بسم الله الرحمن الرحيم

رقم التبليغ :	٦٢٣
بتاريـــخ :	٢١ / ١٠ / ٢٠٠٧

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

ملف رقم : ٧٨ / ٢ / ٨٣

السيد اللواء / محافظ البحيرة

تحية طيبة وبعد

فقد اطلعنا على كتابكم رقم ٢٤٣٥ المؤرخ ٢٠٠٧/٣/٢٦، الموجه إلى السيد الأستاذ المستشـــار / رئيس مجلس الدولة بطلب الرأى فى مدى تطبيق شرط أولوية العطاء على عملية رصـــف الطـــرق بدائـــرة محافظة البحيرة والتى تم الطرح فيها على أساس بنود ودون تحديد الكميات.

و حاصل الواقعات – حسبما يبين من الأوراق– أن مديرية الطرق بالبحيرة كانت قد أعلنت بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٩ عن إجراء مناقصة عامة لتنفيذ عملية [سنوية رصف الطرق] بدائرة المحافظة فى عدد [٥] مناطق للعام المالى ٢٠٠٥/٢٠٠٦، تم التعاقد بين المديرية والمقاول [الجمعية التعاونية لإنتاج وتوريد مواد البناء وإنشاء الطرق والموانى ـ ساند ستون] لسنوية رصف الطرق فى المناطق الأولى والثانية والثالثة، وتضمن العقد المبرم التزام الطرف الثانى [الجمعية] بتنفيذ الأعمال المسندة إليها طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات والعرض المقبول فنياً وذلك طبقاً لأوامر الشغل وحسب بيان الخطة، وعند إنتهاء العملية قامت إدارة الشئون المالية بمديرية الطرق بتطبيق شرط أولوية العطاء على الجمعية المذكورة. وقد تم عرض الأمر على إدارة الفتوى لوزارات النقل والأتصالات والمعلومات والطيران المدنى والتى انتهت إلى وجوب أعمال شرط أولوية العطاء. إلا أن الجمعية المذكورة تقدمت بطلب لإعفائها من أعمال شرط أولوية العطاء استناداً إلى أن مديرية الطرق عندما قامت بطرح المناقصة الخاصة بالأعمال السنوية الموجودة بالمحافظة جعلت الكميات الموجودة فى كراسة الشـــــــروط

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

والمواصفات وحدة واحدة لكل بند أى أنها لم تحدد كمية معينة لكل بند وبالتالى فالمقاول الذى يتعاقد مع المديرية يلتزم بتنفيذ أى مقايسات تسند إليه بأى كمية وفى أى مكان داخل نطاق منطقة العمل المسند إليه، وبالتالى _ فإن المقاول لا يدرك حجم الكميات التى سيقوم بتنفيذها ولا يمكن له أن يحمل بنداً على غيره، وعلى ذلك لا يجوز أعمال شرط أولوية العطاء فى مثل هذه الحالة.

وإزاء هذا الخلاف فقد طلبتم عرض الموضوع على الجمعية العمومية لإبداء الرأى.

ونفيد أن الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بجلستها المعقودة فى ٣ من أكتوبر سنة ٢٠٠٧م الموافق ٢١ من رمضان سنة ١٤٢٨ هـ، فاستبان لها أن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ينص فى المادة (١) على أن " **يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ..... وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية** "، وينص فى المادة (١٦) على أن " **يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات و إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية والمالية ....**" . وينص فى المادة (٣٦) على أن " **يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة ..... ويكون التعاقد بالنسبة للمشروعات الاستثمارية المدرجة بالخطة فى حدود التكاليف الكلية المعتمدة، على أن يتم الصرف فى حدود الاعتمادات المالية المقررة** "، واستبان لها أن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المشار إليه والصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم ١٣٢٧ لسنة ١٩٩٨ تنص فى المادة (٧٨) على أن " **يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها**

بالزيادة أو النقص فى حدود [٢٥%] بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكـــون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلـــك. ويجـــوز فى حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الـــواردة بالفقـــرة السابقة. ويجب فى جميع حالات تعديل العقد الحصول على مـــوافقة الســـلطة المختصة ووجود الاعتماد المالى اللازم وان يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه ٠٠٠٠٠ " وتـــنص المـــادة (٨٢) مـــن ذات اللائحة على أن " المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة أو النقص تبعاً لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والمبالغ التى تســـدد للمقـــاول تكـــون على أساس الكميات التى تنفذ فعلاً سواء أكانت تلك الكمـــيات أقـــل أم أكثـــر مـــن الواردة بالمقايسة أو الرسومات وسواء نشأت بالـــزيادة أو العجـــز فى حساب المقايسة الإبتدائية أو عن تغييرات أدخلت فى العمـــل طـــبقاً لأحكام العقد. ويجب فى جميع الحالات ألا يؤثر ذلك فى أولوية المقـــاول فـــى ترتيب عطائه ويعتبر المقاول مسئولاً عن التحرى بنفسه عن صـــحة المقادير والأوزان. وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملـــزمة للمقـــاول أثـــناء العقد وغير قابلة لإعادة النظر لأى سبب ولا يكون للمقـــاول حـــق طلـــب مبالغ زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصرفات إضافية ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠ " كما استبان لها أن القانون المدنى ينص فى المادة (٨٩) علـــى أن " يـــتم العقـــد بمجـــرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتـــين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقـــد " ويـــنص فى المـــادة (٩٠) على أن " ١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظـــروف

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

الحـــال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود.٢- ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠ " وينص فى المادة (١٤٧) على أن " **١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون ٢- ٠٠٠٠٠٠ "** وينص فى المادة (١٤٨) على أن " **١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.٢- ٠٠٠٠ ".**

واســـتظهرت الجمعـــية العمومية، أن المشرع بموجب القانون سالف الذكر أعاد تنظيم أحكـــام المناقصـــات والمـــزايدات، فوضـــع نظاماً متكاملاً حدد فيه طرق التعاقد المختلفة وضـــوابطها. وبلوغاً لغاية هذا التنظيم، مد المشرع مظلة الأحكام التى تضمنها هذا النظام إلى تلـــك المراحل السابقة على التعاقد، فاستلزم استيفاء بعض الإجراءات التمهيدية ذات الصلة بالأعمـــال أو الأصـــناف المطلوبة، وأوجب أن يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضـــرورية لســـير العمـــل أو الإنتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصـــة، وأن يكـــون الـــتعاقد بالنسبة للمشروعات الاستثمارية المدرجة بالخطة فى حدود التكالـــيف الكلـــية المعـــتمدة، علـــى أن يتم الصرف فى حدود الاعتمادات المالية المقررة. واســـتهدف المشرع من ذلك النظام أن يكون تعاقد جهة الإدارة تعبيراً صادقاً عن احتياجاتها الفعلية التى تستلزمها أنشطتها، وأن يجرى التعاقد فى حدود إمكاناتها المالية، بما يتيح لها الوفاء بالتزاماتها طبقاً لأحكام العقد، حتى لا تتزعزع ثقة المتعاملين معها فى ملاءتها، فيعزفون عن هذا الـــتعامل . واستهدف فى ذات الوقت، حفاظا على المال العام، أن يكون تعاقد الجهة الإدارية المخاطبة بأحكام القانون المذكور، مع صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا .

وحرصـــا من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه، على أن تصحب هذه الأفضلية العقد فى مســـيرته حتى تمام تنفيذه، فقد أوجبت فى المادتين (٧٨) و (٨٢) منها إعمال شرط أولوية العطاء، بمناسبة إجراء الحساب الختامى للعملية. بحيث يبقى العطاء الذى أرسيت عليه المناقصة دائماً هو أقل العطاءات سعراً، وذلك إعلاء للمساواة بين المتناقصين وتحقيق مصلحة الدولة فى تنفيذ تعاقداتها بأقل الأسعار.

ولما كانت القاعدة سالفة الذكر تستمد شرعيتها من المادتين المشار إليهما فهى من ثم تعتبر من ذات طبيعتها الآمرة التى لا يجوز مخالفتها ويبطل ما يقع من إتفاقات على خلاف أحكامها.

كما استبان للجمعية العمومية – وحسبما استقر عليه إفتاؤها – أن العقد ينعقد بين طرفيه بمجرد توافر إرادتين متطابقتين، بما اصطلح عليه بالإيجاب والقبول. وأنه لا يشترط إفراغ هاتين الإرادتين فى شكل معين، فقد يكون ذلك من خلال ألفاظ محددة أو بمكاتبات متبادلة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروفه شكاً فى دلالته على قصد مستخذه. وأنه متى تم التطابق بين الإرادتين على نحو ما سلف البيان، تقوم شروط العقد مقام القانون، بحيث تصبح حاكمة للعلاقة بين الطرفين، ولا يجوز لأحدهما منفرداً تعديل هذه الشروط إلا لسبب من الأسباب المقررة قانوناً. وأن تنفيذ العقود يجب أن يكون طبقاً لما اشتملت عليه، وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية. ومقتضى ذلك أن حقوق المتعاقدين والتزاماتهما تتحدد طبقاً لشروط العقد وحده دون غيره.

ومن حيث أنه وإعمالاً لما تقدم _ ولما كان الثابت من الأوراق أن مديرية الطرق والنقل بمحافظة البحيرة، كانت قد تعاقدت مع المقاول، لتنفيذ عملية سنوية رصف الطرق بالمحافظة خلال العام المالى ٢٠٠٥ / ٢٠٠٦ فى المناطق الأولى والثانية والثالثة من المناقصة العامة، وتم ذلك باعتبارها اقل العطاءات المقدمة سعراً، وقد تضمنت العقود الثلاثة المبرمة فى البندين الثانى والثالث التزام الطرف الثانى [المقاول] بتنفيذ عملية سنوية رصف الطرق طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات الفنية والعروض المقبولة فنياً والكميات والأسعار المبينة فى الجدول المرافق و الذى يعد جزاً لا يتجزأ من العقد بقيم إجمالية _ قابلة للتعديل طبقاً لأوامر الشغل، ووافق الطرف الثانى عليها حيث تم التنفيذ الفعلى للعملية وزادت الكميات المنفذة فعلاً عند إعداد الحساب الختامى، دون أن يبدى الطرف الثانى ثمة اعتراض أو تحفظ على هذه الزيادات بأى صورة من الصور، فمن ثم فقد وجب أعمال شرط أولوية العطاءات على هذه العملية أياً ما كان سبب الزيادة باعتباره من القواعد الآمرة التى لا يجوز مخالفة حكمها.

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ولا ينال من ذلك ما تذرعت به الجمعية الراسى عليها المناقصة من أن الطرح قد تم على أساس بنود دون كميات وصولاً إلى عدم إعمال شرط أولوية العطاء بمقولة أن المقاول لا يدرك حجم الكميات التى سيقوم بتنفيذها ولا يمكن له أن يحمل بنداً على غيره لأن ذلك مردود بأنه وإن كان من المتعين على جهة الإدارة عند الطرح تحديد الأوزان والمقادير التى سيتم تنفيذها ولو بصفة تقريبية، إلا أن عدم التحديد لا ينال من وجوب إعمال شرط أولوية العطاء بحيث تظل تلك الأولوية التى رتبت العطاءات وأرسيت المناقصة على أساسها مصاحبة للعقد حتى تمام التنفيذ بحسبان أن المقاول مسئولاً عن التحرى بنفسه عن صحة هذه المقادير والأوزان والتى تعتبر ملزمة له أثناء العقد وغير قابلة لأى تعديل أو إعادة نظر وذلك طبقاً لحكم المادة (٨٢) من اللائحة التنفيذية.

لـــــذلـــــك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى وجوب إعمال شرط أولوية العطاء فى الحالة المعروضة تأكيداً لما استقر عليه إفتاؤها فى هذا الشأن.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

تحريراً فى ٢١/ ١٢ / ٢٠٠٧

رئيس الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

سهير//

المستشار / نبيل ميرهم

النائب الأول لرئيس مجلس الدولة