الاسبوع الخامس

المحاضرة الخامسة : الإجراءات المتبعة لإبرام العقد

تمهيد

ذكرنا بان العقود التي تبرمها الإدارة تتكون من عملية اكثر تعقيداً منها في العقود المبرمة بين الأفراد ، وان هذا التعقيد هو في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة الذي غالباً ما يتم في شكل عملية مركبة تكون في فترات متلاحقة ، وان هذا التصرف الذي يتم بموجبه إبرام العقد يسبقه عادةً مجموعة من الإجراءات والتدابير تمهد لتنفيذ مشروع ما .

وفي حكم لمحكمة القضاء الاداري في ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٧ تقول فيه ((إن للعقد الاداري خصائص في إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص ، بأنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون ، ويشترط في البعض الآخر عرضها على الهيئة التشريعية ، وصدور قانون بشأنها. يضاف إلى هذا أن الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص معينة تفرضها القوانيين واللوائح ، وعليها كذلك أن تسلك سبلاً معينةً للتعاقد ، وتتبع إجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد .

اما في العراق فتحرر اغلب العقود الإدارية ومنها عقد استئجار الادارة لخدمات الاشخاص من قبل الوزراء المختصين كممثلين عن الادارة وكذلك المدراء العامين او ممثل الدائرة المعنية القانوني ، وكذلك مدراء الوحدات الاختصاصية ممن يخولهم الرئيس الأعلى أو الوزير المختص . أي أن الشخص المخول قانونا بالتعاقد والتوقيع هو الذي ينوب الإدارة في التعاقد .

ونتكلم فيما يلي عن أهم الطرق والاساليب المتبعة لإبرام عقد استئجار الإدارة لخدمات الأشخاص مثلاً كأحد العقود الإدارية ، ونلفت النظر بأن هذه الإجراءات ليست مقصورة على العقود الإدارية البحتة ولكن تشمل عقود الإدارة بصفة عامة .

المطلب الأول :تحديد حاجة المرفق العام

إن احتياج المرفق العام هو الذي يدفع الإدارة إلى التعاقد ، ولما كانت احتياجات هذا المرفق متنوعة ومتغيرة ، فان الادارة تملك في أي لحظة الحق في التعاقد مع الافراد لغرض ديمومة سير المرفق العام ، وانها اذا استعانت بالقطاع الخاص في تسيير هذه المرافق سواء كان ذلك بقصد صيانة أو ترتيب بتلك المرافق أو اعداد وتهيئة الوسائل الضرورية لتسييرها وحسب حاجة المرفق المذكور فأنها تلجأ الى التعاقد في سبيل ذلك وخاصة مع الاشخاص ذوي الخبرات الفنية مثلاً ، أي ان تلك المرافق تتسم دائماً بالمرونة والقابلية للتغيير ونتيجةً لذلك فانها تحتاج الى كفاءات وخبرات وأشخاص لغرض مساعدتها ومعاونتها في تنظيم هذا المرفق .

ومن خلال استقرائنا للواقع العملي وجدنا ان اغلب دوائر الدولة أو المرافق العامة في العراق تلجأ في الوقت الحاضر إلى أسلوب التعاقد مع الأشخاص لعدم كفاية موظفيها أو لحاجتها إلى أيدي وخبرات لإنجاز أعمالها وعدم وجود توظيف أو درجات وظيفية شاغرة أو عدم وجود تعيين على الملاك الدائم ، لذلك تلجأ اغلب المؤسسات العامة ، مثل مديريات التربية أو مؤسسات التعليم العالي ، ودوائر الكهرباء والبلديات على سبيل المثال إلى اللجوء إلى تنظيم عقود مؤقتة مع ذوي الاختصاصات ، مثل المهندسين والمدرسين ، أو أساتذة الجامعات ، وتكون هذه العقود مؤقتة أو إلى اجل معين مقابل أجور محددة .

ولكن التعاقد مع هؤلاء يتم بعد تحديد حاجة المرفق العام ، أي حاجة هذا المرفق الى الاختصاص المذكور والعدد المطلوب لضمان سير المرفق العام ، كمرفق التعليم والصحة والكهرباء والخدمات ، وغيرها من المرافق العامة ، وتلجا الإدارة الى هذا الإجراء بعد تحديد حاجتها عندما لا يكون هنالك صاحب اختصاص من بين الموظفين لديها أو لنقص يحصل في العدد المطلوب لإنجاز عمل معين يحتاج الى أيدي وخبرات معينة . كما أن حاجة المرفق العام الى أشخاص يعينون الإدارة في إنجاز مهامها و بما انه يتوفر لدى المرفق العام أو المؤسسة العامة تخصيص مالي تستطيع الإدارة في ضوئه من سد حاجاتها من الأشخاص عن طريق التعاقد .

المطلب الثاني : الموافقة المالية

تقضي بعض القوانين بوجوب استئذان جهات إدارية عُليا قبل قيام الجهة الإدارية بإبرام العقد المطلوب إبرامه ، حيث لا يجوز للوزارات والمؤسسات العامة القيام بإبرام عقود إلا بعد استشارة أو موافقة وزارة المالية ، ومعرفة التخصيص المالي لدى وزارة المالية للدائرة المعنية ، أي لا يجوز للإدارة أن تتعاقد أو تلتزم قبل التأكد أو الحصول على الاعتماد المالي اللازم لإتمام عملية التعاقد ،أن عدم كفاية هذا الاعتماد المالي لا يرتب بطلان العقد وإنما يترتب عليه التزام الإدارة تدبير الاعتماد المالي ، وهذا يوحي بوجود علاقة بين القانون الاداري والمالي ، حيث يعتبر الأخير فرع من القانون العام لاحتوائه على قواعد القانون العام .

وفي حكم للمحكمة الادارية العليا في مصر تقول فيه (ان العقد الذي تبرمه الادارة مع الغير ينعقد صحيحا حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم او حتى لو جاوزت الادارة حدود الاعتماد او لو خالفت الغرض المقصود منه ، فمثل هذه المخالفات ــ لو وجدت من جانب الإدارة ــ لا تمس صحة العقد ولا نفاذه ، وانما تستوجب المسؤولية السياسية، وعلة ذلك هي ان العقود الادارية التي تبرمها الادارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة ويجب من ناحية حماية هذا الغير ومن ناحيةً اخرى عدم زعزعة الثقة في الادارة ٠

وليس في مقدور الفرد الذي ينوي التعاقد مع الادارة ان يعرف اذا كان قد صدر اعتماد مالي او لم يصدر وما إذا كان يسمح بابرام العقد من عدمه وما اذا كان هذا العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد او ليس في حدود ذلك الغرض فكل ذلك يتعذر على الفرد الذي يريد التعاقد التعرف عليها ولو جعل صحة العقود الادارية او نفاذها رهناً بذلك لما تمكن احد من التعاقد مع الادارة وتعطل سير المرافق العامة .

ولو اعتبر توافر الأعتماد المالي شرطاً من شروط صحة العقد لوجب على كل من يتعاقد مع الإدارة أن يتأكد من شروط الاعتماد المالي لدى الإدارة ، وأن هذا الاعتماد مخصص للعقد المراد إبرامه ، وإن ذلك يعني بأن الفرد سوف يصبح رقيباً على الإدارة ويكشف أسرارها مما يقابل ذلك أن تضع الإدارة العراقيل أمام المتعاقد معها. لذلك فأن الإدارة التي تتعاقد يجب عليها احترام القواعد المتعلقة بالمالية العامة لكي تتجنب الوقوع في الخطأ ، كما أن الاعتماد المالي الذي تحصل عليه جهة الإدارة

بموافقة لا يلزم الإدارة بالتعاقد ، سواء صدر في صورة قانون أو قرار إداري ، أي أن الإدارة تستطيع أن تعدل عن التعاقد أذا وجدت ان الصالح العام يقتضي ذلك ، كما أن هذه القاعدة تسري على العقود الأدارية وعقود الاداره الاخرى لانها قاعدة عامة ومن النظام العام.

كما ان المشرع العراقي قيد الادارة بوجوب توفر الاعتماد المالي المخصص لانجاز اي مشروع او اداء عمل معين ،وعدم تجاوز الاعتماد المخصص وجاء ذلك في نص قانون المحاسبات العامة رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ على انه ليس للوزارات ان تتجاوز الاعتمادات المالية المقرة لها في الميزانية العامة . ويجب على الجهة الادارية ان تستحصل موافقة وزارة المالية في حالة وجود ضرورة لتجاوز الاعتماد المخصص .

المطلب الثالث : صدور اذن او تصريح خاص بالتعاقد

ان الاذن بالتعاقد يختلف عن الاذن المالي او شرط الاعتماد المالي لان وجود الاعتماد المالي ليس شرطا لسلامة التعاقد ، اما شرط الحصول على اذن التصريح بالتعاقد فهو ضروري لقيام العلاقة التعاقدية وخاصة عندما يشترطه المشرع ، أي ان الادارة اذا تعاقدت مع الفرد دون التصريح لها بذلك او دون الحصول على موافقة بالتعاقد فان ذلك يؤدي الى البطلان وهذا هو موقف اغلب الفقه القانوني الفرنسي والمصري .

ان العقد الذي تقوم الادارة بابرامه من غير ترخيص او موافقة سابقة يكون باطلا من الناحية القانونية ،لذلك فان المتعاقد لا يستطيع ان يحتج به في مواجهة الادارة ، كما هو الحال في حاله عدم وجود الاعتماد المالي او الموافقة المالية ، ومع ذلك فانه يستطيع الحصول على التعويض اذا اصابه ضرر من جراء تعاقد الادارة الخاطىء ، وان هذا التعويض يكون على اساس الخطا التقصيري او ان اساسه تقصير الادارة الذي حمل المتعاقد اضرارا ماديه ، او على اساس قاعدة الاثراء بدون سبب في حالة اثبات المتعاقد ذلك .

وقد يستوجب الاذن او التصريح بالتعاقد موافقة رئيس السلطة التنفيذية او الوزير المختص او مجلس الوزراء وخاصة في مصر ومع ذلك فان الادارة حتى في حالة الحصول على الموافقة او الاذن السابق على التعاقد فانها تحتفظ بحريتها في التعاقد او عدمة طبقا لمقتضيات المصلحة العامة ، كما ان الاذن يمكن ان يكون في صورة قانون يصدر من السلطة التشريعية وقد يكون في صورة قرار جمهوري او قرار يصدر من مجلس الوزراء او الوزير المختص او أي جهة ادارية اخرى ( ) .

أما موقف المشرع المصري فقد استحدث نظام وصاية من قبل البرلمان على المجالس المحلية ، وقد نصت المادة (١٢٩) من القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٩ ، على انه ((لا يجوز لوحدات الحكم المحلي إبرام أي قرض آو الارتباط بأي مشروع غير وارد في الخطة أو الموازنة إذا كان يترتب عليه إنفاق مبالغ في فترة مقبلة إلا بعد موافقة مجلس الشعب)).

أما موقف القانون العراقي من صدور اذن او تصريح خاص بالتعاقد فقد نص قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ المعدل على وجوب استحصال الادارة على الموافقة السابقة بالنسبة لعقود البيع والايجار . فقد تكون الموافقة من الوزير المختص او الرئيس الاعلى للجهات غير المرتبطة بوزارة . كما نصت تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ على ضرورة مصادقة مسبقة بالعمل أو المشروع صادرة من الجهة المخولة بذلك قبل إبرام الإدارة لعقدها المتعلق بذلك المشروع. ويرى الدكتور محمود خلف من الفقه الاداري في العراق ، بان (هناك اعتبارات إدارية تتمثل في الأذن بالتعاقد ، حيث لا يمكن إبرام بعض العقود الإدارية إلا بعد حصول السلطة المختصة بالإبرام على أذن بالتعاقد من جهة معينة ، وهذا الإذن يختلف بحسب طبيعته عن الاعتماد المالي ، اذ هو آمر ضروري لا غنى عنه ويصبح العقد بدونه باطلا).

إبرام العقــود الإداريـــة

لا تملك الإدارة حرية واسعة عند التعاقد، مثلما هو الحال في إبرام الأفراد عقودهم. إذ فرض المشرع جملة من القيود و الإجراءات تلتزم الإدارة اتباعها حفاظاً على المصلحة العامة و المال العام.

المطلب الأول- طرق إبرام العقود الإدارية

تتبع الإدارة في إبرام عقودها الإدارية عدة طرق، هي:

١- المناقصة.

٢- المزايدة العامة.

٣- الممارسة.

٤- التكليف أو الأمر المباشر.

أولاً: المناقصة

يقوم نظام المناقصة على أساس وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة يتنافسون فيما بينهم لتقديم العطاءات تختـار الإدارة أفضلها سعراً وشروطاً.

وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما تريد الحصول على الخدمات و السلع مثلما هو الحال في عقود الأشغال العامة و التوريد، ولا يجوز العدول عن أسلوب المناقصة إلا في حالات خاصة.

وتقوم المناقصة على ثلاثة مبادئ رئيسية هي:

١- الإعلان عن المناقصة.

٢- حرية المنافسة.

٣- المساواة بين المتنافسين.

١ -الإعلان عن المناقصة:

إعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها.

ويتوجب على الإدارة أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة وجداول الكميات التي تبين للأفراد البنود و الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد و الجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة الإخلال بأحكامه أو التأخر في تنفيذه.

وتتولى لجنة العطاءات الإعلان عن المناقصة بناء على قرار الجهة المختصة بعد التحقق من صدور الاذن من الجهة المختصة.

٢ -حرية المنافسة:

من مقتضيات هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي، ولا يجوز للإدارة أن تبعد أياً من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الاشتراك في المناقصة.

٣ -المساواة بين المتنافسين:

يقوم هذا المبدأ على أساس أن جميع المتقدمين بعطاءاتهم يكونوا على قدم المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم فلا تطلب من أحدهم ما لا تطلبه من غيرهم. إلا أن هذا القيد لا ينبغي تعميمه، إذ أن الإدارة تستطيع أن تفرض شروطاً إضافية على المتقدمين إليها تضمن توفر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوفر إلا لفئة معينة من الراغبين في التعاقد. كذلك تملك الإدارة إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط كإعفاء الشركات الوطنية من التأمين الابتدائي الواجب تقديمه أو شرط توافر القدرة المالية.

أنواع المناقصات

هناك نوعان من المناقصات، المناقصات العامة و المناقصات المحدودة

المناقصات العامة: هي تلك التي يعلن عنها لجميع الراغبين في التعاقد مع الإدارة دون تعيين، وهي القاعدة العامة في المناقصات وتقوم على أساس المبادئ الأساسية التي سبق ذكرها.

المناقصات المحدودة: هي المناقصات التي يقتصر الاشتراك فيها على جهات أو أشخاص يختارون عن طريق قائمة تعدها الإدارة بأسمائهم ولا يحق لمن هم خارج هذه القائمة المشاركة إلا في حالات استثنائية.

وهذه القائمة تعد بناء على توافر شروط معينة تقررها الإدارة من حيث المقدرة المالية للشركات أو خبرتها الفنية في الأعمال المماثلة، وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في حالات الضرورة ولاعتبارات تعود إلى طبيعة المشروعات التي ترغب الإدارة بإنجازها، و التي تتطلب قدر من الخبرة و الكفاية، مثلما هو الحال في إنشاء الجسور و الأنفاق و المصافي... ألخ.