٨- نزاع - مدى جواز اعمال شرط أولوية العطاء على العقد المبرم مع شركة المقاولون العرب لانشاء المجاورة الثانية بالمجمع السكنى الجديد بحلوان - مدى مشروعية ما تم خصمه من المستخلصات نتيجة اعمال هذا الشرط .

استعرضت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة فى ٢٠٠٣/٦/٤ أحكام المادة (١٨) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات وكذا الاحكام الواردة بالمادة (٧٦ مكرر) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون وأحكام المادة (٨٠) من ذات اللائحة التنفيذية .

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم ومن سابق افتائها بجلسة ٢٠٠٢/٦/٥ أن اعمال شرط أولوية العطاءات يتم من خلال تحديد الطبيعة القانونية للشرط ونطاق تطبيقه وكيفية اعماله .

فأما عن الطبيعة القانونية للشرط فان 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 واجراءات كل سبيل على نحو يكفل حرية المنافسة ومبدأ المساواة بين الاشخاص والشركات .

وقد أفصح المشرع عن الغاية التى يرمى اليها من كل ما تضمنه القانون من اجراءات واحكام وهى التعاقد على أفضل الشروط واقل الاسعار ومن ثم فان هذه الاحكام وتلك الاجراءات ما هى الا وسائل لتحقيق هذه الغاية حفظا للمال العام الذى تبذله الدولة من موازنتها مقابل تعاقداتها ، ولما كان الفقه مستقرا على ان 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 العطاءات سعرا المقررة بالمادة (١٨) من القانون سالف الذكر هى من القواعد القانونية الامرة التى لا يجوز مخالفتها ويبطل كل اتفاق يخالفها . ولما كانت هذه القاعدة قد وردت بالقانون مجملة لذا كان لا بد من تفصيلها وبيان كيفية تطبيقها على جميع العقود وعلى عقود المقاولات بصفة خاصة ، فتكفلت بذلك اللائحة التنفيذية للقانون فى المادة (٨٠) منها فاوجبت ان تتم المحاسبة النهائية على اساس الكميات المنفذه بالفعل اذا اختلفت زيادة او نقصانا عن تلك الواردة بالمقايسة وأيا كان سبب الاختلاف مشترطة الا يؤثر هذا التغيير على بقاء عطاء المقاول بعد التنفيذ أقل العطاءات سعرا .

وقد عنى بهذا الشرط أن يقدم المتناقص فى عطائه صورة صادقة لاسعاره وان ترتب جهة الادارة العطاءات على هدى من ذلك دون مغالاة من صاحب العطاء فى أسعار الاعمال التى ينتظر زيادة حجمها أو كمياتها عند التنفيذ وانقاص فى أسعار الاعمال الاخرى نقصانا ينأى بها عن حقيقتها وصولا الى التعاقد مع جهة الادارة باعتبار ان العطاء فى جملته اقل العطاءات المقدمه سعرا ثم يستبين عند التنفيذ انها محض أولوية خادعة لا تصادف الحقيقة استنفذت اغراضها بالترسية وهو ما فطنت اليه

اللائحة وعنيت بان ترد على مثل هذا المتناقص قصده بالنص على ان تظل الاولوية التى رتبت العطاءات وأرسيت المناقصة على أساسها مصاحبة للعقد فى مسيرته حتى تمام تنفيذه وان يراعى هذا الشرط لدى حساب ختامى العملية . بحيث يبقى العطاء الذى أرسيت عليه المناقصة دائما هو اقل العطاءات سعرا وفى ذلك اعلاء للمساواة بين المتناقصين وتحقيق مصلحة الدولة فى تنفيذ تعاقداتها بأقل الاسعار .

ولما كانت القاعدة سالفة الذكر تستمد شرعيتها من المادة (١٨) من القانون باعتبارها مفصلة لاجمالها ومرتبة لاثارها فهى من ثم من ذات طبيعتها الامرة التى لا يجوز مخالفتها ويبطل ما يقع من اتفاقات على خلاف أحكامها .

ولا تعارض بين هذه الاحكام وما تضمنته المادة (٧٦ مكررا) من ذات اللائحة لان المادة (٨٠) تضمنت الاحكام الخاصة بشروط المحاسبة على أعمال المقاولات ، بينما المادة الاخرى وردت كسند للادارة فى تعديل حجم عقودها بصفه عامة فنصت على جواز ذلك بنسب حددتها بذات شروط واسعار العقد الاصلى ، والذى تحكمه المادة (٨٠) بجميع أحكامها ومنها شرط أولوية العطاءات ، اما ما يجاوز هذه النسب فلانه لا يتم الا بموافقة الطرفين فانه يعد بمثابة تعاقد جديد لذا كان التأكيد على وجوب مراعاة هذا الشرط منعا لاى تحايل او تأويل يخالف الغاية الاساسية من القانون .

وأما عن نطاق تطبيق الشرط فانه لا يتصور الا حيث تختلف الكميات المنفذة فعلا عن تلك الواردة بالمقايسة فهو يلازم الحساب الختامى على الاعمال المنفذة بالفعل سواء زادت على تلك الواردة بالمقايسة او نقصت وسواء كانت الزيادة أو النقصان نتيجة خطأ فى حساب المقايسة أو نتيجة تعديلات اقتضتها طبيعة العمل او ادخلتها جهة الادارة على العقد اعمالا لسلطتها المقررة بالمادة (٧٦ مكررا) من اللائحة التنفيذية المشار اليها وايا كان حجم هذا التعديل سواء قل عن نسبة ٢٥٪ او زاد على هذه النسبة .

واما عن كيفية تطبيق ذلك الشرط فانه يتم بمقارنة اجمالى أسعار المقاول المنفذ باجمالى أسعار غيره من العطاءات المقبولة التى كانت تعلوه سعرا عند الترسية وذلك بافتراض ان كلا من تلك العطاءات نفذ ذات الاعمال الواردة بالحساب الختامى . فاذا كان اجمالى سعر المتعاقد أزيد من اى منها وجب خصم المبلغ الزائد ليصبح اقل منها جميعا ولا يجوز عند المقارنه استبعاد اى من الاعمال المنفذة - طالما كان لها مثيل فى المقايسة - ولا اضافة اى من الاعمال الملغاة وذلك تحقيقا لغاية المشرع من القانون وهى التحقق من ان التنفيذ تم باقل سعر قدم فى المناقصة .

ومن حيث انه فى ضوء ما تقدم ولما كان الثابت ان لجنة البت قد استبعدت العطاء المقدم من الجمعية التعاونية للانشاء والتعمير بمحافظة القليوبية فى المجموعة الثالثة كما استبعدت العطاء المقدم من شركة الصفا والمروة المقدم فى المجموعة الرابعة لمجاوزة كل منهما النصاب المالى المقرر بقانون الاتحاد المصرى لمقاولى التشييد والبناء ، ولم يبقى فى كل من المجموعتين سوى عطاء شركة المقاولون العرب الاعلى سعرا وكان تطبيق شرط أولوية العطاء لا يتأتى الا حيث يوجد عطاء او عطاءات أخرى كانت مستوفية للشروط لكنها أعلى سعرا فلم يتم الترسية عليها اما العطاءات المستبعدة - أيا ما كان سبب الاستبعاد وايا ما كان الرأى فى مدى سلامة قرار الاستبعاد - فلا تدخل فى المقارنه وذلك لانتفاء مظنه التحايل التى تقرر الشرط من أجلها - لذا فلا يجوز فى هذة الحالة اعمال أولوية العطاءات لانتفاء مناطه ومحله ومن ثم فان ما قام به الجهاز التنفيذى للمشروعات المشتركة التابع لوزارة الاسكان من استقطاع مبالغ من مستحقات الشركة بلغت حتى ٢٠٠١/٦/٣٠ مبلغ مقداره ٦٤٧٤٦٩٢ جنيها بحجة اعمال أولوية العطاء يكون مخالفا للقانون ويتعين رد هذه المبالغ للشركة .

(فتوى رقم ٥٢٥ بتاريخ ٢٠٠٣/٧/١٦ ملف رقم ٤٠٥/١/٥٤)