بسم الله الرحمن الرحيم

رقم التبليغ :	٨٦٨
بتاريـــخ :	٦ / ١١ / ٢٠٠٦

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ملف رقم : ٥٤ / ١ / ٢٣٨

السيد الدكتور / محافظ الدقهلية

تحية طيبة وبعد ،،،

فبالإشارة إلى كتاب سكرتير عام المحافظة رقم ٣٨١١ بتاريخ ٢٠٠٦/٥/١٦ ، الموجه إلى إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والتنمية المحلية والاستثمار، فى شأن مدى جواز إعمال شرط أولوية العطاء على عملية إنشاء مستشفى قروى دميرة مركز طلخا، مقاولة / محمد محمد مصطفى موسى.

وحاصل الوقائع - حسبما يبين من الأوراق - أنه بناء على المناقصة العامة جلسة ٢٠٠٠/٥/٦، تعاقدت الوحدة المحلية لمركز ومدينة طلخا مع المقاول / محمد محمد مصطفى موسى - على تنفيذ عملية إنشاء مستشفى قروى دميرة، بقيمة إجمالية مقدارها ٦,٩٧١,٢٩٤ جنيهاً. وتحدد لتنفيذ العملية مدة أربع سنوات، تبدأ من ٢٠٠٠/١٠/١١ وتنتهى فى ٢٠٠٤/١٠/١٠، على أن يسير العمل طبقاً للاعتمادات المتاحة كل عام. ونظراً لتأخر الجهة الإدارية فى توفير الاعتمادات المالية اللازمة، الأمر الذى ترتب عليه عدم إنجاز سوى ٢٥,٥% من قيمة التعاقد، فقد تقدم المقاول فى ٢٠٠٤/٦/٢٦ بطلب إلى الجهة المذكورة يلتمس فيه إما إمداده بباقى الاعتمادات المالية الخاصة بالعملية حتى يتسنى إتمام تنفيذها فى الموعد المتفق عليه فى العقد، أو إنهاء التعاقد مع حفظ كافة حقوقه المترتبة على ذلك ، وخاصة عدم تحميله بأية مبالغ تحت بند أولوية العطاء. وباستطلاع رأى إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والتنمية المحلية والاستثمار بخصوص هذا الطلب ، خلصت بفتواها رقم ١٠٦٥ فى ٢٠٠٥/٨/٨ إلى جواز إنهاء التعاقد مع المقاول ، وإعادة

طـــرح مـــا تبقى من العملية طبقاً للقانون، وتم اعتماد هذا الرأى من السيد محافظ الدقهلية. إلا أن مركـــز ومدينة طلخا أرسل يستفسر عن مدى إمكانية تطبيق شرط أولوية العطاء على تلـــك العملية، وذلك فى ضوء أن الأعمال المنفذة تم استلامها وتم عمل ختامى لها، فأفادت إدارة الفـــتوى بـــأن إعمال هذا الشرط رهين باختلاف كميات الأعمال المنفذة فعلاً من قبل المقاول عن تلك الوارد بالمقايسة الخاصة بالعملية.

وبـــتاريخ ٢٠٠٦/٥/٧ تقدم المقاول بطلب ذكر فيه أن إنهاء التعاقد كان بسبب عدم توافـــر الإعتمادات المالية، وهو ما ترتب عليه اختلاف كميات الأعمال المنفذة فعلاً عن تلك الواردة بالمقايسة، ولم يكن ذلك بسبب منه ، أو بسبب استعمال جهة الإدارة لسلطتها المقررة فى المـــادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات أوخطأ فى إعداد المقايســـة أو لإجراء تعديلات فى العمل خلال فترة سريان العقد ، لذلك طلب سكرتير عام المحافظة الرأى من إدارة الفتوى المختصة مرة أخرى.

وقـــد تم عـــرض الموضوع على اللجنة الأولى لقسم الفتوى بمجلس الدولة، فأحالته إلى الجمعية العمومية لما آنسته فيه من أهمية.

ونفـــيد أن الموضـــوع عرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة فى ١٨ من أكتوبر سنة ٢٠٠٦م ، الموافق ٢٥ من رمضان سنة ١٤٢٧هـــ، فاستبان لهـــا أن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ينص فى المـــادة (١) علـــى أن " **يكـــون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمـــال أو الـــنقل، أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنـــية، عـــن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ٠٠٠٠٠٠ ومع ذلك يجـــوز اســـتثناء، وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق الآتية : ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠ وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية** "، وينص فى المـــادة (١٦) علـــى أن "**يجـــب اســـتبعاد العطـــاءات غير المطابقة للشروط أو المواصـــفات و إرســـاء المناقصـــة علـــى صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية**

مجلس الدولة الجمعية العمومية قسمى الفتوى والتشريع

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** " ، كما استبان لها أن القانون المدنى ينص فى المادة (٨٩) على أن " **يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد** " وينص فى المادة (٩٠) على أن " **١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود. ٢- .....** " وينص فى المادة (١٤٧) على أن " **١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون ٢- .....** " وينص فى المادة (١٤٨) على أن " **١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢- .....** ".

واستظهرت الجمعية العمومية من ذلك ، أن المشرع بموجب القانون سالف الذكر أعاد تنظيم أحكام المناقصات والمزايدات، فوضع نظاماً متكاملاً حدد فيه طرق التعاقد المختلفة وضوابطها. وبلوغاً لغاية هذا التنظيم، مد المشرع مظلة الأحكام التى تضمنها هذا النظام إلى تلك المراحل السابقة على التعاقد، فاستلزم استيفاء بعض الإجراءات التمهيدية ذات الصلة بالأعمال أو الأصناف المطلوبة، وأوجب أن يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الإنتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة ، وأن يكون التعاقد بالنسبة للمشروعات الاستثمارية المدرجة بالخطة فى حدود التكاليف الكلية المعتمدة، على أن يتم الصرف فى حدود الاعتمادات المالية المقررة. واستهدف 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 التعامل . واستهدف فى ذات الوقت ، حفاظا على المال العام ، أن يكون تعاقد الجهة الإدارية المخاطبة بأحكام القانون المذكور ، مع صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا .

وحرصا من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه ، على أن تصحب هذه الأفضلية العقد فى مسيرته حتى تمام تنفيذه ، فقد أوجبت فى المادتين (٧٨) و (٨٢) منها إعمال شرط أولوية العطاء ، لرد قصد المتعاقد مع الجهة الإدارية تحقيق منفعة خاصة على حساب المصلحة العامة ، ومواجهة شبهة مجاملته أو التواطؤ معه . وطبقا لهاتين المادتين ، يكون إعمال هذا الشرط بمناسبة إجراء الحساب الختامى للعملية المتعاقد عليها بعد تمام تنفيذها ، إذا تبين اختلاف الكميات المنفذة عن تلك الواردة بالمقايسة ، سواء استعملت الجهة الإدارية المتعاقدة سلطتها فى زيادة أو إنقاص كميات أو حجم عقودها أو لم تستعملها ، كما يكون إعمال هذا الشرط أمراً لازماً قبل ذلك ، إذا ثبت أن إنهاء العملية المتعاقد عليها قبل تمام تنفيذها ، كان مرده إلى إهمال أو تقصير المتعاقد ، إذ لا يسوغ أن يكون الإنهاء فى مثل هذه الحالة ، سبيلاً لأن يظفر المتعاقد بما حصل عليه إخلالا بهذا الشرط .

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 متخذه. 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.

وعلى هدى ما تقدم ، ولما كان الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية قامت ـ وبالمخالفة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ـ بطرح الأعمال موضوع العملية محل طلب الرأى، بالرغم من عدم توافر الاعتماد المالى اللازم، الأمر

الـــذى تـــرتب علـــيه عدم إنجاز سوى حوالى الربع من قيمة العملية فى نهاية مدة السنوات الأربـــــع المحددة لتنفيذها، فمن ثم يضحى التباين ، والحالة هذه ، فى كميات الأعمال المنفذة عن تلك الواردة بالمقايسة راجعاً إلى عدم تمكين المقاول من تنفيذ العملية بكاملها لسبب مرده إلى الجهـــة الإداريـــة ، و لايد للمقاول فيه بغية الالتفاف على شرط الأولوية ، فى ضوء من الأسباب التى يرتكز عليها . وكان الثابت أن أيا من موجبات إعمال شرط الأولوية المنصوص عليها فى المادتين (٧٨) و (٨٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات غير مـــتحقق فى الحالة المعروضة ، وبناء عليه فإن مناط إعماله يضحى غير متوافر قانونا فى هذه الحالة. وفضلا عن ذلك فإن المقاول المعروضة حالته ، وقد تقدم فى ٢٠٠٤/٦/٢٦ ، وقبل انتهاء الأجل المقرر لتنفيذ العملية بنحو أربعة أشهر ونصف ، بطلب إلى الجهة الإدارية يلتمس فيه إما إمداده بباقى الاعتمادات المالية الخاصة بالعملية ، أو إنهاء التعاقد مع حفظ كافة حقوقه المترتبة على إنهاء العقد ، وعلى الأخص عدم تحميله بأية مبالغ تحت بند أولوية العطاء ، و تمت المـــوافـــقة مـــن الســـيد محافظ الدقهلية على إنهاء العقد ، بعد استطلاع رأى إدارة الفتوى المختصـــة ، قـــإن إرادة الطـــرفين تكـــون قد تلاقت على إنهاء العقد كطلب المقاول فى هذا الخصـــوص، الأمر الموجب لإعمال مقتضى الشرط الذى اشترطه المقاول فى طلبه ، بما مؤداه عدم جواز تحميله بأية مبالغ تحت حساب شرط أولوية العطاء عن العملية المشار إليها.

لـــــــذلـــــــك

انتهى رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى عدم إعمال شرط أولوية العطاء فى الحالة المعروضة، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،،،

رئيس الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

المستشار / نبيل ميرهم

النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

تحرير فى ٢٠٠٦/١/٢٦