مُقَدِّمَة

تعد المناقصة العامة الطريقة الأساسية لإبرام العقود الإدارية، وهي مجموعة من الإجراءات تقرر التشريعات أتباعها، بوصفها احد أساليب التعاقد التي تتبعها الإدارة للتعاقد مع أشخاص أو شركات سواء كانت وطنية أم أجنبية، وهي الأسلوب الأصلي للتعاقد في أغلب التشريعات، وأكثرها شيوعاً، سأنطلق في معالجتي لموضوع البحث من أسلوب المناقصة العامة الذي يقوم على أساس وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة يتنافسون فيما بينهم لتقديم العطاءات، وتختار الإدارة الأفضل فنياً ومالياً، على ضوء مؤهلاتهم وخبرتهم، وحسب معايير التقييم المعلن عنها ضمن وثائق المناقصة، وتلجأ الإدارة إلى أسلوب المناقصة العامة عندما تريد تنفيذ المقاولات العامة، أو الحصول على السلع، أو الخدمات الاستشارية المحسوبة على الموازنة العامة للدولة، فالهدف من نظام المناقصة العامة هو ضمان حسن اختيار المتعاقد الأكفاء والأقدر فنيا لتنفيذ العقد، والمحافظة على المصلحة المالية للإدارة، ويقوم هذا النظام على عدة مبادئ أساسية هي: العلانية، وحرية المنافسة، والمساواة وتكافؤ الفرص.

والإدارة في سبيل أداء وظيفتها في إشباع الحاجات العامة، فإنها في بعض الحالات التي يستوجب أن تتعاقد مع الأشخاص الخاصة لما يمتلكونه من الخبرة، لذلك تلجا إلى إبرام العقود الإدارية كوسيلة قانونية تساندها في انجاز وظيفتها الملقاة على عاتقها هذا من جهة، والتطور الكبير في نواحي الحياة المختلفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ورغبة الدول النامية مسايرة الدول المتقدمة من جهة أخرى، فقد أدت إلى تبني الإدارة لمشاريع إستراتيجية كبيرة ومهمة ومعقدة، لدفع عجلة التنمية الاقتصادية، وهذه المشاريع تتطلب خبرة ومؤهلات فنية وتقنية عالية قد لا تتوافر في المقاولين والشركات الوطنية، أو المحلية، أو أن السلع المراد شراءها لا يتم تصنيعها محليا، لذا يكون اتجاه الإدارة إلى أسلوب المناقصة العامة الدولية، فتسمح للأشخاص، والشركات الأجنبية الدخول فيها، وقد ازداد عدد العقود التي تبرمها الإدارة مع المتعاقد الأجنبي الذي يمتلك القوة الاقتصادية، كعقود الأشغال الدولية، وعقود التجهيز الاستيرادية، وعقود تسليم المفتاح، وهذه العقود يقع تنفيذها على عاتق الإدارة وفق الأسلوب الأصلي للتعاقد الذي نص عليه المشرع، وهذه العقود لها وزنها القانوني والاقتصادي، لأنها عقود خاصة بتنفيذ مشاريع البنية الأساسية التي تعتبر من أهم الركائز الاقتصادية والحيوية التي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة التي تتبعها الإدارة المتعاقدة، أما بالنسبة للدولة التي يتبعها المتعاقد الأجنبي، فتعتبر مزيداً من فرص العمل، ونمواً لرأس المال، ولهذه تحظى تلك العقود بأهمية كبيرة، نظراً للدور الذي تلعبه في التنمية الاقتصادية للدول، وتعد من مظاهر التطور الاقتصادي والارتقاء في التنظيم القانوني للتعاقد على الصعيد الدولي.

وأهم المبادئ التي تحكم عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي لا بل من مقومات وجوده في الواقع العملي، هو خضوعه لقاعدة قانون الإدارة، ولهذه القاعدة الدور الكبير على صعيد العقود بشكل عام، وخصوصا عقود الإدارة مع المتعاقد الأجنبي، من خلال تحديد التزامات المتعاقدين، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد والذي يطلق عليه بقانون العقد، بالإضافة إلى دورها في مجال تحديد الاختصاص القضائي للفصل في منازعات عقود

الإدارة مع المتعاقد الأجنبي. فإرادة المتعاقدين عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد والقضاء المختص للفصل في منازعات تلك العقود، قد يكون اختيارها صريحا عندما تنص على تحديدهما في العقد، وقد يكون الاختيار ضمنيا عند عدم وجود نص في العقد، وذلك من خلال البحث عن المؤشرات أو القرائن التي تفيد تحديدهما، كاتجاه إرادة الأطراف نحو قانون معين تشير إليه العقود النموذجية أو مكان التنفيذ أو اتحاد جنسية المتعاقدين أو عملة الدفع أو لغة العقد، ومن المؤشرات إلى تحديد القضاء المختص هو حضور المدعي عليه للدعوى باختياره أو عدم معارضته للقضاء الذي ينظر في الدعوى.

فعقود الإدارة مع المتعاقد الأجنبي قد أثارت حولها الكثير من المشاكل القانونية التي تتسم بصعوبتها سواء ما تعلق بالقانون الواجب التطبيق أم بالاختصاص القضائي، وذلك لعدم التكافؤ في مراكز أطراف العقد من الناحية القانونية والاقتصادية، وهذا التفاوت خلق نوعاً من الصراع، فالإدارة المتعاقدة تحارب بكل طاقاتها لإخضاع العقد المبرم مع المتعاقد الأجنبي إلى قانونها الوطني باعتباره هو القانون الواجب التطبيق، أما المتعاقد الأجنبي الذي يشعر بضعفه على الصعيد القانوني ويسعى جاهدا لحماية مصالحه، فإنه يحاول أما تجميد القانون الوطني للإدارة المتعاقدة، من خلال اشتراطه تضمين العقد شرط الثبات التشريعي، أو يحاول تدويل العقد المبرم مع الإدارة، من خلال مطالبته بإخضاع العقد إلى نظام قانوني أخر غير القانون الوطني للإدارة المتعاقدة، قد يكون القانون الدولي العام أو القانون عبر الدول، وذلك بحجج عديدة منها عدم ثقته في تطور القوانين الوطنية لاسيما في الدول النامية، أو عدم تجاوبها مع متطلبات العلاقات الاقتصادية الدولية، أو جهله بقواعد القانون المطبق في الدولة المتعاقدة.

كما تسعى الإدارة المتعاقدة أن يكون قضاؤها الوطني هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقدها المبرم مع المتعاقد الأجنبي، وفي المقابل فأن المتعاقد الأجنبي يحاول بكل السبل استبعاد القضاء الوطني للإدارة المتعاقدة، إما باللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أو إحالة النزاع إلى القضاء الدولي، وذلك لأسباب عديدة منها عدم ثقته في حياد القضاء الوطني أو اعتقاده بأن الأجهزة القضائية في الدولة لا تتمتع باستقلال كامل في مواجهة السلطة السياسية فيها، فضلا عن طول وبطء إجراءات التقاضي، وفي الغالب يفضل المتعاقد الأجنبي اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التي تنشأ بينه وبين الإدارة المتعاقدة، لأنها وسائل تركز على أسباب النزاع أكثر من تركيزها على الإجراءات القانونية، وتهدف إلى الإسراع في تسوية النزاع بعيداً عن ساحات القضاء، لذلك تحتل الوسائل البديلة لتسوية المنازعات والمتمثلة بالتوفيق والتحكيم مكانة بارزة على المستوى الوطني والدولي بصفة عامة والتحكيم منها بصفة خاصة، لذلك يشترط المتعاقد الأجنبي على إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم مع الإدارة، حتى يحقق له الطمأنينة بأنه في حالة نشوب نزاع مع الإدارة المتعاقدة سيتم عرض ذلك النزاع على جهة محايدة.

وفي حال عدم التوصل إلى اتفاق ودي لتسوية منازعات عقود الإدارة مع المتعاقد الأجنبي، فيتم اللجوء إلى القضاء، واستنادا لقاعدة قانون الإرادة، فقد يختار المتعاقدين القضاء الوطني، وعندها تثار مسألة تحديد القضاء المختص بالنسبة للدولة التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، حيث تكون هناك جهتان قضائيتان مستقلتان، إحداهما

تنظر في المنازعات المدنية وهي القضاء المدني، في حين تختص الجهة الأخرى بالنظر في منازعات العقود الإدارية ومنها عقود الإدارة مع المتعاقد الأجنبي وهي القضاء الإداري، وهذا هو السائد في كل من فرنسا ومصر، ولا تثار إشكالية تحديد الاختصاص القضائي بالنسبة للدولة التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، لأنه توجد جهة قضائية واحدة هي القضاء المدني الذي يختص بالنظر في جميع المنازعات المدنية والإدارية، ولكن المشكلة تكون في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وتمنح القضاء المدني اختصاص النظر في كافة المنازعات المدنية والإدارية، كما هو الحال في العراق. وقد يلجأ المتعاقد الأجنبي إلى القضاء الدولي لتسوية المنازعات التي قد تحدث بينه وبين الإدارة المتعاقدة، نتيجة تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، باعتبارها وسيلة ضغط على الإدارة المتعاقدة من خلال توجيه لتسوية المنازعات التي تحدث بينهما إلى هيئة قضائية دولية، إلا أن المتعاقد الأجنبي لا يملك الحق في مباشرة دعواه أو المطالبة بحقوقه ضد الإدارة المتعاقدة أمام هذه الهيئة القضائية الدولية بصورة مباشرة إلا من خلال دولته التي يحمل جنسيتها، حيث تحل محله وتتبنى طلباته أمام هذه الهيئة القضائية الدولية في مواجهة الدولة التي تتبعها الإدارة المتعاقدة، وهذا ما يسمى بالحماية الدبلوماسية، لأن القضاء الدولي أصلا يختص في المنازعات التي تنشأ بين الدول، أي بين أشخاص القانون الدولي، وعلى هذا الأساس نشأت محكمة العدل الدولية، والتي ينص نظامها الأساسي إلى حصر حق الخصومة للدول وحدها بأن تكون أطرافا في الدعاوي التي ترفع إليها.

وفي ضوء ما تقدم يتبين أن عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي لما يتضمنه من شروط جديدة أثرت في طبيعته، وفكرة تدويل العقد التي أثرت في النظام القانوني الخاص بالتعاقد، وبالتالي فلا بد من وجود نظام قانوني خاص بتلك العقود، بشأن إبرامها وتنفيذها وتسوية منازعاتها، خصوصا في العراق الذي ساوى في التنظيم القانوني الخاص بالتعاقد، إن كان وطنيا أو دوليا.

أولا– أهمية البحث:– مما تقدم تبرز أهمية البحث لما يشهده العراق من تحولات جذرية على جميع المستويات، ومن انفتاح اقتصادي وتشجيع التعاقد مع الأجنبي لتنفيذ مشاريع البنية الأساسية ولتحقيق التنمية الاقتصادية، مما دفع الإدارة إلى إبرام العديد من العقود مع المتعاقد الأجنبي، وهذه العقود تحتاج إلى تنظيم قانوني من أجل السرعة في التعاقد والتنفيذ ضمن المدة المتفق عليه بدون أي معوقات تؤثر عليه، كما يتطلب الأمر إيجاد وسائل بديلة لتسوية المنازعات تتميز بسرعة الإجراءات وقلة التكاليف، كل هذا من اجل تنفيذ مشاريع الإدارة التي لها أثر على خططها التنموية، لذلك تبدو أهمية موضوع البحث في عدة نواحي:–

١– تعد عقود الإدارة مع المتعاقد الأجنبي من الظواهر المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات الدولية، لأنها تهدف إلى التنمية الاقتصادية بالنسبة للدول النامية، على خلاف العقد الإداري بمفهومه التقليدي، والذي يهدف إلى انتظام سير المرفق العام، حيث أصبح للعقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي على الصعيد الدولي، مفهوما جديدا يهدف إلى توازن بين مصلحة الإدارة ومصلحة المتعاقد الأجنبي.

٢- القانون الواجب التطبيق على عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي، يعد من أهم المواضيع التي يحرص الأطراف المتعاقدة على الاتفاق عليها، وكذلك ما يثيره الكيان القانوني للإدارة بوصفها احد أشخاص القانون العام، وبالتالي من الصعب خضوعها لقانون أخر غير قانونها الوطني.

٣- أبرز ما يميز العقود الإدارية الشروط الاستثنائية التي تتضمن امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، والتي تعطي للإدارة الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وحقها في توقيع الجزاءات الإدارية، وبمقتضى تلك الشروط الاستثنائية تخرج الإدارة على مبدأ المساواة بين طرفي العقد، وفي المقابل إذا كان المتعاقد مع الإدارة شخص أجنبي، فأنه يسعى إلى توفير ضمانات اللازمة لحماية حقوقه في مواجهة امتيازات الإدارة المتعاقدة، لذلك يشترط تضمين العقد شروطاً جديدة كشرط الثبات التشريعي، وشرط إعادة التفاوض، وشرط التحكيم، وهذه الشروط غير المألوفة والدخيلة على العقد الإداري بصورته التقليدية، تثير العديد من الصعوبات القانونية لارتباط عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي بفروع كثيرة ومتنوعة من القواعد القانونية، وقد ترتب على ذلك ظهور مفهوم متطورة للعقد الإداري على الصعيد الدولي.

ثانيا- مشكلة البحث:- من خلال دراستنا لموضوع « التنظيم القانوني للمناقصات العامة مع المتعاقد الأجنبي » والتي تهدف إلى تنظيم تعاقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي وفقا لأسلوب المناقصة العامة الدولية لتنفيذ مشاريع البنية الأساسية وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة، حيث تبين أن المشكلة الأساسية تتمثل بمدى استجابة التنظيم القانوني للمناقصات العامة مع المتعاقد الأجنبي في ظل التشريع العراقي، ومسايرته للمتغيرات الاقتصادية العالمية الحديثة، لاسيما أن المشرع العراقي قد ساوى في التنظيم القانوني للتعاقد وفق أسلوب المناقصة العامة، إن كان وطنياً أو دولياً، في حين أن عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي يختلف في بعض جوانبه عن عقد الإدارة مع المتعاقد المحلي، فهذا العقد يبرم ضمن حدود الدولة الواحدة ويخضع لقانونها ويختص قضاؤها في الفصل بالمنازعات التي يمكن أن تثور بشأنها، فمشكلة البحث تتمثل في النقاط الآتية:-

١- اتساع نطاق أسلوب المناقصة العامة، إذ لم يعد نطاقها مقتصرا على إقليم الدولة الوطني، وإنما تجاوزه إلى خارج نطاق إقليم الدولة، لا بل إلى معظم أنحاء العالم، وهو ما يطلق عليه المناقصة العامة الدولية، ويترتب على ذلك اشتراك أشخاص وشركات أجنبية، وفي هذه الحالة لا بد من أن تكون وثائق المناقصة بأكثر من لغة، هذا يتطلب أن يكون لدى الإدارة كادر متخصص بإعداد وثائق المناقصة باللغة الانكليزية والفرنسية، أو الاستعانة بمكاتب الترجمة القانونية الرسمية.

٢- عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي، متى يكتسب الصفة الدولية، هل يوجد معيار حاسم يمكن الاستناد عليه لاعتبار العلاقة التعاقدية دولية؟

٣- عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي تجتذبه العديد من القواعد القانونية لفروع القانون الدولي العام والخاص، وقواعد القانون العام متمثلا بالقانون الإداري، وبقواعد القانون الخاص متمثلا بالقانون المدني والتجاري، فضلا عن الاتفاقيات الدولية التي تعالج بعض جوانب تلك العقود، كالاتفاقيات المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق، والاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم، وهو ما يجعل من التنظيم القانوني لتلك العقود مسألة شائكة، لذلك كان لا بد من

دراسة الجوانب الخاصة بالتعاقدات بتلك القوانين والاتفاقيات الدولية للخروج بتنظيم قانوني لعقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي ابتداء من تحديد أسلوب وإجراءات التعاقد مع المتعاقد الأجنبي والآثار التي تترتب على العقد المبرم مع المتعاقد الأجنبي، وأخيرا بيان آلية تسوية المنازعات التي تنشأ بين الإدارة المتعاقدة باعتبارها احد أشخاص القانون العام وبين المتعاقد الأجنبي.

٤- بما أن عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي محاط بأكثر من نظام قانوني، فهل يخضع هذا العقد لقاعدة قانون الإرادة، لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق، أو أن وجود الإدارة بوصفها احد أشخاص القانون العام وطرف في العقد يخرجها من هذه القاعدة، فإذا كان عقد الإدارة يخضع لقاعدة قانون الإرادة، ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على العقد، يجب الرجوع عن الإرادة الصريح للأطراف المتعاقدة من خلال النص الصريح على القانون المختار في العقد، وفي حال غياب الإرادة الصريحة يجب على القاضي أو المحكم أو هيئة التحكيم البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال الإرادة الضمنية المتمثلة بالظروف المحيطة بالعقد، ولكن المشكلة تظهر وتثير جدل واسع في الجانبين النظري والعملي، في حالة سكوت إرادة أطراف العقد عن تحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم، حيث تعددت الاتجاهات المختلفة حول المسألة، فهل يطبق على العقد القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو القانون الدولي أو القانون عبر الدول.

٥- أن طبيعة عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي تختلف عن طبيعة العقد الإداري المبرم مع المتعاقد المحلي، وذلك بسبب الشروط التي يتضمنها والتي لا وجود لها في العقد الإداري بصورته التقليدية، ومن شأنها أن تؤثر على امتيازات وسلطات الإدارة اتجاه المتعاقد الأجنبي، وبالتالي ظهور مفهوم جديد للعقد الإداري على الصعيد الدولي، حيث أصبح ينظر إليه من الجانب الدولي على توازن مصلحة الدولة وعلاقتها بالدول الأخرى.

٧- طبيعة العقد الذي تبرمه الإدارة مع المتعاقد الأجنبي يلقي بظلاله على الاختصاص القضائي، كما أن إرادة المتعاقدين دورا كبيرا في تحديد الاختصاص القضائي، فإذا اختارت إرادة المتعاقدين القضاء الوطني، تظهر مشكلة تحديد الاختصاص القضائي المختص، ففي الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، التي أفردت قضاءً متخصصا لنظر المنازعات الإدارية بما فيها منازعات عقود الإدارة مع المتعاقد الأجنبي، لكن بعض الدول ومنها العراق رغم أنه يأخذ بنظام القضاء المزدوج، إلا أنه يجعل ولاية النظر في منازعات عقود الإدارة مع المتعاقد الأجنبي للقضاء المدني كقاعدة عامة، وقد يختار المتعاقدان القضاء الدولي الذي يحكم في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي، ولكن المشكلة تظهر في أن المتعاقدين لا يستطيعون مباشرة دعواهم إلا من خلال دولتهم التي يحملون جنسيتها والتي يطلق عليه بفرض الحماية الدبلوماسية، كما أن بعض التشريعات الوطنية تحدد حالات الاختصاص القضائي الدولي بنصوص قانونية صريحة لارتباطها بالقضاء، فهي مسألة تتعلق بسيادة الدولة أي بالنظام العام، كما هو في المادة (١٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي تعالج الاختصاص القضائي الدولي، لكن المشرع لم يشر صراحة أو ضمنا إلى قبول الأجنبي للتقاضي أمام المحاكم العراقية.

ثالثا– منهج البحث:– ولتحقيق هدف الدراسة والوصول إلى النتائج المرجوة منها، كان لابد من الاعتماد على المنهج الاستقرائي بوصفه أصل كل المناهج في نطاق الدراسات القانونية، ولكنه غير كافٍ في دراستنا، لذلك اعتمدت على المنهج القانوني التحليلي الاستنتاجي، حيث تم تحليل ما جمعته من مؤلفات خاصة بالعقود الإدارية وبالمناقصات والتشريعات العربية والمقارنة الخاصة بالمناقصات وبشكل أساسي في كل من العراق ومصر وفرنسا وعند الضرورة اللجوء إلى القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية، ومن دون إغفال لأراء الفقه المقارن وموقف القضاء في الدول المقارنة وفي العراق.

رابعا– خطة البحث:– وكأي بحث علمي لا يخلو بحثي من بعض الصعوبات، فقد بذلت ما في وسعي لتجاوزها، وركزت على إبراز أهمية البحث بكل عناصره من خلال خطة تبين مضمونه، وتجيب على مشكلة البحث، لذلك قسمت موضوع البحث إلى ثلاث فصول يسبقها تمهيد وتنتهي بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات التي توصلت إليها بعد الدراسة، وقد جاءت الخطة كالآتي:–

مقدمة: تضمنت مقدمة عن موضوع البحث، ومشكلته، وأهميته، ومنهجه، وخطته.

تمهيد: نشأة أسلوب المناقصة العامة.

الفصل الأول: ماهية المناقصة العامة وأساسها القانوني

المبحث الأول:– التعريف بالمناقصة العامة.

المبحث الثاني:– الأساس القانوني للمناقصة العامة مع المتعاقد الأجنبي.

الفصل الثاني: إجراءات اختيار المتعاقد الأجنبي بأسلوب المناقصة العامة والاستثناءات الواردة عليها.

المبحث الأول:– إجراءات اختيار المتعاقد الأجنبي بأسلوب المناقصة العامة.

المبحث الثاني:– الاستثناءات الواردة على المناقصة العامة.

الفصل الثالث: النتائج المترتبة على اختيار المتعاقد الأجنبي بأسلوب المناقصة العامة.

المبحث الأول:– إبرام العقد مع المتعاقد الأجنبي.

المبحث الثاني:– تنفيذ عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي.

المبحث الثالث:– تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الإدارة مع المتعاقد الأجنبي.

خاتمة: النتائج والمقترحات والتوصيات.

والله ولي التوفيق