بسم الله الرحمن الرحيم

رقم التبليغ :	٢٨٩
بتاريـــخ :	٢٠٠٦/٣/١٨

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ملف رقم : ٤٧ / ٢ / ٤٥٧

فضيلة الإمام الأكبر/ شيخ الجامع الأزهر

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

فقد اطلعنا على كتاب فضيلتكم رقم [١٩١] المؤرخ ٢٠٠٥/٨/٧ بطلب الرأى فى مـــدى أحقية شركة زوبعة للمقاولات فى المطالبة بعدم إعمال شرط أولوية العطاء على ختامى عملية توسعات كلية الهندسة جامعة الأزهر لكون الأعمال الزائدة لا تجاوز نسبة ٢٥% من إجمالى حجم العقد.

وحاصـــل الوقـــائع ـ حسبما يبين من الأوراق ـ أنه بتاريخ ١٩٩٥/٢/١٤ تعاقدت جامعـــة الأزهر مع شركة زوبعة للمقاولات على تنفيذ عملية توسعات كلية الهندسة ـ مبنى النظم والحاسبات ومبنى قسم الكهرباء بمبلغ ٨١٨٤٤١٨,٤٠ جنيهاً، وعند استلام العملية فى ٢٠٠١/١٠/١٨ وعمل ختامى الأعمال تبين أن حجم الأعمال المنفذة على الطبيعة تزيد عـــلى قـــيمة الأعمـــال المتعاقد عليها بنسبة تقل عن ٢٥%، وبعرض هذا الأمر على مركز الأعمـــال والإستشارات الهندسية بجامعة الأزهر قام بتطبيق شرط أولوية العطاء على ختامى هذه العملية، وبتاريخ ٢٠٠٣/٨/٦ تضررت الشركة المذكورة من خصم فروق أولوية العطاء مـــن خـــتامى العملية فتم إستطلاع رأى إدارة الفتوى لوزارات الصحة والأوقاف والشئون الاجتماعـــية وشئون الأزهر فى مدى جواز خصم هذه الفروق فانتهت إلى عدم جواز إعمال شـــرط أولويـــة العطـــاء على ختامى العملية المذكورة، وبعرض الأمر مرة أخرى على مركز الأعمال والاستشارات الهندسية بجامعة الأزهر تمسك بتطبيق شرط أولوية العطاء على ختامى

الأعمـــال فى الحالة المعروضة إعمالاً لإفتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع المستقر فى هذا الشأن، وإزاء ذلك تطلبون الرأى.

ونفيد أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى ١٥من فبراير سنة ٢٠٠٦م الموافق ١٦ من المحرم سنة ١٤٢٧هـ فتبين لها أن الموضوع المعروض مرتـبط بمـدى إعمال شرط الحفاظ على أولوية المقاول فى ترتيب العطاءات عند إجراء الحساب الخـتامى للأعمال التى نفذها وفقاً لحكم المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ شـأن المناقصـات والمـزايدات وان هذه المسألة سبق أن ثار فى شأنها خلاف فى الرأى وصدرت فى خصوصها أحكام قضائية وفتاوى متباينة الآراء، استعرضتها الجمعية العمومية بجلستها المنعقـدة بتـاريخ ٥ / ٦ / ٢٠٠٣ وتنـاولت الموضـوع من جميع جـوانبـه ثم خلصت الى وجـــوب إعمـال الشـرط المذكور فى جميع الحالات التى تختلف فيها الكميات المنفذة عن تلك الواردة بالمقايسة، أيا كان سبب الاختلاف وأيا كان نسبته وذلك بعـد أن حددت الطبيعة القانونية للشـرط ونطاق تطبيقه وكيفيـة إعماله فحسمت بذلك كل جدل حول هذه المسألة وتواتر على ذلك إفتاؤها.

فأما عن الطبيعة القانونية للشرط المذكور، فأن المادة (١٨) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظـيم المناقصات والمزايدات تنص على أن " **يجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً .....** " ونصت المادة (٧٦ مكرراً) من اللائحة التنفـيذية لهـذا القانون على أنه " **يحق للجهات الإدارية التى تسرى عليها أحكام هذه اللائحة تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة او النقص فى حدود ١٥% فى عقود التوريد و٣٠% فى عقود توريد الأغذية و٢٥% فى عقود الأعمال بذات الشروط والأسـعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عـن ذلـك. ويجوز بقرار من السلطة المختصة وبموافقة المتعاقد تجاوز الحدود الـواردة بالفقـرة السابقة فى حالات الضرورة الطارئة بشرط ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه ووجود الاعتماد المالى اللازم**" وان المـادة (٨٠)

منها تنص على أن " المقادير والأوزان الواردة بجدول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة او العجز تبعاً لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والأثمان التى تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التى تنفذ فعلاً سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الوارد بالمقايسة أو الرسومات وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ فى حساب المقايسة الإبتدائية او عن تغييرات أدخلت فى العمل طبقاً لأحكام العقد وبمراعاة ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول فى ترتيب عطائه....."

ولاحظت الجمعية العمومية ان المشرع فى قانون المناقصات والمزايدات حدد السبل التى يتعين على جهة الإدارة سلوكها قبل التعاقد على ما يلزمها من اعمال او توريدات وهى المناقصات والممارسات بأنواعها والاتفاق المباشر، وفصّل حالات وإجراءات كل سبيل على نحو يكفل حرية المنافسة ومبدأ المساواة بين الأشخاص والشركات.

وقد أفصح المشرع عن الغاية التى يرمى إليها من كل ما تضمنه القانون من إجراءات وأحكام وهى التعاقد على أفضل الشروط واقل الأسعار ومن ثم فان هذه الأحكام وتلك الاجراءات ما هى إلا وسائل لتحقيق هذه الغاية حفظاً للمال العام الذى تبذله الدولة من موازنتها مقابل تعاقداتها. ولما كان الفقه مستقراً على ان القواعد القانونية المتعلقة بالصرف من الموازنة العامة هى من النظام العام ومن ثم فهى قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، لذا فإن قاعدة التعاقد مع أقل العطاءات سعراً المقررة بالمادة (١٨) من القانون سالف الذكر هى من القواعد القانونية الآمرة التى لا يجوز مخالفتها ويبطل كل إتفاق يخالفها. ولما كانت هذه القاعدة قد وردت فى القانون مجملة لذا كان لابد 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 أساس الكميات المنفذة بالفعل اذا اختلفت زيادة او نقصاناً عن تلك الواردة بالمقايسة وأياً كان سبب الاختلاف مشترطة ألا يؤثر هذا التغيير على بقاء عطاء المقاول بعد التنفيذ أقل العطاءات سعراً.

وقد عنى بهذا الشرط ان يقدم المتناقص فى عطائه صورة صادقة لاسعاره وان ترتب جهة الإدارة العطاءات على هدى من ذلك دون مغالاة من صاحب العطاء فى أسعار الأعمال التى ينتظر زيادة حجمها او كمياتها عند التنفيذ وإنقاص فى أسعار الاعمال الاخرى نقصاناً ينأى بها عن حقيقتها وصولاً إلى التعاقد مع جهة الإدارة باعتبار ان العطاء فى جملته اقل العطاءات المقدمة سعراً ثم يستبين عند التنفيذ انها محض أولوية خادعة لا تصادف الحقيقة بل استنفذت اغراضها بالترسية وهو ما فطنت إليه اللائحة وعنت بان ترد على مثل هذا المتناقص قصده بالنص على ان تظل الأولوية التى رتبت العطاءات وأرسيت المناقصة على أساسها مصاحبة للعقد فى مسيرته حتى تمام تنفيذه وان يراعى هذا الشرط لدى الحساب الختامى للعملية. بحيث يبقى العطاء الذى أرسيت عليه المناقصة دائماً هو اقل العطاءات سعراً لما فى ذلك من اعلاء للمساواة بين المتناقصين وتحقيق مصلحة الدولة فى تنفيذ تعاقداتها بأقل الأسعار.

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

ولا تعارض بين هذه الأحكام وما تضمنته المادة (٧٦ مكرراً) من ذات اللائحة لأن المادة (٨٠) تضمنت الأحكام الخاصة بشروط المحاسبة على اعمال المقاولات، بينما المادة الأخرى وردت كسند للإدارة فى تعديل حجم عقودها بصفة عامة فنصت على جواز ذلك بنسب حددتها بذات شروط واسعار العقد الأصلى، والذى تحكمه المادة (٨٠) بجميع أحكامها ومنها شرط أولوية العطاءات، اما ما يجاوز هذه النسب فلأنه لا يتم الا بموافقة الطرفين فإنه يعد بمثابة تعاقد جديد لذا كان التأكيد على وجوب مراعاة هذا الشرط منعاً لأى تحايل او تأويل يخالف الغاية الأساسية من القانون.

وأما عن نطاق تطبيق الشرط فإنه لا يتصور إلا حيث تختلف الكميات المنفذة فعلاً عن تلك الواردة بالمقايسة فهو يلازم الحساب الختامى على الأعمال المنفذة بالفعل سواء زادت على تلك الواردة بالمقايسة او نقصت عنها،وسواء كانت الزيادة او النقصان نتيجة خطأ فى حساب المقايسة او نتيجة تعديلات اقتضتها طبيعة العمل او ادخلتها جهة الإدارة على العقد إعمالاً لسلطتها المقررة بالمادة (٧٦ مكرراً) من اللائحة التنفيذية المشار إليها وايا كان حجم هذا التعديل سواء قل عن نسبة ٢٥ % او زاد على هذه النسبة.

واما عن كيفية تطبيق ذلك الشرط فإنه يتم بمقارنة إجمالى أسعار المقاول المنفذ بإجمالى أسعار غيره من العطاءات المقبولة التى كانت تعلوه سعراً عند الترسية وذلك بافتراض ان كلاً من تلك العطاءات نفذ ذات الأعمال الواردة بالحساب الختامى. فإذا كان إجمالى سعر المتعاقد أزيد من اى منها وجب خصم المبلغ الزائد ليصبح اقل منها جميعاً ولا يجوز عند المقارنة إستبعاد اى من الأعمال المنفذة _ طالما كان لها مثيل فى المقايسة _ ولا إضافة اى من الأعمال الملغاة وذلك تحقيقاً لغاية المشرع من القانون وهى التحقق من ان التنفيذ تم باقل سعر قدم فى المناقصة.

ومن حيث أن أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية هى الحاكمة للعقد المعروض، وإذ تبين من ختامى الأعمال أن الكميات المنفذة على الطبيعة زادت على الكميات الواردة بالمقايسة الأصلية فمن ثم وجب إعمال شرط أولوية العطاء على هذا العقد أياً ما كان سبب الزيادة أو نسبتها حتى وإن كانت أقل من ٢٥% من قيمة الأعمال المتعاقد عليها وخصم الفرق الناتج عن إعمال هذا الشرط من مستحقات الشركة المشار إليها، وإذ أعمل مركز الأعمال والاستشارات الهندسية بجامعة الأزهر هذا الحكم فإن قراره فى هذا الشأن يكون متفقاً وصحيح حكم القانون.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى سلامة قرار مركز الأعمال والإستشارات الهندسية بجامعة الأزهر بإعمال شرط الحفاظ على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه عند الحساب الختامى للعملية موضوع طلب الرأى رغم أن الأعمال الزائدة اقل من ٢٥٪ من حجم العقد تأكيداً لإفتاء الجمعية العمومية المستقر، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريراً فى / / ٢٠٠٦

رئيس الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

جمال سرور

المستشار / جمال السيد دحروج

النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

م//