مناقصات ومزايدات ــ أولوية العطاءات ــ اعمال شرط أولوية العطاءات ــ بعد انتهاء المقاول من تنفيذ الاعمال التى كلف بها ــ يتم حساب قيمة الاعمال المنفذه فعلا وفقا للعقد •

استعرضت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى ٥ يونية سنة ٢٠٠٢ القانون رقم ٩ لسنة ٨٣ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية •

فتبين لها أن الموضوع المعروض مرتبط بمدى اعمال شرط الحفاظ على أولوية المقاول فى ترتيب العطاءات عند اجراء الحساب الختامى للاعمال التى نفذها وفقا لحكم الماده (٨٠) من اللائحه التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزايدات وان هذه المسألة ثار فى شأنها خلاف فى الرأى وصدرت فى خصوصها أحكام قضائية وفتاوى متباينة الاراء فقد سبق للجمعية العمومية أن أفتت بجلستها بتاريخ ١٩٨٧/١٢/١٩ بما مفاده أن العقداذا نظم المحاسبة على الاعمال المنفذه فنص على اعمال شرط أولوية العطاءات بالنسبة للزيادة فى الاعمال التى تسند للمقاول بقرار من جهة الادارة دون النص على اعماله فى غيرها من أعمال ، فلا يجوز اعماله الا فى حالة استعمال جهة الادارة لحقها فى زيادة الاعمال وفقا للعقد

ومن حيث أنه لما كان ما تقدم ، وكانت العبرة فى حالة سريان أحكام قانون المحاسبة الحكومية على المؤسسة العلاجية بالقاهرة ، هو بما اذا كان ليلحقها وصف أى من الجهات الخاضعه له ، وكان الحاصل بموجب أحكام القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٩٢ المعدل للماده (٢٣) من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ بشأن المحاسبة الحكومية ، ان غدت كافة الهيئات العامه الاقتصادية مخاطبة بأحكام قانون المحاسبة الحكومية ، واذ أصدر رئيس مجلس الوزراء قراره الرقيم ١٣ لسنة ١٩٨١ باعتبار المؤسسة العلاجية بالقاهرة من الهيئات العامه الاقتصادية ، فما من سبيل للفكاك من وجوب لزوم المؤسسة العلاجية بالقاهرة لكل أحكام قانون المحاسبة الحكومية ، ومنها وجوب عرض لوائحها المالية الخاصه بتنفيذ موازناتها على وزارة المالية للموافقة عليها •

(فتوى رقم ٥٢٠ فى ٢٠٠٢/٦/٩ ملف رقم ٣١٧٨/٢/٣٢)

ولا يجوز استدعاء حكم المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية ـ المشار اليها ـ الا فيما سكت عنه النص بالتنظيم وذلك يعنى جواز الاتفاق على ما يخالف حكم هذه المادة .

بيد أنه صدر عن الجمعية العمومية افتاء بجلستها بتاريخ ١٩٩٢/٥/٢٧ بوجوب اعمال شرط أولوية العطاء ات بعد انتهاء المقاول من تنفيذ الاعمال التى كلف بها دون قصره على حالة دون غيرها تأسيسا على أن الاولوية التى ارست المناقصة على اساسها يجب ان تظل مصاحبة للعقد فى مسيرته حتى تمام التنفيذ. ورددت ذات المبدأ فى افتائها بجلسات ١٩٩٢/٨/٩ و ١٩٩٢/١١/١ و ١٩٩٢/٤/٥ وانتهجت ذات النهج وأكدته المحكمه الادارية العليا فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٤٥ ق.ع بجلسة ١٩٩٥/١٠/٢٩ وفى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٤٢ ق.ع بجلسة ٢٠٠١/١٠/٣١ . بينما كانت ذات المحكمة قد حكمت فى الطعن رقم ٢١٨٠ لسنة ٣٤ ق.ع بجلسة ١٩٩٣/٧/٢٧ . كما افتت الجمعية العمومية بجلستها ١٩٩٦/١/٣ و ٢٠٠٠/٢/٢ الى عدم اعمال ذلك الشرط اذا لم يجاوز التعديل فى حجم العقد ٢٥٪ من قيمته .

ومن حيث ان الجمعية العمومية فى نظرها الموضوع الماثل ومن أجل الوصول الى افتاء حاسم بشأنه ترى وجوب تحديد الطبيعة القانونية لشرط الحفاظ على أولوية المقاول فى ترتيب عطائه وصولا الى مدى جواز الاتفاق على مخالفته ، ثم تحديد نطاق تطبيقه ثم كيفية اعمال هذا الشرط .

فأما عن الطبيعة القانونية للشرط المذكور ، فقد استبان للجمعية العمومية ان المادة (١٨) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات تنص على أن " يجب ارساء المناقصه على صاحب العطاء الافضل شروطا والاقل سعرا ....." ونصت المادة (٧٦ مكررا) من اللائحه التنفيذية لهذا القانون على أنه " يحق للجهات الادارية التى يسرى عليها أحكام هذه اللائحه تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود ١٥٪ فى عقود التوريد و ٣٠ ٪ فى عقود توريد الاغذية و ٢٥٪ فى عقود الاعمال بذات الشروط والاسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك. ويجوز بقرار من السلطه المختصه وبموافقة المتعاقد تجاوز الحدود الواردة بالفقرة السابقة فى حالات الضرورة الطارئة بشرط الا يؤثر ذلك على اولوية المقاول فى ترتيب عطائه ووجود الاعتماد المالى اللازم " وان المادة (٨٠) تنص على أن " المقادير والاوزان الواردة بجدول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة او العجز تبعا لطبيعة العملية ، والغرض منها بيان مقدار العمل بصفة عامه ، والاثمان التى تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التى تنفذ فعلا سواء أكانت تلك الكميات اقل ام أكثر من الوارد بالمقايسة أو الرسومات وسواء نشأت الزيادة او العجز عن خطأ فى حساب المقايسة الابتدائية او عن تغييرات ادخلت فى العمل طبقا لاحكام العقد وبمراعاة الا يؤثر ذلك على أولوية المقاول فى ترتيب عطائه ....."

ولاحظت الجمعية العمومية أن المشرع فى قانون المناقصات والمزايدات حدد السبل التى يتعين على جهة الادارة سلوكها قبل التعاقد على ما يلزمها من اعمال او توريدات وهى المناقصات والممارسات بأنواعها والاتفاق المباشر ، وفصل حالات واجراء ات كل سبيل على نحو يكفل حرية المناقشة ومبدأ المساواة بين الاشخاص والشركات .

وقد افصح المشرع عن الغاية التى ترمى اليها من كل ما تضمنه القانون من اجراء ات واحكـــــام وهى التعاقد على أفضل الشروط واقل الاسعار ومن ثم فان هذه الاحكام وتلك الاجراء ات ما هى الا وسائـــــل لتحقيق هذه الغاية حفظا للمال العام الذى تبذله الدوله من موازنتها مقابل تعاقداتها ، ولما كان الفقه مستقـرا على أن القواعد القانونية المتعلقة بالصرف من الموازنة العامه هى من النظام العام ومن ثم فهى قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، لذا فان قاعدة التعاقد مع أقل العطاء ات سعرا المقررة بالمادة (١٨) من القانـــون سالف الذكر هى من القواعد القانونية الامرة التى لا يجوز مخالفتها ويبطل كل اتفاق يخالفها • ولما كانت هـــذه القاعدة قد وردت بالقانون مجملة لذا كان لا بد من تفصيلها وبيان كيفية تطبيقها على جميع العقود وعلى عقـــود المقاولات بصفة خاصه ، فتكفلت بذلك اللائحة التنفيذية للقانون فى المادة (٨٠) منها فاوجبت ان يتم المحاسبة النهائية على أساس الكميات المنفذه بالفعل اذا اختلفت زيادة او نقصانا عن تلك الواردة بالمقايسة وأيا كـــــان سبب الاختلاف مشترطة الا يؤثر هذا التغيير على بقاء عطاء المقاول بعد التنفيذ أقل العطاء ات سعرا•

وقد عنى بهذا الشرط ان يقدم المتناقص فى عطائة صورة صادقة لاسعارة وان ترتب جهـــــــة الادارة العطاء ات على هدى من ذلك دون مغالاة من صاحب العطاء فى أسعار الاعمال التى ينتظر زيـــــادة حجمها او كمياتها عند التنفيذ وانقاص فى اسعار الاعمال الاخرى نقصانا ينأى بها عن حقيقتهاوصولا الى التعاقد مـع جهة الادارة باعتبار ان العطاء فى جملته اقل العطاء ات المقدمه سعرا ثم يستبين عند التنفيذ انها محضـــــن أولوية خادعه لا تصادف الحقيقة استنفذت اعتراضها بالترسية وهو ما فطنت اليه اللائحة وعنيت بان ترد على مثـــل هذا المتناقص قصده بالنص على ان تظل الاولوية التى رتبت العطاء ات وأرست المناقصه على أساسها صاحيـــــة للعقد فى سيرته حتى تمام تنفيذه وان يراعى هذا الشرط لدى حساب ختامه العملية • بحيث يبقى العطاء الذى ارسيت عليه المناقصه دائما هو اقل العطاء ات سعرا وفى ذلك اعلاء للمساواة بين المتناقصين وتحقيق مصلحـــة الدولة فى تنفيذ تعاقداتها بأقل الاسعار •

ولما كانت القاعدة سالفة الذكر تستمد شرعيتها من الماده (١٨) من القانون باعتبارها مفصله لاجمالها ومرتبة لاثارها فهى من ثم من ذات طبيعتها الامرة التى لا يجوز مخالفتها ويبطل ما يقع من اتفاقات على خـــلاف احكامها •

ولا تعارض بين هذه الاحكام وما تضمنته المادة (٧٦ مكررا) من ذات اللائحة لان المادة (٨٠) تضمنت الاحكام الخاصه بشروط المحاسبة على اعمال المقاولات ، بينما المادة الاخرى وردت كسند للادارة فى تعديل حجم عقودها بصفة عامة فنصت على جواز ذلك بنسب حددتها بذات شروط واسعار العقد الاصلى ، والذى تحكمـة المادة (٨٠) بجميع احكامها ومنها شرط اولوية العطاء ات ، اما ما يجاوز هذه النسب فلأنه لا يتم الا بموافقـة الطرفين فانه يعد بمثابة تعاقد جديد لذا كان التأكد على وجوب مراعاة هذا الشرط منعا لاى تحايل او تأويـــل يخالف الغاية الاساسية من القانون •

وأما عن نطاق تطبيق الشرط فانه لا يتصور الا حيث تختلف الكميات المنفذة فعلا عن تلـــــك الواردة بالمقايسة فهو يلازم الحساب الختامى على الاعمال المنفذه بالفعل سواء زادت عن تلك الواردة بالمقايســـة

أو نقصت وسواء كانت الزيادة او النقصان نتيجة خطأ فى حساب المقايسه أو نتيجة تعديلات اقتضتها طبيعة العمل او ادخلتها جهة الادارة على العقد اعمالا لسلطتها المقررة بالماده (٧٦ مكررا) من اللائحه التنفيذية المشار اليها وايا كان حجم هذا التعديل سواء قل عن نسبة ٢٥٪ او زاد على هذه النسبه .

واما عن كيفية تطبيق ذلك الشرط فانه يتم بمقارنة اجمالى أسعار المقاول المنفذ باجمالى أسعار غيره من العطاء ات المقبوله التى كان تعلوه سعرا عند الترسية وذلك بافتراض ان كلا من تلك العطاء ات نفذ ذات الاعمال الواردة بالحساب الختامى . فاذا كان اجمالى سعر التعاقد ازيد من اى منها وجب خصم المبلغ الزائد ليصبح اقل جميعا ولا يجوز عند المقارنه استبعاد اى من الاعمال المنفذه ـ طالما كان لها مثيل فى المقايسه ـ ولا اضافة اى من الاعمال الملغاه وذلك تحقيقا لغاية المشرع من القانون وهى التحقق من أن التنفيذ تم باقل سعر قدم فى المناقصه .

ومن حيث ان احكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذيه هى الحاكمه للعملية موضوع طلب الرأى وفقا للبند الاخير من الشروط العامه التى طرحت العملية على أساسها وكانت الجهة الادارية قد أعملت سلطتها المخوله لها بموجب الماده (٧٦ مكررا) من اللائحه التنفيذيه للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والبند رقم (١٦) من العقد المبرم مع المقاول فقامت بالغاء بعض بنود الاعمال المتعاقد عليها مع المقاول المذكور بلغت نسبتها ٠ر٥٠٪ من قيمة العقد ، وزيادة فى بعض بنود الاعمال بما يعادل نسبته ٤ر٦٪ من قيمة العقد بالاضافة الى تكليفه باعمال مستجده غير وارده بالمقايسة الاصلية .

لذا فان اعمال شرط اولوية العطاء ات يتم بحساب قيمة الاعمال المنفذه فعلا وفقا للعقد وحساب اسعار جميع العطاء ات المقبولة التى كانت تالية لعطائة عند الترسية ، وخصم ما عسى ان تسفر عنه المقاولة من زيادة فى قيمة عطائة عن غيره من العطاء ات دون استبعاد اى من الاعمال المنفذه عدا تلك الخارجه عن المقايسة او اضافة اية اعمال لم تنفذ .

(فتوى رقم ٧٢٦ بتاريخ ٦/٨/٢٠٠٢ ملف رقم ١٩٩/٢/٧)

(فتوى رقم ٧٦٥ بتاريخ ٢٢/٨/٢٠٠٢ ملف رقم ٣٨٥ /١/٥٤)

(فتوى رقم ٧٦٤ بتاريخ ٢٢/٨/٢٠٠٢ ملف رقم ٢٤٤/٢/٧٨)