

آثار الرقابة على عقود الإدارة

(عقود الأشغال العامة والتشغيل والصيانة نموذجاً)

الدكتور

محمد بن حسن آل طالب القحطاني

تمهيد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين ، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وعلى تابعيهم بإحسان الى يوم الدين ، الحمد لله الذي علّم بالقلم ، علّم الإنسان ما لم يعلم .

رب اشرح لي صدري ، ويسر لي أمري ، وأحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي وبعد

تُسهم عقود الإدارة العامة في بناء حركة التنمية بالدولة إسهما كبيرا ، بل إنها تعد من العمد الأساسية الرئيسية التي تقوم عليها حركة التنمية والعمران في الدولة الحديثة ، سيما وأن النظام (القانون) قد ألزم جميع الجهات الإدارية بعدم إبرام تلك العقود (والتي تهدف لتحقيق المنافع لعامة) من قبلها إلا مقيدة بنظام المنافسات والمشتريات الحكومية (والذي يسري على أكثر جهات الإدارة التي تزاوّل نشاطها عن طريق التعاقد) وحتى تلك الجهات الادارية المستثناة من أحكامه بموجب المادة 69 منه .

لا يمكنها بأية صورة من الصور أن تتخطاه في لوائحها الداخلية او تحيد عنه حياداً يفرغه من محتواه او يعتدى على مضمونه، ويرجع ذلك الى أن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية يعد قيديا على جميع عقود الإدارة إن

لم يكن على سبيل الوجوب فعلى الأقل للاسترشاد به في وضع لوائحها الداخلية .

ويوجد نوعان من الرقابة على عقود الإدارة :سابقة ولاحقة .

فتسعى الرقابة السابقة على عقود الإدارة الى ضبط صياغة بنود تلك العقود المراد إبرامها وضمان تنفيذها وفق الخطة الموضوعة لها ، أما بخصوص الرقابة اللاحقة على عقود الإدارة والمتمثلة في رقابة ديوان المراقبة العامة وهيئة مكافحة الفساد فهي فوق أهميتها القصوى تنظمها وتحدد إطارها أنظمة (قوانين) تعطي ديوان المراقبة العامة أحقية المراقبة كاختصاص أصيل، وتعطي الاختيار الى هيئة مكافحة الفساد في ممارسة تلك الرقابة من عدمها . فتجد المادة 23 من نظام ديوان المراقبة العامة تلزم جميع الجهات الإدارية بإرسال نسخة أصلية اليها من تلك العقود التي يترتب عليها التزام على عاتق الدولة بما تزيد قيمته عن (50.000) خمسين ألف ريال سعودي .

وهو مبلغ زهيد جداً خاصة بعد انخفاض أسعار العملات في السوق المالي- مما يجعل من اختصاص الديوان في الرقابة اللاحقة اختصاص أصيل أساسي ، على عكس هيئة مكافحة الفساد ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة الثالثة لتنظيم مكافحة هيئة الفساد والتي خولتها مكنة المراقبة جعلت من تلك الرقابة خياراً للهيئة لها القيام به في حالة وجود فساد أو انحراف يطال تلك العقود حيث بدأت الفقرة الثانية من المادة الثالثة للنظام المذكور بمصطلح (التحرّي) مما يؤكد أنه في حال لم يعرض للهيئة وجود فساد يعترى تلك العقود أو مخالفة للأنظمة واللوائح السارية فلا تخضع هذه العقود للرقابة من تلك الهيئة.

ولا ينبغي على تلك الرقابة اللاحقة تعديل او تغيير مسار العقد وذلك لكونه قد إبرم بالفعل وصار ملزماً لطرفيه ، بما يعني عجز جهات الرقابة حياله عن معالجة الخطأ أو الأخطاء التي وقعت فيها جهة الإدارة اللهم إلا مطالبته بتقديم المبررات والحجج التي أوجتها الى ذلك و بالتالي طلب محاسبة الموظف المتسبب ، دون أن يؤدي ذلك إلى إصدار أنظمة (قوانين) جديدة أو حتى قرارات إدارية تعالج الأمر وتمنع تكرار المخالفة مرة أخرى ، وإن عدم اصدار أنظمة رقابية جديدة أو تعديل القديمة بما يحول دون تكرار المخالفة لا يسهم في تحقيق غاية الرقابة، وتصبح هذه الرقابة قاصرة وعاجزة.

ولمّا كانت الرقابة السابقة على عقود الإدارة تؤثر عليها ، وتؤدي إلى تأخير إبرامها للعقد خاصة إذا كان لدى الجهة الرقابية (وزارة المالية او غيرها) تساؤلات تتعلق بـ العقد يتطلب الرد عليها من قبل الإدارة تأخير المدة الزمنية اللازمة لإنجاز محل أو موضوع العقد .

وإن كان النظام قد تدخل سريعاً وعالج أزمة التأخير بأن أعطى للإدارة حق إبرام العقد ما لم توافها الجهة الرقابية (وزارة المالية) بملاحظاتها وتعليقاتها في خلال اسبوعين من تاريخ ورود العقد لها على الأكثر، وذلك منعاً للأضرار المادية التي قد يحدثها التأخير والتسويق ، وتحسباً لانخفاض قيمة العملة و حفاظاً على استقرار الأوضاع القانونية في البلاد ،فضلاً عن أن الرقابة اللاحقة على العقد التي لا تؤثر عليه بشكل مباشر كونه مبرم مسبقاً ولا تستطيع تعديل مساره ، إلا أنها تؤثر على جهة الإدارة بزيادة المهام المكلفة بها، وتُشغل الإدارة المشرفة على العقد، في إقناع الجهة الرقابية (ديوان المراقبة العامة) بصحة خطأها وتقديم الحجج التي أوجتها الى الحياد عن

النظام دون أن يعود ذلك بثمة فائدة على هذا العقد أو العقود التي تتأهب الإدارة لإبرامها ، هذا بعكس رقابة (هيئة مكافحة الفساد) الممنوحة حق الرقابة على العقد أثناء تنفيذه بموجب المادة الثالثة (كما ذكرنا) إلا أن المنظم لم يخولها إلا إحالة ما يتم اكتشافه من وقائع فساد إلى جهات التحقيق وحسب..

فإذا اتضحت الأهمية الكبيرة للعقود الإدارية على هذا النحو , وإسهامها في بناء الدولة وتنمية قدراتها , كانت الرقابة على تلك العقود بنوعيتها أو صورتها السابقة واللاحقة , ومحاولة كشف جوانب الفساد والانحراف في إبرامها من الأهمية بمكان , وهذا ما سيحاول البحث دراسته عن طريق بحث ودراسة الأنظمة الرقابية- القانونين - بالمملكة على عقود الإدارة .

إشكالية البحث:

تتمثل مشكلة البحث في دراسة أثر أو آثار الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على عقود الإدارة العامة (عقود الأشغال العامة وعقود التشغيل والصيانة نموذجاً للقياس عليه والتطبيق) ، ومعرفة فعالية هذه الرقابة ومدى تحقيقها للنتائج المرجوة منها وتحديد ما إذا كانت الإشكالية أو سبب الإخفاق يأتي من النصوص الرقابية ذاتها أم من عدم تطبيق تلك النصوص، تطبيقاً سليماً، وماذا ينقصنا لتحقيق الغاية القصوى من أنظمة الرقابة؟.

وستكون هذه الدراسة مقتصرة على نوعين فقط من أنواع عقود الإدارة (عقود الأشغال العامة /عقود التشغيل والصيانة) نظراً لأن هذين العقدين سألني الذكر هما الأكثر بروزاً و شيوعاً من بين عقود الإدارة لدى معظم الجهات الحكومية، لذا جاء ذكر تلك العقود صراحة في المادة الثالثة لتنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد التي نصت على ما يلي:

تهدف الهيئة إلى حماية النزاهة، وتعزيز مبدأ الشفافية، ومكافحة الفساد المالي والإداري بثتى صورته ومظاهره وأساليبه، ولها في سبل تحقيق ذلك :

1- التحري عن أوجه- صور- الفساد المالي والإداري في عقود الأشغال العامة وعقود التشغيل والصيانة وغيرها من العقود المتعلقة بالشأن العام ومصالح المواطنين في الجهات المشمولة باختصاصات الهيئة ...

إن الحرب على الفساد او الانحراف المالي والإداري واجتثاث جذوره ، وتجفيف منابعه ، والحفاظ على المال العام وصيانة أموال الأمة ومحاربة التريب واستغلال النفوذ لهو هدف هذه الرقابة بنوعها السابقة واللاحقة

الصفحة	الموضوع
5-4	مقدمة
6	مشكلة البحث
8	المبحث الأول : في التعريف ب العقود الإدارية المطلب الأول : نشأة نظرية العقود الإدارية
9	المطلب الثاني : تعريف العقد الإداري
11-10	المطلب الثالث : التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية
15-14-13-12-11	المطلب الرابع معيار تمييز العقد الإداري
17-16-15	المطلب الخامس : أهم العقود الإدارية
19-18	المبحث الثاني : طرق إبرام العقود الإدارية (عقد الأشغال العامة / عقد التشغيل والصيانة)
22-19	المطلب الأول : المنافسة العامة
23-22	المطلب الثاني : رقابة الادارة اثناء تنفيذ العقد الإداري
24-23	المبحث الثالث : الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة المطلب الأول : الرقابة السابقة
29-28-27-26-25	المطلب الثاني : أثر الرقابة السابقة على عقود الإدارة
33-32-31-30	المطلب الثالث : الرقابة اللاحقة
36-35-34-33	المطلب الرابع : أثر الرقابة اللاحقة على عقود الإدارة
39-38-37	الخاتمة والتوصيات
40-39	قائمة المراجع

المبحث الأول : في التعريف بالعقود الادارية

المطلب الأول :نشأة نظرية العقود الإدارية :

تسعى الادارة العامة إلى تحقيق الصالح العام (بحسب الأصل وبحسب طبائع الأمور) وكان من الطبيعي أن يتم ترجمة سعيها هذا إلى أنشطة إيجابية تتوصل بها إلى تحقيق أهدافها ، والادارة غير حرة تماما في اختيار الأسلوب أو الطريق الذى تنتهجه وتعتبره موصلا إلى الهدف ، وإنما تلتزم النهج الذى يبيحه القانون او يمليه عليها أحيانا .

ويفرق القانون بين أسلوبين: الأول تتصرف فيه الادارة بإرادتها المنفردة وأداتها في ذلك القرار الإداري

، والثاني تتصرف فيه الادارة بالتقاء إرادتها عن رضا واختيار مع إرادة أخرى وأداتها في ذلك العقد الإداري

وقد نشأت فكرة العقود الإدارية في القرن التاسع عشر على يد الفقه والقضاء (مجلس الدولة) الفرنسيين حتى نضجت واكتملت فكرتها ثم بدأت في الانتقال إلى الدول الأخرى ومنها مصر و المملكة العربية السعودية.

والتاريخ يؤكد أن الفكرة أقدم من ذلك بقرون طويلة , ولكن بلورة العقود الادارية(تشكيلها وضبطها وصياغتها) على النحو الحالى وإعطائها هذا الاسم هو ما بدأ منذ قرنين من الزمان تقريبا .

المطلب الثاني: تعريف العقد الإداري:

إشكالية التعريف:

لم يكن بالأمر اليسير التوصل إلى تعريف العقد الإداري , ذلك أن الإدارة العامة لا تبرم العقود الإدارية فقط , وإنما تعقد كذلك عقوداً مدنية تدخل في مجال القانون الخاص , فليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة يُعد عقداً إدارياً , فكثيراً ما تلجأ الإدارة إلى إبرام عقود بينها وبين جهة أو جهات إدارية أخرى , أو بينها وبين بعض الأشخاص في ظل قواعد القانون المدني , ويختص بنظرها قاضي القانون الخاص , ولا تعنى بأمرها مبادئ القانون الإداري .

فليس بكاف أبداً أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام حتى يأخذ العقد صفة أو وصف العقود الإدارية ويخضع لقواعد القانون العام.

ففي مصر جاء مجلس الدولة بقضائه الإداري عام 1946 م وجاء القانون رقم 112 لسنة 1955 دون ذكر لاختصاص القضاء الإداري الوليد بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية , وفي عام 1949 تم تعديل قانون مجلس الدولة وجعل الاختصاص بنظر العقود الإدارية له وللقضاء العادي معا , ويكون المدعى بالخيار بحسب إرادته, بين اللجوء لأي القضائين شاء , ثم انفرد القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية بالقانون 1955/165

ويمكن تعريف العقد الإداري بأنه ذلك العقد (توافق إرادتين أو أكثر) الذي يبرمه شخص معنوي عام مع شخص آخر طبيعي أو معنوي بقصد المحافظة على تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام

ووسائل وامتيازات القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام¹.
أو هو ذلك العقد الذي تكون الحكومة أو أحد أشخاصها طرفاً فيه ويكون له صلة بالمرفق العام بشكل يضمن سيره بانتظام واضطراب².

المطلب الثالث: التفرقة بين العقود الإدارية وبين العقود المدنية:

ليست العقود التي تبرمها الجهات الإدارية بمناسبة ممارستها نشاطها الإداري في إدارة وتسيير المرافق العامة من طبيعة واحدة ، ذلك أن هناك عقوداً كثيرة تبرمها الإدارة وتتعامل فيها معاملة الأفراد فتعتبر بذلك عقوداً مدنية يؤخذ فيها بوسائل القانون الخاص.
وهناك عقوداً تعتبر بطبيعتها عقوداً إدارية تستخدم فيها جهات الإدارة وسائل وأساليب القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها طرف العلاقة الآخر.
فالعقود التي تبرمها الإدارة ولا تظهر فيها بمظاهر من يتحلى بامتيازات السلطة العامة وتظهر فيها كسائر الأشخاص العاديين، وتتساوى بهم تكون عقود إدارة عادية – مدنية - وتخضع لأحكام القانون الخاص، و في حال قيام نزاع بشأنها يكون القضاء العادي هو المختص بنظره.

¹ - عمر الخولي. الوجيز في العقود الادارية. مكتبة الملك فهد الوطنية. ط1430. 1 هـ.

² سليمان الطماوى. الأسس العامة للعقود الادارية. مطبعة جامعة عين شمس

أما العقود التي تبرمها جهة الإدارة وتظهر فيها بمظهر السلطة العامة، وتتحدى بامتيازاتها، فإنها تكون عقوداً إدارية تحكمها قواعد ومبادئ القانون الإداري، ويكون الاختصاص بالفصل في النزاعات الناشئة عنها للقضاء الإداري وحده (مجلس الدولة).

وتتفق العقود الإدارية مع العقود المدنية في كونها تنشأ عن توافق إرادتين أو أكثر، إرادة الجهة الإدارية وإرادة المتعاقد معها – الطرف الآخر – ، ويظهر فيها مجال مُعَيَّن لتطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، (سلطان الإرادة)..... ولكن الإدارة تتمتع في العقود الإدارية بامتيازات وحقوق في تعديل شروط العقد، وفي الإشراف على تنفيذه وتوجيه المتعاقد معها ، وفي توقيع الجزاءات، ومنها الفسخ الجزائي ، وفي إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ، خروجاً على مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين) ، وذلك تحقيقاً للصالح العام وما تمليه من مقتضيات حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، وتخضع الإدارة من ناحية أخرى ، لقيود في اختيار المتعاقد معها وفي إبرام العقد الإداري، وهي قيود لا يخضع لها الأفراد في عقودهم الخاصة.

ويعتبر الفقيه الفرنسي جيز .من أوائل الفقهاء الذين اهتموا بتقسيم العقود إلى عقود تخضع للقانون الخاص وعقود تخضع للقانون العام .الأمر الذي دعا الفقيه (فيدل) إلى أن يطلق عليه أب نظرية العقود الادارية

المطلب الرابع : معيار تمييز العقد الإداري:

يستقى المعيار او المعايير من التعريفات السابقة للعقود الإدارية على أسس ثلاثة مجتمعة وهي:

- أن تكون الإدارة (بوصفها سلطة عامة) طرفاً في العقد.
- أن يكون للنشاط الناتج عن العقد صلة بمرفق عام.
- استخدام الإدارة لوسائل القانون العام وأساليبه وامتيازاته بحيث يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة أو معهودة في عقود القانون الخاص .
- ويرجع في تفصيلات هذه المعايير إلى مراجع نشاط الإدارة، لأن البحث ينصب على الرقابة على العقود دون غيرها^{3 4}.

³ د. الشافعي ابوراس. النظرية العامة في النشاط الإداري ج.2 عام 2000

⁴ وما يهمنا في هذا البحث هو المعيار الثالث لتعلقه بموضوع الرقابة على عقود الإدارة

- السلطات الاستثنائية للإدارة في مجال تنفيذ العقود الإدارية

.. فلما كانت العقود الإدارية تتصل باحتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد المحافظة على تسييره بانتظام واضطراد فانه يترتب على ذلك الاعتراف للإدارة بمجموعة من السلطات الاستثنائية والاختصاصات والامتيازات التي لا نظير لها في عقود القانون الخاص ، ذلك إن مراكز الأطراف في العقد الإداري غير متكافئة أو متعادلة ، حيث ينبغي دوماً تغليب الصالح العام الذي تمثله الإدارة على الصالح الخاص للمتعاقد معها.

.. فمن القواعد المسلّم بها في القانون الإداري ، إن الإدارة هي المكلفة أصلاً باستغلال وتشغيل المرافق العامة وتلك مهمتها الأساسية. فإذا عهدت إلى غيرها بالقيام بذلك فإن المتعاقد معها لا يخرج عن كونه معاوناً لها اونائباً عنها في أمر هو من اخصّ وظائفها ، وبالتالي تظل الإدارة ضامنة لحسن سير المرفق بانتظام واضطراد ، وهو ما يوجب عليها التأكد من إن تنفيذ العقد يتم بأكبر قدر ممكن من العناية والدقة، ولضمان قيام الإدارة بواجباتها في حماية الصالح العام فإنها تتمتع بسلطات استثنائية في مجال تنفيذ العقد الإداري وهي أربع:

أولاً: سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد **Le pouvoir de Controle**
ثانياً: سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة .

ثالثاً: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ومنها حلولها محله أو إحلال غيره محله .

رابعاً: سلطة الإدارة في الرقابة على إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد :

1- تملك الإدارة سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد.
ولو لم ينص على ذلك صراحة في العقد الإداري وذلك باعتبار إن هذه السلطة مصدرها احتياجات المرفق العام ولضمان انتظام سيره وليس من نصوص

العقد ، وفي حالة النص بالعقد على بعض صور الرقابة فإن الإدارة يكون بمقدورها ممارسة صور الرقابة كاملة حتى لو تجاوزت نصوص العقد .

2- يقع باطلاً كل شرط أو نص في العقد يحرم الإدارة من هذه المكنة أو يعوّقها أو يحد منها، ولا تملك الإدارة التنازل عن ذلك مقدماً لتعلقه بالنظام العام ..والإدارة حينما تمارس سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد فإنها :
تقوم بدور مزدوج ، فهي من زاوية تراقب أنشطة المتعاقد معها للتأكد من تنفيذه للعقد طبقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها الفنية والمالية والقانونية، ومن زاوية ثانية فهي قد تتدخل لكي تفرض على المتعاقد معها أوضاعاً أو طرقاً ومساكاً للتنفيذ غير منصوص عليها بالعقد.

- وللإدارة الحق في الإشراف على أنشطة المتعاقد طوال مراحل التنفيذ ، بحيث تتم كافة مراحل التنفيذ تحت بصر رجال الإدارة وسمعهم، ولها في سبيل ذلك توجيه المتعاقد معها وتبصيره بأخطائه وطلب أو بالأحرى أمره بالعدول عن هذا المسلك إلى مسالك أخرى.

- وفي ذات الآن ليس للمتعاقد الاحتجاج على تلك الأفعال من جانب الإدارة ، ولا الامتناع عن تنفيذ ما تصدره إليه الإدارة العامة من تعليمات أو أوامر ، فإذا اعترض أو امتنع أو حتى تقاعس كان للإدارة توقيع جزاء مناسب عليه، وليس من ضابط ولا إطار لهذه التصرفات من جانب الإدارة سوى استهداف تحقيق الصالح العام والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام وباضطراد، مع الالتزام بعدم التعسف في استخدام الحق ، ومع تقرير حق المتعاقد معها في اللجوء للقضاء إذا اختل الميزان المالي للعقد الإداري.

ثانياً: بالنسبة لحق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة:

- يتضمن العقد الإداري شروطاً تنظيمية تتعلق بسير المرفق العام والخدمات التي يقدمها للمنتفعين ، وأسلوب عمل المرفق ، والشروط الفنية والإدارية ومواعيد الانجاز.... الخ ، ويتضمن كذلك شروطاً مالية وهي المتعلقة بحقوق المتعاقد والقروض والمساعدات التي تقدمها الإدارة إليه ...

- والراجح في الفقه عدم إمكانية تعديل الشروط المالية من جهة الإدارة إلا باتفاق الطرفين ، فإن عدلت الإدارة هذه الشروط بإرادتها المنفردة كان

قرارها باطلاً ولكن الشروط التنظيمية يحق للإدارة تعديلها ، وهذا أمر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته أو التنازل عنه .

- والقيود الوحيد على حق الإدارة في تعديل الشروط التنظيمية بالعقد هو استهداف الصالح العام وعدم التعسف أو الشطط..

ثالثاً : بالنسبة لحق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد :

- وهو حق متفرع عن التزام الإدارة بتحقيق الصالح العام وتيسير المرافق العامة بانتظام وهو أداة الإدارة التي تمكنها من حسن الإشراف والتوجيه والرقابة فإذا لم يذعن المتعاقد مع الإدارة لتوجيهاتها وتعليماتها فلا سبيل إمامها إلا عقابه ، وهذه الجزاءات توقعها الإدارة دون حاجة الى اللجوء للقضاء .

- وبعض هذه الجزاءات مالية ، وبعضها للضغط والإكراه على التنفيذ، او للتهديد على النحو المتفق عليه ، أو فسخ العقد مع التعويض ، وتكون الجزاءات المالية كغرامة التأخير اليومية أو الأسبوعية أو الشهرية ، وكمصادرة التأمين.

- وتحتاج الجزاءات المالية (خاصة) إلى النص عليها في العقد إلا في حالة الضرورة والاستعجال كما يحتاج الأمر إلى إعداد المتعاقد مع الإدارة وإمهاله قبل توقيع الجزاء المالي عليه ويعتبر حلول الإدارة محل المتعاقد في تنفيذ العقد أو إحلالها غيره محله في التنفيذ على نفقته جزاءاً مالياً.

رابعاً : حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري: (الفسخ الجزائي)

- ويكون ذلك بإرادتهما المنفردة ودون خطأ من جانب المتعاقد مع الإدارة ودون رضاه.

- فمتى قدرت الإدارة العامة خطورة استمرار العقد الإداري على الصالح العام وعلى صالح المحافظة على سير المرفق العام بالصورة التي تريدها كان لها إنهاء العقد ، مادام قرارها بالإنهاء لم تشبه شائبة التعسف في استعمال الحق ، ومادامت غاية قرارها تحقيق المصلحة العامة ، وهي تخضع في كل ذلك لرقابة القضاء الإداري الذي له إلزامها بتعويض المتعاقد عما إصابه من ضرر جراء قرار الإدارة المتعسف بإنهاء العقد.

- وتأتى هذه السلطات الاستثنائية لجهة الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري وأثناء التنفيذ كأدوات رقابية فعالة وحاسمة تمكن الإدارة من بسط نفوذها على كافة مراحل العقد الإداري وأهمها مرحلة التنفيذ لخطورتها.

المطلب الخامس: أبرز العقود الإدارية:

يمكن تقسيم العقود الإدارية على النمط (الأسلوب) المعروف في القانون الخاص:، فهي في نهاية الأمر عقود ككل العقود. فمنها عقود ملزمة لجانبيين، وهذا هو الأصل في العقود الإدارية، ككل عقود القانون الخاص، ومنها عقود ملزمة لجانب واحد، وهناك العقود الإدارية المسماة التي لها نظام قانوني خاص معروف مقدماً،

وقد سمّاها القانون (أعطاها إسما) وحدد أحكامها فلا يجوز البحث في صفتها فهي عقود إدارية بلا خلاف , وبقوة القانون

والعقود الإدارية غير المسماة التي تبرمها الإدارة على خلاف المؤلف كلما تطلب ذلك انتظام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد...

فإذا كانت النصوص متناهية بينما الأحداث متجددة غير متناهية , فمهما كانت براعة المشرع وبعد نظره , واتساع زاوية رؤيته فإنه لا يستطيع أن يأتي بنصوص تحكم كل ما سيقع أو يكون..(فسبحان علام الغيوب)

كما أنه لا يتصور أن تقف الإدارة مكتوفة الأيدي عاجزة إزاء ما تواجهه من أمور تحتاج إلى إبرام عقود , وهي عقود إدارية بلا جدال و ولا تقع تحت حصر.

وهذه أبرز وأشهر العقود الإدارية المسماة:

أولاً : عقد الأشغال العامة.

ثانياً : عقود التشغيل والصيانة.

ثالثاً : عقد امتياز المرافق العامة.

رابعاً : عقد الـ B.O.T & B.OOT.

خامساً : عقد التوريد.

سادساً : عقد التوريد والتركيب.

سابعاً : عقد النقل.

ثامناً : عقد الخدمات الاستشارية.

تاسعاً : عقد البيع والشراء.

عاشراً : عقد التوريد والتركيب.

والعقود المشار إليها ليست كل العقود الإدارية فهناك غيرها الكثير بطبيعة الحال مما يطلق عليها العقود غير المسماة لا مجال لذكرها نظراً لأن البحث يتركز على نوعين فقط من عقود الإدارة - هي عقود الأشغال العامة وعقود التشغيل والصيانة، حيث يشغل هذان النوعان حيزاً كبيراً من عقود الإدارة.

أولاً : عقد الأشغال العامة /ثانياً : عقد التشغيل والصيانة:

يمكن تعريف عقد الأشغال العامة بأنه عبارة عن:

اتفاق بين جهة الادارة وأحد الأفراد أو الشركات (أحد أشخاص القانون الخاص) بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ، وبقصد تحقيق منفعة عامة ، وفي نظير المقابل المتفق عليه ، ووفقاً للشروط الواردة في العقد ، وقد أدمج تعريفا عقدي التشغيل والصيانة مع عقد الأشغال العامة للتقارب الشديد بينهما.

المبحث الثاني : وسائل إبرام العقود الإدارية
(عقد الأشغال العامة / عقد التشغيل والصيانة) :

تخضع العقود الادارية للقواعد العامة التي تحكم العقود بشكل عام منها:

- 1- اشتراط الأهلية الكاملة لصحة الرضا كأحد أركان العقد , والتعبير عنه وأهلية الشخص المعنوي هي اختصاصه بممارسة النشاط.
- 2- أن يكون محل العقد مشروعاً لا يخالف النظام العام والآداب بمعناها الواسع .
- 3- سلامة الرضا من عيوب الارادة كالغلط والتدليس والإكراه.
- 4- الكتابة وسيلة إثبات وليست من أركان العقد ولا من شروط صحته إلا إذا اشترط القانون الكتابة في عقد معين فتصير ركناً شكلياً فيه.
- 5- تكون الجهة الادارية في مركز أقوى من المتعاقد معها ذلك لأنها تستهدف تحقيق صالح المجموع , بينما يستهدف المتعاقد تحقيق منفعته الشخصية وحسب..

وعندما ترغب الإدارة في توفير احتياجاتها المتعددة عن طريق التعاقد فإنها تكون في حالات كثيرة مقيدة بإتباع أسلوب معين لهذا الاختيار نظراً لحساسية موقف الإدارة وإبعاداً لشبهة الفساد أو الانحراف عنها ، كما أن القانون هو من يلزمها بذلك كثيراً، وتختلف الدول فيما بينها بحسب أنظمتها المالية والرقابية في مدى إتساع نطاق هذه الحرية في المفاضلة حيث تكون مقيدة بشكل كبير ولمختلف الأعمال والأنشطة في بعض الدول في حين تفرق بعض

الأنظمة بين أنشطة وأخرى عند تنظيم وسائل اختيار المتعاقد حيث تشترط إتباع إجراءات محددة في بعض الأعمال والخدمات بينما تترك الحرية للإدارة في الاختيار في مجالات أخرى. وتعود تلك الاعتبارات التي تنطلق منها تلك الأسس إلى الحرص على المال العام ، والمصلحة العامة بحيث يتم التأكد من أنه تم الحصول على الأعمال والخدمات وغيرها بأعلى جودة وبأسعار بسيطة غير مغالى فيها وعادلة ليس فيها إجحاف بحقوق جهة الادارة ولا إثراء على حساب الآخرين وكذلك بالمساواة التامة بين كافة الراغبين في التعاقد مع الإدارة والا تكون الافادة من عقود الإدارة مقصورة على عدد محدد ومعين من المتعاقدين. وإزاء هذا الوضع لجأت كثير من الدول إلى وضع قواعد في أنظمتها ولوائحها الداخلية بالعقود الإدارية تعين الطرق التي يجب أن تلجأ إليها الإدارة عند رغبتها في التعاقد سواء عندما تكون طرفاً مشترياً ترغب في تنفيذ أعمال أو خدمات أو تأمين مشتريات أو عندما تكون في موقف البائع إذا لجأت إلى بيع أموالها أو تأجيرها أو استثمارها ..

ومن تلك الطرق المناقصة أو المنافسة العامة أو المحدودة، ويشمل ذلك بالطبع المزايدة العامة أو المحدودة وطريقة الممارسة وطريقة الاتفاق المباشر. وفي المملكة حددت طريقة اختيار المتعاقد كقاعدة عامة بالمنافسة العامة. وهو إختيار محمود من كل الجوانب.

وتبدأ مراحل الرقابة على العقد بالإعلان عنه في الصحف وفي المواقع الاليكترونية ، مروراً بإجراءات لجنة فض المظاريف وإجراءات لجنة فحص العروض(الترسية) وانتهاءً بالأشراف على تنفيذ العقد.

المطلب الأول: طريقة المنافسة العامة:

تعرف المنافسة أو المناقصة بانها :

اختيار الشخص (الطبيعي او المعنوي) الذي يقدم افضل الشروط الفنية واقل الأسعار- وقد تتجاوز الادارة عن هذا الشرط لاعتبارات فنية-

أما المزايدة فهي إبرام عقد مع الشخص الذى يقدم اعلى سعر للسلعة المباعة ،
وتسعى المناقصة او المزايدة الى ضمان المنافسة والمساواة في العقود من
خلال الاعلان وفقا لأحكام القانون، ويؤدى ذلك تحقيق الصالح العام وإبعاد
شبهة الفساد والمحسوبية..

وتطبق المزايدة في كل عمليات البيع والايجار للمال الذى تملكه
الادارة (عقاراً أو منقولاً) ، اما المناقصة فتطبق على عقود التوريد
والأشغال العامة.

وقد أوجبت المادة السادسة من النظام طرح جميع الأعمال والمشتريات
الحكومية في منافسة عامة عدا ما استثنى بنص "

ويظهر التزام الإدارة في هذه الطريقة بالإعلان العام (في الوسائل التي
تحددها الأنظمة للنشر كالصحف الرسمية وغيرها) عن رغبتها في
التعاقد لتنفيذ أعمال أو تأمين خدمات أو احتياجات معينة حسب شروط
ومواصفات موحدة يجمعها كتاب يسمى كراسة الشروط والمواصفات
(في مصر) , وتباع النسخة لكل راغب بسعر محدد، وتطلب من
جميع من تنطبق عليهم الشروط التقدم بعروضهم الفنية والمالية لذلك
ومن ثم تلتزم الإدارة بالتعاقد مع صاحب العطاء المالى الذي يمثل أقل
الأسعار المطابقة للشروط والمواصفات في حالة المناقصة , وأعلى
جودة بطبيعة الحال .

وهناك طرق أخرى لإبرام عقود الإدارة غير المنافسة العامة وأعمال
ومشتريات أخرى مستثناة من طريقة المنافسة العامة , لكنها ليست موضوع
بحثنا

وتكون إجراءات وأساليب الإعلانات ومحتوياتها كالتالي:

يستهدف الإعلان عن المنافسات الحكومية المساواة التامة في إعطاء الفرصة لكافة الراغبين في التعامل مع الإدارة وكذلك حصول الإدارة على أسعار تنافسية ولذلك يكون بالإعلان بشكل عام وفي وسائل الإعلام التي يحددها النظام (القانون)

وقد حدد نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة أساليب ووسائل الإعلان عن المنافسات فأوجبت المادة السابعة

الإعلان عن جميع المنافسات الحكومية في الجريدة الرسمية ، وفي صحيفتين محليتين ، وبالوسائل الإعلانية الإلكترونية وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا النظام ، ويجب أن يحدد في الإعلان عن المنافسة موعد تقديم العروض وفتح المظاريف ومكانهما.

- الأعمال أو المشاريع ذات الطبيعة الخاصة التي لا يتوفر لها متعهد أو مقاول داخل المملكة يتم الإعلان عنها خارج المملكة بالإضافة إلى الداخل.

كما استلزم نصّ المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية للنظام إعلان الجهات الحكومية عن المنافسات العامة ، كالتالي :

- يتم الإعلان عن المنافسة العامة في الجريدة الرسمية ، وفي صحيفتين محليتين ، مرة واحدة على الأقل ، وبالوسائل الإعلانية الإلكترونية ، في موقع جريدة أم القرى ، وفي موقع الجهة المعلنة ، كما يتم تزويد أمانة مجلس الغرف التجارية الصناعية بنسخة من الإعلان (بصيغة الكترونية) ، على أن يظل الإعلان في تلك المواقع مستمراً ، حتى الموعد النهائي لتقديم العروض.
- يكون الإعلان في الخارج عبر الصحف الرئيسية في البلدان التي تقدم الخدمة ، وعن طريق المواقع الإلكترونية الإعلانية العالمية ، باللغتين

العربية والإنجليزية ، ويمكن التنسيق مع سفارات المملكة في الخارج ،
ل طرح الإعلان إذا دعت الحاجة لذلك.

• إذا كان محل تنفيذ المشروع خارج المملكة يعلن عنه في الداخل
والخارج ، وفقاً لأسلوب الإعلان الوارد في الفقرتين (أ ، ب) من هذه
المادة.

**ويجب أن يتضمن الإعلان عن المنافسة معلومات واضحة وشاملة عن
الأعمال المعلن عنها، وبعده أدنى المعلومات التالية:**

- اسم الجهة المعلنه.
 - رقم المنافسة ووصفها وغرضها.
 - مجال التصنيف.
 - قيمة الوثائق وكراسة الشروط والمواصفات ومكان بيعها.
 - زمان ومكان تقديم العروض وفتح المظاريف.
- يجب أن لا تقل المدة من تاريخ صدور أول إعلان في الجريدة الرسمية
حتى الموعد النهائي لتقديم العروض عن ثلاثين يوماً ، ولا تقل هذه
المدة عن ستين يوماً في المشاريع أو الأعمال التي تبلغ تكاليفها التقديرية
خمس مائة مليون ريال فأكثر ، وذلك حتى تتاح الفرصة كاملة لإعداد
العطاءات بكامل تفاصيلها.

وهكذا فقد تضافرت النصوص القانونية واللائحة التنفيذية في وضع كافة
تفاصيل الإعلان بما يغني عن الاجتهاد في تحديدها أو الحديث عن مفرداتها.

أما الأعمال ذات التنفيذ المستمر (الدورية) فقد أوجبت المادة الحادية عشر
من اللائحة التنفيذية ما يلي:

يجب أن تطرح الأعمال ذات التنفيذ المستمر كالصيانة والنظافة والتشغيل وتقديم خدمات الإعاشة وما شابهها في منافسة عامة ، في بداية السنة الأخيرة من العقد القائم كحد أقصى.⁵

وهذا جانب من جوانب رقابة الإدارة العامة على آلية إبرام العقود الإدارية , ولعل من الأهمية بمكان تطوير نظام المنافسة الحكومية بما يتلأفي المثالب والعيوب التي يبينها العمل وتكشفا أراض الواقع في مراحل إبرام العقود بهذه الطريقة ، وذلك حيث أن المستفيد من عقود الادارة شريحة كبيرة من الناس إن لم يكن كلهم , وهذا في حد ذاته سبب كاف لمحاولة جعل عقود الادارة وأنظمتها الرقابية مجالا للتحديث الدائم والتطوير المستمر..

المبحث الثالث: الرقابة السابقة واللاحقة على عقود الإدارة

المطلب الأول: ماهية الرقابة السابقة

رقابة وزارة المالية

فقد ألزم نصّ المادة الثانية والثلاثون من نظام المنافسات والمشتريات جميع الجهات والمصالح والهيئات والمؤسسات الحكومية بعرض عقودها التي تتجاوز مدة تنفيذها سنة وتبلغ قيمتها خمسة ملايين ريال فأكثر على وزارة المالية لمراجعتها قبل توقيعها ، وعلى وزارة المالية إنهاء المراجعة خلال اسبوعين من تاريخ ورود العقد ، فإن لم ترد الوزارة خلال هذه المدة عدت موافقة. "

وعلى ذلك يشترط في العقود التي يجب عرضها على وزارة المالية لتمارس رقابتها السابقة عليها شرطان:

⁵ وإن كان الأولى والأفضل إبتعاد المشرع عن ضرب الأمثلة..

الأول : أن تزيد مدة تنفيذها على سنة فإن كانت سنة أو أقل لم يتعين عرضها مهما كانت قيمتها.

الثاني : أن تبلغ قيمتها خمسة ملايين ريال فأكثر فإن قلت عن ذلك لم يجب عرضها مهما كانت مدتها..

والمبلغ المحدد معقول جدا ومناسب , كما أن المدة المحددة لرد وزارة المالية يجعل للإنتظار حدودا , ولا يعطل مصالح الإدارة ولا الأفراد المتعاقدين معها ولا يفوت عليهم الفرص .

رقابة الإدارات المعنية بالجهات الحكومية

وإذا كان النظام لم يُخضع تلك العقود لرقابة وزارة المالية لانتفاء الشرطين أحدهما أو كلاهما إلا أنه تتم الرقابة على تلك العقود من خلال الإدارات المعنية بالجهة الحكومية ، مثل الإدارة المعنية بإعداد العقود (إدارة المشتريات والمستودعات) ، والإدارة القانونية والمراقب المالي ، وإدارة المراقبة الداخلية .

وسيركز البحث على عقود الإدارة التي تنطبق عليها ما ورد في نص المادة الثانية والثلاثين من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية نظراً لوجود أنظمة واضحة وصريحة للرقابة على تلك العقود ، والأهم من ذلك كونها ذات أهمية كبيرة وقيمة كبيرة وإلا لما غفل عنها النظام -القانون-

ويقصد بالرقابة السابقة على هذا النحو : الرقابة التي تمارسها وزارة المالية قبل إبرام العقد بين جهة الإدارة والطرف الآخر (المتعاقد / المقاول) .

وعلى ذلك يمثل نظام المنافسات والمشتريات الحكومية وسيلة الجهات الرقابية لممارسة دورها الرقابي .

المطلب الثاني : أثر الرقابة السابقة على عقود الإدارة:

تقوم وزارة المالية بدورين أحدهما تشريعي والآخر رقابي , أما عن الدور التشريعي فيكون كالتالي:

- إعداد مشروعات الأنظمة واستصدار قرارات بها من مجلس الوزراء أو مراسيم ملكية.
- إصدار اللوائح: مثل اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.
- إصدار قرارات وزارية: مثل القرار الخاص بتشكيل لجنة للنظر في طلبات التعويض، والقرار الخاص بوضع نماذج لصيغ الضمانات البنكية.
- إصدار التعاميم (اللوائح التنفيذية العامة) :حيث تقوم بإرسال هذه التعاميم إلى جهات الإدارة ، قد تكون لتفسير بعض النصوص النظامية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولأئحته التنفيذية ، أو لوضع بعض الضوابط الواجب مراعاتها عند تطبيق النظام ، أو لإعطاء توجيهات ، وتأخذ التعاميم شكل خطابات أو برقيات ، ولا يتم نشرها في الجريدة الرسمية(جريدة أم القرى)على خلاف الأنظمة واللوائح ، وهي لا تكون ملزمة للمتعاقد مع الجهة الحكومية ما لم يتم إدراجها في العقد كنصوص تعاقدية.

- الرد على استفسارات جهات الإدارة بشأن إبرام العقود الادارية...
أما عن الدور الرقابي لوزارة المالية فيتمثل في الآتي:

• مراجعة النصوص التعاقدية للتأكد من نظاميتها (تطابقها مع نصوص القانون).

• التأكد من أن المشروع مدون – مدرج - بالميزانية العامة للدولة.

• التأكد من توفر اعتماد مالي كاف في البند المخصّص للمشروع في الميزانية.

• التأكد من أن الاعتماد المالي سوف يستخدم فيما خصص له بالميزانية لا غيره.

حيث أوجبت المادة السابعة من اللائحة التنفيذية على الجهة الحكومية التأكد من توافر الاعتمادات المالية اللازمة ، قبل طرحها لما تحتاجه من أعمال في المنافسة العامة.

وتمتاز الرقابة السابقة على عقود الإدارة بالآتي:

• تلافي الخطأ قبل وقوعه من جهة الإدارة (رقابة وقائية)

• تلافي رفع دعاوى قضائية ضد جهة الإدارة بسبب وجود أخطاء تعاقدية.

• التأكد من التقيد بالأنظمة واللوائح السارية.

• عدم تحميل الخزانة العامة للدولة أعباء مالية أو تعويضات نتيجة مخالفة ما تنص عليه الأنظمة(التشريعات) أو الدخول في صراعات قضائية تستهلك الوقت والجهد والمال وتستنزفه.

و يظهر من مراجعة آلية الرقابة السابقة على عقود الإدارة بمعرفة وزارة المالية أنها تنظر إليها من زاوية مالية فقط ، مما يجعل من تلك الرقابة مقتصرة على جانب واحد فقط (جانب مالي)، دونما تطرق إلى الجوانب

الفنية والقانونية للعقد ودونما أعمال للنصوص النظامية الواردة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية.

وذلك على الرغم من أن المراد من الرقابة فوق شقها المالي السابق شقيها الفني والقانوني ، فإذا كانت الرقابة الفنية أمراً يتعذر تنفيذه بسبب كثرة جهات الإدارات الموجودة لدى المملكة العربية السعودية ويستتبع ذلك كثرة عقود الإدارة المراد إبرامها حيث أن الجوانب الفنيّة (والتي يترتب عليها جودة ثمرة العقد) تعد مسؤولية كل جهة إدارة وفق المواصفات التي قامت بوضعها.

إلا أنه لا يمنع من وجود رقابة قانونية بجوار الرقابة الفنية ممثلة في أعمال نصوص المواد النظامية المذكورة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية على العقود المراد إبرامها ، حيث يجب الأخذ في الاعتبار أن المشرّع جعل هناك هدفاً لكل عقد إداري يراد إبرامه يتمثل في المحافظة على تسيير المرفق العام بانتظام واضطراد تحقيقاً للمصلحة العامة.

ومن أمثلة إغفال جانب الرقابة القانونية على عقود الإدارة:

أجازت المادة الثالثة والعشرون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية للجنة فحص العروض التوصية باستبعاد أي عرض من العروض من المنافسة حتى لو كان أقل العروض سعراً ، إذا تبيّن أن لدى العارض عدداً من المشاريع ورأت اللجنة أن حجم التزاماته التعاقدية قد أصبح مرتفعاً على نحو يفوق قدراته المالية أو الفنية بما يؤثر على تنفيذه لالتزاماته التعاقدية ، وفي هذه الحالة تتفاوض مع العطاء الذي يليه وفقاً لقواعد التفاوض المحددة في النظام .

ويخوّل النص جهات الإدارة إمكانية استبعاد العروض فيما لو تبيّن لها أن لدى صاحب العرض عدداً من المشاريع- مشغول جداً ومثقل- وأن حجم التزاماته التعاقدية قد أصبح مرتفعاً على نحو يفوق قدراته المالية أو الفنية بما يعوق تنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

إلا أن بعض جهات الإدارة لا تتقيد بهذه المادة ولا تقوم بإعمال مضمونها على العروض المقدمة ، وإن كانت جهات الإدارة قد غفلت عن ذلك ولم تستبعد تلك العروض ، و يأتى هنا دور الجهة الرقابية (وزارة المالية) في تدارك الخطأ الذي وقعت فيه جهة الإدارة وفي تطبيق المادة آنفة الذكر تحقيقاً للمصالح العام إلا أن الواقع يشهد بأنه لا جهة الإدارة أدركت هذا الخطأ ، ولا الجهة الرقابية (وزارة المالية) استدركته ، حتى صارت كثير من عقود الإدارة (ذات الأهمية الكبيرة) محتكرة على مقاول أو اثنين وهذا في غير المصالح العام بالمرّة , ويعرض مصالح المملكة وأموالها ومشاريعها للخطر.

وقد أفرغت نصوص اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية من مضمونها ، حيث ألزمت المادة الثامنة والثلاثون من اللائحة لجنة فحص العروض قبل التوصية بالاستبعاد مراعاة الآتى:

- التأكد من حجم التزامات العارض، للعقود القائم بتنفيذها لدى الجهة أو غيرها من الجهات الأخرى ، ومستوى تنفيذها ، وما إذا كان بإمكانه تنفيذ المشروع محل المنافسة إلى جانب تلك العقود القائمة.
- التأكد من خبراته الفنية ، وإمكاناته المالية ،
- أن يكون الاستبعاد مبنياً على أسباب جوهرية مقبولة!! ، يراعى فيها مصلحة الجهة الحكومية ، بموجب تقرير فني تعده الجهة.
- إذا توصلت لجة فحص العروض إلى القناعة بأن إمكانات العارض لا تتحمل إسناد أعمال أخرى إليه ، بما قد يؤثر على تنفيذه لالتزاماته ، فلها (على سبيل الجواز فقط!!) التوصية باستبعاده من المنافسة.

إن النص اللائحة السابق ليس سوى تقييد لما ورد في نص المادة الثالثة والعشرين من النظام (بالرغم من أنه كقاعدة عامة لا يجوز للتشريع الأدنى مخالفة التشريع الأعلى منه) فكيف نعطي جهة الإدارة حق استبعاد المتنافس في النظام ثم نصادر حقه في ذلك من اللائحة

التنفيذية للنظام ، وما معيار قبول أو رفض العطاء الذي يصحبه التزامات أخرى كثيرة لمقدمه (المقاول) ، والفقرة الثالثة من اللائحة قد قيّدت نص المادة عندما نصّت على أن يكون الاستبعاد مبنياً على أسباب جوهرية مقبولة (بالرغم من أن النظام ذكر ذلك السبب الجوهري الذي تطالب به اللائحة) وهل هناك أسباب جوهرية تطالب بها اللائحة التنفيذية أكثر من وجود أعمال أخرى للمقاول (وربما في مدن أخرى غير التي سيقام بها المشروع) يتعذر معها تنفيذ المشروع المراد ترسيته عليه ، وأي أسباب جوهرية تطالب بها اللائحة للاتكاء عليها في استبعاد العرض أكثر من تأخير انجاز العقد وفق الجدول الزمني المحدد له ، حتى أضحت عقود الإدارة والمفترض انجازها في سنتين (تُنجز في خمس سنوات) وربما أكثر ، وأي مصلحة عامة يُرجى تحقيقها بعد ذلك؟

إن المصلحة توجب استبعاد هذه اللائحة التنفيذية التي لم تحترم النص وأفرغته من محتواه , وحولته إلى حبر على ورق , وضرورة إعطاء النص القانوني حقه من الرعاية والاحترام.

المطلب الثالث: الرقابة اللاحقة

يحدد نصّ المادة السابعة من نظام ديوان المراقبة العامة اختصاصاته ب:
"الرقابة اللاحقة على جميع إيرادات الدولة ومصروفاتها ، وأموال الدولة المنقولة والثابتة ، ومراقبة حسن استعمال هذه الأموال واستغلالها والمحافظة عليها.

كما حدد نص المادة التاسعة الجهات التي تخضع لهذا الديوان وهي :

- جميع الوزارات والإدارات الحكومية وفروعها.
- البلديات وإدارات العيون ومصالح المياه.

• المؤسسات العامة والإدارات الأخرى ذات الميزانيات المستقلة التي تخرج لها الحكومة جزءاً من مال الدولة إما بطريق الإعانة أو لغرض الاستثمار.

• كل مؤسسة خاصة أو شركة تساهم الدولة في رأس مالها أو تضمن لها حداً أدنى من الأرباح على أن تتم الرقابة عليها وفق تنظيم خاص يعده الديوان ويصدر به قرار من مجلس الوزراء يحدد فيه مدى هذه الرقابة بحيث تتناسب مع طبيعة عملها ومدى علاقتها المالية بالدولة وبحيث لا يعرقل نشاطها.

• كل هيئة يكلف الديوان بمراقبة حساباتها بأمر من رئيس مجلس الوزراء أو بقرار من مجلس الوزراء.

و ديوان المراقبة العامة (على هذا النحو) هو المختص بالرقابة اللاحقة على جميع إيرادات الدولة ومصروفاتها ، وكذلك مراقبة كافة أموال الدولة المنقولة والثابتة ، ومراقبة حسن استعمال هذه الأموال واستغلالها والمحافظة عليها ، فضلاً عن الجهات الحكومية المشمولة برقبته .

أما عن النص النظامي الذي يتيح لديوان المراقبة ممارسة دوره على جميع عقود الإدارة للجهات الحكومية المذكورة في المادة التاسعة من نظامه والمشمولة ضمن رقبته فقد جاء نص المادة الثالثة والعشرون من نظام ديوان المراقبة العامة موجبا إرسال نسخة أصلية من عقود التوريدات والتعهدات والأعمال والخدمات اليه وعلى وجه العموم كل عقد أو اتفاق تبرمه إحدى الجهات المنصوص عليها في الفقرات (1 و 2 و 3) من المادة التاسعة يكون من شأنه ترتيب حقوق أو التزامات مالية لدولة أو عليها تزيد قيمتها عن (50.000) خمسين ألف ريال سعودي فور إبرامها ويجب أن تكون تلك النسخة مصحوبة بكافة ما يتعلق بالعقد من وثائق ومستندات وبيانات.

و يبدأ ديوان المراقبة العامة بممارسة دوره الرقابي على عقود الإدارة ، بعد أن يتسلم العقد ووثائق الترسية من الجهة الحكومية ، وهذا يتم خلال (10) أيام

بعد إبرام العقد ، أما وثائق الترسية فتشمل الإعلان ، فتح المظاريف ، التقييم وفحص العروض ، المفاوضات ، موافقة وزارة المالية على مشروع العقد ، موافقة صاحب الصلاحية ، الضمان البنكي ، العقد وملاحقه ... الخ .

و يتضح أيضاً أن العقود التي يتم إرسالها للديوان هي التي تزيد قيمتها عن 50000 ألف ريال سعودي.

أما عن ما يتم مراقبته على عقود الإدارة من قبل الديوان ، فكما يلي :

- مراقبة تطبيق الأنظمة واللوائح في جميع خطوات التعاقد (شروط الإعلان ، عملية فتح المظاريف للعطاءات المقدمة ، تقييم العطاءات ، المفاوضات ، الحصول على موافقة وزارة المالية ، موافقة صاحب الصلاحية ، العقد وملاحقه .. الخ).

- مراجعة مواد العقد ، وهي نفس المهمة التي تقوم بها وزارة المالية أثناء الرقابة السابقة على العقد.

- متابعة تنفيذ العقد (تسليم الموقع ، الجدول الزمني ، غرامات التأخير ، التغييرات على العقد – أوامر التغيير ، سحب العمل ... الخ).

وهي رقابة لاحقة على العقود كاختصاص أساسي و أصيل، فضلاً عن هيئة مكافحة الفساد والتي أسند لها مؤخراً مهمة الرقابة اللاحقة أيضاً ، فقد نصّت الفقرة الثانية من المادة الثالثة لتنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد على ما يلي:

تهدف الهيئة إلى حماية النزاهة ، وتعزيز مبدأ الشفافية، ومكافحة الفساد المالي والإداري بشتى صورته ومظاهره وأساليبه، ولها في سبل تحقيق ذلك الاختصاصات التحري عن أوجه الفساد المالي والإداري في عقود الأشغال العامة وعقود التشغيل والصيانة وغيرها من العقود، المتعلقة بالشأن العام

ومصالح المواطنين في الجهات الخاضعة لاختصاصات الهيئة ، واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة بشأن أي عقد يتبين أنه ينطوي على فساد أو انحراف أو أنه أبرم أو يجري تنفيذه بالمخالفة لأحكام النظام واللوائح النافذة .

كما نصّت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة لتنظيم هيئة لمكافحة الفساد على ما يلي:

على جميع الجهات المشمولة باختصاصات الهيئة القيام بما يأتي :

- إمداد الهيئة (وفق آلية تحددها) بالمشاريع المعتمدة لديها وعقودها ، وعقود التشغيل والصيانة.
- وتختلف سلطه الاداره في الرقابه من عقد الى اخر فتبلغ زروتها في عقود الاشغال العامه وامتياز المرافق العامه وتضعف في عقود اخرى ، وتعتبر الرقابه مظهرا من مظاهر امتيازات السلطه العامه
- وتجد مبرر الرقابه على العقود الاداريه في فكره الصالح العام وما يشمله من مقتضيات الحفاظ على استمرار سريان المرافق العامه. بانتظام واضطراد..

المطلب الرابع : تقييم الرقابة اللاحقة على عقود الإدارة:

بعد استعراض النصوص التي تناولت الرقابة اللاحقة يحسن وضعها في الميزان لبيان ما لها وما عليها:

أولاً: الرقابة اللاحقة ليست استكمالاً للرقابة السابقة وكان ينبغي جعلها كذلك ، حيث أن الرقابة السابقة منصبّة على العقود التي تزيد مدة تنفيذها عن سنة وتبلغ قيمتها خمسة ملايين ريال فأكثر ، على خلاف الرقابة اللاحقة التي

تتصب على العقود التي تزيد قيمتها عن (50.000) خمسين ألف ريال سعودي فقط!!! ، وهذا المبلغ أصبح ضئيلاً جداً ينبغي تعديله ليواجه المتغيرات المالية الواقعة بالمملكة وبالعالم كله ، فلقد تقرر هذا المبلغ منذ ما يقرب من نصف قرن من الزمان ، بل إن رقابة ديوان المراقبة على تلك العقود يزيد من التزاماتها ويستنفذ وقتها وجهدها وطاقتها، وقد يحيد بها عن الدور الأساسي المناط بها أدائه.

ثانياً: يوجد تداخل بين اختصاص ديوان المراقبة العامة وهيئة مكافحة الفساد حيث أنهما يؤديان الدور ذاته إلا أن الفارق أن ديوان المراقبة يختص بالرقابة اللاحقة كإختصاص أصيل ، فضلاً عن أن الديوان يراجع جميع مراحل العقد بدءاً من الإعلان مروراً بفتح المضاريف وفحص العروض وانتهاءً بإبرام العقد ، مما يؤكد عدم إمكانية تغيير مسار مراحل إبرام العقد ، على خلاف هيئة مكافحة الفساد التي تمارس رقابتها كرقابة سابقة ورقابة لاحقة ذلك لأن هيئة مكافحة الفساد تتدخل في أي إجراء أثناء ترسية العقد يكتنفه فساد ،

وبنظرة عاجلة الى المادة الثالثة لتنظيم- قانون- هيئة مكافحة الفساد والتي حددت للهيئة في سبيل تحقيق و حماية النزاهة وتعزيز مبدأ الشفافية ومكافحة الفساد المالي والإداري بشتى صورته ومظاهره وأساليبه:

•

• **التحري** عن أوجه الفساد المالي والإداري في عقود الأشغال العامة وعقود التشغيل والصيانة وغيرها من العقود، المتعلقة بالشأن العام ومصالح المواطنين في الجهات المشمولة بإختصاصات الهيئة ، واتخاذ الإجراءات النظامية اللازمة في شأن أي عقد يتبين أنه ينطوي على فساد أو أنه أبرم أو يجري تنفيذه بالمخالفة لأحكام النظام واللوائح النافذة.

ويخوّل النص للهيئة حق الرقابة السابقة على العقود الذي يطالها فساد قبل إبرامه (منذ بدء إجراءات الترسية) وهذا ولا شك يعود بالنفع على عقود

الإدارة خاصة إن كانت الرقابة مفاجأة (بما لها من سلطة بموجب النظام) وذلك لتحقيق الغايات المرجوة منها ...

ويتكرر الخطأ الجسيم هنا حيث تأتي مادة تُفرغ أخرى من مضمونها وتحيلها إلى حبر على ورق ، حيث أوجبت المادة الثالثة لتنظيم هيئة مكافحة الفساد

على الهيئة إحالة المخالفات والتجاوزات المتعلقة بالفساد المالي والإداري عند اكتشافها إلى الجهات الرقابية أو جهات التحقيق بحسب الأحوال (مع إبلاغ رئيس الجهة) التي يتبعها الموظف المخالف بذلك وللهيئة الاطلاع على مجريات التحقيق ومتابعة سير الإجراءات في هذا الشأن ، ولها أن تطلب من الجهات المعنية اتخاذ التدابير الاحترازية أو التحفظية بشأن مرتكب الأفعال الموصوفة بالفساد ، فإذا رأت الهيئة أن تلك المخالفات والتجاوزات تمثل بعداً مؤسسياً للجهات المشمولة باختصاصاتها ، فعليها رفع الأمر إلى جلاله الملك ..

وبذلك يتوافق دور هيئة مكافحة الفساد مع دور ديوان المراقبة العامة وفق المادة الحادية عشر من نظام ديوان المراقبة العامة والتي ألزمت الديوان بإبلاغ ملاحظاته إلى الجهة المختصة ويطلب إليها اتخاذ الإجراءات اللازمة وعلى الجهة أن تخبر الديوان بما اتخذته في خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ إبلاغها "

ووفق المادة السادسة عشر أيضاً والتي نصّت على ما يلي:

"في حالة اكتشاف مخالفة ، فللديوان أن يطلب تبعاً لأهمية (حجم) المخالفة من الجهة التابع لها الموظف إجراء التحقيق اللازم ومعاقبته إدارياً أو أن يقوم الديوان بتحريك الدعوى العامة ضد الموظف المسئول أمام الجهة المختصة نظاماً بإجراءات التأديب.

وهنا نجد مادتين من نظامين مختلفين تعطي كل منهما الحق لجهتين رقابيتين بإحالة التجاوزات والمخالفات إلى الجهات الرقابية ،دون أن يسمح لأيهما بالتصدّي المباشر للمخالفة أو أن يؤدي ذلك وجوباً إلى النظر في أسباب ودوافع الخطأ والتجاوز والذي ترتب عليه أثراً سلبياً على العقد ، فإن كانت أسباب الخطأ مبنية على ثغرة في النظام - فلماذا لا يتم تحديثه للصالح العام وليحقق الغاية المنشودة من الرقابة على عقود الإدارة .

إن المواطن بحاجة إلى من يردّ إليه ثقته بعقود الإدارة وفعالية لرقابة عليها والتي فقدت مصداقيتها لديه أو كادت،بعد كل ما يسمعه يوميا او يقرؤه عن وقائع فساد أو شائعات.

الخاتمة

وبعد..... فهذا جهد المقل فإن كان من توفيق فمن الله تعالى وحده ,
وإن كان من تقصير فمنى ومن الشيطان وسوف استكمل النقص باذن
الله..

وقد تم الانتهاء من البحث بحمد الله وتوفيقه بعد محاولة إلقاء الضوء
على أهم العقود المتعلقة بتسيير المرفق العام ، (عقود الأشغال العامة /
عقود التشغيل والصيانة)

وتعريف العقد الإداري , وما يميزه عن العقد المدني في ظل قواعد
القانون الخاص , وعرجت على وسائل الإدارة الحديثة وتدخلاتها في
العقود الإدارية ومحاولة معرفة أثر الرقابة السابقة و اللاحقة على
عقود الإدارة ، بعد أن واجهتُ صعوبة في محاولة الربط بينهما - بما
يضمن لعقود الإدارة تنفيذها وتحقيق الأهداف التي أبرمت من أجلها -
لا سيما في ظل إسناد رقابة لهيئة مكافحة الفساد يمكن تكييفها (رقابة
سابقة ولاحقه) في ذات الوقت وفي ظل إبقاء نظام ديوان المراقبة
العامة كما هو دون تحديثه بما يتماشى مع التطورات الاقتصادية
والمالية للملكة وللعالم كله فيما يتعلق بالقيم المالية، فضلاً عن عدم
إصدار لائحة تنفيذية لتنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد حيث نصّت
المادة السادسة عشر من التنظيم على أن تصدر اللوائح التنفيذية لهذا
التنظيم بأمر ملكي بناءً على اقتراح من الرئيس ، والتي لم تصدر
حتى حينه ، وهذا بدوره يعطي المزيد من التطلّعات في المستقبل
للتوسّع في موضوع هذا البحث لمراحل علمية متقدمة (إن شاء الله)
وقد خلصت إلى التوصيات التالية :

التوصيات:

..أرى أن يُسند إلى هيئة مكافحة الفساد حق إتخاذ أي إجراء بشأن أي عقد طاله فساد أو وقع فيه تجاوز يعطل مسيرة تنفيذه أو يؤخرها عن موعدها ، ، فلا حاجة أن يُنشأ جهاز جديد متبوعاً بنظام جديد يعطيه ذات الصلاحية التي كان يعطيها لجهاز آخر وفق نظامه الآخر ، جهازى (هيئة مكافحة الفساد وديوان المراقبة العامة) قد يتنازعان الاختصاص وتكون النتيجة صفراً !!!

وأرى أن يقتصر الأمر على جهاز واحد مع توسيع اختصاصاته وصلاحياته وقدراته الرقابية، ويمنح حق الرقابتين السابقة واللاحقة.

- ضرورة تفعيل الرقابة القانونية السابقة على عقود الإدارة المراد إبرامها وذلك عن طريق أعمال نصوص المواد النظامية على العروض المقدمة ، حيث أن اختيار مقاول لديه أعمال كثيرة يتعذر معه تنفيذ العمل المراد ترسيته عليه يعد خطأ يمكن تداركه بشيء من الرقابة القانونية مع ضرورة حذف نص اللائحة التي تعطل هذا النص

- جعل الرقابة اللاحقة استكمالاً للرقابة السابقة ، فلا يراقب ديوان المراقبة العامة إلا ما تراقبه وزارة المالية وغير ذلك من العقود تكون الرقابة فيه رقابة داخلية ,وهذا التكامل هو ما يحقق الهدف من الرقابة على عقود الإدارة

- أن تكون هناك حلقة وصل قوية بين الرقابة السابقة اللاحقة بحيث تأخذ الجهة المختصة بالرقابة السابقة (وزارة المالية) في الاعتبار ملاحظات الجهة المختصة بالرقابة اللاحقة (ديوان المراقبة العامة)
- تحديث الأنظمة الرقابية باستمرار بما تقف عليه الجهات الرقابية من ملاحظات جوهرية.
- تحديد الدور الذي تمارسه هيئة مكافحة الفساد بدقة في رقابتها على العقود , وفض النزاع بينها وديوان المراقبة العامة،

قائمة المراجع :

أولاً :الكتب:

- د .عمر الخولي - الوجيز في العقود الإدارية -مكتبة الملك فهد الوطنية - الطبعة الأولى (1430هـ - 2009 م).
- د . محمد الشافعي أبو راس .النظرية العام في النشاط الادارى . ط . 1. 2000مطبعة حمادة بنها.
- سليمان محمد الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مطبعة جامعة عين شمس – الطبعة الخامسة (1991م).
- عبد الله بن حمد الوهبيي – القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية -الطبعة الثالثة (1432هـ- 2011 م).
- د .محمود عاطف البنا - العقود الإدارية -دار العلوم -الطبعة الأولى (1405هـ - 1984 م).

• **s.g. vedel. droit administratif. Edit.1973**

ثانياً :الأنظمة واللوائح:

- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م 58 / وتاريخ 4/9/1427 بناءً على قرار مجلس الوزراء رقم 223 وتاريخ 2/9/1427.
- اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (362) وتاريخ 20/02/1428 هـ.
- نظام ديوان المراقبة العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م 9) / وتاريخ 1391 / 11/02 هـ، ونشر في جريدة أم القرى في العدد رقم (2367) وتاريخ 20/02/1391 هـ.
- تنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (165) وتاريخ 28/05/1432 هـ.