

(التفاوض في العقود الإدارية - اسلوب المناقصة أنموذجا)

١٤٤٣ - ٢٠٢٢

Negotiation in Administrative Contracts - the Tender Method as A Model

أ.م.و. محمود خليل خضير

جامعة بغداد - كلية اللامعة والامقاص

المستخلص

يعد التفاوض في العقود الإدارية مرحلة تحضيرية تجري فيها المناقشات والمباحثات بين السلطة الإدارية والطرف الراغب في التعاقد معها حول قضية من القضايا تتعلق بالعقد المراد إبرامه يتم بموجبها التقريب بين وجهات النظر المختلفة لأطراف العلاقة التعاقدية لتبادل أو تحقيق مصالح مشتركة.

ولا يختلف مفهوم المفاوضة في مجال العقد الإداري كإجراء مرحلي بصفة جوهرية عن المفهوم العام لها

وان كانت تتميز بمفهوم خاص يمكن إرجاعه الى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري كوسيلة قانونية تهدف الى تحقيق مصلحة الإدارة بصفة أساسية .

وتلجأ الإدارة الى مفاوضة مقدمي العروض بهدف الإعداد والتمهيد لإبرام العقد بما يكفل تحقيق مصلحة المرفق العام في المقام الأول، دون الإخلال بمصلحة الطرف الآخر ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر فان هذه المفاوضات تتم في مرحلة الإيجاب اي قبل نشوء العلاقة العقدية بما ترتبه من آثار ملزمة ، فالثابت ان مرحلة الإيجاب في العقد الإداري تبدأ من لحظة تقديم العروض او العطاءات وتستمر حتى اعتماد السلطة الإدارية المختصة لأعمال اللجان المكلفة بإنهاء إجراءات التعاقد .

وعلى الرغم من قيمة وثقل ما تحضى به الإدارة من سلطات واسعة في العقد الإداري ، إلا ان هذه السلطات لا تمارسها الإدارة إلا بعد إبرام العقد وإنتاجه لآثاره الملزمة بين الطرفين . اما المرحلة السابقة على الإبرام فلا تملك الإدارة ممارسة سلطاتها باعتبار ان العقد لم تكتمل أركانه ومن ثم فلا يتصور ان تتأثر المفاوضات بهذه السلطات.

Abstract

Negotiation in administrative contracts is considered as a preparatory stage in which discussions and consultation take place between the administrative authority and the party wishing to contract about the one of issues related to the contract to be concluded, according to which the

different points of view of the parties to the contractual relationship are brought together to exchange or achieve common interests

The concept of negotiation in the field of administrative contract as a phased procedure does not differ fundamentally from the general concept of it, although it is characterized by a special concept, it can be traced back to the subjective nature of the administrative contract as a legal means aimed at achieving the administration's interest basically. The administration resorts to negotiating with the bidders in order to prepare and introduce to conclude of the contract in a way that ensures the achievement of the interest of the public utility in the first place, without prejudice to the interests of the other party, this is on the one hand, and on the other hand, these negotiations take place in the affirmative stage, that is, before the emergence of the contractual relationship with its binding effects. Despite the value and weight of the wide powers that the administration confers on the administrative contract, It is established that the affirmative phase in the administrative contract begins from the moment of submitting offers or bids, It continues until the adopted administrative authority approves the work of the committees charged with finalizing contracting procedures. However, these powers are not exercised by the administration except after the conclusion of the contract and its binding effects between the two parties

As for the stage prior to the conclusion of the contract, the administration does not have the right to exercise its powers, given that the contract has not been completed, and therefore it is not imaginable that the negotiations will be affected by these powers.

المقدمة: Introduction

اولا- موضوع البحث:

يؤدي العقد الإداري دوراً مهماً في تسيير النشاط الإداري ، إذ يُمكن الإدارة من تسيير واستغلال وصيانة المرافق العامة ، وبذلك تستطيع أن تؤدي خدماتها للمنتفعين بها ، بصورة منتظمة ودائمة تحقيقاً للمصلحة العامة، وتكون المبادرة الأولى من جانب جهة الإدارة في إعلانها عن حاجتها وفقاً لشروط معينة وهو ما يُعد بمثابة دعوة للتعاقد من جانبها ، ويعقب ذلك قيام راغب التعاقد في تقديم عروضهم ، ولا تنشئ العلاقة التعاقدية اثارها الملزمة للطرفين إلا باعتماد السلطة المختصة لتوصية الجهة المكلفة بإجراءات التعاقد .

والثابت أن الإدارة لا تستوي مع الافراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام عقودها الإدارية، ذلك انها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين والأنظمة والتعليمات كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد معهم . والقاعدة العامة في اختيار المتعاقد مع الإدارة هي طريقة المناقصة أو المزايدة ، غير أن بعض العقود لاتراعي إتباع هذا الأسلوب في التعاقد بما تطلبه من إجراءات ، لهذا تلجأ الإدارة إلى أسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر لاختيار المتعاقد معها . إن إبرام العقد الإداري يكون مسبقاً في العمل بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المفاوضات بين الإدارة والراغب في التعاقد معها . فالعقد يُعد وليداً للإرادة المشتركة لطرفيه مما يتيح مجالاً للتنافس والتفاوض بقصد الوصول إلى أفضل الأوضاع التي تحقق مصلحة الإدارة من دون إغفال لمصلحة المتعاقد معها، مع الأخذ بالحسبان طبيعة المناقصة والمبادئ التي تحكمها .

ثانياً- مشكلة البحث:

تتفاوت حدود مرحلة المفاوضات بحسب الأسلوب الذي تتبعه الإدارة في اختيار المتعاقد معها . وتطبيقاً لذلك فإن مجال التفاوض بصدد أسلوب التعاقد بطريقة المناقصة يبدو محدوداً نظراً لمحدودية الإدارة في اختيار المتعاقد معها والتزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدم العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً.

ثالثاً- أهمية البحث:

وقد جرى طرح الموضوع في خطة انطوت على أفكار قانونية جديدة مع محاولة الباحث الجادة في الاجتهاد وبيان حلول ومعالجات لم يسبق طرحها في ظل القانون العراقي من قبل بما ينسجم مع تطور قواعد القانون الإداري في التشريع المقارن .

رابعاً- هدف البحث:-

يستلزم إجراء المفاوضات في العقد الإداري وجود رغبة متبادلة بين الجهة الإدارية التي تسعى للتعاقد وبين مقدم العطاء . ومن ثم فإن إجراء المفاوضة يُعد عملاً إرادياً غير فردي يتم بناءً على مبادرة من السلطة المختصة ويتطلب موافقة الطرف الآخر ، ولا تتعارض المفاوضة مع المبادئ التي تقوم عليها المناقصة وأهمها مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين أصحاب العطاءات على اعتبار إنها ستتم مع مقدم العطاء الأفضل شروطاً من الناحية الفنية والأقل سعراً بشأن إقناعه بالتنازل عن التفضيلات التي أرفقها بعطاءه ، بالإضافة الى ان المفاوضة تهدف الى تحقيق المصلحة المالية للإدارة من خلال إقناع هذا المناقص بالتنازل بسعره الى مستوى أسعار السوق .

خامساً- فرضية البحث:-

تتفاوت حدود مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية بحسب الأسلوب الذي تتبعه الإدارة في اختيار المتعاقد معها، وتطبيقاً لذلك فإن مجال التفاوض بصدد أسلوب التعاقد بطريقة المناقصة يبدو محدوداً نظراً لمحدودية الإدارة في اختيار المتعاقد معها والتزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدم العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً .

سادسا- منهجية البحث:

لقد اعتمد الباحث منهج الوصف المقارن نظراً لأهمية هذا المنهج واستخداماته الواسعة في مجال الدراسات القانونية . كما اعتمد أسلوب الجمع بين المسائل ذات الطبيعة المشتركة والخصائص الواحدة في دولة المقارنة ، ودراستها بوصفها وحدة واحدة تسهياً لعملية المقارنة كلما أمكن ذلك وبالقدر الذي لا يخل بوحدة النظام في كل دولة من هذه الدول .

سابعا- هيكلية البحث:

سنتكلم في هذا البحث عن طبيعة المناقصة وأثرها على المفاوضة في المبحث الأول، ثم نبين موقف النظام القانوني للتفاوض في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة في المبحث الثاني، ونتناول صور التفاوض في المناقصات في المبحث الثالث وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: طبيعة المناقصة وأثرها على المفاوضة**Chapter One: The Nature of the Tender and its Effect on Negotiation**

تهدف المناقصة إلى ضمان حسن اختيار المتعاقد الذي يتقدم بأفضل العروض في الشروط الفنية ومصلحة الخزينة، ويكون ذلك عادة إذا أرادت السلطة الإدارية القيام بأعمال معينة ، اشغال عامة ، أو شراء أصناف معينة من المواد، والقاعدة العامة في فرنسا هي حرية الإدارة في اختيار المتعاقد ما لم يلزمها المشرع بأسلوب معين ، أما في العراق فان القاعدة على عكس ذلك وهو التزام الإدارة باتباع أسلوب المناقصة أو المزايدة لإبرام عقودها إلا إذا أجاز لها النص غير ذلك^(١).

المطلب الاول: طبيعة المناقصة

وتعد المناقصة الأسلوب الأساسي للتعاقد الإداري ، إلا أن هذا الدور بدأ في التراجع نسبياً في فرنسا ومصر ، وسبب ذلك ما فرضه المشرع من تعديلات جديدة أتاحت توسعاً نسبياً لأساليب التعاقد الأخرى كالممارسة والاتفاق المباشر^(٢). ومع ذلك فقد أوجب المشرع الفرنسي بالالتزام بأسلوب المناقصة في حالات معينة، في حين ظل أسلوب المناقصة الأسلوب الأساسي للتعاقد في العراق إلى جانب أسلوب المزايدة ، وللمناقصة نمطان أساسيان وفقاً للتقنين الفرنسي هما : ^(١) المناقصة المفتوحة (Ouverte) أي المتاحة للجميع ، والمناقصة المقيدة (Restriente) التي تختلف عن المناقصة المفتوحة في تحديد من يسمح لهم بالاشتراك فيها ، فيقتصر حق الاشتراك في هذا النوع

(١) د. علي جمعة محارب ، الآثار السلبية لرفض التعاقد مع مقدم العطاء الأقل ، مقال منشور في مجلة المقاول، صادرة عن اتحاد المقاولين ، بغداد ، ٩٤ ، س ٣ ، ١٩٨٩ ، ص ٤٦ .

(٢) د. محمد احمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ٦٦ .

(٣) إضافة المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ، الممارسة العامة بوصفها أسلوب أساسي بجانب المناقصة العامة ، فضلاً عما اضافته المادة السابعة من القانون نفسه التي وسعت النطاق المالي للتعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر .

من المناقصات على فئة محددة من الأشخاص (المقاولين) أو البيوت التجارية المعتمدة أسماءهم في قوائم مسجلة لدى الجهات الفنية التابعة للسلطة الإدارية^(٢).

ففي العراق فقد نصت المادة الثالثة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ على انه :- " يجري تنفيذ المشاريع بإحدى الطرق الآتية:

أ- المناقصة العامة : وتتم بإعلان الدعوة إلى جميع الراغبين في المساهمة بتنفيذ المشروع .

ب- الدعوة المباشرة (المناقصة الخاصة) : وتتم بتوجيه دعوة مباشرة إلى ما لا يقل عن ثلاثة من المقاولين أو الشركات أو المؤسسات المعتمدة لقدرتها وكفاءتها الفنية والمالية ... " .

وأمام تزايد اتجاهات العولمة الجديدة ، بدأ بالانتشار نوع جديد من المناقصات ، وهي المناقصات الدولية أو العالمية^(١) .

المطلب الثاني: اثر المناقصة على التفاوض

Section Two: The Effect of Tender on Negotiation

وتخضع المناقصة كأسلوب للتعاقد الإداري لعدة مبادئ أساسية تحد من حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها ، ولعل من أهمها هو وجوب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل أو ما يعرف بمبدأ آلية الإرساء (Le Principe de automatisme) ويعد مبدأ آلية الإرساء من المبادئ المستقرة في فرنسا^(٢) .

والإدارة لا تملك أية سلطة تقديرية في تحديد العطاءات أو ترتيبها ، أي انها تلتزم بإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً .

اما في العراق فان الإدارة غير ملزمة بقبول أوطأ العطاءات ولها الحق تبعاً لتقديرها في قبول أو رفض أي عطاء أو في إلغاء المناقصة من دون أن يكون لمقدم العطاء حق المطالبة بأية تعويضات^(٣) ، بمعنى آخر أن الإحالة لا تتم على نحو آلي في النظر إلى الثمن الوارد بالعطاءات واختيار اقلها وإنما في الثمن والجودة في آن واحد ليكون العطاء المختار هو العطاء الأفضل .

ومن المبادئ الأخرى التي تقيد من نطاق أو مجال المفاوضة بأسلوب المناقصة هو مبدأ عدم جواز تعديل العطاء بعد إيداعه خلال مدة سريان العطاء .

(٢) أوجب المشرع الفرنسي اتباع أسلوب المناقصة للتصرفات العقارية في أملاك الدولة وبعض التصرفات المتعلقة بمنقولات الدولة تحقيقاً للمصلحة المالية للدولة ، نقلاً - نجيب خلف الجبوري ، سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد معها - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون / جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٤٥ .

(١) يختار المتعاقد الأجنبي مع الإدارة في المناقصات الدولية عن طريق المناقصة العامة ، أو المناقصة المحدودة من دون المناقصة المحلية ، التي يقتصر فيها الاشتراك على موردين ومقاولين من الداخل.

(٢) محمد انس جعفر ، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لتنظيم المناقصات والمزايدات ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٥ .

(٣) الشروط العامة لمقاولات الاعمال الهندسية في العراق (تعليمات إلى مقدمي العطاءات) ، صادرة عن وزارة التخطيط سابقاً ، ١٩٨٨ ، فقرة ١٤ ، ص ١٠ .

وبمقتضى هذا المبدأ لا يجوز تعديل العطاء بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف . ويُفسر هذا المبدأ في ضوء وجوب احترام المراكز القانونية المستقرة ، إذ أنه بحلول هذا الموعد يتحدد مركز أصحاب العطاءات ، فلا يجوز العبث بهذه المراكز باتفاق لاحق ، وإلا أهدرت المراكز القانونية التي اكتسبها كل منهم بحلول الميعاد المنوّه عنه^(١) . وعلى الرغم من أن مبدأ عدم جواز تعديل العطاء بعد إيداعه من المبادئ المستقرة في فرنسا والعراق^(٢)، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكانية تعديل العطاء بعد تقديمه استثناءً من المبدأ الثابت في هذا الصدد .

إن مبدأ آلية إرساء المناقصة من المبادئ الأساسية والملزمة باتفاق المشرع والقضاء ، إلا أنه لا ينبغي المبالغة به ، إذ لا يوجد قيد على الإدارة بوجوب التعاقد ، فلها أن تعدل عن مبدأ التعاقد إذا رغبت في ذلك ، فقرار الإرساء من جانب لجنة البت لا يعدو مجرد اجراء مرحلي^(٣) ، كما أن النظام القانوني المصري – وعلى خلاف الوضع في فرنسا والعراق – أجاز امكانية تعديل العطاء بعد تقديمه استثناءً من المبدأ الثابت في هذا الصدد.

المبحث الثاني: النظام القانوني للتفاوض في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة

Chapter Two : Legal System of Negotiation in Field of Contract in Tender Style

سنتناول في هذا المبحث النظام القانوني للتفاوض في كل من فرنسا والعراق في مطلبين:-

المطلب الأول: النظام القانوني للتفاوض في التعاقد بالمناقصة في فرنسا

Section One Legal System on Negotiation in contract by Tender in France

يتضح من مراجعة التقنين الفرنسي الحالي للعقود العامة (des march'es public code)^(١) ، أن المشرع لم يهتم في مجال تنظيم المفاوضة كمرحلة للتعاقد بأسلوب المناقصة، ويبدو ذلك مختلفاً عن اهتمامه في أسلوب الاتفاق المباشر أو التعاقد بناءً على مفاوضة (Les march'es negocies) . كما لم

(١) د. محمد حسام لطفي ، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ٤٥ .

(٢) د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، وفي العراق فقد نصت المادة الرابعة (فقرة ٤/ج) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية الصادرة سنة ١٩٨٨ على أنه : " تدون أسعار العطاء ... دون تغيير أو تعديل ويجب أن تكون جميع صفحات جدول الكميات المسعر موقعة من قبل مقدم العطاء " .

(٣) د. محمد حسام لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، دراسة القانونين المصري والفرنسي ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٤٥ .

(٢) الصادر بالمرسوم (٢٢٩-٦٤) في ١٧ تموز ١٩٦٤ ، وقد خضع لتعديلات كثيرة من أحدثها -على سبيل المثال - التعديل بموجب المرسوم (٩٤-٣٣٤) في ٢٧ نيسان سنة ١٩٩٤ .

تتعرض احكام مجلس الدولة الفرنسي أيضا لتنظيم مرحلة المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة .

ويمكن تفسير هذا الموقف من جانب قضاء مجلس الدولة الفرنسي بما اطردت عليه أحكامه من رفض إدخال أي تحفظات من جانب مقدمي العطاءات (Lasoumission ne doit pas contenir des reserves)^(١) ، فكل عطاء يتضمن تحفظات يجب استبعاده فيما عدا التحفظات التي تتعلق بالشروط غير القانونية أو غير المشروعة ، أو التحفظات الشكلية التي لا تتعلق بمضمون العطاء ذاته^(٢) .

المطلب الثاني: النظام القانوني للتفاوض في التعاقد بالمناقصة في العراق

Section Two : Legal System of Negotiation in Contract of Tender in Iraq

لا يوجد في العراق تشريع موحد يحكم المناقصات العامة مثلما هو متبع في بعض الدول^(٣) . إلا أن هناك بعض التشريعات التي تنظم القواعد التي تتعلق بها وهي نصوص متناثرة هنا وهناك في القوانين العراقية ، بعضها خاص بالوزارات وبعضها خاص بمناسبة تنفيذ إحكام قانون يتعلق بخطط التنمية وبعضها جاء على شكل تعليمات ومنها ورد باعتباره شروط عامة للعقود الإدارية ، فجد مثلاً قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨٥ ، وقانون شركات المقاولات رقم (٦٦) لسنة ١٩٨٧ ، والتعليمات الخاصة بتنفيذ ومتابعة مشاريع وإعمال خطط التنمية القومية الصادرة عام ١٩٨٨ والتي ألغت العمل بالتعليمات الصادرة بموجب قرار مجلس التخطيط (الملغي) في عام ١٩٧٥ وحلت محلها ، والشروط العامة لمقاولات الاعمال الهندسية في العراق لسنة ١٩٨٨ ... الخ.

ومن هنا نؤكد ما ذهب اليه بعضهم^(٤) من ضرورة وضع قانون خاص تتوحد بموجبه جميع التشريعات المتعلقة بالمناقصات العامة تسهيلاً لمهمة الجهات الإدارية المختصة وضمانة أكيدة للأفراد الراغبين بالتعاقد معها ، على غرار ما فعله المشرع بالنسبة للمزايدات العامة^(٥) .

ومن خلال مراجعة النصوص المنظمة للمناقصات العامة في العراق ، نجد أن المشرع العراقي لم يضطلع بدور مماثل لنظيره المصري في مجال تنظيم المفاوضة بوصفها مرحلة للتعاقد بأسلوب المناقصة . إلا أن ذلك لا يعني في المبدأ رفض التفاوض

(١) د. محمد ماهر أبو العينين ، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٥ .

٢ Ander. de Laubadere , F.Moderne , P.Delvolle Traite de Contrat Administratifs . T. 1,2ed. L.G.D. 1983 , P.612 .

(٣) وذلك على غرار قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

(٤) د. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، بيت الحكمة ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٦٧ .

(٥) جرى تنظيم المزايدات العامة في العراق بموجب قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ المعدل.

كلية ، إذ أن التعاقد بأسلوب المناقصة في العراق يمكن أن يمر بمرحلة تفاوضية بين لجنة البت وأصحاب العطاءات المقبولة ، ونستند في هذا الصدد إلى ما يأتي :-

١- إن ما جاء في نص المادة السادسة (فقرة ٥/ب) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ يؤكد صراحة تمكن السلطة الإدارية من الاستعانة بالمفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة تحقيقاً للمصلحة العامة . إذ نصت المادة المذكورة على انه : " للجهة المنفذة وبموافقة الوزير المختص التفاوض مع أي من المناقصين إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك على أن يتم الحفاظ على سرية المعلومات الواردة في عطاءات المناقصين وتفاصيل التفاوض مع أي منهم " .

٢- وكذلك في نص المادة الرابعة (فقرة ٤/هـ) من التعليمات المذكورة فيما يتعلق بإمكانية إدخال اشتراطات أو تحفظات من مقدمي العطاءات^(١) ، يؤكد امكانية لجوء السلطة الإدارية إلى التفاوض مع صاحب العطاء الأقل المقترن بتحفظات غير مخالفة للشروط الجوهرية للمناقصة ، وذلك كون التحفظات تمثل مجاًلاً خصباً للتفاوض في العقد الإداري ، بقصد اقناع مقدمها بالتخلي كلياً أو جزئياً عنها وصولاً إلى أفضل العطاءات شروطاً وأقلها سعراً .

٣- تؤكد التطبيقات العملية للإدارة في العراق لجوء السلطات الإدارية إلى التفاوض^(٢) ، بهدف الوصول إلى أفضل العروض شروطاً وأقلها سعراً ، إذ أن التفاوض يمثل أهمية كبرى للإدارة ، إذ انه يمكنها من الحصول على أفضل عطاء يحقق المصلحة العامة ، ويصون أموال الدولة من التبذير ، فهو إذا بمثابة مصلحة يحسن الأخذ به .

٤- تجدر الإشارة إلى أن سلطة الاحتلال في العراق أجازت صراحة التفاوض على العقود في المناقصات وذلك بموجب الأمر المرقم (٨٧) والصادر في ٢٠٠٤/٥/١٦ إذ جاء فيه :

" للحكومة الحق في التدخل بالمفاوضات مباشرة مع مقدمي العطاءات بعد الحصول على موافقتهم الخطية بالاشتراك في المناقصة لغرض توضيح إجراءات المناقصة والرد على الأسئلة ومناقشة الأسعار . واثناء المفاوضات (بعد طرح المناقصة) لا يجوز مناقشة

(١) نصت المادة المذكورة على أنه : " ... إذا رغب مقدم العطاء وضع اشتراطات أو تحفظات فيجب تثبيت ذلك في كتاب مستقل يرفق مع العطاء على أن يشير إلى هذا الكتاب في العطاء نفسه " .

(٢) ومن أحدث هذه التطبيقات : المفاوضات التي جرت بين الشركة العامة للمشاريع النفطية التابعة لوزارة النفط ومجموعة شركة الهدى بشأن عبوات الأنهر ، والتي استمرت لمدة سنة مما حدا بالوزارة إلى تجزئة المناقصة إلى عدة مناقصات ، فاقامت الشركة المذكورة شكوى أمام مفوضية النزاهة العامة تطالب فيها إحالة المناقصة إليها من دون تجزئة كونها صاحبة أفضل عطاء . فقامت المفوضية على أثرها بمفاتحة الوزارة بموجب كتابها المرقم (٤٥٥) في ٢٠٠٥/٧/١٨ ، مما اضطر الوزارة إلى تشكيل لجنة تحقيقية حصلت توصياتها على موافقة الوزير بتاريخ ٢٠٠٥/١١/١٥ . ونقططف جانباً من هذه التوصيات : " ثبت للجنة وجود تأخير من شركة المشاريع النفطية في المفاوضات مع مجموعة الهدى التجارية والتي استغرقت مدة طويلة تناهز السنة حسب الأولويات المرفقة ... على الرغم من قناعة اللجنة بأحقية مجموعة الهدى للإحالة إليها لكون العرض المقدم أقل الأسعار وقناعة اللجنة الفنية ... بإمكانية انجاز العمل من قبل شركة الهدى ... "

المعلومات بما فيها الأسعار أو التصريح بها بناءً على اقتراحات بعض المناقصين إلا بعد أن ترسي المناقصة على أحد المناقصين"^(١).

يتضح من النص المذكور أنه أجاز التفاوض في حالتين :
الحالة الأولى :- إجراء المفاوضات مع مقدمي العطاءات بعد الحصول على موافقة خطية منهم للاشتراك في المناقصة . وتهدف المفاوضات في هذا المجال إلى توضيح إجراءات المناقصة ومناقشة الأسعار والرد على الأسئلة .
الحالة الثانية :- إجراء المفاوضات مع الشخص الذي ترسو عليه المناقصة بهدف مناقشة الأسعار الواردة في عطاءه بالإضافة إلى المعلومات الأخرى .

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الإداري في العراق وكذلك القضاء العادي فلم نجد احكاماً صريحة تشير إلى مرحلة المفاوضات في مجال التعاقد الإداري بأسلوب المناقصة بصفة خاصة ، وأساليب التعاقد الأخرى بصفة عامة، ولعل السبب في ذلك يعود إلى كثرة ما ورد على اختصاص محكمة القضاء الإداري من استثناءات متعددة أدى إلى تحصن العديد من القرارات الإدارية من الطعن ضدها بالإلغاء^(٢) ، ولاسيما القرارات المتعلقة بالعقد الإداري . إذ أن القاعدة المستقرة في احكام القضاء الإداري العراقي تقوم على أن العقد الإداري متى ما أبرم بين طرفيه فان المنازعات المتعلقة به كافة سواء ما تعلق منها بالعقد نفسه أم ما يصدر بعد ذلك من قرارات إدارية فإنها لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

وهذا يعني أن المتعاقد إذا ما أراد الطعن ضد أي قرار إداري يتصل بالعقد المبرم سابقاً ، فليس له سوى رفع دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد والمتمثل بالمحاكم المدنية في العراق^(٣).

وذهبت محكمة القضاء الإداري إلى تفسير عدم اختصاصها بنظر تلك الدعاوى ، على أساس أن المادة السابعة /د/ ثانياً من قانون مجلس شوري الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قد حددت اختصاصات محكمة القضاء الإداري ، ولم يكن من بينها القرارات المتعلقة بالعقود الإدارية^(٤).

إلا أننا نرى من المناسب ألا نتقيد المحكمة بالتفسير الضيق لما ورد في نص المادة السابعة والمحددة لاختصاص محكمة القضاء الإداري ، إذ لا يمكن للمحكمة أن تغفل ما يمكن أن يصدر من قرارات إدارية تدرج في عمليات مركبة ، ولاسيما القرارات المتعلقة بالعقد الإداري والتي تقبل الانفصال عنه بشكل يسمح بالطعن ضدها

(١) القسم الخامس الفقرة (٢ / ث) من امر سلطة الاحتلال المرقم (٨٧) والصادر في ٢٠٠٤/٥/١٦ منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٩٨٤) حزيران ٢٠٠٤ ، ص ٤٧ .

(٢) ورد النص على هذه الاستثناءات في المادة (٧ / ثانياً) من القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ والمعدل بالقانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (١٨/ قضاء إداري) في ١٩٩١/١٠/٢٣ ، غير منشور.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في العراق في القضية رقم (٨١/ قضاء إداري) في ١٩٩٢/١٢/١٢ ، غير منشور ، والمصدق عليه بقرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة في القضية رقم (٩/ إداري / تمييز) في ١٩٩٣/٢/٧ ، غير منشور .

بالإلغاء استقلاً عن العقد الإداري^(٣). بما في ذلك القرارات الإدارية الصادرة بناءً على مفاوضات بشرط ألا يكتنف هذه الأعمال الصفة التحضيرية أو بوصفها إجراءات داخلية للإدارة^(١) لأن العملية العقدية تبدأ بمرحلة الإعلان عنها وتكتمل بالتوقيع على العقد من الجهة المختصة بذلك ، وكل ما يصدر أثناء ذلك من قرارات إدارية نهائية يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري ، كونها قرارات قابلة للانفصال^(٢).

وفي ذلك نصت المادة (٣/ ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ على أنه - (أولاً- المناقصة العامة : وينفذ هذا الأسلوب بإعلان الدعوة العامة الى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها ممن تتوفر فيهم شروط المشاركة ، وإن تنسم الإجراءات بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلنية والوضوح ومراعاة السقوف المالية المقررة في تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية عند اعتماد هذا الأسلوب.

ثانياً - المناقصة المحدودة : وينفذ هذا الأسلوب عندما تكون السلع او الخدمات الاستشارية او المقاولات موضوع المناقصة متوفرة لدى جهات محدودة من حيث الاختصاص لغرض تقديم عطاءاتها وفق المواصفات والتزامات والشروط المعدة من جهة التعاقد ويتم بالإعلان عنها الى جميع الراغبين في الاشتراك بتقديم عطاءاتهم ممن تتوافر فيهم شروط المشاركة لقاء ثمن وتكون وفق الاجراءات الاتيين :

١ - الاجراء الاول : يتضمن تسلم الوثائق الخاصة بالتأهيل القانوني والفني والمالي للمشاركين في المناقصة وذلك لتقييمها من لجنة مختصة في جهة التعاقد وفقاً لشروط التأهيل الفني والمالي والقانوني المطلوبة للتوصل الى اختيار مؤهلين للاشتراك في الاجراء الثاني على ان لا يقل عددهم عن ٣ ثلاثة مؤهلين .

ب - الاجراء الثاني : قيام جهة التعاقد بدعوة جميع المؤهلين مجاناً لتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية لغرض الدراسة والتقييم والترسية وفقاً لاحكام هذه التعليمات).

المبحث الثالث: صور التفاوض في المناقصات

Chapter Three: Negotiation Images in Tenders

قد يمر التعاقد بأسلوب المناقصة بمرحلة تفاوضية بحسب طبيعة وظروف التعاقد ، وتتم هذه المفاوضات قبل إبرام العقد ويهدف التهيئة لأنشاء الرابطة العقدية ، وأحياناً تجري هذه المفاوضات قبل تقديم العطاء بهدف التفاهم بشأن شروط التعاقد المعلن عنها

(٣) للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر: حبيب إبراهيم حمادة الدليمي ، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير ، مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٤ .

(١) ذلك أنه لا يمكن الطعن بالإلغاء ضد الإجراءات التحضيرية . لتفصيل الاعمال التحضيرية ينظر : د. محمود عاطف ألبنّا ، القضاء الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، من دون تاريخ نشر ، ص ٢٣٨ . طه الشخيلي ، القرارات الإدارية ، مجلة الحقوق ، ع ٣-٤ ، ص ٧ ، ١٩٧٥ ، ص ٥٠ .

(٢) ذهبت محكمة القضاء الإداري في العراق إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بحرمين بعض الأشخاص من الدخول في مزيدة علنية ، حكمها الصادر في القضية رقم ٨١ / قضاء إداري في ١٩٩١/١٢/٣١ ، غير منشور .

أو الواردة في كراسة الشروط ، كما انه من الممكن أن تجري هذه المفاوضات بعد تقديم العطاء بهدف اقتناع مقدم العطاء بالتنازل عن كل تحفظاته أو بعضها ، استثناءً من قاعدة عدم جواز تعديل العطاء بعد تقديمه ، مما يجعل من شروط عطائه متفقاً مع شروط المناقصة قدر الإمكان . وبناءً على ذلك سنعرض للمفاوضات قبل تقديم العطاء في مطلب أول . ومن ثم المفاوضات بعد تقديم العطاء في مطلب ثاني .

المطلب الأول: المفاوضات قبل تقديم العطاء

يعتمد نظام المناقصات العامة على مجموعة من الإجراءات والاحكام التي تنظم سير المناقصات بهدف اختيار المتعاقد الأفضل من بين المتقدمين ، وهذه الإجراءات تبين كيفية التقدم إلى المناقصات والقواعد التي يجب على الإدارة إتباعها في هذه الحالة ومن ضمن هذه الإجراءات هو الإعلان عن المناقصة .

ويراد بالإعلان هو اعلام ذوي العلاقة عن المناقصة التي ستجري وعن كيفية الاطلاع على الشروط العامة والخاصة واطلاعهم على شروط العقد والخطط والمواصفات وقائمة الكميات والأسعار^(١)، وبهذا يتمكن الافراد والشركات من التقدم إلى المناقصة وهم على علم تام بجميع الشروط والمواصفات المطلوبة كما يتقدمون بعروضهم إلى المناقصة مع بيان شروطهم ومقدار الأسعار التي يتناقصون على أساسها. ويحقق مبدأ العلانية في المناقصات العامة مصلحة الإدارة والأفراد على سواء ، إذ يجلب للإدارة اكبر عدد من المتنافسين الأمر الذي يؤدي إلى حصولها على انسب الأسعار، أما الأفراد فأنهم يكونون مطمئنين من سلامة المناقصة وأنه لا يوجد تواطؤ بين الإدارة وأحد المتنافسين^(٢)

إذا فمبدأ العلانية يراد به توجيه دعوة فعلية للتعاقد إلى الأفراد كافة أو إلى فئة معينة منهم ، ولما كان المشرعان العراقي والمصري قد حرصا على اعطاء مهلة لراغبي التعاقد بأسلوب المناقصة للتمهل ودراسة دعوة الإدارة للتعاقد ، وذلك قبل تقديم عروضهم أو قبل التقدم بالإيجاب ، فانه يمكن خلال هذه المدة أن يتاح فيها إجراء الاتصالات والمباحثات بين راغبي التعاقد والإدارة بشأن التفاهم بشأن شروط التعاقد المعلن عنها أو الواردة في كراسة الشروط .

والذي يتضح من ذلك أن العقد الإداري يمكن أن يمر بمرحلة تمهيدية تجري فيها المفاوضات ، كما أن الإجراءات التفاوضية التي تمت بين الإدارة والأفراد الراغبين بالتعاقد معها تجسدها في واقع الحال المكاتبات المتبادلة بينهم .

(١) عباس غالي مجيد ابو التمن ، مهارات التفاوض في الأعمال ، دراسة تطبيقية في مفاوضات التجارة الخارجية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٨٨.

(٢) إن الإعلان عن المناقصة يعد من الإجراءات الجوهرية فهو يضمن تحقيق المنافسة بين اكبر عدد ممكن من الراغبين في التعاقد ، وكذلك كفالة المساواة بينهم ، فضلا عن انه يعد دعوة عامة لكل من يرغب الاشتراك في المناقصة ، لذا فان الإعلان عن المناقصة هو من المبادئ الأساسية وإهماله يؤدي إلى بطلان المناقصة. للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر، د. محمود خلف الجبوري ، النظام القانوني للمناقصات العامة ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

وتهدف المباحثات والمفاوضات في المرحلة السابقة على تقديم العروض من جانب راغبي التعاقد إلى تقريب وجهات النظر بين الاطراف ، فضلاً عن اعطاء الفرصة كاملة بشأن دراسة شروط العقد المزمع إبرامه ، بل والوصول بالطرف الآخر إلى التقدم بالإيجاب في إطار الشروط المعلن عنها بوصفه خطوة نحو بدء الإجراءات الفعلية في التعاقد^(١).

المطلب الثاني: المفاوضات بعد تقديم العطاء

بعد أن يعلن عن المناقصة فان باستطاعة كل من يرغب بالاشتراك فيها أن يتقدم بعطائه ، والمقصود بالعطاء هو السعر الذي يقترحه المناقص والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست المناقصة عليه^(١).

وما أن يتقدم المناقص بعطائه فانه يرتبط به ولا يجوز له سحبه أو تعديله قبل أن يبيت فيه، وعلى الرغم من أن التزام المتقدم بالبقاء على إيجابه التزام مصدره القانون^(٢)، الا انه ليس من النظام العام لذا فانه يجوز الاتفاق في بعض الحالات على خلاف مضمونه أو النص على خلاف ذلك في القوانين والأنظمة ، لان تقرير هذا المبدأ هو في المصلحة العامة^(٣).

اما في العراق فقد نصت المادة السادسة فقرة (٥/ب) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ على أنه : " للجهة المنفذة وبموافقة الوزير المختص التفاوض مع أي من المناقصين إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك على أن يتم الحفاظ على سرية المعلومات الواردة في عطاءات المناقصين وتفاصيل التفاوض مع أي منهم " ، وعليه تتلخص الشروط الأساسية للتفاوض بما يلي^(١) :-

١- إجراء المناقصة طبقاً لاحكام القانون :

(١) د. محمد احمد عبد النعيم ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ ، وكذلك المادة (٦/أولاً/ب) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لعام ٢٠١٤.

(٢) د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الإداري الكويتي ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ ، ص ٤٨٣ .
(٣) فقد نصت المادة (٣٩) من لائحة المناقصات والمزايدات المصرية رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ على انه : " يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة المصلحة ...حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط " . اما في العراق فقد نصت الفقرة (٨) من شروط المقاولات لإعمال الهندسة المدنية (تعليمات إلى مقدمي العطاءات) لسنة ١٩٨٨ على انه : " تبقى العطاءات نافذة وملزمة لمقدمي العطاءات ... " .

(٣) فقد أجاز المشرع المصري للمتعاقد سحب عطائه قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ، ولكنه رتب على هذا الانسحاب اثراً مهماً وهو فقدان صاحب العطاء الذي يسحب عطائه قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف لتأمينه من دون حاجة إلى اعذاره أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول الضرر. المادة (٣٩) من لائحة المناقصات والمزايدات المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ .

(١) نبيل سعدون العذاري ، العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض ، دراسة ميدانية في القطاع التجاري الخاص العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٧٧.

يجب أن تتم إجراءات المناقصة في ضوء احترام المبادئ الأساسية التي تحكمها وأهمها مبدأ العلانية ، والمساواة ، وحرية المنافسة والية الإرساء ، فضلاً عن وجوب الالتزام بكراسة الشروط كونها تمثل قانوناً للتعاقد .

وبذلك فإن المفاوضة لا تتم بشأن مناقصة تمت بالمخالفة لاحكام القانون أو ما جاء في كراسة الشروط ، فالمناقصة تصبح باطلة في هذا الفرض ولا يعتد بها ، ومن ثم فلا مجال للتفاوض^(٢).

٢- إجراء المفاوضات بعد تقديم العطاءات :

لا يجوز إجراء المفاوضات بعد تقديم العرض وتحديدًا بعد فتح المظاريف لما يسببه ذلك من إخلال بمبدأ المساواة بين أصحاب العروض ، أو المساس بالمراكز القانونية والتي تكون قد تحددت بعد فتح المظاريف.

٣- إجراء المفاوضات من جهة مختصة :

يقوم المشرع عادة بتحويل جهة مختصة للقيام بالتفاوض ، وكثيراً ما تكون هذه الجهة هي لجنة البيت لما تملكه من صلاحيات كبرى تصل إلى إرساء المناقصة على مقدم العطاء الأفضل في الشروط والأقل سعراً ، كما أن التشكيل المتوازن للجنة في العناصر القانونية والمالية والفنية يعطي لها القدرة على القيام بالمفاوضات واحاطتها بأكبر قدر من الضمانات لتحقيق مبدأ المساواة بين مقدمي العطاءات إضافة إلى تحقيق المصلحة العامة^(١).

وهو ما عبرت عنه المادة السادسة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ إذ أجازت للجهة المنفذة مفاوضة المناقصين إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

٤- موافقة السلطة المختصة على إجراء المفاوضات :

في العراق فقد أكدت المادة السادسة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ على ضرورة موافقة الوزير المختص بوصفه شرطاً أساسياً لإجراء التفاوض مع أي من المناقصين وهو ما عبرت عنه بالقول : " للجهة المنفذة وبموافقة الوزير المختص التفاوض مع أي من المناقصين " .

٥- تقييد إجراء المفاوضة بمدة سريان العطاء :

إن تقديم العطاء من المتقدم إلى المناقصات يعني التزام المتقدم بالبقاء على إيجابه إلى أن ترسو المناقصة على أحد المتقدمين ، فإذا رست المناقصة تحرر المتقدمون من

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ٢٤ تشرين الثاني سنة ١٩٦٢ والذي جاء فيه : = " ... وشروط المناقصة على هذا الوضع هي بمثابة قانون للتعاقد فلم توضع لمصلحة أحد المتعاقدين أن شاء اخذ بها وإن لم يشأ لا يأخذ بها ، وإنما وضعها كان للمصلحة العامة ، فلا سبيل للفكك منها ، وكل عمل يتم على خلافها لا يعتد به " .

(١) المادة (١٦) من قانون المناقصات المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ والذي جاء فيها : " ... ومع ذلك يجوز للجنة البيت مفاوضة مقدم العطاء الأفضل المقترن بتحفظات ... كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات ... " .

هذا الالتزام فيما عدا المتقدم الذي رسا عليه العطاء ، إذ يبقى ساري المفعول إلى أن تعتمد المناقصة ^(١) .

وقد ينص على تحديد مدة معينة يبقى فيها المتقدم ملتزماً بعطاءه وعلى الإدارة أن تثبت في هذا العرض خلال مدة سريان العطاء إذ أن انقضاء هذا الأجل يعني تحرر مقدم العطاء من عطاءه .

وتمثل المفاوضة إحدى خطوات مرحلة البت في العطاءات ومن ثم يجب أن تتم خلال مدة صلاحية العطاءات ، ولا شك أن ذلك يعد أمراً منطقياً ، فالاختصاص بإجراء المفاوضة يرتبط بسلطة لجنة البت وهي مقيدة بإجراء عملية الفحص والتقييم واختيار العطاء الأفضل خلال مدة سريان العطاء هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن مدة سريان العطاء هي المدة التي يلتزم فيها صاحب العطاء بعطاءه ، ومن ثم فإن المفاوضة معه بعد ذلك تصبح في غير محلها ^(٢) .

الخاتمة : Conclusion

بهذا نكون قد فرغنا من دراسة التفاوض في العقود الإدارية ، والتي بحثنا فيها المرحلة قبل العقدية والتي تتفاوض فيها الإدارة مع الراغب في التعاقد لمناقشة وتحديد شروط العقد تمهيداً للتوصل إلى إبرامه، نستطيع أن نوجز أهم النتائج والمقترحات التي أسفرت عنها هذه الدراسة :-

أولاً- الاستنتاجات:

١- أصبحت المفاوضات مرحلة ضرورية لإبرام العقد الإداري فالعقد يُعد وليداً للإرادة المشتركة لطرفيه مما يتيح مجالاً للتنافس والتفاوض بقصد الوصول إلى أفضل الأوضاع التي تحقق المصلحة العامة المتمثلة في الحصول على أفضل العطاءات لحسن سير المرفق العام وصيانة أموال الدولة .

٢- إن ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها في العقود الإدارية تستهدف تمكينها من القيام بدورها في تسيير المرفق العام بانتظام واطراد ، ولا تمارس الإدارة الكثير من هذه السلطات إلا بعد إبرام العقد وإنتاجه لأثاره الملزمة بين الطرفين ومن ثم فلا يتصور أن تتأثر المفاوضات بهذه السلطات .

٣- ان المفاوضات تطورت بشكل واضح فلم تعد مجرد أعمال مادية خاضعة لمبدأ حرية التعاقد وإنما أصبحت مرحلة لها نظامها القانوني الخاص بها ويتجلى ذلك بوجود قواعد قانونية تفرض قيوداً محددة على سلوك طرفي التفاوض للحد قدر الإمكان من المشاكل المتوقعة أثناء التفاوض وهذه القيود تتمثل في ضرورة مراعاة :-

أ- قواعد النظام العام .

ب- حسن النية .

(١) د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣ ، ص ١٤٤

و ١٤٥ .

(٢) نبيل سعدون العذاري ، مصدر سابق، ص ٦٥ .

٤- إن مرحلة المفاوضة في مجال المناقصة تعد أقل نطاقاً وأهمية من المساحة التي تحظى بها بوصفها مرحلة أساسية وصولاً للتعاقد بأسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر، ويعود ذلك إلى ما يميز هذين الأسلوبين من مرونة وسرعة في اختيار المتعاقد بمقارنتهما بأسلوب المناقصة من جهة ، فضلاً عن أن اختيار العرض المرشح للتعاقد على وفق هذين الأسلوبين يعتمد على إجراء المناقشات والمفاوضات السابقة على إبرام العقد من جهة أخرى ، فضلاً عن ما بلغته الممارسة من أعلى الدرجات مرتبة في مجال التعاقد الإداري سواء في فرنسا.

ثانياً- المقترحات:

توصلنا إلى جملة من المقترحات التي نعتقد بان لها أهمية في مجال تنظيم المفاوضات في العقود الإدارية في العراق وهي :-

١- لاحظنا أنه لا يوجد تشريع موحد في العراق ينظم كيفية إبرام الإدارة لعقودها الإدارية وإنما هناك نصوص مختلفة تهتم بنوع معين من العقود من دون سواه مبعثرة في القوانين والأنظمة والتعليمات، مما يؤدي إلى تشتت عمل الإدارات وعدم الالتزام الصحيح بتلك القواعد والإجراءات في إبرامها لعقودها الإدارية .

٢- نؤكد الدعوة إلى ضرورة وضع قانون خاص تتوحد بموجبه جميع التشريعات المتعلقة بكيفية إبرام الإدارة لعقودها الإدارية بطريق المناقصات والمزايدات وغيرها ، على غرار ما معمول به في مصر من تطبيق قانون المناقصات والمزايدات العامة ، ليحل محل بعض القوانين والتعليمات التي يجري تطبيقها عملياً في الوقت الحاضر .

٣- لم يهتم المشرع في العراق بوضع تنظيم قانوني متكامل لمرحلة المفاوضة في العقود الإدارية ، مكتفياً بذلك إلى الإشارة لبعض النصوص المتعلقة بهذه المرحلة ومنها على وجه التحديد نص المادة السادسة (٥ / ب) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة ١٩٨٨ ، والتي أجازت التفاوض استثناءً .

لذا نوصي بضرورة وضع تنظيم قانوني يتعلق بمرحلة المفاوضة يتسم بالمرونة ، نظراً لأهميته والقيمة الكبرى للعقود الإدارية التي تبرم بصدد تنفيذ المشروعات العملاقة بشكل يسهم في تمكين الإدارة من حسن اختيار العرض الأفضل من جهة ، ومن دون حدوث انحرافات في هذا الصدد من جهة أخرى .

٤- وأخيراً لا تبقى الحاجة محصورة بتطوير النصوص التشريعية في مجال العقود الإدارية حسب ، بل بات من الضروري تأهيل القائمين على إبرام تلك العقود ، من خلال إقامة الدورات التدريبية الخاصة في هذا المجال سواء في داخل القطر أم خارجه ، مع ضرورة الاخذ بالحسبان الأسس الموضوعية والذاتية في اختيار المشاركين ومؤهلاتهم الأكاديمية والوظيفية ، إلى جانب اختيار المناهج ذات الصلة المباشرة بالمفاوضات ومتطلباتها .

