الحفاظ على أولوية العطاء

كشرط لتكليف المقاول بأعمال إضافية فى عقد الأشغال العامة

الباحثة

أميمة فرج بكر على

باحثة دكتوراة

كلية الحقوق – جامعة أسيوط

الملخص:

يُعد شرط أولوية العطاء وما قد يترتب عليه من خصم مبالغ من المقاول المتعاقد من الموضوعات الهامة من الناحية العملية والعلمية، لما قد يترتب عليه من خطورة على مصلحة المقاول فقد لا يكون أعد له حساباته جيدًا عند وضع أسعار العملية ويفاجأ أثناء التنفيذ بتكليفه بأعمال إضافية ينجم عنها تطبيق شرط الأولوية وخصم مبالغ كبيرة منه، كما أن مبدأ الأولوية له خطورته على مصالح الخزانة العامة والمقاول في آن واحد، فالكثير من القائمين على تطبيق شرط الأولوية في بعض الجهات الإدارية ليس لديهم الإلمام الكافي بأحكامه القانونية، مما قد يترتب على ذلك عدم تطبيق هذه الأولوية على المقاول حال وجوب تطبيقها، فيتسبب ذلك في ضياع مبلغ على الخزانة العامة كان واجبًا خصمه من المقاول، وقد يحدث العكس بتطبيق هذه الأولوية حال عدم وجوب تطبيقها، فيترتب على ذلك خصم مبالغ من المقاول بدون وجه حق، ولا يتمكن من استردادها إلا بعد عناء طويل من إجراءات التقاضى، وما قد تستغرقه من وقت وجهد ومال، كل ذلك يجعل من المهم إلقاء الضوء على هذا المبدأ، وبيان الغاية منه، وكيفية تطبيقه، وآراء الفقهاء حوله، والأحكام القضائية الصادرة بشأنه، والحالات التي لا يعمل فيها، والصعوبات التى قد تعترضه.

المقدمة:

تفترض عقود الأشغال العامة – بصفة خاصة – مقدمًا حدوث تغييرات وتطورات تبعًا لما يستجد من ظروف آثناء تنفيذ العقد، وذلك لإرتباط هذه العقود بفكرة المرفق العام وقابليته للتغيير والتطوير على نحو مستمر، فتملك الإدارة في سبيل تنفيذ أعمالها في سير منتظم للمرافق العامة سلطات واسعة، ومن بينها قدرتها القانونية على تعديل حجم عقود الأشغال العامة التي تبرمها وإضافة أعمال زائدة على المقاول المتعاقد معها، متى رأت أن ضروريات المرفق تقتضي ذلك، فهذا الحق الذي تملكه الإدارة يعد أهم مظاهر سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فهو يعد إستثناءً من شروط العقد، والقواعد العامة المطبقة على العقود في نطاق القانون المدني، وهذه السلطة الممنوحة للإدارة تعد أهم وأخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فيحق للإدارة بمقتضى هذه السلطة إضافة أعمال زائدة على المقاول دون الوقوف على موافقته بالقيام بها، ولا يعد استعمال الإدارة لهذا الحق خطأ من جانبها، بل هو حق مقرر لها، حتى تتمكن من تحقيق أهداف المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة. وقد اشترط المشرع المصري على مر القوانين المتعاقبة المنظمة للتعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في حالة إسناد أعمال إضافية للمقاول المتعاقد معها، ألا تؤثر هذه الزيادة على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه، بحيث يظل المقاول صاحب العطاء الفائز محتفظًا بالأولوية التي حظى بها عند اختياره حتى تمام تنفيذ عقده حتى ولو تم تكليفه بأعمال إضافية.

أهمية البحث:

يُعد شرط أولوية العطاء وما قد يترتب عليه من خصم مبالغ من المقاول المتعاقد من الموضوعات الهامة من الناحية العملية والعلمية، لما قد يترتب عليه من خطورة على مصلحة المقاول فقد لا يكون أعد له حساباته جيدًا عند وضع أسعار العملية ويفاجأ أثناء التنفيذ بتكليفه بأعمال إضافية ينجم عنها تطبيق شرط الأولوية وخصم مبالغ كبيرة منه، كما أن مبدأ الأولوية له خطورته على مصالح الخزانة العامة والمقاول في آن واحد، فالكثير من القائمين على تطبيق

شرط الأولوية في بعض الجهات الإدارية ليس لديهم الإلمام الكافي بأحكامه القانونية، مما قد يترتب على ذلك عدم تطبيق هذه الأولوية على المقاول حال وجوب تطبيقها، فيتسبب ذلك في ضياع مبلغ على الخزانة العامة كان واجبًا خصمه من المقاول، وقد يحدث العكس بتطبيق هذه الأولوية حال عدم وجوب تطبيقها، فيترتب على ذلك خصم مبالغ من المقاول بدون وجه حق، ولا يتمكن من استردادها إلا بعد عناء طويل من إجراءات التقاضى، وما قد تستغرقه من وقت وجهد ومال.

أهداف البحث:

تتمثل الأهداف التي يسعى البحث إلى الوصول إليها فيما يلى:

١- تحديد مفهوم دقيق لشرط أولوية المقاول فى ترتيب عطائه.
٢- إيضاح أهمية تطبيق هذا الشرط والغاية من تطبيقه.
٣- الوصول إلى رؤية واضحة حول كيفية تطبيق شرط الأولوية فى حالة تكليف المقاول بأعمال إضافية.
٤- بيان الحالات التى لا يطبق بها شرط الأولوية والصعوبات التى قد تعترض تطبيقه.
٥- ايضاح وجهة نظر الفقه حول تطبيق هذا الشرط.

إشكالية البحث:

الإشكاليات التي يثيرها البحث تتمثل في الإجابة على التساؤلات الآتية:

١- ما المقصود بشرط أولوية المقاول فى ترتيب عطائه؟
٢- ماهي الغاية التى يسعى إليها المشرع من وراء إلزام الإدارة بهذا الشرط؟
٣- ما هو نطاق تطبيق شرط الأولوية وكيفية تطبيقه؟
٤- هل يوجد حالات يمتنع بها تطبيق شرط الأولوية؟

٥- ما هى الصعوبات التى قد تعوق تطبيق هذا الشرط وما هى سبل حلها؟

منهج البحث:

من الملائم للإحاطة بموضوع البحث إتباع عدة مناهج، منها المنهج التحليلي والوصفي، من خلال ايضاح المقصود بشرط أولوية عطاء المقاول، والهدف من وراء تطبيقه، وكيفية احتسابه، مما يساعد في الوصول إلى المفهوم الصحيح له، ومن هنا جاءت أهمية المنهج التحليلي، ويقودنا ذلك أيضًا إلى الاعتماد على المنهج الوصفي، من خلال عرض الأحكام القضائية والفتاوي والنصوص التشريعية التي وردت في موضوع البحث، بالاضافة إلى بيان آراء الفقه المصرى حول هذا الشرط، وعرض أسانيد كل رأى منه، مع بيان الرأي الذي نتطمئن إليه مؤيدًا بالأسباب والأسانيد.

نطاق البحث:

نتناول من خلال هذا البحث بيان المقصود بشرط أولوية العطاء والغرض من تطبيقه وكيفية احتسابه، ثم نعقبه ببيان الحالات التى لا يطبق بها هذا الشرط والصعوبات التى تعترض تطبيقه، ثم نوضح أراء الفقهاء حوله.

خطة البحث:

وبناءً على ذلك يمكننا تقسيم خطة البحث على النحو التالي:

المطلب التمهيدى: مفهوم شرط الأولوية ونطاقه.

الفرع الأول: المقصود بأولوية المتعاقد في ترتيب عطائه والغاية منه.

الفرع الثانى: كيفية تطبيق شرط الأولوية ونطاقه.

المبحث الأول: حالات عدم إعمال شرط الأولوية وصعوبات تطبيقه.

المطلب الأول: حالات عدم تطبيق شرط الأولوية.

المطلب الثاني: صعوبات تطبيق شرط أولوية المقاول في ترتيب عطائه.

المبحث الثانى: موقف الفقه من شرط الأولوية.

المطلب الأول: الإتجاه المعارض لشرط أولوية العطاء.

المطلب الثانى: الإتجاه المؤيد لشرط أولوية العطاء.

المطلب التمهيدى

مفهوم شرط الأولوية ونطاقه

من الضروري أن نبين في هذا المطلب المقصود بشرط الأولوية، والغاية أو الغرض منه، وذلك في (الفرع الأول) ثم نعقبه ببيان كيفية تطبيقه، ونطاقه، في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بأولوية المتعاقد في ترتيب عطائه والغاية منه

أولًا: المقصود بأولوية المقاول في ترتيب عطائه.

وضع قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية أُسسًا موضوعية لإرساء المناقصة أو الممارسة، يكون الهدف منها تحقيق الحيدة والمساواة بين المتنافسين، فيتم بدايةً ترتيب أولوية عطاءاتهم عند المفاوضة، ثم بعد ذلك يتم التعاقد مع الأفضل شروطًا وأقل سعرًا، فقد حرص المشرع على أن تصاحب هذه الأولوية عقد الأشغال العامة من بدايته حتى نهاية تنفيذه، فلا تنتهي بمجرد إبرام العقد بل تظل شاهدة على موضوعية الاختيار مانعة من وجود غش أو تلاعب أثناء مرحلة التنفيذ، فيتعين أن تبقى أسعار المقاول الذي رست عليه المناقصة هى أقل الأسعار عند عمل الحساب الختامي للعملية، فهو شرط استمرار من وقت البت إلى حين الانتهاء [(١)].

ومن الجدير بالذكر أن مفهوم مبدأ أولوية العطاء يختلف في اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣م عن مفهومه في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م، ففي ظل القانون رقم ٩

(١) د/ حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص٣١٧.

لسنة ١٩٨٣م كان يتم الترسية على صاحب العطاء الأقل سعرًا كأصل عام، إلا أن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م بإبتداع نظام المظروفين أصبحت الترسية تتم على العطاء الأقل سعرًا والأكثر كفاءه، وفي ظل قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م والأخذ أيضًا بنظام المظروفين والعمل بنظام النقاط أصبحت الترسية تتم على أساس مواصفات ورسومات فنية دقيقة ومفصلة [١]، ويتم استبعاد العطاءات غير المقبولة فنيًا قبل البت من الناحية المالية، أي أن الأمر أصبح لا يتعلق بالسعر فقط بل يمتد إلى الكفاءة الفنية كأصل عام [٢].

ويرى بعض الفقه أن المقصود بشرط أولوية العطاء: "أن يقوم المتناقص بتقديم صورة صادقة لأسعاره التى سيقوم بالتنفيذ وفقًا لها، وأن تقوم الجهة الإدارية بترتيب العطاءات فى ضوء ذلك، دون أن يغالى فى أسعار الأعمال والفئات التى ينتظر زيادة حجمها أو كمياتها عند التنفيذ وإنقاص فى أسعار الأعمال والفئات الأخرى نقصاناً ينأى بها عن حقيقتها وصولاً إلى التعاقد مع جهة الإدارة، باعتبار أن العطاء فى جملته أقل العطاءات أقل العطاءات المقدمة سعراً ثم يتبين خلاف ذلك عند التنفيذ" [٣].

ويتضح مما سبق أن المقصود بشرط أولوية المقاول في ترتيب عطائه: أن يظل صاحب العطاء الذي تم ترسية المناقصة عليه هو صاحب أفضل عطاء، وأن تستمر هذه

---

(١) تنص المادة (٣٥) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م على أن: "... تتم ترسية المناقصة أو الممارسة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً والذى يتم ترجيحه وفقاً لنظام النقاط المحددة عناصره وأسسه بشروط الطرح، وذلك بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية،..."

(٢) د/ أيمن سيد خليل حجر، مبدأ أولوية العطاء في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧م، ص٢٨.

(٣) د/ شعبان عبد الحكيم عبد العليم سلامة، شرط أولوية العطاء فى العقد الإدارى دراسة مقارنة بأحكام وفتاوى مجلس الدولة المصرى، مقال منشور فى مجلة مصر المعاصرة، مجلد ١١٠، العدد رقم ٥٣٦، أكتوبر ٢٠١٩م، ص١٨.

الأفضلية مصاحبة لعطائه منذ الترسية وحتى تمام تنفيذ عقد الأشغال العامة وانتهائه، حتى ولو تم إسناد أعمال إضافية إليه من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة.

ثانيًا: الغاية من شرط أولوية العطاء.

تتمثل الحكمة من إعمال شرط الأولوية في أن يقدم المتناقض أسعار صادقة وصحيحة دون مغالاة في أسعار الأعمال التي يتوقع زيادتها أثناء التنفيذ، وينقص أسعار أعماله الأخرى نقصانًا ينأى بها عن الحقيقة، بهدف الوصول إلى التعاقد مع الإدارة، ثم يظهر أثناء التنفيذ أن أسعاره يشوبها الخداع والغش، لذا وجب إعمال هذا الشرط من أجل تحقيق مبدأ المساواه بين المتناقصين [١]، ولمنح التحايل والغش، ومعاملة المقاول المتعاقد سيئ النية بنقيض قصده.

وفي هذا المقام ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول: "وأن الهدف من تلك المادة هو مراعاة العدالة في التعامل وهو ما يستلزم مراعاة ألا تؤدى مغالاة صاحب العطاء في أسعار الأعمال أو الفئات التي ينتظر زيادة حجمها أو كمياتها عن التنفيذ، وإنقاص أسعار الأعمال أو الفئات الأخرى التي يتوقع تخفيضها أو إنقاصها نقصانًا ينأى بها عن حقيقتها وصولًا إلى التعاقد معه، باعتبار أن العطاء فى جملته أقل العطاءات سعرًا ثم يستبين عند التنفيذ أنها محض أولوية خادعة استنفدت أغراضها ولا تصادف الحقيقة وفى المقابل استبعاد صاحب العطاء التالى له بسبب يرجع إلى طريقة إعداد عطائه رغم أن هذا العطاء كان الأصلح سعرًا والأكثر مطابقة للواقع، وفى هذه الحالة يبدوا جليًا الإضرار بالمصلحة العامة التى لا يمكن أن تتحقق نتيجة التعاقد مع صاحب العطاء الأرخص ظاهريًا، وهو ما فطنت إليه المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات سالفة الذكر وعنيت بأن ترد على المتناقص صاحب الأولوية الظاهرية قصده بالنص على أن تظل الأولوية التى رتبت العطاءات

(١) تنص المادة (٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م على أن: "تخضع إجراءات وطرق وأساليب التعاقد لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص."

وأرست المناقصة مصاحبة للعقد حتى تمام التنفيذ وأن يراعى إعمال هذا الشرط لدى حساب ختامى العملية بحيث إذا فقد هذه الأولوية تعين محاسبته عما قام بتنفيذه من أعمال على أساس قيمتها حسب أسعار العطاء التالى." (١).

ويتضح من ذلك أن الهدف من شرط أولوية العطاء مراعاة تحقيق العدالة في التعامل، وضمان حقوق ومصالح الأطراف، وذلك بصرف المقابل المالي كامل للمقاول عن الأعمال التي نفذها بالفعل وفقًا لأسعار عطائه من ناحية، وتحقيق الغرض الذي تهدف إليه المناقصة وهو تنفيذ الأعمال بأفضل الشروط وأقل الأسعار من ناحية أخرى، وهذا ما يتحقق بمراعاة قيد أولوية العطاء عند المحاسبة منذ إبرام العقد وحتى تمام تنفيذه، فلابد أن تظل تلك الأولوية قائمة طيلة فترة تنفيذ العقد وحتى تمامه (٢).

ولأجل هذه الغاية كان لابد أن يخضع تنفيذ المقاول للأعمال الإضافية لشرط الأولوية، باعتباره هذه الأعمال امتداد للعقد المبرم بينه وبين الجهة الإدارية المتعاقدة وليس عقدًا جديدًا، فالقواعد التي تحكمها هى ذاتها التي تلاقت عليها إرادة الأطراف، ومن بينها محاسبة المقاول على الأعمال الإضافية بذات الأسعار المتعاقد عليها، والتي أصبح بموجبها هو صاحب أقل عطاء سعرًا، وبموجبها أُرست عليه المناقصة، ولذا يجب أن يظل عطاءه هو الأقل سعرًا، وأن يخضع لقيد الأولوية من وقت الترسية عليه وحتى انتهاء عقده (٣).

---

(١) طعن رقم ٦٧٣٠ لسنة ٤٧ ق. عليا، جلسة ٢٢ من مارس سنة ٢٠٠٥م، (١١٣) مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخمسون، الجزء الأول، من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٤ إلى آخر مارس سنة ٢٠٠٥، ص٧٨٨.

(٢) د/ عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات "دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص٣١٨.

(٣) د/ أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠١٠م، ص٥٧٥.

الفرع الثاني

كيفية تطبيق شرط الأولوية ونطاقه

أولًا: كيفية تطبيق شرط الأولوية.

يتم تطبيق هذا الشرط بمقارنة إجمالي أسعار المقاول المنفذ للأعمال الإضافية بإجمالي أسعار غيره من العطاءات المقبولة فنيًا والتي كانت أعلى منه سعرًا عند الترسية، وذلك بإفتراض أن كل من هذه العطاءات قام بتنفيذ ذات الأعمال الإضافية التي كلف بها المقاول المتعاقد، فإذا كان إجمالي سعر المقاول المتعاقد أزيد من أي منها، وجب خصم المبلغ الزائد ليصبح سعر عطائه أقل منها جميعًا، وعلاوة على ذلك لا يجوز عند إجراء المقارنة استبعاد أي من الأعمال المنفذة طالما كان لها مثيل في المقايسة، ولا يمكن أيضًا إضافة أي من الأعمال الملغاة؛ وذلك حتى تتحقق الغاية التي يرمى إليها المشرع، وهى ضمان تنفيذ الأعمال محل العقد بأقل سعر قدم في المناقصة(١).

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بقولها: "ويتم تطبيق شرط الأولوية عن طريق مقارنة إجمالي أسعار المقاول المنفذ بإجمالى أسعار غيره من العطاءات المقبولة التي كانت تعلوه سعرًا عند الترسية، وذلك بإفتراض أن كل عطاء من تلك العطاءات نفذ ذات الأعمال الواردة بالحساب الختامى، فإذا كان إجمالي سعر المتعاقد أزيد من أي منها وجب خصم المبلغ الزائد، ليصبح أقل منها جميعًا." (٢).

وبناء على ذلك يتم إجراء حساب أولوية العطاء بحساب قيمة البند بعد إجراء الزيادة به وإضافته إلى قيمة إجمالى كل عطاء (قيمة البند بعد الزيادة + باقي البنود الوارد في العقد)

---

(١) د/ محمد فؤاد الحريرى، تعديل عقود الأشغال العامة وفقًا لنظام أوامر التغيير (دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيديك النموذجية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص٣١٩، ٣٢٠.

(٢) الطعن رقم ١٨٤٤١ لسنة ٥٥ ق. عليا، جلسة ٢٠١٧/٦/٢٠م، غير منشور.

وذلك حسب السعر المقدم من كل عطاء بإعادة احتساب إجمالي كل عطاء من العطاءات المقدمة للتحقق من أن المقاول المتعاقد مازال عطائه هو أقل العطاءات سعرًا، فإذا أسفرت هذه الدراسة عن وجود زيادة في عطاء المقاول المتعاقد عن إجمالي سعر أقل العطاءات سعرًا، فيتعين على الإدارة خصم هذه الزيادة قبل صرف مستحقاته، ونفترض مثال لتطبيق هذا المبدأ كأن تتعاقد الجهة الإدارية مع مقاول لبناء مدرسة وكان سعر المقاول لمتر الحفر عشرين جنيهًا لمساحة ٢٠٠٠م٢ بعمق متر واحد حسبما ورد بالمقايسة، بينما سعر هذا البند في العطاء التالي له هو عشر جنيهات، وأسفر التنفيذ عن أعمال إضافية – في حدود ٢٥% – في عمق ومساحة الحفر ٤٠٠٠م٢ بزيادة قدرها ٢٠٠٠م٢، وترتب على ذلك زيادة في قيمة البند من ٢٠٠٠٠ جنيه إلى ٤٠٠٠٠ جنيه أي بفارق قدره ٢٠٠٠٠ جنيه، مما يترتب على ذلك إخلالًا بأولوية عطاء هذا المقاول، وحتى يظل عطائه هو أقل العطاءات سعرًا يجب محاسبته على أساس سعر المتر ١٠ جنيهات، فيتم تطبيق هذا الشرط عن طريق اتخاذ فئات أسعار العطاءات الأخري أقل من الأسعار الواردة بعطاء المقاول المتعاقد، وخصم الزيادة منه حتى يظل عطائه هو أقل العطاءات سعرًا من وقت الترسية إلى وقت الحساب الختامي للعملية [(١)].

ثانيًا: نطاق تطبيق شرط أولوية عطاء المقاول.

تماشيًا مع ما تم ذكره سلفًا يمكننا القول بأنه لا يتصور إعمال هذا الشرط إلا في حالة تنفيذ المقاول لأعمال إضافية زائدة على العقد، سواء نشأت هذه الزيادة عن خطأ في حساب المقايسة الإبتدائية، أو نتيجة لتعديلات اقتضتها طبيعة العمل، أو أدخلتها جهة الإدارة على عقد الأشغال العامة إعمالًا لسلطتها المقررة لها في التعديل.

وهو ما أكدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بقولها: "وأما عن نطاق تطبيق الشرط فإنه لا يتصور إلا حيث تختلف الكميات المنفذة فعلًا عن تلك الواردة بالمقايسة فهو يلازم الحساب الختامى على الأعمال المنفذة بالفعل سواء زادت عن تلك الواردة

(١) د/ أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، المرجع سابق، ص٥٥٧.

بالمقايسة أو نقصت وسواء كانت الزيادة أو النقص نتيجة خطأ في حساب المقايسة أو نتيجة تعديلات اقتضتها طبيعة العمل أو أدخلتها جهة الإدارة على العقد إعمالًا لسلطتها المقررة بالمادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية المشار إليها وأيا كان حجم هذا التعديل سواء قل عن نسبة ٢٥% أو زاد على هذه النسبة."[١].

ومن الجدير بالملاحظة أن نطاق تطبيق هذا الشرط اختلف عبر القوانين المنظمة لتعاقدات الجهات العامة، فنجد أن المادة (٧٦) مكرر من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣م اشترطت أولوية العطاء في حالة الزيادة عن ٢٥% فقط، وبالتالي عدم تطبيق هذا الشرط في حالة تنفيذ المقاول لأعمال إضافية في حدود هذه النسبة دون أن يتعداها. بينما نجد المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م اشترطت ضرورة مراعاة شرط أولوية العطاء سواء كانت الأعمال الإضافية التي نفذها المقاول في حدود ٢٥% أم كانت زائدة عن هذه النسبة. في حين نجد أن المشرع في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م يتطلب مراعاة هذا الشرط في حالة تكليف المقاول بأعمال إضافية في حدود ٢٥% فقط من كل بند من بنود العقد، حيث لم يرخص المشرع للجهة الإدارة في هذا القانون إسناد أعمال إضافية إلى المقاول بالزيادة على هذه النسبة كما فعل في القوانين السابقة، وقد جاء النص على هذا الشرط في المادة (٤٦) من هذا القانون والمادة (٩٦) من لائحته التنفيذية، كما تطلب المشرع في جميع القوانين السابقة مراعاة هذا الشرط في حالة زيادة الكميات والأوزان الواردة فى المقايسة والتي اقتضتها طبيعة العملية.

(١) فتوى رقم ١٩٢، بتاريخ ٢٠١٤/٣/٥، جلسة ٢٠١٤/١/١، ملف رقم ٤١٥٠/٢/٣٢.

المبحث الأول

حالات عدم إعمال شرط الأولوية وصعوبات تطبيقه

نتناول بالدراسة في هذا المبحث حالات عدم تطبيق شرط أولوية العطاء وذلك فى مطلب أول ثم ندلف ذلك مطلب ثاني يتضمن سرد للصعوبات التي تواجه تطبيق هذا الشرط وذلك على الشرح الآتي:

المطلب الأول

حالات عدم تطبيق شرط الأولوية

هناك حالات لا يشترط فيها احتفاظ المقاول المتعاقد بأولوية عطائه نسردها في الصفح الآتية:

الحالة الأولى: عدم إعمال قيد الأولوية على الأعمال المستجدة التي اقتضتها الضرورة الفنية.

يقتصر تطبيق شرط أولوية العطاء على الأعمال الإضافية التي هى من ذات جنس ونوع الأعمال الأصلية، بحيث تكون قابلة للتنفيذ والمحاسبة عليها ماليًا بذات الشروط والأسعار الواردة بالعقد للأعمال الأصلية، ويتعين تطبيق هذا القيد على الأعمال الإضافية التي ينفذها المقاول سواء كانت في حدود ٢٥% أو تجاوزت هذه النسبة (في ظل العمل بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م الملغي)، وهو أمر منطقي لأن الأعمال المستجدة غير محدد لها سعر بالعملية عند الطرح، وترتيبًا على ذلك فإن الأعمال الجديدة التي ليس لها مثيل في المقايسة لا تخضع لشرط الأولوية، وإنما يتم المحاسبة عليها وفقًا لما يتم الاتفاق عليه بين الأطراف وما تحدده اللجنة المختصة لجهة الإدارة دون إجراء أي خصم على أسعارها، فهذه الأعمال يتم التعاقد عليها بطريق الاتفاق المباشر أي عقد جديد بين الأطراف وليس امتدادًا للعقد كما هو الحال

بالنسبة للأعمال الإضافية [١]، ونضرب مثال على ذلك إذا كان المقاول مكلف بتنفيذ أعمال بلاط وكهرباء ودهانات فأي إضافة لأي نوع من هذه الأعمال تعد من قبيل الأعمال الإضافية والتي يطبق بشأنها شرط أولوية العطاء، في حين لو تطلبت طبيعة العمل القيام بأعمال محارة بسبب وجود بعض الأسطح غير المعدة لإجراء الدهانات أو بناء حائط فهذه الأعمال تعد من قبيل الأعمال المستجدة وبالتالي لا تخضع لقيد الأولوية.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بقولها: "ويتعين على جهة الإدارة تطبيق مبدأ الأولوية فى العطاء المقدم، طالما تدخل الأعمال الإضافية ضمن حجم الكميات المنفذة طبقًا للعقد، وإذا كان ما تقدم تم إسناد عملية إنشاء عشر عمارات إسكان منخفض التكاليف بمدينة القنطرة شرق إلى المتعاقد، وأثناء التنفيذ تم زيادة الأعمال بنسبة ٥,٨٥% وقد تمثلت هذه الزيادة فى إضافة طبقة إحلال، وردم أتربة لتسوية الموقع وضبط المناسيب، وزيادة كمية الحفر للوصول إلى منسوب التأسيس، وزيادة كمية الخرسانة المسلحة المنفذة على الطبيعة، وذلك لتعديل أساسات السلم بالإضافة إلى عمل التوصيلات الخارجية الخاصة بالتغذية من مواسير قطر ٤ بمشتملاتها، وهى بنود غير مدرجة بالعقد وقد ترتب على هذه الزيادة فرق فى أولوية العطاء، حيث أن الأعمال المستجدة وغير الواردة بالعقد لا تدخل فى حساب أولوية العطاءات، لعدم وجود ما يمثلها فى العطاءات الأخرى، ومن ثم فأنه يتعين رد قيمتها إلى المتعاقد" [٢].

ويتضح من ذلك عدم إعمال شرط الأولوية على الأعمال المستجدة؛ وذلك لأن أسعار الأعمال الإضافية تكون محل منافسة ولهذا قد تختلف أسعار بنودها انخفاضًا وارتفاعًا بين العطاءات، بينما أسعار الأعمال المستجدة لا تكون محل منافسة بين العطاءات، حيث يتم تحديد أسعارها بعد دراسة الأسعار لتحديد أسعار مناسبة لسعر السوق، كما يجب على الجهة

---

(١) د/ هدى مهدى السيد محمد، الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة (فى القانون المصرى واليمنى)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٤م، ص٣٠١.

(٢) الطعن رقم ١٨٧٢٤، لسنة ٥١ ق. عليا، جلسة ٢٠١٠/١/٢٦.

الإدارية في هذه الحالة التقيد بضوابط وشروط الاتفاق المباشر إذا تقرر اتباع هذا الطريق من طرق التعاقد في حالة وجود ضرورة عاجلة لاتباع هذا الطريق فى تنفيذها.

الحالة الثانية: لا يطبق شرط الأولوية في حالة العطاء الوحيد.

تبين مما سبق ذكره أن إعمال شرط الأولوية يتم بمقارنة إجمالي أسعار المقاول المتعاقد بإجمالي أسعار غيره من العطاءات المقبولة التي تعلوه في الأسعار عند الترسية، لذلك فإن مقتضى إعمال هذا القيد يفترض وجود عطاءات متعددة مستوفية للشروط، أما إذا اتضح أن عطاء المقاول كان هو العطاء الوحيد في المناقصة، أو استبعدت باقي العطاءات المقدمة لأي سبب من الأسباب، وتم الإبقاء على عطاء وحيد الذي تمت عليه الترسية، فلا مجال لإعمال شرط أولوية عطاء المقاول؛ بسبب تخلف مناط هذا الشرط وهو الخشية من وجود تحايل يضر بالمصلحة العامة للإدارة في تنفيذ عقد الأشغال العامة بأقل الأسعار [١].

وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بقولها: "أن المشرع أعطى للجهة الإدارية الحق في زيادة الأعمال فى حدود النسب المحددة قانونًا وذلك بذات الشروط والأسعار،...، بشرط ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه وعلى الجهة الإدارية مراعاة مدى تأثير ذلك ماليًا وخصمه من مستحقات المقاول عند إعداد الحساب الختامى. ومن المسلم به أن تقرير ذلك يفترض أن تكون هناك عطاءات أخرى كانت محل ترتيب ومقارنة مع العطاء الذى رست عليه المناقصة" [٢].

(١) د/ محمد فؤاد الحريرى، المرجع سابق، ص٣٢٦.

(٢) الطعن رقم ٥٨٧٨، لسنة ٤٥ ق. عليا، جلسة ٢٠٠٢/٥/٢١.

وللعطاء الوحيد عدة صور تتمثل فيما يلي [1]:

١- وجود عطاء واحد منفرد في العملية المطروحة وإن تعددت بنودها.

٢- إذا كانت العملية من بند واحد.

٣- وجود عدة عطاءات في المناقصة ولكن كل عطاء مختص ببند واحد من بنود العملية محل الطرح.

٤- إذا تعددت العطاءات إلا أن المقبول فنيًا عطاء منفرد فالعبرة بالعطاءات المقبولة فنيًا.

٥- إذا تعددت العطاءات المقبولة فنيًا إلا أن المقبول ماليًا عطاء واحد منفرد لاستبعاد باقي العطاءات لكونها أعلى في السعر أو لتضمنها شروط مالية تخالف كراسة الشروط.

٦- حالة امتناع صاحب العطاء الأول عن التنفيذ فيتم إسناد الأعمال إلى العطاء الذي يليه ولا يوجد بعده عطاءات أخرى، فلا يجوز إعمال قيد أولوية العطاء بشأنه.

- وفي هذا المقام يثار تساؤل هام وهو: هل يمكن للمقاول المتعاقد أن يعترض على العطاءات الفاقدة لأحد شروط التعاقد من أجل أن يصبح عطائه وحيدًا وبالتالي لا يخضع لشرط الأولوية.

أجابت على هذا التساؤل المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها فقد ذهبت إلى القول بأنه: "... إذا تبين عند إعداد ختامى العملية وحساب مستحقات المتعاقد أن عطائه فقد تلك الأولوية كان لزاماً إعادة الأمر إلى حده المقرر قانونًا وذلك بخصم ما يزيد من مستحقاته عن قيمة العطاء الذى تقدم معه لتنفيذ ذات العملية وكان يعلوه مباشرة فى السعر ويشترط لذلك أن يكون مفتقداً لأحد شروط قبوله كأن لم يقدم معه صاحبه التأمين الابتدائى المقرر أو قدمه ناقصاً فإن القياس عليه يكون غير جائز والمقارنة به تكون باطلة فلا يكون له أثر على صاحب العطاء الذى تعاقدت معه الإدارة، ولا ينال من ذلك أن تكون الجهة الإدارية المتعاقدة

(١) د/ أيمن سيد خليل حجر، المرجع السابق، ص٥٣، ٥٤.

قد غضت الطرف عما كان بذلك العطاء من عوار عند البت فى المناقصة ولم تستبعده إهمالاً أو عمداً" [١].

ويستفاد من ذلك أن المقاول المتعاقد يمكنه الإحتجاج بكون العطاء التالي له فاقدًا لشرط من شروط قبوله حتى يصير عطائه وحيدًا، وبالتالي لا يطبق عليه شرط أولوية العطاء.

الحالة الثالثة: عدم إعمال شرط الأولوية في حالة الاتفاق على الإعفاء منه.

لا يطبق شرط الأولوية إذا كان عقد الأشغال العامة المبرم بين الأطراف قد نظم كافة حقوق والتزامات الأطراف دون اللجوء إلى قانون تنظيم التعاقدات ولائحته التنفيذية، أو أن يكون الأطراف قد اتفقا على استبعاد شرط الأولوية حيث تسري نصوص القانون ولائحته التنفيذية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في عقد الأشغال العامة المبرم بين الأطراف، وذلك تطبيقًا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذلك ذهبت الكثير من الأحكام القضائية إلى أنه يحق للإدارة والمقاول المتعاقد معها الاتفاق صراحة أو ضمنًا على استبعاد تطبيق قيد الأولوية، ويكون هذا الاتفاق ملزمًا للطرفين، فطالما أن العقد قد أتى بتنظيم كامل لسائر المسائل المتعلقة به بصورة مفصلة وواضحة دون حاجة إلى الإستعانة بغيرها من أحكام تنظم ذات المسائل، فلا مانع من إعمال مقتضاها والإحتكام بما نصت عليه، دون سواها من أحكام وضوابط جاءت بالقانون ولائحته التنفيذية التي لا يلجأ إليها إلا إذا سكت العقد عنها [٢]. وبناءً على ذلك إذا تضمن العقد نص يقرر استبعاد هذا القيد فلا يكون ثمة محل لإعماله، حيث يكون نص العقد هو واجب التطبيق

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ١١٦٨٢،١١٤٤٧، لسنة ٤٩ ق. عليا، جلسة ٢٠٠٨/٤/٢٩.

(٢) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإدارى وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص٤٦.

إعمالًا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ووجوب تنفيذ العقد بما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في تفسير العقود(١).

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بقولها: "... وحيث أنه لا وجه لما يدعيه البنك (البنك الزراعى المصرى) المطعون ضده من أن الأعمال المضافة المسندة إلى الشركة تجاوزت نسبة ٢٥% من قيمة العقد، وأن ذلك يستوجب تطبيق مبدأ أولوية العطاءات الواردة بنص المادتين (٧٦ مكرر) و(٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٩) لسنة ١٩٨٣،... ولما كانت حقوق والتزامات الشركة مع البنك، إنما يحددها العقد المبرم بينهما، فلا رجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات إلا فيما سكت عنه هذا العقد بالتنظيم بحسبان العقد الراهن قد تناول تنظيم هذه المسألة على وجه تفصيلى ومتكامل دون نقص فى الأحكام والضوابط بقدر لا مجال للرجوع إلى أحكام القانون المشار إليه ولائحته التنفيذية كما سلف البيان إضافة إلى أن نصوص العقد جاءت عجفاء تماماً عن أى إشارة إلى قانون تنظيم المناقصات ولائحته التنفيذية، ولم ينطوى أى بند من بنود العقد على اعتبار هذا القانون ولائحته التنفيذية جزء لا يتجزء أو مكملاً لأحكام التعاقد، فمن ثم وإذا كان العقد الماثل أوجب على البنك أن يدفع للشركة مستحقاتها على أساس الكميات التي نفذت فعلًا، والتى تتبين من واقع القياس على الطبيعة سواء كانت أقل أو أكثر من المقايسة، ولم يعول فى هذا الشأن على شرط أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه المنصوص عليه فى المادتين (٧٦ مكرر) و(٨٠) المشار إليهما، فقد بات تصرف البنك على هذا النحو لا يستقيم مع الواقع القانونى للتعاقد موضوع التداعى، وخالف النصوص الواجبة التطبيق التى اتفق عليها الطرفان، بما لا مناص معه من احترام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والانصياع للأحكام التعاقدية فحسب، دون غيرها

(١) د/ الصفا محمود محمد عسل، عقود الأشغال العامة وإشكالياتها العملية والحلول في ضوء الفقه والقضاء، دار الفتح، الإسكندرية، ٢٠٢١م، ص٤٤٩.

من أحكام وردت فى لائحة تنظيم المناقصات والمزايدات، وبالتالى صرف مستحقات الشركة التى حجبها البنك" [١].

ويستنتج من ذلك أن شرط أولوية المقاول في ترتيب عطائه ليس من النظام العام، لذا يجوز للأطراف الاتفاق على الإعفاء منه واستبعاده. وبرغم من هذه الأحكام التي يستفاد منها اتجاه المحكمة إلى اعتبار شرط أولوية العطاء ليس من النظام العام إلا أن هناك أحكام أخرى صادرة من المحكمة تدل على الاعتراف بالصفة الآمرة لشرط أولوية العطاء واعتباره من النظام العام الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، ومن هذه الأحكام ما ذهبت فيه المحكمة الإدارية العليا إلى القول بأنه "لا خلاف على أن إعمال أحكام لائحة المناقصات والمزايدات المشار إليها آنفاً رهين أن يتضمن العقد المبرم بين الطرفين أو الأعمال السابقة على إبرامه الإشارة إلى احترام أحكامها والعمل بها وتكون بذلك جزءً لا يتجزء من العقد وإذ تضمنت هذه الأحكام مبدأ أولوية العطاءات فإن هذا المبدأ يكون جزءً من العقد أو تلزم أطرافه بإعمال مقتضاه" [٢].

وفي حكم آخر جاء به أنه: "ولما كان الفقه مستقرًا على أن القواعد القانونية المتعلقة بالصرف من الموازنة العامة هى من النظام العام ومن ثم فهى قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لذا فإن قاعدة التعاقد على أقل العطاءات سعراً المقررة بالمادة (١٨) من القانون سابق الذكر هى من القواعد الآمرة التى لا يجوز مخالفتها ويبطل كل اتفاق يخالفها..." [٣].

ونفس الاتجاه سلكه قسم الرأي بمجلس الدولة، فتارة يعترف بصحة الاتفاق على استبعاد شرط الأولوية وبالتالي لا يتعلق بالنظام العام ويجوز مخالفته، وتارة أخرى تصدر فتاوي

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ٣٢٤٩٢،٢٨٢٥٣، لسنة ٥٦ ق. عليا، جلسة ٢٠١٨/٤/٢٤، غير منشور.
(٢) الطعن رقم ٤٦٤٨، لسنة ٥٣ ق. عليا، جلسة ٢٠١٢/٢/٢١.
(٣) الطعن رقم ١٧٤٤٩، لسنة ٥٣ ق. عليا، جلسة ٢٠١٢/٥/٢٩.

تأكد على الصفة الآمرة لشرط أولوية العطاء وأنه يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفته، ومن الفتاوي التي اتجهت فيها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى جواز اتفاق الأطراف على استبعاد شرط أولوية العطاء ما ذهبت فيها إلى القول بأنه: "ولما كان الثابت من الأوراق أنه فى غضون عام ٢٠٠٣ طرح الأزهر الشريف مناقصة عامة لإحلال وتجديد معهد آل عون الإبتدائي بكفر الشيخ على أساس طابق أرضى وطابقين علويين فقط تقدم للمناقصة خمسة عطاءات من بينها عطاء شركة الإسكندرية للهندسة والمقاولات (المقاول المنفذ) وقبلت الشركة فى عطائها خصم بنسبة ٣٠% (ثلاثين فى المائة) على البنود من رقم (٢٠) حتى نهاية المقايسة شاملة البند رقم (٢٠)، كما قبلت خصم نسبة ٥% (خمسة فى المائة) من إجمالى العطاء بعد الخصم السابق، واشترطت عدم تطبيق نسبة الخصم إلا على كميات المقايسة الأصلية فقط وعدم نفاذها على البنود المتجاوزة كمياتها،... ولما كان الثابت من الأوراق أن لجنة البت أوصت بترسية المناقصة على هذه الشركة ووافقت السلطة المختصة على ذلك وأبرم العقد فى ٢٠٠٣/٦/٢٤ على أن تكون مدة العملية تسعة أشهر، وأثناء تنفيذ العقد وبناء على طلب منطقة كفر الشيخ الأزهرية وموافقة مقاول العملية وافقت اللجنة الدائمة بالأزهر الشريف فى محضرها رقم (٢٣٦) لسنة ٢٠٠٣ ثم السلطة المختصة – على تعلية الطابق الثالث العلوى بالمعهد المذكور وإسناد تنفيذه لمقاول العملية بزيادة فى كميات الأعمال بنسبة تجاوز ٢٥% على أن تتم المحاسبة على الأعمال الزائدة بالأسعار الواردة بالعطاء دون إعمال نسب الخصم عدا الأعمال التى سترحل من الطابق الثانى العلوى إلى الثالث العلوى فيطبق عليها نسب الخصم، مع مراعاة أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه، وبالفعل بعد تمام التنفيذ وعند الحساب الختامى للعملية طبق الأزهر الشريف قاعدة أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه على العملية بالكامل، وفق الثابت من محضر اللجنة الدائمة رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥، ومن ثم تكون كل من لجنة البت واللجنة الدائمة بالأزهر الشريف والسلطة المختصة قد أعملوا

صحيح حكم القانون فى الحالة المعروضة، وتضحى بذلك مناقضة الجهاز المركزى للمحاسبات فى هذا الشأن غير قائمة على ما يبررها قانوناً"(١).

ومن الفتاوي التي اعترفت بالصفة الآمرة لشرط أولوية العطاء الفتوى الصادرة عن إدارة الفتوى لوزارات التعليم والتعليم العالي والبحث العلمي والجامعات والتي ذهبت فيها إلى القول بأن "وجوب إعمال شرط أولوية العطاء باعتبار المادة ١٦ من قانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ذات طبيعة آمرة لا يجوز مخالفتها ويبطل ما يقع من اتفاقات على خلاف أحكامها" (٢).

وكذلك ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بقولها أنه: "حرصاً من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على أن تصحب هذه الأفضلية العقد فى مسيرته حتى تمام تنفيذه، فقد أوجبت فى المادتين ٧٨ و٨٢ 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 اتفاقات على خلاف أحكامها" (٣).

وبذلك يتضح لنا هذا الاتجاه المتخبط لمجلس الدولة المصري في كون شرط أولوية العطاء يعد من النظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفته، أم لا يعد من النظام

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٧٣٥، بتاريخ ٢٠١٤/١٠/٢٠، جلسة ٢٠١٤/١/١، ملف رقم ٨٦/٢/٧٨، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الرابع، السنة التاسعة والخمسون أكتوبر– ديسمبر ٢٠١٥م، ص١٨٥.

(٢) فتوى إدارة الفتوى لوزارات التعليم والتعليم العالي والبحث العلمي والجامعات، بتاريخ ٢٠١٤/٢/١٥، ملف رقم ٥٩٦/٤/١.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع، بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢١، ملف رقم ٨٣/٢/٧٨.

العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفته واستبعاده. وتتفق الباحثة مع ذهب إليه بعض الفقه [1] من أن شرط أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفته أو استبعاده، فمبدأ الأولوية هو الأداة التي تسهر على تحقيق الالتزام الحقيقى طوال مسيرة العقد وحتى عمل الحساب الختامى له، فلا يجوز للإدارة التنازل عنه، فهو من القواعد الآمرة الواردة بالمادة (٤٦) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، والمادة (٩٦) من لائحته التنفيذية، وهذا ما يتضح من نص المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، والتي جاء بها "يجب على الجهة الإدارية عند تطبيق أحكام القانون وهذه اللائحة اتخاذ ما يلزم من... ويتعين بصفة خاصة الالتزام بالآتى:

٣- إعداد كراسة للشروط والمواصفات تتضمن الإحالة لجميع القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها بالقانون وهذه اللائحة، وكذلك الحال عند التعاقد بطريق الاتفاق المباشر إذا تطلبت طبيعة العملية وذلك قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك فى جميع طرق التعاقد الواردة بالقانون."

ويستنتج من ذلك أنه يجب على الجهة الإدارية عند إعداد كراسة الشروط الخاصة بالعقد الذي تنوي إبرامه أن تُضمن هذه الكراسة الإحالة إلى جميع القواعد والأحكام الواردة بالقانون ولائحته التنفيذية، ومن بين هذه القواعد تطبيق شرط أولوية العطاء الوارد بالمادة (٩٦) و (١١٧) من اللائحة التنفيذية للقانون، وبالتالي يتعلق هذا الشرط بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه أو استبعاده، لأن هذه الكراسة تعد جزءً لا يتجزأ من العقد الملحقة به.

ويتعين علينا فى هذا المقام أن ننوه إلى أنه إذا كانت الزيادة فى الأعمال التي نفذها المقاول راجعًا سببها إلى عدم تمكين المقاول من تنفيذ العملية كاملة لسبب يرجع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة معه، كما لو لم تتوافر الاعتمادات المالية اللآزمة للعملية، ولا يد للمقاول فيها، بغية الالتفاف حول شرط الأولوية، فلا يطبق شرط أولوية العطاء في هذه الحالة، وأيضًا

(١) د/ أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، المرجع سابق، ص٥٦٧،٥٦٨.

لا محل لإعماله في حالة إنهاء عقد المقاول بناءً على طلبه بفسخ العقد وإجابة الجهة الإدارية لطلبه بالإنهاء [١]، وأخيرًا يجب أن تكون العملية محل العقد لا تقبل التجزئة وفقًا لطبيعتها، أو لورود نص في كراسة الشروط يمنع تجزئتها، فإذا كانت العملية قابلة للتجزئة فإن الترسية سوف تتم وفقاً للأقل سعراً لكل بند على حده، مما لا يمكن معه تطبيق هذا الشرط. كما لا يطبق أيضًا في حالة تنفيذ أعمال إضافية بعد إنتهاء مدة العقد الأصلي؛ لأن ما يتم بعد إنتهاء مدة تنفيذ العقد يعد اتفاق مباشر وليس امتدادًا للعقد الأول [٢]

المطلب الثاني

صعوبات تطبيق شرط أولوية المقاول في ترتيب عطائه

يكتنف تطبيق هذا المبدأ بعض الصعوبات العملية منها ما قرر مجلس الدولة المصري كيفية تطبيقه، وهناك حالات أخرى لم يتعرض لها ولكن من المتصور حدوثها ونوضح هذه الصعوبات فيما يلي:

الصعوبة الأولى: اقتران بعض العطاءات بتحفظات أو شروط مالية.

الأساس في تقييم العطاءات هى القيمة الرقمية لبنودها وذلك حينما تكون هذه العطاءات خالية من أي تحفظات أو اشتراطات يمكن تقييمها ماليًا، بيد أن هذا الأساس لا يكفي في حالة وجود هذه التحفظات أو الاشتراطات، بل يتعين في هذه الحالة إضافة قيمة هذه التحفظات والشروط الخاصة التي يمكن تقويمها ماليًا إلى القيمة الحقيقية والفعلية للعطاء، مما يؤدي في النهاية إلى تحديد العطاء الأقل سعرًا [٣].

(١) د/ عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع سابق، ص٣٢٢.

(٢) د/ أيمن سيد خليل حجر، المرجع السابق، ص٥٥.

(٣) د/ أيمن سيد خليل حجر، المرجع السابق، ص٦٢. ود/ أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، المرجع السابق، ص٥٦٠.

وهذا ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بقولها "فإذا كان إجمالى سعر المتعاقد أزيد من أى منها وجب خصم المبلغ الزائد ليصبح أقل منها جميعاً. وذلك بمراعاة أنه يمتنع عند حساب إجمالى سعر التنفيذ لكل عطاء – بإفتراض تنفيذه لذات الأعمال – أن يستبعد منه أى شرط أو تحفظ له قيمة مالية إذ يتعين الاعتداد به عند الترسية، وعند إعمال شرط أولوية العطاء على الحساب الختامى" (١).

- وفي هذا الصدد يثار تساؤل هام وهو: هل يعتد بفائدة تقييم الدفعة المقدمة عند إعمال شرط قيد أولوية العطاء في حالة زيادة الأعمال وعمل الحساب الختامى لها؟

في مستهل حديثنا للإجابة على هذا التساؤل ننوه إلى أن المشرع المصري أجاز أن يُصرف للمقاول مبلغ مقدم مقابل خطاب ضمان بنكي معتمد، فقد أجب المشرع عند المفاضلة بين العطاءات أن تضاف فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن عنها من البنك المركزي وقت فتح المظاريف، وذلك عن المبلغ المطلوب من وقت أدائه حتى تاريخ استحقاقه، وهذه الفائدة لا تضاف إلى قيمة العطاء، وإنما هى وسيلة للمقارنة بين العطاءات وقت البت فقط؛ والعلة من إضافتها هى تحقيق المساواة بين المتناقصين، فليس من العدل أن يتساوى المقاول الذي اشترط الحصول على الدفعة المقدمة مع المقاول الذي لم يطلب ذلك مما قد يلجأه إلى البنوك للاقتراض، فضلًا على أن الدفعة المقدمة تساعد المقاول على البدء في تنفيذ العقد (٢).

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ملف رقم ٤٤٥/١/٥٤، بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٧.

(٢) تنص المادة (٧٢) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م على أن "... وعليها القيام بإجراء المقارنة والمفاضلة بين العروض بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحى الفنية والمالية مع مراعاة تكليف دورة حياة المنتج وفقاً لما هو وارد بكراسة الشروط والمواصفات، وكذا أى اشتراطات أخرى وردت بها وبحسب ظروف وطبيعة موضوع التعاقد مع الأخذ فى الاعتبار الآتى:

٣- حساب نسبة الدفعة المقدمة وذلك بغرض المقارنة والمفاضلة بإضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى فى تاريخ جلسة فتح المظاريف الفنية إلى قيمة العطاءات المقترحة بالدفعة المقدمة إذا أقرت كراسة الشروط والمواصفات ذلك، وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدماً وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلى."

وقد أجاب قسم الرأي بمجلس الدولة على التساؤل سالف الذكر، مقررًا الإعتداد بهذه الفائدة وإضافتها إلى قيمة العطاء عند حساب أولويته سواء وقت البت والترسية أو عند إعداد الحساب الختامي للعملية ولكن بقيمة هذه الفائدة وقت البت أو الترسية [١].

ولكن قسم الرأي عدل بعد ذلك عن هذا الإتجاه، وقرر عدم الإعتداد بفائدة تقييم الدفعة المقدمة وإضافتها إلى قيمة العطاءات المقبولة عند إعمال شرط الأولوية وعمل الحساب الختامي للعقد بعد تنفيذ الأعمال الإضافية، وذلك بقولها أن: "إضافة فائدة الدفعة المقدمة إلى صافى العطاءات المقبولة فنياً أمر يقتصر أثره فقط عند البت للمقارنة والمفاضلة بين هذه العطاءات لكفالة مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص والمنافسة بين المتناقصين توصلاً إلى تعيين أفضلهم شروطاً وأقلهم سعراً، ولا يمتد هذا الأثر لدى إعمال شرط الأولوية لتعلق هذا الشرط فى جوهره بحجم الأعمال والكميات التى نفذت على الطبيعة مضروبة فى الفئات والأسعار التى أثبتها المتناقصون فى العطاءات المقبولة فنياً. فإذا كانت لجنة البت قد اعتدت بفائدة الدفعة المقدمة وإضافتها إلى قيمة العطاءات التى طلبت صرف مبالغ توصلاً إلى تحديد صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً فإنها تكون قد أعملت صحيح حكم القانون، بيد أن ناتج تقييم الدفعة المقدمة وهو قيمة الفائدة السارية طبقاً لسعر البنك المركزى والمقررة على مبلغ الدفعة المقدمة لا تضاف إلى قيمة العطاء بعد الانتهاء من البت ولا تدخل ضمن العناصر المالية للعقد المبرم بين الجهة الإدارية والمقاول، وعلى ذلك فإن قيم هذه الفائدة لن تنتج أثرها لدى إعمال شرط الأولوية عند الإنتهاء من تنفيذ العقد؛ لأنها لم تكن بداءة قد دخلت ضمن قيمة العقد. وهذا المفهوم يتفق مع كون تقييم الدفعة المقدمة ينحصر أثره ونتيجته على إجراءات البت فقط وذلك بهدف توحيد أسس المقارنة والمفاضلة بين المتناقصين توصلاً للعطاء الأفضل شروطًا والأقل سعراً..." [٢].

---

(١) فتوى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى، جلسة ١٩٨٦/١١/١٤، ملف إدارة الفتوى لوزارة الري رقم ٣٢٤/٢/٣.

(٢) فتوى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى، ملف رقم ٥٦/٩١، جلسة ٢٠٠٢/٤/١٠، غير منشورة. أشار إليها د/ أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص٥٧٧.

ولا نؤيد ما ذهب إليه قسم الفتوى مؤخرًا وترى الباحثة أنه يجب أن تدخل فائدة الدفعة المقدمة في حساب فرق الأولوية في حالة زيادة الأعمال؛ وذلك لإنطباق ذات العلة من إعمال شرط الأولوية، ومن أجل أن تظل هذه الأولوية مستمرة من وقت البت إلى حين عمل الحساب الختامي للعملية، فمقتضيات تحقيق مبدأ المساواة بين المتناقصين باعتباره أحد أهداف مبدأ أولوية العطاء أن يُعتد بفائدة الدفعة المقدمة عند عمل الحساب الختامي، فضلًا عن ذلك فإن المشرع اشترط ألا تؤثر الزيادة على أولوية العطاء بصفة مطلقة والقاعدة الأصولية تقضي بأن اللفظ يجري على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده، ولم يرد من المشرع ما يفيد استثناء فائدة الدفعة المقدمة عند إعمال قيد الأولوية، وبالتالي يجب الاعتداد بفائدة الدفعة المقدمة وإضافتها إلى صافي قيمة العطاءات المقبولة عند إعمال شرط الأولوية.

صفوة القول: أنه يجب الاعتداد بفائدة الدفعة المقدمة عند حساب فرق الأولوية سواء كان طالب الدفعة المقدمة هذه هو المقاول الذي رست عليه المناقصة أم غيره من المتناقصين المقبولين والمتنافسين معه.

الصعوبة الثانية: حالة التقييم بالنقاط [١].

يجدر بنا أن ننوه إلى أن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م الصادر بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات (الملغي) هو أول من أستن مبدأ التقييم بالنقاط في المادة (١٦) منه، وذلك خلافًا للتشريعات السابقة عليه، وتبعه في ذلك الاتجاه قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م في المادة (٣٥) منه، ويقصد بالتقييم بالنقاط الأخذ في

(١) حدد قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م المقصود بالتقييم بنظام النقاط وذلك في المادة (١) منه والتى جاء بها أنه: "أحد أساليب تقييم العطاءات، يتم فيه تطبيق معايير الجودة الفنية والسعر مجتمعين عن طريق تديد أسس وعناصر التقييم، والوزن النسبى للجانب الفنى أو الفنى والمالى للعطاءات بحسب طبيعة العملية، والحد الأدنى للقبول وصولاً إلى درجات أو نسب إجمالية لكل عطاء، بما يكفل تحديد أولوية ترتيبه."

الاعتبار عند الترسية كل من السعر والكفاءة الفنية لمقدم العطاء، ويتم التقييم بالنقاط بقسمة القيمة المالية لكل عطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها بعد تقييمه فنيًا؛ وذلك للوصول إلى تكلفة الفنية لكل عطاء، ثم تتم الترسية على العطاء الذي حصل على أقل قيمة مقارنة [١].

وتكمن الصعوبة في هذه الحالة أن المقارنة بين العطاءات تتم بناءً على سعر النقطة الفنية لكل عطاء والتي تحدد بحاصل قسمة السعر على النسبة المئوية الحاصل عليها العطاء بدون الأخذ فى الاعتبار حجم أو كميات الأعمال مما قد يتصور معه القول بعدم تطبيق مبدأ الأولوية في هذه الحالة. وتأسيسًا على ما سبق يمكن تطبيق مبدأ الأولوية بإحتساب النقطة السعرية المجمعة لكل بنود العملية لكل عطاء وقسمتها على النقطة الفنية المجمعة لكل النقاط الفنية للعطاء الواحد لكي نستطيع الحصول على النقطة الإجمالية الفنية والسعرية للعطاء.

وترى الباحثة أنه من الممكن إيجاد معدل حسابي يجمع بين النقطة الفنية السعرية والكمية لكل عطاء، وذلك على النهج الذي أخذ به القانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٠م بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة في المادة (٣٠) منه بإعمال الوزن النسبي لعناصر العطاء المالية والفنية.

الصعوبة الثالثة: حالة امتناع العطاء الأقل عن تنفيذ العملية.

وينطبق المبدأ في هذه الحالة باعتبار العطاء الذي امتنع عن التنفيذ وتم استبعاده كأنه غير موجود وننظر فقط إلى العطاءات التالية له أي التي تعلوه سعرًا. ولا يوجد ثمة ضرر يلحق

(١) فقد نصت المادة (٧٤) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م على أن: "... ويكون البت المالى وفقاً لألية التقييم المحددة بشروط الطرح ومنها ترتيب أولوية العطاءات بقسمة القيمة المالية المقارنة لكل عطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها، وذلك للحصول على تكلفة الدرجة الفنية لكل عطاء ويتم الترسية على العطاء الذي حصل على أقل قيمة مقارنة."

بالجهة الإدارية في هذه الحالة؛ وذلك لأنها تقوم بتحميل فارق السعر في النهاية بعد التنفيذ على صاحب العطاء المستبعد [١].

(١) د/ أيمن سيد خليل حجر، المرجع السابق، ص٦٤.

المبحث الثانى

موقف الفقه من شرط الأولوية

تباينت آراء الفقهاء حول شرط الأولوية فالبعض يعارضه، والآخر يؤيده، ولذلك سوف نتناول في هذا المبحث بيان آراء الفقهاء حول تطبيق هذا الشرط، لنخصص المطلب الأول لبيان وجهة نظر الإتجاه المعارض له، ثم ندلف ذلك بمطلب تانى نوضح به وجهة نظر الإتجاه المؤيد لهذا الشرط، وذلك على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

الإتجاه المعارض لمبدأ الأولوية

يذهب بعض الفقه إلى أن هذا الشرط لا يتعين إعماله إذا كانت الأعمال الإضافية في حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند من بنود العقد بذات الشروط والأسعار المتعاقد عليها، أما إذا كانت الزيادة تجاوزت هذه النسبة – كما هو الحال في القانون الملغي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨– فيجب حينئذ ترتيب أولوية العطاءات وذلك ما لم يتفق الأطراف على إعمال شرط أولوية العطاء (١).

ويرى جانب آخر من الفقه أنه بقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨م ومن بعده القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م أصبح يتم الإرساء على العطاء الأقل سعرًا والأكثر كفاءة كأصل عام، وذلك خلافًا للقانون السابق لهما رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فقد كان يستقر الإرساء على الأقل سعرًا كأصل عام، وبصدور القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م والأخذ بنظام النقاط أصبح الأمر لا يتعلق بالسعر فقط بل يمتد إلى الكفاءة الفنية كعنصر جوهري، فشرط الأولوية ليس له ما يبرره في

(١) د/ صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشاكل العملية والحلول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص١٣٣.

العمل بهذا المعيار المزدوج، فقد تتعاقد الإدارة مع الأكثر كفاءة ولو لم يكن سعره أقل من غيره من العطاءات الأخرى، فقد ترى أن صاحب العطاء الأقل سعرًا لا يملك الكفاءة الفنية المطلوبة فالكفاءة لها أهمية وأثر إيجابي على تنفيذ العقد [١]. ولذا يجب ألا ينظر إلى أولوية العطاء من الناحية المالية فقط بل يجب النظر إليه من الناحية الفنية والواقعية أيضًا، ولذلك لا يؤثر في الأولوية زيادة قيمة عطاء المقاول مادام عطائه مازال هو الأصلح فنيًا وواقعيًا، ومادام لم يثبت وجود غش أو تواطؤ من المقاول مع موظفي الإدارة في التربح من إضافة هذه الأعمال الإضافية، وبغير هذا الفهم يصبح شرط الأولوية مخالفًا للدستور وللمبادئ العامة للقانون التي تمنع الاعتداء على الملكية الخاصة دون مبرر، وهو ما يتحقق في حالة تكليف المقاول بأعمال إضافية في حدود ٢٥% من عقد الأشغال العامة بأسعار غيره من المتناقصين [٢]. ويرى البعض أثر ذلك أن قيد الأولوية مخالف للدستور، ويتعين إحالة المادة الخاصة به إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية هذا القيد [٣].

وفي هذا الإطار يتعين الإشارة إلى أن قيد الأولوية لم يتقرر بنص تشريعي في قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م (الملغي) وإنما كان نصًا لائحيًا، فقد نصت عليه اللائحة التنفيذية لهذا القانون في المادتين (٨٢،٧٨) حيث وضعت اللائحة قيدًا لم ينص عليه القانون، مما يثير شبة عدم دستورية هذا القيد، فإذا كان الدستور قد اعترف بحق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح استثناءً في حدود ضيقة، مما يندرج تحتها حق إصدار اللوائح اللآزمة لتنفيذ القوانين، إلا أنه لم يعطها الحق في أن تنظيم ابتداءً مسائل لم ينص عليها القانون، فوظيفة اللائحة هى تفصيل أحكامًا أتى القانون بها مجملًا، وليس وظيفتها تشريع

(١) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإدارى وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، المرجع سابق، ص٥١.

(٢) د/ محمد ماهر ابو العينين/ موسوعة القاضى الإدارى وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩، الكتاب الثانى، تنفيذ العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، ص١٤٠،١٤١.

(٣) د/ عاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص٣٢٢.

نصوص جديدة خلا منها القانون [١]، حيث أن الغرض من صدور اللائحة هو إتمام القانون ووضع القواعد التفصيلية اللآزمة لتنفيذه دون أي تعديل أو إلغاء أو إضافة لأحكام القانون، فتتجاوز بذلك اختصاصها الذي خوله لها الدستور متعديًا بذلك على اختصاص السلطة التشريعة [٢].

وردًا لهذه الشبهة فقد نص المشرع صراحة على هذا القيد في القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة وذلك في المادة (٤٦) منه كما جاء النص عليه أيضًا في اللائحة التنفيذية لهذا القانون وذلك في المادتين (١١٧،٩٦).

كما يذهب فريق آخر من الفقه إلى ضرورة إعمال شرط أولوية العطاء عند بدء المناقصة، وذلك تحقيقًا للشفافية والمساواة وحرية المنافسة وصولًا إلى التعاقد مع أفضل المواصفات الفنية بأقل الأسعار، إلا أنه لا يجوز أن يستمر تطلب هذا الشرط طوال مدة تنفيذ العقد التي قد تستمر مدة أربع أو خمس سنوات تتغير خلالها أسعار المواد الخام نتيجة تغير الأسعار العالمية مما يؤثر على أسعار المواد الخام، وليس من العدل معاملة المقاول بذات الأسعار طوال سنوات تنفيذ العقد مع التغير الجذري في الأسعار [٣]، فهذا الشرط فيه إجحاف بالمقاول، فضلًا عن صعوبة تطبيقه في الواقع العملي[٤]. ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أن ما جاء به قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ومن بعده القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ فيما يتعلق بتعديل قيمة العقد كل ثلاثة أشهر يخفف من حدة هذا النقد لشرط الأولوية.

---

(١) د/ الصفا محمود محمد عسل، مرجع سابق، ص٤٥٢،٤٥٣.

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٦، لسنة ٢٥ ق. دستورية، جلسة ٢٠٠٩/١/٤.

(٣) د/ محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الإقتصادى والعقد الإدارى الدولى الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة نشر، ص٧٢.

(٤) د/ محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري "دراسة في المشكلات العملية لعقود الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص٤٠٨.

بينما يذهب البعض الآخر إلى أن حقوق المقاول المتعاقد تتحد طبقًا لنصوص العقد المبرم بينه وبين الجهة الإدارية، فيتعين تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه، وأن الأسعار الواردة به يتقيد بها الأطراف كأصل عام، لذا لا يمكن القول بمحاسبة المقاول بأسعار لم ترد في العقد المبرم بينه وبين الجهة الإدارية المتعاقدة، وإنما وردت في عطاء آخر، فاحترام الإدارة لتعاقداتها يقتضي القول بمحاسبة المقاول على أساس الأسعار الواردة في عطائه، فإذا كانت القيمة الإجمالية لعطاء المقاول هى أقل قيمة بالنسبة لباقي العطاءات فإن عطائه يصبح هو أفضل العطاءات، وتعتبر الأسعار الواردة بعقده ملزمة له وللإدارة، وتكون أسعار البنود الواردة في عقده هى أساس محاسبته عند تنفيذه لأعمال إضافية، بحيث لا يجوز محاسبته بناءً على أسعار بنود واردة في عطاءات أخرى لكونها أقل من أسعاره، لما في ذلك من تجزئة لعطاء المقاول، فليس من العدل أن يتحمل المقاول فرق سعر لا ذنب له فيه سوى أن أصحاب العطاءات الأخرى وضعوا أسعارًا خاصة بهم، فضلًا على أن المقاول المتعاقد لم يشترك مع الإدارة في إعداد المقايسة للعملية ليكون مسئولًا عن الزيادة في الأعمال، كما أنه لا يمكنه الاعتراض على قرار الجهة الإدارية بإضافة بعض الأعمال في حدود (٢٥%) من قيمة العقد[١].

كما ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الإدارة لا يسوغ لها أن تتذرع بأن الثمن في العقد قد حدد على أساس سعر الوحدة ولم يحدد بصفة كلية، ذلك أن تحديد الثمن على أساس سعر الوحدة لا يعنى تبعيض الصفقة بعد أن حدد لها سعرًا إجماليًا على أساس مجموع الوحدات، فتحديد سعر الوحدة يراعى فيه عدد الوحدات ولا يعني أن كل وحدة تساوي الثمن المقدر لها، وإنما تساوي الثمن المحدد لها إذا أجتمعت مع باقي الوحدات، والنظر إلى جميع الوحدات كوحدة واحدة. كما أن استهداف مبدأ الأولوية لحماية المال العام ليس سديدًا في جميع الأحوال، فتقدير المتناقص لسعر بند من البنود قد يكون بسبب حيازته له منذ فترة طويلة وبسعر أقل من

(١) أ/ مصطفى العش، أولوية العطاء والقانون الظالم، مقال منشور في مجلة المقاول المصري، سنة ٤، العدد ١٣، إبريل ٢٠٠٣م، ص٣٠.

سعر السوق، ولاعتبارات اقتصادية خاصة به قدر التصرف والتخلص من هذا المخزون الموجود لديه، فحدد له سعرًا على درجة تنافسية كبيرة، فإذا طلب منه بعد ذلك إضافة أعمال لهذا البند فقد يلزمه الشراء بسعر السوق بما يجاوز بكثير السعر المحدد في عطائه، مما يترتب على ذلك الحاق خسارة بالمقاول لا يطيقها، ويشكل قرار الإدارة بإضافة هذه أعمال عبئًا عليه، لذا يلزم إعادة النظر في هذا الشرط حتى لا يكون عبئًا على المتعاقدين، فلا يكون لهم من وسيلة بعد ذلك إلا التحايل في التنفيذ، مما يؤدي إلى المساس بمشرعية المصلحة العامة [١].

بينما يذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بأن تطبيق نظام التقييم بالنقاط والذي يتم بالتقييم الفني الدقيق لكل عنصر من عناصر البند المطروح للعملية مما يجعل السعر وحده لا يكفي لترجيح كفة المقاول المتعاقد عند الترسية، وبالتالي تنتفي مع الأخذ بهذا النظام العلة التي من أجلها تقرر شرط الأولوية وهى مظنة وجود غش أو تحايل من جانب المقاول المتعاقد مع الإدارة. لذا يرى هذا الرأي عدم إعمال شرط الأولوية في حالة التقييم بالنقاط إذ من شأن العمل بهذا النظام أن يجعل أفضل الشركات من حيث الكفاءة الفنية والمالية تتقدم للتعاقد مع الجهات الإدارية، كما أن من شأنه أن يجعل الجهات الإدارية تراعي الدقة اللآزمة عند تحديد حجم ومقدار تعاملاتها المطروحه، فالجهة الإدارية هى المتسببة في زيادة الأعمال على المقاول، حيث لم تراعي الدقة اللآزمة عند إجراء الدراسات والرسومات الفنية اللآزمة للعملية، مما ترتب على ذلك زيادة حجم الأعمال، في حين كان يتعين عليها أن تكون على دراية تامة وكاملة بكافة معطيات العملية وما يلزمها من اعتمادات مالية قبل التعاقد، فضلًا على أن هذا القيد يقتضى تكليف المقاول بتنفيذ أعمال إضافية في بند من أحد بنود العملية وزيادة عن الوارد بالمقايسة ومحاسبة المقاول على أسعار هذا البند فقط عند غيره من المتناقصين، وخصم الفارق منه وهو يكون بخصم لمبالغ في بنود أخرى خلاف البند الذي تمت فيه الزيادة، مما يترتب على

(١) د/ إبراهيم على حسن، نحو تقييم لقواعد المناقصات في القانون المصرى في ضوء أحكام وفتاوى مجلس الدولة، مقال منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الرابع، السنة التاسعة والثلاثون، أكتوبر – ديسمبر ١٩٩٥م، العدد رقم ١٥٦، ص١٧.

ذلك إثراء جهة الإدارة على حساب المقاول المتعاقد معها بدون سبب، فتطبيق هذا المبدأ من شأنه أن يجافي العدل والمنطق، كما أن من شأن تطبيقه أن يؤدي إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الجهات الإدارية مما يضر بالمصلحة العامة في تحقيق سير المرافق العامة بانتظام واضطراد [١].

ويبدو أن هذا الرأي السابق أغفل عن حق الجهة الإدارية في إضافة أعمال زائدة على المقاول إذا وجدت ضرورة اقتضتها، فهو من الحقوق الراسخة والمعترف بها للجهة الإدارية حتى ولو كان سبب هذه الأعمال خطأ الجهة الإدارية في إعداد المقايسة الإبتدائية.

المطلب الثاني

الإتجاه المؤيد لشرط أولوية العطاء

ذهب بعض الفقه إلى أن شرط أولوية عطاء المقاول يتعين إعماله في حالة زيادة الأعمال على المقاول؛ وذلك خشية من أن تكون أولوية المقاول في ترتيب عطائه محض أولوية خادعة، وذلك بقيام الإدارة بإلغاء البنود الأقل سعرًا وإسناد البنود الأكثر سعرًا مما يحقق ميزة للمقاول [٢].

كما يرى البعض الآخر إلى أن قيد الأولوية في ضوء الحكمة منه لابد أن يكون ملازمًا للعقد من وقت الترسية إلى حين إتمام تنفيذه وعمل الحساب الختامي له [٣]، ويستند ها الرأي إلى الحجج الآتية:

---

(١) د/ أيمن سيد خليل حجر، المرجع سابق، ص٨٠ وما بعدها.

(٢) د/ فتحى عطية السيد مصطفى، الحلول العملية للمشكلات الناشئة عن تطبيق القانون ٨٩ لسنة ٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، محكمة القضاء الإداري، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص٤٦٩.

(٣) د/ أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، مرجع سابق، ص٥٦٤.

١- أن في الأخذ به ما يحقق الحفاظ على المال العام والصالح العام الذي يتطلب تنفيذ عقد الأشغال العامة بأقل العطاءات سعرًا.

٢- إن قاعدة تعاقد الإدارة مع أقل العطاءات سعرًا وأفضلها شروطًا هى من القواعد المقيدة للإدارة، ولا تملك الخروج عليها أو إهدارها في حالة تكليف المقاول بأعمال إضافية، فلا يجب أن تؤدي هذه الأعمال الزائدة إلى الزيادة في أسعار المقاول المتعاقد عن العطاء التالي له، مما يؤدي إلى الإخلال بأولوية العطاء الذي لم يتم التعاقد معه إلا لكونه أقل العطاءات سعرًا.

٣- أن الإدارة تهدف إلى إبرام عقد الأشغال العامة مع صاحب العطاء ليس فقط الأفضل من الناحية الفنية بل أيضًا الأقل سعرًا عن غيره من العطاءات وصولًا إلى تنفيذ العقد على أفضل وجه وبأقل تكلفة ممكنة.

٤- أن قيد الأولوية من شأنه تحقيق المساواة بين المتناقصين، حيث لا تكون الأولوية إلا بين العطاءات المقبولة من الناحية الفنية وتحقيق المساواة بينهم من هذه الناحية، ولم يبقى سوى المساواة من الناحية المالية، والتي تعتبر هى العامل المرجح في تفضيل العطاء الفائز عن غيره من المتنافسين، ولذلك يجب أن يظل هذا العامل المرجح مستمرًا وقائمًا حتى تتم المحاسبة النهائية للعملية.

- **تقدير الباحثة لشرط أولوية العطاء.**

ترى الباحثة ضروري إعمال هذا الشرط وذلك من أجل الحفاظ على المال العام، وتجنبًا لوجود شبه غش أو تحايل من جانب المقاول، أو تواطؤ بينه وبين موظفي الإدارة، ولا يعني ذلك تطبيق المبدأ على إطلاقه، وإنما يجب أن تقدر الضرورة بقدرها، وذلك لما قد يترتب على تطبيقه في بعض الأحوال من إجحاف بالحقوق المالية للمقاول المتعاقد بسبب خطأ الإدارة في تقدير حجم تعاملتها، لذا فإن قواعد العدل والإنصاف تقتضي أن يعمل بهذا الشرط في ضوء الحكمة منه، ولكن بالقدر الذي تقتضيه الضرورة، حتى لا تختل كفتي الميزان بين طرفي التعاقد، فيجب تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف؛ حتى لا يترتب على عدم تحقيق هذا

التوازن عزوف الأفراد والشركات عن التعاقد مع الجهات الإدارية مما يضر بالمصلحة العامة في تحقيق سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

وطالما أن المشرع حدد ضرورة الالتزام بأن تتم الأعمال الإضافية في حدود (٢٥%) فقط من قيمة كل بند من بنود العقد بحيث تتم محاسبة المقاول عليها بذات الشروط والأسعار الواردة في العقد، وبذلك لا تعد بمثابة عقد جديد بل هى امتداد للعقد المبرم بين الطرفين، ولذا يتعين إعمال أحكام هذا العقد ومن بينها أن هذا المقاول هو الأقل سعرًا فلو لم يكن كذلك ما تم التعاقد معه، فوسيلة إبرام عقد الأشغال العامة بما طرأ عليه من أعمال إضافية هى المناقصة أي منافسة بين أكثر من مقاول أسفرت عن ترسية على أحدهم إعمالًا لمبدأ الإرساء على العطاء الأفضل شروطًا والأقل سعرًا، لذلك وجب أن يتقيد بمبدأ أولوية العطاء بصدد عقد الأشغال العامة وبما أدخل عليه من أعمال إضافية في حدود (٢٥%) من قيمة كل بند من بنوده. أما ما يتعلق بالأعمال الإضافية الزائدة عن نسبة (٢٥%) والتي كان مرخصًا بها للجهة الإدارية في ظل القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م (الملغي) فقد حظرها المشرع في ظل القانون الحالي رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م ولم يعطي للجهة الإدارية الحق في أن تتعدى نسبة ال ٢٥%، فإذا زادت الأعمال عن هذه النسبة فوجب أن تبرم الإدارة بها عقد جديد بإحدى طرق التعاقد المنصوص عليها قانونًا، وبالتالي لا مجال للحديث عن هذا الشرط بصدد هذه الأعمال.

علاوة على ذلك فإن من شأن تطبيق هذا الشرط أن يجعل شركات المقاولات التي تنوي الغش أو التحايل أو التواطؤ مع موظفي الجهة الإدارية أن تتراجع عن ذلك، إذا علمت أنه سيرد عليها نقيض قصدها، وبذلك يكون تطبيق هذا الشرط في ضوء الحكمة منه أن يكون رادعًا لم ينوي الغش والحصول على المال العام بدون وجه حق، وذلك مع الأخذ في الاعتبار كما سبق أن يراعى في تطبيق هذا الشرط الحفاظ على حقوق المقاول وعدم الإجحاف بحقوقه المالية.

الخاتمة

وبذلك نكون إنتهينا من موضوع بحثنا، وقد اجتهدنا في هذا البحث محاولين تحديد جوانبه المختلفة على صعيد الفقه والقضاء المصري، وبيان موضع الخلاف الذي ثار في بعض نواحيه، وقد كان البحث منصبًا على إيضاح المقصود بشرط أولوية المقاول فى ترتيب عطائه، والغايه من وراء تطبيقه، وكيفية احتسابه، ونطاق تطبيقه، والحالات التي يمتنع تطبيقه بها، والصعوبات التى قد تواجه تطبيقه، **وقد توصلنا إلى عدة نتائج نوجز أهمها فيما يلي:**

١- تتمثل الغاية من وراء إعمال شرط الأولوية في أن يقدم المتناقض أسعار صادقة وصحيحة دون مغالاة في أسعار الأعمال التي يتوقع زيادتها أثناء التنفيذ، وينقص أسعار أعماله الأخرى نقصانًا ينأى بها عن الحقيقة، بهدف الوصول إلى التعاقد مع الإدارة، ثم يظهر أثناء التنفيذ أن أسعاره يشوبها الخداع والغش، لذا وجب إعمال هذا الشرط من أجل تحقيق مبدأ المساواه بين المتناقصين، ولمنح التحايل والغش، ومعاملة المقاول المتعاقد سيئ النية بنقيض قصده.

٢- لا يتصور إعمال هذا الشرط إلا في حالة تنفيذ المقاول لأعمال إضافية زائدة على العقد، سواء نشأت هذه الزيادة عن خطأ في حساب المقايسة الإبتدائية، أو نتيجة لتعديلات اقتضتها طبيعة العمل، أو أدخلتها جهة الإدارة على عقد الأشغال العامة إعمالًا لسلطتها المقررة لها في التعديل.

٣- يتم تطبيق الشرط الأولوية بمقارنة إجمالي أسعار المقاول المنفذ للأعمال الإضافية بإجمالي أسعار غيره من العطاءات المقبولة فنيًا والتي كانت أعلى منه سعرًا عند الترسية، وذلك بإفتراض أن كل من هذه العطاءات قام بتنفيذ ذات الأعمال الإضافية التي كلف بها المقاول المتعاقد، فإذا كان إجمالي سعر المقاول المتعاقد أزيد من أي منها، وجب خصم المبلغ الزائد ليصبح سعر عطائه أقل منها جميعًا.

وبعد أن استعرضنا أهم النتائج التي توصلنا إليها ننتقل لنستعرض **ما أنتهى إليه البحث من مقترحات تتلخص فيما يلي:**

١- نقترح فى حالة التقييم بالنقاط إيجاد معدل حسابي يجمع بين النقطة الفنية السعرية والكمية لكل عطاء، وذلك على النهج الذي أخذ به القانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٠م بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة في المادة (٣٠) منه بإعمال الوزن النسبي لعناصر العطاء المالية والفنية.

٢- نرى أن تضم الجهات الإدارية ضمن تشكيها موظفون متخصصون، لديهم الدراية بكافة القواعد الحسابية لهذا الشرط، ومتدربون بالقدر الكافى حتى يمكن احتساب أولوية عطاء المقاول بصورة صحيحة؛ مما يقلل من كثرة المنازعات حول كيفية تطبيقه.

٣- نهيب بالمشرع المصري إضافة نص يلزم الجهة الإدارية المتعاقدة بتشكيل لجنة فنية قانونية ومالية، تكون مهمتها متابعة تنفيذ هذه الأعمال الإضافية المكلف بها المقاول، ويعرض عليها كافة المشاكل والصعوبات التي تواجه الأطراف.

قائمة المراجع

أولًا: الكتب:

١. **د/ الصفا محمود محمد عسل:** عقود الأشغال العامة وإشكالياتها العملية والحلول في ضوء الفقه والقضاء، دار الفتح، الإسكندرية، ٢٠٢١م.

٢. **د/ أيمن سيد خليل حجر:** مبدأ أولوية العطاء في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧م.

٣. **د/ حسن عبد الله حسن:** عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٥م.

٤. **د/ صلاح الدين فوزي:** قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشاكل العملية والحلول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

٥. **د/ عاطف محمد عبد اللطيف:** امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات "دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

٦. **د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة:** تنفيذ العقد الإدارى وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٤م.

٧. **د/ فتحى عطية السيد مصطفى:** الحلول العملية للمشكلات الناشئة عن تطبيق القانون ٨٩ لسنة ٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، محكمة القضاء الإداري، القاهرة، ٢٠٠٦م.

٨. **د/ محمد عبد المجيد إسماعيل:** القانون العام الإقتصادى والعقد الإدارى الدولى الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة نشر.

٩. **د/ محمد فؤاد الحريرى:** تعديل عقود الأشغال العامة وفقًا لنظام أوامر التغيير (دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيديك النموذجية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.

١٠. د/ **محمد ماهر ابو العينين:** موسوعة القاضى الإدارى وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩، الكتاب الثانى، تنفيذ العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم.

١١. **د/ محمد محمد بدران:** عقد الإنشاءات في القانون المصري "دراسة في المشكلات العملية لعقود الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.

ثانيًا: الرسائل العلمية:

١. **د/ أيمن محمد جمعة:** آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠١٠م.

٢. **د/ هدى مهدى السيد محمد:** الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة (فى القانون المصرى واليمنى)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٤م.

ثالثًا: البحوث والمقالات:

١. **د/ إبراهيم على حسن:** نحو تقييم لقواعد المناقصات في القانون المصرى في ضوء أحكام وفتاوى مجلس الدولة، مقال منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الرابع، السنة التاسعة والثلاثون، أكتوبر – ديسمبر ١٩٩٥م، العدد رقم ١٥٦.

٢. **د/ شعبان عبد الحكيم عبد العليم سلامة:** شرط أولوية العطاء فى العقد الإدارى دراسة مقارنة بأحكام وفتاوى مجلس الدولة المصرى، مقال منشور فى مجلة مصر المعاصرة، مجلد ١١٠، العدد رقم ٥٣٦، أكتوبر ٢٠١٩م.

٣. **أ/ مصطفى العش:** أولوية العطاء والقانون الظالم، مقال منشور في مجلة المقاول المصري، سنة ٤، العدد ١٣، إبريل ٢٠٠٣م.

رابعًا: المواقع الإلكترونية:

1. http://www.alamiria.com
2. https://www.eastlaws.com/data/ahkam/app