يعدل في أسعاره بعد تاريخ إقفال المزايدة ، ويكون ملتزماً بالأسعار والشروط الواردة في عطاءه عند تقديمه ، وفي حالة انسحابه يكون عرضه لتطبيق أحد الجزاءات التالية:
أ- الإنذار .

ب - تخفيض الفئة

ج - الشطب من السجل لمدة معينة - أو بصفة دائمة .

د - مصادرة التأمين المؤقت

هـ - مصادرة التأمين النهائي.

٦ - يتعهد المزايد في حال إرساء المزايدة عليه أن يقوم بتسديد قيمة الأصناف كاملة خلال سبعة أيام اعتباراً من اليوم التالي لإخطاره برسو المزايدة بكتاب مسجل وإلا يصادر التأمين المؤقت وإذا تأخر عن ذلك دون عذر مقبول يجوز للجنة والمزيدات حسب الأحوال إلغاء الترسية عليه ومصادرة التأمين دون الإخلال بحق الجهة الحكومية المعنية بمطالبة بأي تعويضات أخرى وللجنة إرساء المزداد على من يليه سعراً أو إعادة الإعلان عن طرح المزداد ثانية .

٧ - يلتزم صاحب العطاء المقبول باستلام المواد ونقلها على نفقته في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ بداية العقد وإذا تأخر دون عذر مقبول وجب عليه أن يدفع غرامات تخزين بنسبة (١%) من قيمة الأصناف التي لم يتم استلامها عن كل يوم تأخير ، بحد أقصى خمسة عشر يوماً ، ويتم بعدها بيع الأصناف بالمزاد العلني على حسابه وتحمله النقص في الثمن وغرامات التخزين وغرامات إدارية بواقع ١٠% من ثمن البيع الجديد ولا يرد إليه أي زيادة تكون قد تحققت من ثمن البيع، وإذا بيع الصنف بثمن يزيد عن الثمن الذي أرسى به المزداد فلا يرد له سوى المبلغ الذي حصل منه ، وبعد خصم المصاريف التي تكبدتها الإدارة مضافاً إليها رسم الأرضية.

- ٨ - تختص محاكم الدولة بالفصل في أي نزاع قد ينشأ بين الطرفين بشأن تنفيذ هذا العقد أو تفسير أي مادة من مواده ، ويكون القانون هو الواجب التطبيق .
- ٩ - ترد التأمينات المؤقتة إلى من ترسي عليهم المزايدة بعد الترسية مباشرة تسري أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٥ و تعديلاته في كل ما لم يرد به نص خاص في هذه الشروط.

إجراءات (مراحل التعاقد)

مراحل التعاقد

بداية، من الضروري التذكير أنه لا يوجد إطار نموذجي معترف به عالميا لبلورة علاقة تعاقدية بين الدولة والمؤسسات والمنشآت العامة. إذ يعتمد النهج التعاقدى أساسا على الدروس المستخلصة من التجارب المتراكمة وكذا معطيات وخصوصيات المحيط المتعلق بكل هيئة ودرجة انخراط مختلف الأطراف المعنية في المنهجية التعاقدية ومدى توافق وتكامل هذه الأخيرة مع النهج العملي المتبع من طرف كل منشأة. وتجدر الإشارة إلى أن الإجراءات التي سيتم عرضها لاحقا ليست شاملة ولا ثابتة فهي ترمي أساسا إلى تمكين الأطراف المعنية من خارطة طريق إرشادية تساعدهم على إنجاز مشروع العقد. وقد تم اعتماد مقاربة تشاركية منفتحة حيث يتم تحديد الرؤية الاستراتيجية للمنشأة أو المؤسسة العامة قبل بدء العملية التعاقدية في حد ذاتها، وهو الأمر الذي من شأنه أن يعزز التزام الأطراف المعنية وجعل الخطوات اللاحقة أكثر مرونة. وتولي المنهجية المتبعة دورا رياديا للمنشأة أو المؤسسة العامة المتعاقدة وتدعم مسؤوليتها وتسد إلى مجلسها التداولي دورا بارزا في العملية التعاقدية برمتها. ومن جهة أخرى، فإن النهج المقترح يعتبر العقد تتويجا لمراحل عدة قطعها المسار التعاقدى مما يفسر إحداث لجان ذات تمثيلية موسعة من أجل ضبط المسار التعاقدى خلال كل مراحله. وإضافة إلى ذلك، فإن التوجه المنطقي الذي تقوم على أساسه هذه المنهجية يقتضى إدراج التعاقد في إطار شامل ومتناسق ومتكامل يستمد مبادئه من الرؤية الاستراتيجية للمنشأة العامة. بصفة عامة، لا يمكن تحديد الأهداف الاستراتيجية لعقد البرنامج إلا من خلال رؤية إستراتيجية واضحة للمنشأة أو المؤسسة العامة من رسم مخطط عمل واقعي وقابل للتنفيذ.



وفي هذا الإطار، لا بد من التركيز على محددتين رئيسيتين يجب أن يكونا حاضرين ضمن الانشغالات الدائمة لجميع الأطراف المعنية بعملية التعاقد، ويتعلق الأمر بالربط بين السياسة الحكومية القطاعية والأهداف الإستراتيجية للمنشأة أو المؤسسة العامة وفقاً للموارد المعبأة وكذا تحسين حكمة المنشأة أو المؤسسة العامة وتعزيز أداءها التقني والإقتصادي والمالي.

أدوار ومسؤوليات الأطراف المعنية

يندرج التعاقد في إطار التدبير التشاركي ويرتكز على انخراط الأطراف المعنية بإنجاز العقد، في المشاركة المسؤولة والبناءة في اتخاذ القرارات المتعلقة بسيرورة المنشأة أو المؤسسة العامة المعنية. فبعد تحديد الرؤية الإستراتيجية للمنشأة أو المؤسسة العامة، فإن جميع الأطراف المعنية بنشاطها تساهم بدرجات متفاوتة في مراحل مختلفة من العملية التعاقدية. إذ لا يمكن لعملية التعاقد تحقيق النتائج المتوخاة منها إلا إذا التزمت جميع الأطراف المعنية بتأسيس حوار بناء يهم: تحديد الأهداف والموارد اللازمة لتحقيقها، وهو ما يشكل الجزء الأكبر من المرحلة التحضيرية لإبرام العقد؛ الإتفاق على مستوى الأداء عبر وضع لائحة المؤشرات التي تهم مختلف الأهداف المتفق عليها؛ توضيح مستوى الإنجازات والنتائج المنتظرة وتحقيق الأهداف المسطرة. وعليه، تتجلى أهم مسؤوليات الأطراف المعنية فيما يلي:

تقوم الوزارة الوصية عن المنشأة أو المؤسسة العامة بتحديد الإستراتيجية القطاعية واتخاذ التدابير اللازمة لتنفيذها بتأطير نطاق عمل كل الفاعلين المؤسساتيين في القطاع؛ تعمل الوزارة المكلفة بالمالية على تنسيق السياسات القطاعية وتقدير الميزانيات وتعبئة الموارد كما تسهر على ضمان التكامل والإلتقائية بالنظر إلى الطبيعة الأفقية لعملها؛ تصادق هيئة حكمة المنشأة أو المؤسسة العامة على الرؤية الإستراتيجية للمنشأة أو المؤسسة العامة وتفوض إلى إدارة المنشأة أو المؤسسة سلطة إبرام العقد. كما يتم إخبار هذه الهيئة بوثيرة تنفيذ بنود العقد؛ تتفاوض إدارة المنشأة أو المؤسسة العامة على الشروط التعاقدية للمنشأة أو المؤسسة العامة وتلتزم بتحقيق الأهداف المسطرة وبلوغ الأداء المتوخى. كما تقوم بصياغة تقرير التنفيذ وتقارير خاصة، إن اقتضى الأمر، تتعلق بالإكراهات التي قد تحدث أثناء التنفيذ؛ يتم اللجوء خلال إجراءات التعاقد، عند الإقتضاء، إلى مساهمة الفاعلين المؤسساتيين المعنيين مباشرة بنشاط المنشأة أو المؤسسة العامة عن طريق إبرام شراكات مختلفة. إن وضع آليات للتنسيق بين مختلف الأطراف المعنية أمر ضروري ولهذا يتم خلال جميع المراحل تشكيل لجان عمل مختصة من بينها لجنة دائمة للتنسيق خلال المراحل التحضيرية ولجنة متابعة مراحل التنفيذ والتقييم.

الاعلان

يراعى في الاعلان عن مناقصات العقود العامة الاجراءات الآتية :

- أ- اسم المناقصة ورقمها وعنوانها والتبويب المدرج في الموازنة
- ب- وصف موجز للمشروع مع بيان تفاصيل الخدمات والسلع المطلوبة .
- ج- المبادئ الاساسية للعقد الذي سيبرم وكيفية دفع الاجور او المبالغ المتفق عليها لاحقاً كالنسبة المئوية او المبلغ المقطوع او النفقات المسددة وغير ذلك من الطرق المتعارف عليها .
- د- تكون مدة اعلان المناقصة او الدعوة المباشرة كما مبين في ادناه :
 - ١- في عقود التجهيز والخدمات الاستشارية مدة تتراوح من (١٥-٦٠) يوماً تحدد حسب اهمية العقد .
 - ٢- فيما يخص عقود الاشغال العامة من (٢٨-٦٠) يوماً تحدد حسب اهمية العقد .
 - هـ- بيان موعد ومكان تقديم العروض وفترة النفاذ المطلوبة ومكان وموعد بيع مستندات المناقصة .
 - و- النص على ايلولة ملكية التصاميم والخرائط والمواصفات التي تعدها الجهة التي وجهت لها الدعوة المباشرة عند التعاقد معها باستثناء الحالات الخاصة وبموافقة الوزير المختص وعلى ان تمتنع هذه الجهات عن نشر اية معلومات تتعلق بطبيعة العقد الا بعد الحصول على تحويل خاص بذلك من الوزارة المختصة .
 - ز- الطلب من مقدمي العطاءات ارفاق عطاءاتهم للاعمال المماثلة ان وجدت .
 - ح- الطلب من هذه الجهات بيان مؤهلات الجهاز الفني فيها والاختصاصيين المتفرغين وغير المتفرغين العاملين لديها عند تنفيذ مشاريع المقاولات بمختلف انواعها .
 - ط-الطلب من هذه الجهات تقديم منهاج العمل المطلوب .
 - ي-بيان مقدار التأمينات الاولية المطلوبة من مقدمي العطاءات .
 - ك-موعد غلق المناقصة وفتح العطاءات .
 - ل- تحديد تاريخ انعقاد المؤتمر الخاص بالأجابة على استفسارات المشاركين في المناقصة وقبل موعد لا يقل عن (٧) سبعة ايام من تاريخ غلق المناقصة .
 - م- سعر مستندات المناقصة غير قابل للرد .
 - ن- درجة وصنف المقاول المطلوب بالنسبة لمشاريع مقاولات الأشغال العامة المراد تنفيذها وشهادة التأسيس واجازة ممارسة المهنة بالنسبة للشركات والمكاتب المجازة رسمياً .
 - س- يتم طلب تحديد السعر بالنسبة لعقود التجهيز في ضوء مكان الوصول (FOB ، CIF ، C&F وغيرها) مع مراعات توجيهات المراجع العليا بهذا الخصوص والأسس التقاعدية ذات الصلة بهذا الموضوع .

ع- تحديد الغرامات التأخيرية في ضوء شروط التعاقد (غرامات تأخير شحن، غرامات تأخير تسليم).

ف- امكانية صاحب العمل زيادة او انقاص المواد المجهزة من سلع وخدمات .

ص- يكون صاحب العمل غير ملزم بقبول اوطأ العطاءات .

ض- اية تعليمات الى مقدمي العطاءات متعلقة بالموضوع.

غ- اية بيانات او مستندات اخرى تتطلبها طبيعة العمل المطلوب تنفيذه او المواد المطلوب تجهيزها او الاستشارات المطلوب تقديمها .

ثانياً: يتم اعادة الاعلان عن المناقصات في الحالات الآتية:-

١- اذا لم تقدم العطاءات خلال مدة الاعلان عن المناقصة او في حالة تقديم عطاء واحد خلال فترة الاعلان .

٢- اذا تجاوز مبلغ افضل عطاء لمقدمي العطاءات الكلفة التخمينية للمشروع او العمل المزمع تنفيذه .

ثالثاً: يتم اتباع الاجراءات الآتية عند اعادة الاعلان:

١- استحصال موافقة الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او رئيس الاقليم او المحافظ او من يخوله مع اعلام وزارة التخطيط والتعاون الانمائي بذلك .

٢- ابلاغ المناقصين المشاركين في المناقصة السابقة بذلك .

٣- يتم اعتماد التسلسل السابق للمناقصة المعاد اعلانها مع الاشارة الى ذلك في الاعلان الجديد .

٤- ابلاغ الجهات المعنية بموضوع اعادة الاعلان .

٥- في حالة اعادة الاعلان للمرة الثانية يتم اعتماد عطاء المناقص الواحد مع مراعات ما ياتي :-
أ- ان يكون مبلغ العطاء ضمن الكلفة الواردة في الخطة .

ب- ان يكون العطاء مطابقاً للمواصفات الفنية والشروط المطلوبة في اعلان المناقصة .

٦- في حالة ورود افضل عطاء في الاعلان الثاني اكثر من الكلفة الواردة في الخطة عند ذلك يتم مفاتحة وزارة التخطيط والتعاون الانمائي لدراسة تاجيل تنفيذ المشروع الى السنة القادمة او الاستفادة من المبلغ المخصص لتنفيذ المشاريع الأخرى او دراسة امكانية زيادة الكلفة .

رابعاً : تطبق احكام الفقرات اعلاه من هذه المادة على عقود المقاولات لاعمال الهندسة المدنية (الانشائية) والكهربائية والميكانيكية وعقود التجهيز وعقود الخدمات الاستشارية .

التأمينات والغرامات التأخيرية والتحميلات الإدارية :

أولاً- التأمينات القانونية :

أ- لا تقبل التأمينات الأولية لمقدمي العطاءات إلا إذا كانت على شكل خطاب ضمان او صك مصدق أو كفالة ضامنة أو سندات القرض الصادرة عن الحكومة العراقية .

ب- تحدد التأمينات الأولية بمبلغ مقطوع بنسبة تتراوح بين (١,٥%) واحد ونصف من المئة إلى (٣%) ثلاثة من المئة من الكلفة التخمينية لعقود التجهيز للسلع والخدمات والمقاولات العامة بمختلف أنواعها وعلى إن يراعى في هذا التحديد أهمية العمل ولا يجوز تحديدها على أساس نسبة مئوية من مبلغ العطاء وعلى إن تقل هذه النسبة كلما زاد المبلغ .

ج- تحدد التأمينات النهائية لضمان حسن التنفيذ بنسبة (٥%) خمسة من المئة من مبلغ العقد يضاف له مبلغ الاحتياط العام للمقاوله ولا تطلق إلا بعد صدور شهادة القبول النهائية وتصفية الحسابات النهائية .

ثانيا : الغرامات التأخيرية : يحدد الحد الأعلى للغرامات التأخيرية من الجهة المتعاقدة بنسبة (١٠%) عشرة من المئة من مبلغ العقد أو المقاوله وعلى الجهة المنفذة تثبيت تلك النسبة في الشروط التعاقدية ومستندات المناقصة والتعليمات إلى مقدمي العطاءات وعلى الجهة المتعاقدة قبل بلوغ هذا الحد وبعد بلوغ المدة التأخيرية ٢٥ % من (مدة العقد مضاف إليها أي مدد إضافية ممنوحة) اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالإسراع بانجاز العمل بما في ذلك تشكيل لجنة يمثل فيها المقاول للصرف على الأعمال المتبقية أو سحب العمل بموجب شروط المقاوله على إن تطبق المعادلة التالية عند احتساب هذه الغرامة :

مبلغ العقد

----- 10 %

مدة العقد

ثالثا : على الجهة المتعاقدة وبقرار مسبب فرض الغرامات التأخيرية او إيقافها عند سحب العمل من المقاولين أو المتعاقدين .

رابعا : التحميلات الإدارية : تحدد نسبة التحميلات الإدارية عند قيام جهة التعاقد أو من خلال شخص آخر بتنفيذ أي من التزامات المقاول او المتعاقد بنسبة لا تزيد عن (٢٠%) عشرين من

المئة من الكلفة الفعلية لتنفيذ ذلك الالتزام وعلى جهة التعاقد تثبيت ذلك في الشروط التعاقدية ومستندات المناقصة .

تشكيل لجان فتح وتحليل العطاءات ومهامها :

أولاً- تشكل في كل وزارة او جهة غير مرتبطة بوزارة لجنة لفتح العطاءات برئاسة موظف لا تقل وظيفته عن مدير عام وعضوية ممثل عن كل من الدوائر التالية (القانونية ، المالية ، جهة التعاقد) وموظف بعنوان مهندس وسكرتير لا يقل عنوان وظيفته عن ملاحظ في الاقل مع عضوين احتياط.

ثانياً- يجوز تشكيل لجان فتح العطاءات في الدوائر التابعة للوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة ويتم تشكيل كل لجنة من هذه اللجان وفقاً لما هو منصوص عليه في البند (اولا) من هذه المادة .

ثالثاً- تشكل في كل اقليم او محافظة لجنة مركزية برئاسة رئيس الاقليم او المحافظ او من يخوله وعضوية رؤساء الدوائر المختصة بما فيها الجهات الرقابية وسكرتير لا يقل عنوان وظيفته عن ملاحظ في الاقل للقيام بفتح العطاءات التي يعلن عنها في الاقليم او المحافظة .

رابعاً- يجوز تشكيل لجان فتح العطاءات في التشكيلات التابعة للاقليم او المحافظة ويتم تشكيل كل لجنة من هذه اللجان على غرار اللجنة المنصوص عليه في البند (ثالثا) من هذه المادة .

أما في العراق لم تعالج تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة مسألة وروده العطاءات بعد موعد غلق المناقصة المحدد في الاعلان وجاءت التعليمات خالية من نص يتضمن كيفية التعامل معها لذا نرى ضرورة إجراء تعديل على نص المادة السادسة من التعليمات من خلال إضافة فقرة إليها تتضمن معالجة العطاء المتأخر ونقترح الصياغة الآتية: " في حالة ورود عطاء بعد موعد الغلق المحدد في الاعلان يجب على لجنة الفتح فور وصوله التأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج في السجل الخاص دون فتحه، ويسلم الى لجنة تحليل وتقويم العطاءات للنظر فيه على أن يسلم العطاء المتأخر الى صاحبه فور تقديم لجنة التحليل تقريرها باستبعاده"، كما نلاحظ أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية إكتفت فقط في المادة (٥ /أولاً / د ، و) بذكر موعد تقديم العطاءات وموعد غلق المناقصة في الاعلان وأن كنا نعتقد لا داعي لذكره في فقرتين وإنما فقط في فقرة واحدة لأن موعد غلق المناقصة وموعد تقديم العطاءات ذات مدلول واحد كما لم تحدد كيفية تعامل لجنة تحليل وتقويم العطاءات مع العطاء المتأخر عن موعد الغلق لذا نرى من الضروري تحديد كيفية التعامل معها من خلال إضافة فقرة جديدة الى نص المادة (٧ /عاشراً) من التعليمات ونقترح الصياغة الآتية : " إستبعاد العطاء المتأخر الذي يرد بعد الموعد المحدد لغلق المناقصة ولرئيس جهة التعاقد أو من يخوله بعد موافقة لجنة تحليل وتقويم العطاءات

المادة : ادارة العقود الحكومية / المرحلة : الرابعة ٤٠ مدرس المادة : م. كفاح عباس الجنابي

النظر في التأخير في الحالات التي يرد فيها العطاء بواسطة البريد الرسمي قبل إنتهاء لجنة فتح العطاءات من عملها بشرط أن يكون التأخير قد حصل لأسباب خارجة عن إرادة صاحب العطاء، اما إذا ورد العطاء بعد إنتهاء اللجنة من أعمالها فلا يجوز قبوله " .

فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الادارة في توقيع الجزاءات.

ذهب انصار هذا الرأي ان حق الادارة في توقيع الجزاءات الادارية على المتعاقد المقصر مرده الى فكرة المرفق العام. فالعقد يستهدف تسيير المرفق العام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي. والادارة هي المسؤولة عن سير هذا المرفق، ومن حقها وواجبها ان تتخذ الاجراءات التي تكفل اجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، ومن اهمها فرض الجزاءات عليه لضمان تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن للإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الاسم وهذه ليست الا جزاءات تملك توقيعها على المتعاقد معها بهدف حسن العقد المتصل بسر المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة. والرأي المرجح ان الاساس القانوني لحق الادارة في توقيع الجزاءات في توقيع الجزاءات يمكن في فكرة المرفق العام. فالإدارة هي القوامة على المرافق العامة مسؤولة بحكم وظيفتها من حسن سيرها و تنظيمها ويحق لها توقيع الجزاء المناسب على المورد المقصر لكفالة سير المرفق العام بانتظام واطراد او لدفع الخلل الذي يمكن ان يصيب المرفق جراء تقصير المورد .

سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري

على غير ماهو مألوف في عقود القانون الخاص نجد ان الادارة هنا تتدخل لتغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد أما بالزيادة أو النقصان ويجد هذا التدخل اساسه في الكثير من المباديء والقواعد التي تعد اساسيه في القانون الاداري ولعل من اهم هذه القواعد قاعدة أو مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار والذي قد بينا مضمونه عندما شرحنا نظرية المرفق العام والمباديء التي تقوم عليها . ولذلك قد ينصب هذا التدخل على كمية الاعمال أو الاشياء محل العقد الاداري أو على شروط التنفيذ المتفق عليها أو على المدد المحددة للتنفيذ وهذه السلطة أو الحق للادارة يجد سببه كما ذكرنا في متطلبات سير المرافق العامة والمبدأ الخاص بقابليتها للتطور ومسايرتها للامور المستجدة والمستحدثة وبناء على ذلك لايجوز ان يقف العقد حائلا دون تطوير المرفق العام وتعديله. هذا وان حق الإدارة في التعديل عادة ما يرد النص عليه صراحة في العقد الاداري أو في دفاतर الشروط العامة والتي تعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز العقود الادارية عما سواها من عقود القانون المدني . وبما ان سلطة الادارة ترجع الى

مقتضيات سير المرافق العامة فإنه من الضروري ان تتوفر ضوابط معينه الاستعمال هذه السلطات الخاصة لتعديل العقد الإداري بالإرادة، المنفردة للإدارة وهي على الوجه التالي :-

أ- ان تكون هناك ظروف (اسباب مختلفة) قد استجدت بعد ابرام العقد الاداري تبرر أو تسوغ هذا التعديل حتى وان كانت تلك الظروف تعود الى خطأ الإدارة في تقديراتها وعلى هذا الاساس لا يجوز للادارة ان تقوم بتعديل العقد الاداري بارادتها المنفردة ودون ان تكون هنالك اسباب معينة تدعو الى هذا التعديل ومما لاشك فيه ان السبب كما لاحظنا كان المحرك الاول لقيام الادارة بممارسة سلطة اصدار الاعمال القانونية المختلفة (القرار الاداري ، العقد الاداري) وعندما تقوم الادارة بهذه السلطة أي سلطة التعديل دون وجود سبب مشروع فأن ذلك يعد تدخلا غير مشروع يعطي المتعاقد معها الطعن بهذا الاجراء امام القضاء كما له طلب التعويض عن الاضرار التي أصابته .

ب- يجب على الادارة ان تحترم في هذا التعديل القواعد العامة للمشروعية من حيث الاختصاص والشكل أي يجب ان يصدر قرار التعديل من الجهة الادارية المختصة طبقا لما ينظمه القانون كما يجب ان يتجسد هذا التدخل بالصيغة الشكلية التي رسمها القانون للتعبير الارادي .

ج- ان تقيد الادارة بالتعديلات بأن لا تتجاوز حدا معيناً أي ان لا تجعل هذه التعديلات وكأن المتعاقد امام عقد اداري جديد أي انه على الادارة ان تقدر الامكانيات المالية والفنية للمتعاقد معها وبدون ذلك فأن الادارة لا تجد مستقبلا من يتعاقد معها الامر الذي قد يكلفها الكثير من التكاليف المالية على حساب المصلحة العامة .

د- يجب ان لا تمس هذه التعديلات حق المتعاقد في طلب التعويض كمقابل لسلطة الادارة وذلك لانه في بعض الاحيان قد يكون سبب اقدام الادارة على التعديل هو حالة تستوجب ذلك دون وجود أي خطأ سواءا من جانبها او من المتعاقد كما سنبين ذلك .

حقوق المتعاقد مع الادارة

ان العقد الاداري شأنه شأن العقد المدني يرتب التزامات في حق كل من طرفيه:-

أ- يلتزم المتعاقد مع الادارة ان ينفذ التزاماته على مسؤوليته الخاصة وبحسن نيه وبالطريقة المنصوص عليها في العقد.

ب- اما التزامات الجهة الادارية فهي عليها ان تقوم بتنفيذ العقد الذي يلزمها بالوفاء بكافة التزاماتها ووفقا لشروط العقد وبطريقة سليمة وصحيحة مع احترامها للمدد المحددة في العقد كما على الادارة ان لا تقوم في أي عمل يلحق ضررا بالطرف الاخر (المتعاقد معها) كما

لايجوز لها ان تزيد الالتزامات او الاعباء المفروضه عليه (المتعاقد) وبذلك يكون العقد الاداري مثل العقد المدني في هذا الشأن رغم ارجحية وعلوية سلطة الادارة الا انه في النهاية عقد ملزم لكل اطرافه بما يتضمنه من شروط. وهكذا فإن المتعاقد مع الادارة له حقوق يستمد منها من العقد ذاته وأهمها المقابل المالي الذي يعد أساسيا عند التعاقد كما له حقوق اخرى وتعويضات يستمد منها قواعد تنظيم المرافق العامة التي توجب التدخل لاعادة التوازن المالي للمتعاقد أي بعبارة اخرى

١- المقابل المالي :- كما قلنا يعد هذا امر جوهري بالنسبة للمتعاقد ولذلك يتم الاتفاق عليه في العقد وهو قد يتمثل بالثمن او الراتب أو أي مزايا مالية اخرى. ٢- حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض المالي او التوازن المالي واهم تطبيقات ذلك نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهذه النظريات كما سنلاحظ أوجدها مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه القضائية وهذا يؤكد كما وجدنا الطابع القضائي للقانون الاداري كونه قانون ينظم علاقات مختلفة عن تلك المعروفة في القانون الخاص. وبموجب هذه النظريات فإنه يحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة الادارية والقضائية احيانا بضمان نوع من التوازن بين الأعباء الجديدة التي القيت عليه عند تنفيذ العقد وبالشكل الذي يراعي حساباته وتقديراته للفوائد المالية خصوصا التي ستعود عليه وقت ابرامه للعقد. ولا شك انه مثل هذا الامر تعد قواعد أساسية بوصفها مبادئ عامة تحكم كل العقود الادارية التي غايتها كما قلنا تحقيق النفع العام هذا وسنتولى شرح تطبيقات نظرية التوازن المالي في العقد الاداري كما ارساها القضاء الاداري والفقهاء كما سنقوم بتوضيح اثار هذه النظريات في القانون الخاص.

الرقابة القضائية على التزام الإدارة بأداء المقابل المالي

إن المقابل المالي العائد من الأعمال موضوع التعاقد يمثل الدافع الحقيقي للمتعاقد مع الإدارة لإبرام العقد الإداري، ولا يصطدم هذا المفهوم مع كون المتعاقد مع الإدارة معاوناً ومساعداً لها في تسيير مرافقها بانتظام وباطراد من خلال العقد الإداري، ذلك أنه يسعى في المقام الأول لتحقيق الربح الذي يمكنه من الاستمرار في تسيير أعمال شركته أو مؤسسته، ولذلك فإن حقه في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد يعد من أهم حقوقه على الإطلاق. ورقابة القضاء على مدى التزام جهة الإدارة لشروط أدائها المقابل المالي تعتبر صورة من صور الضمانات القضائية المستقرة والمقررة للمتعاقد مع الإدارة. إن المقابل المالي قد يكون ثمناً للبضائع الموردة أو الخدمة المطلوبة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها، وقد يكون مرتباً شهرياً كما هو الحال في بعض عقود التوظيف. أما إذا كان المتعاقد مع الإدارة يؤدي الخدمة للمنتفعين مباشرة - كما هو الحال في عقود الامتياز -

فإن المقابل المالي في هذه الحالة يكون في صورة رسم يتقاضاه من المنتفعين، ما لم يكن عقد الاستغلال غير مباشر أو مناصفة الاستغلال بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، حيث يتقاضى الأخير المقابل المالي من جهة الإدارة . قد يشمل المقابل المالي أيضاً بالإضافة إلى الثمن أو الرسم -على سبيل المثال - مزايا مالية أخرى كضمان حد أدنى من الربح، أو التزام جهة الإدارة بإقراض المتعاقد معها بمبالغ في حدود معينة، أو ضمانات لدى البنوك للحصول على بعض القروض. ويتوجب على جهة الإدارة الالتزام بأي منها إذا تم النص عليها في العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها. وعادة ما تكون سلطة جهة الإدارة مقيدة في تعديل الشروط المتعلقة بالمقابل المالي، كونها شروطاً تعاقدية -بخلاف شروط الرسم الذي يتقاضاه الملتزم من الجمهور- وأساس تقييد يد جهة الإدارة في ذلك التعديل مرده :

أولاً: إلى أن سلطة التعديل تستند إلى مقتضيات حسن سير المرافق العامة وانظمامها، وبالتالي فإن تلك السلطة لا تنصب إلا على تلك الشروط ذات العلاقة بتلك المرافق، .
وثانياً: فإن عدم تقييد سلطة الإدارة في تعديل الشروط المتعلقة بالمقابل المالي، يجعل الشركات والمؤسسات تنفر من التعاقد مع جهة الإدارة، حيث لو تم إطلاق يدها في ذلك، فإنها سوف تلزم المتعاقد معها بشروط مالية رغماً عنه، وهذا ما لا يجوز، كون الشروط المالية تعتبر من الشروط التعاقدية التي تستلزم موافقة الطرفين. ويقرر مجلس الدولة الفرنسي بأن الشروط المتعلقة بتغيير المقابل المالي تتسم بالطابع التلقائي، أي يتم تغيير المقابل المالي تلقائياً بتغير الظروف الاقتصادية للعقد المحددة سلفاً بواسطة المتعاقدين. حيث إن حساب التغيير التلقائي في المقابل المالي المقرر للمتعاقد يتم عن طريق المقارنة بين قيمة بعض المعطيات الأساسية للعقد في وقت إبرامه وقيمتها وقت حدوث التغييرات الاقتصادية المتوقعة. ومن أهم هذه المعطيات، أجور العمالة، وأسعار المواد الأولية للمشروع محل التعاقد، والتغييرات الضريبية المتوقعة . كما قضى بأن أسس تغيير المقابل المالي الواردة بالعقد تكون واجبة التطبيق بمعرفة القضاء في حالة امتناع أحد المتعاقدين عن تطبيقها، وأن سلطة القضاء في هذا الشأن لا تمثل تعديلاً في نصوص العقد رغماً عن إرادة المتعاقدين، وإنما هي تطبيق صحيح لإرادتهما في خصوص تغيير المقابل المالي على ضوء التقلبات الاقتصادية المتوقعة. وبالإضافة إلى سلطة القاضي في تطبيق الشروط الواردة بالعقد بشأن المقابل المالي المستحق للمتعاقد مع الإدارة، فإن قاضي العقد يملك بطبيعة الحال أن يحكم بالتعويض لصالح المتعاقد الذي أضر من جراء تراخي الإدارة في تطبيق تلك الشروط.

ضمان التوازن المالي للعقد -:

أن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها

المنفردة لابد أن يقابلها من جانب آخر حق للمتعاقد يتمثل بمنحه من الامتيازات المالية ما يساوي الزيادة في التزاماته، فالعدالة تقتضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية أن تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها .

وأصطلح على هذه الفكرة بفكرة التوازن المالي للعقد، وقد أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذه الفكرة في العديد من أحكامه وخاصة في مجال عقود الالتزام كما أشار إليها الكثير من مفوضي الدولة. ففي تقرير مفوض الدولة ليون بلوم Leon blum في قضية (الشركة الفرنسية العامة للترام) بتاريخ ٢١-٣-١٩١٠ أوضح أنه "إذا انهار الاقتصاد المالي للعقد، وإذا أدى استعمال السلطة مانحة الالتزام حقها في التدخل إلى حدوث شيء من الاختلاف في هذا التوازن بين المزايا والأعباء، بين الالتزامات والحقوق.. فليس ما يمنع الملتزم من اللجوء إلى قاضي العقد فيثبت أن التدخل وإن كان مشروعاً في ذاته وإن كان ملزماً له، سبب له ضرراً يتعين تعويضه عنه . وقد انقسم الفقه في تحديد معنى التوازن المالي للعقد إلى جانبين ذهب الجانب الأول منه وبتزعمهم الفقيه Pequignot إلى القول أن التوازن المقصود هنا هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه . بينما ذهب الجانب الآخر إلى أن التوازن المالي للعقد لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والالتزامات، وإنما يقصد به مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة تقضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، فيكون من الضروري أن تتناسب حقوق المتعاقد معه التزاماته، زيادة أو نقصاً على الأقل إذا كان حصول هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة. وهذا الاتجاه هو الراجح فقها وقضاء، فقد قضت محكمة القضاء الإداري العراقي في ٣٠-٦-١٩٥٧ "أن الفقه والقضاء الإداري قد خلق نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها.. أن من حق المتعاقد المضار من حالة الظروف الطارئة أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسائر التي تحملها فتعويضه عنها تعويضاً جزئياً..". ثم يستمر هذا الحكم ليقدر مبدأ استقلال نظرية التوازن المالي للعقد عن النظريات الأخرى فيقول: "ومن هذا تختلف هذه النظرية " نظرية الظروف الطارئة" عن نظرية التوازن المالي للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالي تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه، أما في نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة فإن العقد يظل قائماً وموجوداً كما هو، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر. وعلى هذا فإن فكرة التوازن

المالي تتعلق بالاختلال المالي للعقود بفعل الإدارة وهي فكرة ملازمة للتعديل في العقود الإدارية ولا يمكن الاعتماد عليها أساساً فيما يتعلق بالنظريات الأخرى التي تحدد الالتزامات التعاقدية كنظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونجد أن من المناسب أن نتناولها تباعاً.

الفصل الخامس

نهاية العقد الاداري

انتهاء العقد الاداري

ان اسباب انتهاء العقد الاداري ، ليست مختلفة تماما عن اسباب انتهاء العقود المدنية ، فمن الاسباب المشتركة لانتهاء العقد هي تنفيذه وانتهاء موضوعه، وحلول الاجل المحدد لانتهائه ، والاتفاق بين اطراف العقد على انهاءه. وعلى الرغم من ذلك فان القانون الاداري يتضمن حالات انتهاء للعقد بالارادة المنفردة للإدارة . وعلى هذا الاساس يمكن تقسيم نهاية العقد الاداري الى ما يأتي:-

- النهاية الاعتيادية للعقد الاداري .
 - النهاية المبسرة (غير الاعتيادية) للعقد الاداري.
- ينتهي العقد الاداري نهاية اعتيادية في الحالات الآتية :-
- أ- قيام كل طرف بتنفيذ التزاماته ، واطمأن موضوع العقد، ففي عقد المقاولة اذا اتم المتعاقد التزاماته بموجب العقد وقامت الإدارة بالوفاء بالتزاماتها اتجاهه ، انتهى العقد في هذه الحالة بتمام موضوعه ومن ثم وفاء كل طرف بما عليه . وفي عقد التوريد الاداري ، اذا قام المتعاقد بتوريد البضاعة أو المواد المتفق على توريدها ، بموجب الشروط المحددة في العقد ، وقامت الإدارة بدفع المقابل المتفق عليه، وحسب شروط العقد انتهى موضوع العقد الاداري
- ب- بانتهاء المدة المحددة لانتاج اثاره، وكذلك عند حلول الاجل المحدد لتوقفه عن انتاج اثار جديدة ... كأن يكون عقد صيانة مرفق عام يبرم لمدة سنة واحدة ، ويبدأ حساب هذه المدة من يوم المباشرة بتنفيذ العقد وينتهي بعد تمام سنة من هذا اليوم.

النهاية المبسرة (غير الاعتيادية) للعقد الاداري

- العقد الاداري ، قد ينتهي نهاية مبسرة ، قبل اتمام موضوعه ، وقبل حلول الاجل المحدد له وهذه النهاية هي التي تتضمنها ، صور الفسخ المختلف للعقد الاداري، وهذه الحالات هي غير الحالات التي يتضمنها القانون لانتهاء العقد قبل اتمامه . وهي على الوجه التالي :-
- أ- الفسخ الرضائي : ويحدث عندما تنفق الإدارة مع المتعاقد معها على انتهاء العقد ووضع حد لالتزاماتها بموجبه .

ب- الفسخ بقوة القانون :- يحدث الفسخ في بعض الاحيان ، بقوة القانون ويتحقق عند قيام الواقعة التي حصل بسببها الفسخ ، ويكون الفسخ تاما مع تعويض المتعاقد في بعض الاحيان .

تسوية المنازعات :

أن المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها تتسم بالخصوصية ، فمعظمها تتعلق بالعقود الإدارية ومنازعات هذه العقود تثير مسائلأ فنية دقيقة ، ومع اندفاع التحكيم نحو التعاطي مع المعطيات المتجددة للمنازعات الادارية ليؤمن لهذه المنازعات الحلول العملية وفق عدد من الخصائص من بينها التخصص والعدالة والسرية والسرعة والضمانات وقلة النفقات ، لذلك نجد أن أطراف النزاع قد وجدوا ضالتهم في كثيرا من الاحيان في محكمين يمكنهم الاتفاق على تسميتهم للفصل فيما يثور بينهم من منازعات . أن التحكيم بلاشك يخفف العبء عن القضاء و يتمتع بخاصية سرعة الفصل في المنازعات ناهيك عن أن هناك صوراً من المنازعات الادارية التي لا توجد وسيلة لحسمها غير التحكيم وهو ما يعرف (بالتحكيم الاداري الاجباري) الذي يستند إلى قاعدة تشريعية - وذلك في بعض الانظمة القانونية - تفرض النزاع على هيئة التحكيم . اللجوء الى التحكيم كأن يحدد المشرع حالات معينة يمنع فيها اللجوء الى القضاء إلا بعد مراعاة وجوب طرح هذا وقد أصبح التحكيم من مظاهر العصر الحديث لأهميته الكبيرة في فض المنازعات، حيث ان الواقع العملي يدعو دائما إلى الاتفاق على التحكيم لطرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم بدلا من طرحها على المحاكم المختصة بهدف الإفادة من خبرتهم الفنية وتفادي علانية جلسات القضاء وتفادي اضاءة الوقت والجهد والنفقات في كل الأحوال . وفي ظل التطور الاقتصادي توسع نظام التحكيم واقتره غالبية النظم القانونية ، وامتد نطاق تطبيقه ومن هذه المجالات العقد الاداري وما قد تثار عنه من مشاكل تعيق عمل الادارة في انجاز مهامها ، إلى مجالات لم تكن بالأمس القريب بالحسبان . فبسبب تزايد نشاط الادارة في مختلف المجالات ولجئها الى العقد الاداري كوسيلة قانونية تساندها في اتمام وانجاز الوظائف الملقاة على عاتقها ، كان لابد من ظهور مشاكل جديدة في هذا الشأن والى جانب هذه المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية. المشاكل وجدت وسائل مختلفة لحل هذه المعضلات ،ومن هذه الوسائل المهمة التحكيم باعتباره طريقة لفض . عليه فسنتناول في هذا البحث التحكيم من حيث مفهومه وطبيعته والتطورات التي لحقت به إلى جانب استعراض اهم احكامه في القوانين المقارنة . و سنتطرق كذلك إلى التمييز بين التحكيم الإداري و غيره من النظم المشابهة ،ومن بين الموضوعات في الخلافات الناشئة عن العقود الإدارية. التي سنتناولها طبيعة التحكيم وأهميته القانونية وأنواع التحكيم تبعا لحدود إرادة الخصوم مركزين على التحكيم واستنادا لما تقدم

فسنبحث هذا الموضوع في مباحث ثلاث، نتحدث في الاول عن مفهوم التحكيم وتمييزه عن الانظمة المشابهة، وبتكلم في الثاني عن التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الادارية، واخيرا نتطرق الى دور القضاء بالنسبة للتحكيم اثناء مزاوله نشاطه. كما سنتعرض بالتحليل لتطبيقات التحكيم في العقود الادارية في فرنسا والعراق وبعض القوانين المقارنة مبينين مدى اهمية اللجوء للتحكيم في العقود الادارية. هذا ولا بد من الإشارة إلى إن الغاية الأساسية من هذا البحث هو بيان مدى أهمية نظام التحكيم في فض منازعات العقد الإداري، حيث لن ندخل في تفاصيل النظام المذكور إلا إذا وجدت أهمية معينة تتطلبها مجال دوره بالنسبة لمنازعات العقد الإداري. بيان فكرة ما، لها علاقة بمنازعات العقد الإداري، ولذلك سيكون الحديث عن التحكيم مختصراً، وبتوسع في التحكيم الدولي والتحكيم الوطني

التحكيم الدولي : يعتبر التحكيم دولياً عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية المرتبطة بعملية حركة انتقال البضائع والخدمات عبر حدود أكثر من دولة، أي عندما يرتبط النزاع بأكثر من دولة واحدة، وقد نص القانون

١- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

النموذجي لليونسترال على ان التحكيم يكون دولياً في احدى الحالات التالية (المادة ٣/١)

٢- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين :

أ- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم

ب - أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية.

٣- إذا اتفق الطرفان صراحة على ان موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة. لموضوع النزاع أوثق الصلة به. و بالنسبة للتحكيم الأجنبي، فان هناك معاهدة نيويورك المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية foreign awards، التي أوجبت على الدول المنظمة لها ان تنفذ على أراضيها، كمبدأ عام، قرارات التحكيم الصادرة ٢ في دولة أخرى. هذا وقد نص قانون الاستثمار الأجنبي العراقي لسنة ٢٠٠٦ على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود المبرمة استنادًا للقانون المذكور، وقد بينت المادة ٢٧ من هذا القانون القواعد التي تحكم عملية التحكيم في هذا الشأن، وأشارت الفقرة الرابعة إلى إمكانية اللجوء إلى أي جهة معترف دولية. بها دولياً بخصوص عملية التحكيم، ومن نافلة القول إن العقود المبرمة وفقاً لهذا القانون هي عقود إدارية التحكيم وطنياً إذا كان جميع اطرافه وعقده ضمن نفس الدولة.

أما **التحكيم الداخلي** فهو الذي يحكم علاقة وطنية داخلية بعيدة عن مصالح التجارة الدولية.