جامعة البحرين
كلية الحقوق
المكتبة القانونية
COLLEGE OF LAW
LAW LIBRARY
UNIVERSITY OF BAHRAIN

جامعة عين شمس
كلية الحقوق
قسم القانون العام

عقد التوريد الإدارى
بين النظرية والتطبيق

«دراسة مقارنة»

رسالة دكتوراه فى الحقوق

إعداد

عاطف سعدى محمد على

لجنة الحكم على الرسالة:

أ. د. ربيع أنور فتح الباب

أستاذ القانون العام ووكيل كلية الحقوق - جامعة عين شمس رئيساً

أ. د. جابر جاد نصار

أستاذ القانون العام -كلية الحقوق - جامعة القاهرة عضواً

أ. د. محمد سعيد حسين أمين

أستاذ القانون العام المساعد - كلية الحقوق -جامعة عين شمس مشرفاً وعضواً

٢٠٠٥م

*
884
.AL41
2005
c.1
CU
Thesis

بسم الله الرحمن الرحيم

«يَرفَعِ اللهُ الذينَ آمَنُوا منكُم والذينَ أوتُوا العِلمَ دَرَجَاتٍ واللهُ بِمَا تَعمَلُونَ خبِيرٌ» .

صدق الله العظيم

«المجادلة: آية رقم ١١»

الاهـــداء

إلى روح والـــــدي

في حياتهما الأبدية لعلهما يفرحا بهذا العمل...

إلى زوجتـــــــي

رفيقة الخير والعلم والعمر .. عرفاناً وتقديراً...

إلى قرة عيني اولادي:

إســـراء ومعتـــز وفـــرح .. عوضا لـــهم...

إلى اخوتـــــــي

حبـــــــــاً واعـــــــــــزازاً...

أهـــدي هـــذا العمـــل المتواضـــع...

المؤلـــف

شكـــر وتقديـــر

إن الحمد لله نحمده ونستغفره، ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا. نشكره شكر الحامدين، ونحمده حمد الشاكرين، وبه نستعين.

وأتوجه بخالص معانى الشكر والامتنان والاعتراف بالجميل، إلى أستاذى الجليل الأستاذ الدكتور محمد سعيد حسين أمين، الذى تفضل بالاشراف على هذه الرسالة، وعاملنى طوال سنوات البحث بحنان الأخ وحكمة العالم، وقد كنت - ومازلت - السعيد بإشرافه، فقد علمنى أرقى دروس الحرية الفكرية، فلم يصادر لى رأياً، ولم يحجر لى على فكر، وكان - ومازال - هو الأمين فى اشرافه وتوجيهه لى، ووجدت فيه دلائل الحكمة، فالبيان أصغر صفاته، كأنما أُوحى التوفيق إلى صدره، وحُبس الصواب بين طبعه وفكره، وكان له دور عظيم فى اتمام هذا العمل وخروجه إلى ما خرج إليه، فله منى الشكر وخالص الدعاء بدوام الصحة.

كما أتوجه بالشكر العميق إلى أستاذى الدكتور ربيع أنور فتح الباب على تفضله بالمشاركة فى مناقشة هذه الرسالة ورئاسة لجنة الحكم عليها، وتخصيص جزء من وقته الثمين لقراءتها وإبداء ملاحظاته القيّمة عليها، فهو صاحب مدرسة متميزة فى القانون العام ستنهل الأجيال منها على مر العصور بإذن الله، فجزاه الله عنى وعن طلاب علمه خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذى الدكتور جابر جاد نصار لتفضله بالمشاركة فى مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها، والذى كان لمؤلفاته الكثيرة فى موضوعات العقود الإدارية المختلفة الأثر الكبير فى بناء محتواها العلمى، وإرساء دعائمها، وهو صاحب فكر مستنير فى علمه وفى دفاعه عن الحق، فهنيئاً لنا بعلمه وشجاعته، وجزاه الله تعالى خير الجزاء.

مقدمـــة

اولا: عرض المشكلة:

تسعى جهة الإدارة إلى تحقيق الصالح العام، فهو الشغل الشاغل لها، بل هو سر وجودها، ولبلوغ هذا الهدف تقوم الإدارة على إنشاء وتنظيم وتسيير المرافق العامة، ويعتبر القرار الإدارى L'Acte administratif من أهم وأكثر وسائل الإدارة فاعلية فى تحقيق أهدافها فهو الأداة الرئيسية التى تستطيع الإدارة بواسطتها القيام بواجباتها وانجاز الأعمال المنوطة بها(١).

غير أن الإدارة كثير ما تلجأ إلى طريقة الاتفاق الودى مع الأفراد وذلك إذا ما قدرت أن هذه الطريقة أنجع فى تحقيق الأهداف(٢)، فهى لا تستطيع التصرف فى أموال الأفراد أو الاستعانة بخدماتهم قسراً عنهم وبصورة مطلقة(٣)، فتلجأ إلى ولوج طريق التعاقد معهم وذلك بابرام عقد contrat يحدد حقوق والتزامات كل من طرفيه.

وتبرم جهة الإدارة طائفتين من العقود(٤): الطائفة الأولى عقود مدنية contrats civils تخضع للقانون الخاص، وفيها تتخلى الإدارة عن سلطاتها وتنزل منزلة الأفراد فى تصرفاتهم، ويختص القضاء العادى بالفصل فى المنازعات الناشئة عنها.

أما الطائفة الثانية: فتتمثل فى العقود الإدارية Contrats Administratifs وتخضع لأحكام القانون العام، وتتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التى ليس لها نظير فى القانون الخاص كما لا تسرى عليها قاعدة المساواة بين المتعاقدين فى مجال القانون الخاص، بل تتمتع الإدارة فيها بمركز

---

(١) د. محمد عبد العال السنارى، نفاذ القرارات الإدارية، رسالة، عين شمس، ١٩٨١، ص٤.

(٢) د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربى، ١٩٨٤، ص ٢٣.

(٣) د. ثروت بدوى، النظرية العامة فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٦.

(٤) د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٥، بدون دار نشر، ص ٥.

أفضل كثيراً من المتعاقد معها، على أساس أن الإدارة هى المسئولة عن إدارة المرافق العامة وتسييرها، ويختص القضاء الإدارى - وحده - بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تلك الطائفة من العقود.

وتستطيع الإدارة تدبير احتياجاتها من المنقولات اللازمة لتسيير مرافقها العامة من خلال ابرام عقود التوريد marchés de fournitures حيث تقوم الإدارة بموجب هذه العقود بشراء المنقولات اللازمة من أدوات ومؤن ومعدات حربية.... الخ بهدف اشباع الحاجات العامة عن طريق مرافقها العامة.

وعقود التوريد التى تبرمها الإدارة قد تكون عقود توريد مدنية تخضع لأحكام القانون الخاص، وقد تكون عقود توريد إدارية تخضع لأحكام القانون العام، وتعنى هذه الدراسة بالنوع الأخير من العقود، وقد وقع اختيارى لدراسة موضوع عقد التوريد الإدارى لأسباب عديدة أوجزها فيما يلى:

أولا: أن هذا العقد يحظى بأهمية بالغة سواء بالنسبة للدولة أو بالنسبة للمورد.

فالدولة - ممثلة فى جهات الإدارة المختلفة - تقوم بعملية الشراء العام من خلال عقود التوريد الإدارية بصفة يومية ومستمرة، لاسيما مع تعاظم دور القطاع الخاص فى المجتمع على اثر اعتناق الدولة لسياسة الانفتاح الاقتصادى منذ نهايات القرن الماضى، كما أدت التطورات التكنولوجية إلى ظهور أنواع أخرى من عقود التوريد مثل عقود التوريد المختلطة التى تنطوى على التزام المتعاقد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها بالاضافة إلى تركيبها فى الأماكن المخصصة لذلك، وعقود التوريد الصناعية التى يستلزم تنفيذها تقنيات عالية لا تتوافر لدى جهة الإدارة وتستدعى رقابتها الدائمة على عملية التصنيع ذاتها.

كما أنه ليس بخاف الدور الذى يلعبه عقد التوريد الإدارى فى الحياة اليومية لجهة الإدارة من خلال امدادها بالاحتياجات الضرورية للازمة لتسيير مرافقها العامة بانتظام واطراد.

أما المورد - فرداً كان أو شركة - فإنه ولئن كان يسعى فى المقام الأول إلى

تحقيق مصلحة خاصة وهى الربح، إلا أنه ليس مجرد بائع لسلعة تشتريها منه جهة الإدارة، بل ان الطبيعة الذاتية لعقد التوريد الإدارى جعلت منه مساهماً مع الإدارة ومعاوناً لها فى تسيير المرفق العام، وهو ما فرض عليه التزامات عديدة، كما يتمتع بحقوق كثيرة، لا نظير لهذه الالتزامات أو تلك الحقوق فى عقود القانون الخاص.

ثانيا: ورغم الأهمية البالغة لعقد التوريد الإدارى على النحو المتقدم، إلا أنه لم يلق ثمة اهتماماً من جانب الفقه العربى حيث تكاد تخلو المكتبة العربية من دراسة متخصصة لأحكام هذا العقد، واقتصرت معظم الدراسات التى تناولته على مجرد الإشارة إليه ضمن دراسة النظرية العامة للعقود الإدارية باعتباره من أشهر العقود الإدارية المسماة(١).

وكذلك الحال فى فرنسا حيث جاءت الأبحاث المتخصصة لأحكام هذا العقد

---

(١) د. عزيزة الشريف، دراسات فى نظرية العقد الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص١٢١.

- د. عبد المجيد فياض، العقد الإدارى فى مجال التطبيق، المكتبة القانونية ،١٩٨٣، ص٤٨.

- د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربى، ١٩٨٤، ص١٢١.

- د. فتحى فكرى، محاضرات فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٣٨.

- د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية فى العقود الإدارية، بدون دار نشر، ١٩٩٧، ص١٠١.

- د. ثورية لعيونى، القانون الإدارى المغربى، دار النشر الجسور بالمغرب، ١٩٩٩، ص٣٠٧.

- مستشار / عليوه مصطفى فتح الباب، الموسوعة العلمية فى المناقصات والمزايدات، مكتبة كوميت، ١٩٩٩، ص ٨٣٩.

- د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، بدون دار نشر، ٢٠٠٥، ص ١٦٨.

- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص١٩٩ ومابعدها.

- د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، مكتبة نادى مجلس الدولة، عام ٢٠٠٤، ص ٦٥.

قليلة ونادرة[١] لا تتناسب البتة مع أهمية وحجم المشكلات القانونية التى يثيرها هذا العقد فى الواقع العملى، كما لم تترجم إلى اللغة العربية مما أفقدها ميزة الانتشار.

والأمر على خلاف ذلك على الصعيد التشريعى حيث أدرك المشرع الفرنسى[٢]، وكذلك المشرع المصرى[٣]، الأهمية التى يحظى بها هذا العقد فى الواقع العملى، فأفرد كل منهما تنظيماً تشريعياً مفصلاً لأحكامه سعياً لحل المشكلات التى قد تثور بشأنه.

وقضائياً، تصدى كل من مجلسى الدولة الفرنسى والمصرى من خلال الفصل فى المنازعات التى أثارها هذا العقد سواء المتعلقة بابرامه أو تنفيذه أو نهايته، ونلمح فى قضاء المجلسين فى هذا الصدد تطوراً مستمرا على قدر كبير من الأهمية، ساهم إلى حد بعيد فى ابراز الملامح الرئيسية لأحكام عقد التوريد الإدارى.

---

(١) الأبحاث الفرنسية المتخصصة فى عقد التوريد الإدارى هى:

- PASCAL ARRIGCHI: essai sur le Caractère Administratif des marchés de fournitures - these Paris, 1945.
- ANDRÉ HOMONT: les marches de fournitures et de services, jurisclasseur administratif, 1961, fasc, 525.
- J.GEORGEL, marchés de fournitures et de services, J.C.A, 1989, fasc. 525.
- Dominique legouge: la meilleure offre dans les marchés publics, les Editions d'organisation - Paris, 1999.

(٢) حيث تضمن تقنين الشراء العام الفرنسى الصادر فى ١٩٩٦/٢/٢١ الأحكام العامة لعقد التوريد الإدارى. يراجع فى ذلك:

code des marchés publics, edition mise à jour au 21 février 1996, Art 202 : 223.

(٣) تضمنت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ تنظيماً تشريعياً لأحكام عقد التوريد وذلك فى الفصل الثالث منها بعنوان: «شروط تنفيذ عقود التوريد» المواد من ٩٠ حتى ١٠٤.

ثانيا: أهداف البحث:

تكمن الغاية من هذا البحث فى محاولة إيجاد نظرية عامة لعقد التوريد الإدارى عن طريق استخلاص الأحكام الخاصة بهذا العقد من جملة النصوص التشريعية المنظمة له، والأحكام القضائية الصادرة فى المنازعات المتعلقة به، والفتاوى الصادرة عن أجهزة الفتيا بمجلس الدولة المصرى وذلك بهدف تكوين ذاتية مستقلة لعقد التوريد الإدارى قد تساعد المشرع على وضع تنظيم دقيق ومستقل لأحكامه وتكون خير عون للقاضى الإدارى فى الوقوف على التطورات الحديثة التى لحقت بهذا العقد، كما تعين المتعاقدين - جهة الإدارة والمورد - على الحلول القانونية للمشكلات التى تصادفهما عند ابرام العقد المشار إليه أو فى مرحلة تنفيذه، أو حتى عند نهايته، أملا أن تكون هذه المحاولة المتواضعة لبنة فى الفراغ الذى تعانيه المكتبة العربية سواء فيما يتعلق بعقد التوريد الإدارى بصفة خاصة، أو على مستوى البحث فى مجال العقود الإدارية بصفة عامة.

ثالثا: منهج البحث:

١ - **منهج مقارن:** حيث سيتم طرح جوانب البحث ضمن إطار النظام القانونى السائد فى كل من فرنسا ومصر، فكلا النظامين يسير على النظام القانونى اللاتينى مع اختلاف فى التفاصيل التى تفرضها ظروف البيئة المختلفة التى تسود فى الدولتين محل المقارنة، إذ تشكل فرنسا المصدر التاريخى للقانون الإدارى العربى، ويرجع الفضل فى تطور أحكام هذا القانون إلى الفقه والقضاء الفرنسيين، أما مصر فهى تمثل المدرسة القانونية العربية التى أخذت على عاتقها عبء وضع نظريات القانون الإدارى فى إطار ظروف وأفكار ومفاهيم المجتمع العربى من خلال الدور الخلاق الذى قام به مجلس الدولة المصرى - قضاء وافتاء - والدور التاريخى الذى مارسه الفقه فى تأصيل الأفكار واستخلاص الحلول فى نطاق القانون الإدارى.

٢ - **منهج نقدى:** حيث يعتمد البحث على ابراز الايجابيات والسلبيات التى يحتويها النظام القانونى فى فرنسا ومصر، ووزنها بميزان المنطق القانونى، مع بيان الرأى بشأنها.

٣ - منهج استنباطى - استقرائى: ومن خلاله سيقوم الباحث بأستقراء الحلول التى حملتها النصوص التشريعية، والاتجاهات القضائية، والآراء الفقهية فى كل من فرنسا ومصر، فى سبيل استنباط الحلول المختلفة للحقائق القانونية الجزئية محل البحث.

٤ - منهج تحليلى - تأصيلى[١]: ومن خلاله سيقوم الباحث بالغوص فى جزئيات المشكلة موضوع البحث، ثم ترتيبها فى نسق فكرى قانونى واحد، مما يمكن أن يشكل مقدمة لنظرية عامة لعقد التوريد الإدارى.

رابعا: خطة البحث:

يمكن تشبيه عقد التوريد الإدارى بالكائن الحى حيث يولد ثم يحيا لفترة -سليماً أو مريضاً - قد تطول وقد تقصر ثم يأتي إلي مرحلة الفناء التى لا مفر منها -

وقد اقتضى هذا التشبيه الخروج عن النظام المنهجى اللاتينى التقليدى الذى يعتمد على التقسيم الثنائى للبحث، واعتمدنا تقسيماً ثلاثياً يتلائم مع هذا التشبيه، ومن ثم تنقسم الدراسة إلى ثلاثة أبواب وذلك على النحو التالى:

الباب الأول: ابرام عقد التوريـــد الإدارى.

الباب الثانى: تنفيذ عقد التوريد الإدارى.

الباب الثالث: نهاية عقد التوريد الإدارى.

ونمهد للأبواب الثلاثة المشار إليها بباب تمهيدى نتناول فيه ماهية العقد الإدارى، وماهية عقد التوريد الإدارى ثم بيان أنواعه وأركانه.

والله ولى التوفيق.

---

(١) التأصيل synthèse يعنى: الانتقال من المعانى البسيطة إلى المعانى المركبة، فالتركيب هو المرحلة الأخيرة من القانون الذي يتحكم في الأشياء ويقابله تحليل Analyse . يراجع فى ذلك: مراد وهبة، المعجم الفلسفى، ط ٣، عام ١٩٧٩، ص ١٠٢.

الباب التمهيدى
ماهية العقد الإدارى

مقدمـــة:

تعتبر غاية اشباع الحاجات العامة للمواطنين من أسمى وظائف جهة الإدارة، لذلك كان لزاماً أن يضع المشرع تحت يد الإدارة من الأدوات ما يكفل تحقيق هذه الغاية، فالأداة الأولى التى تملكها جهة الإدارة لتحقيق هذه الغاية تتمثل فى القرارات الإدارية التى تصدرها بإرادتها المنفردة متى دعت الحاجة إلى استخدام هذه الوسيلة.

ثم تأتى وسيلة التعاقد من أفضل الوسائل التى تمكنها من تنفيذ مشروعاتها وتحقيق غاياتها.

وإذا ما سلكت الإدارة طريق التعاقد فإنها تختار - وفق سلطتها التقديرية - بين أحد أسلوبين:

الأول: أسلوب القانون العام:

حيث تبرم الإدارة عقودها بوصفها سلطة عامة، وتستعين فى ذلك بمظاهر وامتيازات هذه السلطة وتهدف من وراء هذه العقود إلى تنظيم مرفق عام أو تسييره. ويطلق على هذا النوع من العقود عقود القانون العام أو العقود الإدارية.

الثانى: أسلوب القانون الخاص:

وإذا ما أخذت الإدارة بهذا الأسلوب فإنها تتنازل عن امتيازات السلطة العامة وتحاكى الأفراد فى عقودهم، ويطلق على هذا النوع عقود الإدارة الخاصة.

وينبنى على ذلك وجود نوعين من العقود التى تبرمها الإدارة وهما: عقود إدارية، وعقود الإدارة المدنية.

وقد تردد هذا المعنى فى العديد من أحكام مجلس الدولة المصرى(١)

---

(١) يراجع فى ذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق - جلسة =

حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن: «العقود التى تبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها فى إدارة المرافق العامة وتسييرها، ليست سواء، فمنها ما يعد بطبيعته عقوداً إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد فى عقودهم فتبرم عقوداً مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص.

ويجد التمييز بين هذين النوعين من العقود أهميته[1] فى تحديد القاضى المختص بالفصل فى المنازعات الناشئة عنهما، فالقاضى الإدارى هو صاحب الاختصاص بالفصل فى المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية نزولا على حكم الفقرة (١١) من المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة والتى تنص على أن: «تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة، والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر». فى حين يظل الاختصاص بنظر عقود الإدارة الخاصة من اختصاص القضاء العادى.

كما تتجلى أهمية التمييز بين نوعى العقود المشار إليهما فى تحديد القانون الواجب التطبيق على كل منهما حيث ينطبق القانون الإدارى على النوع الأول، بينما ينطبق القانون المدنى على النوع الثانى.

= ١٩٦٨/٣/٢٤، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى خمسة عشر عاما ١٩٦٥-١٩٨٠، الجزء الثانى، ص ١٨٣٣، وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣١٢٥ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى أربعين عاما - ص ١٣٦، وحكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/٩ - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى - السنة ١١- ص ٧٦.

(١) يراجع فى ذلك: مستشار جمال الدين جوده اللبان، المعيار المميز للعقد الإدارى، بحث منشور فى مجلة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الثالث، يوليو، سبتمبر ١٩٦٤، ص٦١.

وتبدو الأهمية القصوى للتمييز بين نوعى العقود فى تحديد مضمون الحقوق والالتزامات المتولدة عن كلا النوعين[١].

غير أن التمييز بين كلا النوعين من العقود أمر ليس سهلاً لاسيما فى الدول ذات القضاء المزدوج[٢] حيث تكون مشكلة توزيع الاختصاص بين جهتى القضاء دائماً مطروحة، كما أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وتحديد الالتزامات الناشئة عنه يظل مرهوناً بالتكييف القانونى الصحيح لهذا العقد.

وفيما يتصل بدراسة ماهية العقد الإدارى فإننا نقسم هذه الدراسة إلى فصول ثلاثة:

الفصل الأول: معيار تمييز العقد الإدارى.

الفصل الثانى: ماهية عقد التوريد الإدارى وأنواعه.

الفصل الثالث: أركان عقد التوريد الإدارى.

---

(١) - Jéze, les Principes generaux du droit administratif, 1934, Paris, Marcel Giard, Premiere Partie, p. 3.

(٢) ويرى البعض من الفقه أن معيار تمييز العقد الإدارى يجد أهميته حتى فى الدول التى لا تعرف نظام الازدواج القضائى ولكنها تأخذ بمبدأ استقلال القانون الخاص عن القانون العام كالمغرب حيث يترتب على تحديد طبيعة العقد تحديد القانون الواجب التطبيق. يراجع فى ذلك ثورية لعيونى، معيار العقد الإدارى، رسالة دكتوراه، عين شمس، عام ١٩٨٧، ص ٥.

الفصل الأول

معيار تمييز العقد الإدارى

مرت نظرية العقد الإدارى بمراحل متعاقبة، فحيثما كانت هذه النظرية فى طور الميلاد استلزم الأمر تدخل المشرع الفرنسى بالنص على اختصاص مجلس الدولة الفرنسى بنظر المنازعات المتعلقة ببعض العقود التى تبرمها الإدارة دون النظر لطبيعة هذه العقود وهو ما يطلق عليها مرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون(١).

وإذا كان مسلك المشرع الفرنسى قد أملته بعض الاعتبارات الخاصة بنشأة مجلس الدولة الفرنسى وبنشأة القانون الإدارى ذاته فى فرنسا من ناحية، ورغبته أيضا فى إضفاء مبادئ متميزة على بعض العقود نزولا على ملاءمات وظروف العمل الإدارى العام من ناحية أخرى(٢)، فإن الأمر جد مختلف بالنسبة للمشرع المصرى على ما سنرى.

بيد أن الحقيقة التى لا مراء فيها أن كل من القضاء والفقه فى فرنسا - وتبعهما القضاء والفقه فى مصر - قد ساهما إلى حد كبير فى وضع معيار

---

(١) انظر: د. سليمان الطماوى الأسس العامة للعقود الإدارية الطبعة الخامسة ١٩٩١، ص ٤٨ ومابعدها - د. عزيزة الشريف، دراسات فى نظرية العقد الإدارى، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨١، ص ٥. ثورية لعيونى، المرجع السابق ص ٣٥.

(٢) فى الفقه الفرنسى انظر:

- Jéze, op.cit. p. 5.
- Pequignot: Théorie générale du contrat administratif 1945. Paris, p. 61 et suiv.
- Andre De Laubadère: Traité théarique et pratique des contrats administratifs, 1956, Paris Tome 1 p. 29 et suiv.

- وفى الفقه المصرى انظر:

د. ثروت بدوى، النظرية العامة فى العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، طبعة ١٩٦٣، ص ١٧.

لتمييز العقود الإدارية عن عقود الإدارة الخاصة، ويقتضى تتبع المراحل التى مر بها معيار تمييز العقد الإدارى تقسيم الدراسة إلى مبحثين، يتبعهما مبحث خاص بشأن رأينا فى المعيار المميز للعقد الإدارى، وعلى ذلك تنقسم الدراسة إلى:

المبحث الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون.

المبحث الثانى: المعيار القضائى فى تمييز العقود الإدارية.

مبحث خاص: رأينا فى المعيار المميز للعقد الإدارى.

المبحث الأول

العقود الإدارية بتحديد القانون

Les contrats administratifs par

determination de la loi

تنحصر فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون فى أن المشرع هو الذى يأخذ على عاتقه مهمة النص على اختصاص القاضى الإدارى بنظر نوع معين من العقود دون النظر لطبيعتها الذاتية، أى أن معيار العقد الإدارى كان معيار اختصاص، والاختصاص يحدده المشرع فيكون العقد إداريا إذا كان المشرع قد جعل الاختصاص بشأنه للمحاكم الإدارية وفقا لنص قانونى[١].

وعلى ذلك يمكن تعريف العقود الإدارية بتحديد القانون بأنها تلك العقود التى تبرمها الإدارة العامة وتدخل فى اختصاص القضاء الإدارى بنص القانون دون النظر لطبيعتها الذاتية.

وترجع نشأة فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون - سواء فى فرنسا أو فى مصر - إلى أن القانون الإدارى ذاته كان يقوم على أساس التفرقة بين أعمال

---

(١) د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٧.

السلطة Les actes d'autorité والتصرفات العادية Les actes de gestion. آية ذلك أن جميع الأعمال التى كانت تقوم بها الإدارة بصفتها سلطة عامة تعتبر من مجالات القانون العام، أما الأعمال التى تشترك الإدارة فى القيام بها مع الأفراد - ومن بينها العقود - فهى تدخل ضمن مجالات القانون الخاص(١).

ورغم تشابه أسباب نشأة النظرية فى كل من فرنسا ومصر، إلا أن ثمة اختلاف فيما بينهما من حيث التطبيق ويستلزم توضيح هذا الاختلاف تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون فى فرنسا.

المطلب الثانى: الوضع فى مصر.

المطلب الأول

العقود الإدارية بتحديد القانون

فى فرنسا

الحقيقة أنه لا يمكن الحديث عن وجود قانون إدارى فى فرنسا قبل صدور دستور ٢٢ (فريمير Frimaire) من السنة الثامنة لإعلان الجمهورية الذى بمقتضاه أنشأ نابليون مجلس الدولة ومجالس الأقاليم(٢)، وقد حدد هذا الدستور مهمة مجلس الدولة فى أمرين:

---

(١) د. عبد الحميد حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، بحث منشور بمجلة العلوم الإدارية، السنة الرابعة، العدد الثانى، ديسمبر عام ١٩٦٢، ص ٧٦.

(٢) انظر: د. وحيد فكرى رأفت، مجلس الدولة كمحكمة إدارية عليا، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الحادية عشر سنة ١٩٤١، ص ٣٨٢ ومابعدها.

- د. محمد عبد الحميد أبوزيد، الطابع القضائى للقانون الإدارى، دراسة مقارنة، دار الثقافة العربية، طبعة ١٩٨٤، ص ٤٣.

- ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ٥٠.

الأول: أن يكون المستشار القانونى للحكومـــــــــة.

الثانى: النظر فى المنازعات الإدارية التى تعرض عليه.

ثم صدر قانون ٢٤ مايو عام ١٨٧٢ متضمناً الاعتراف بالصفة القضائية لمجلس الدولة وجعل أحكامه قطعية غير متوقفة على تصديق سلطة أخرى.

وقد ترتب على صدور هذا القانون أن أصبح النظام القضائى الفرنسى مزدوجاً حيث القضاء العادى ويفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الأفراد، ثم القضاء الإدارى ويفصل فى المنازعات التى تكون الإدارة - بإعتبارها مزودة بالسلطة العامة - طرفاً فيها.

وعلى ذلك تحدد اختصاص القضاء الإدارى بالنظر إلى نوع التصرف الذى تجريه الإدارة فإذا ما تصرفت الإدارة باعتبارها سلطة عامة انعقد الاختصاص بنظر المنازعات التى تنشأ عن هذا التصرف للقضاء الإدارى، فى حين أنها إذا نزلت منزلة الأفراد وحاكت تصرفاتهم انعقد الاختصاص بشأن المنازعات الناجمة عن هذا التصرف للقضاء العادى. وقد ترتب على ذلك أن صارت التفرقة بين أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية هى معيار اختصاص القضاء الإدارى، بل أصبح معيار السلطة العامة هو أساس القانون الإدارى.

مفهوم نظرية أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية:

كان أول ظهور لهذه النظرية فى تقرير مفوض الحكومة David فى قضية Blanco حيث نادى بوجوب التفرقة بين الدولة «سلطة عامة» والدولة «شخصاً مدنياً» باعتبارها مالكاً أو متعاقداً[١]، ولكن تطور هذه الفكرة الجوهرية يؤرخ بتقرير مفوض الحكومة Romieu فى قضية Terrier عام ١٩٠٣[٢].

---

(١) انظر د. أحمد يسرى - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسى، طبعة ١٩٩١، منشأة دار المعارف، ص ١٩.

(٢) انظر: د. أحمد يسرى، المرجع السابق، ص ٧٤.

ويتحدد مفهوم نظرية أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية فى أن الإدارة تعبر عن إرادتها بإحدى صورتين[١]:

الأولى: وتظهر فيها الإدارة كصاحبة سلطة حيث تصدر من الأوامر بما تتمتع به من سيادة وذلك لكفالة الأمن واحترام النظام ومثال هذه الأعمال لوائح الضبط والبوليس Les reglemert de police ولا يجوز - احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات - اسناد الاختصاص بنظر هذه الأعمال للمحاكم العادية.

الثانية: تظهر فيها الإدارة كفرد عادى حيث تتخلى عن سلطاتها وتبقى تصرفاتها فى دائرة القانون الخاص، ومثال ذلك إدارتها لدومينها الخاص، والعقود التى تبرمها، وهى فى ذلك - شأنها شأن الأفراد - تخضع فى منازعاتها للقضاء العادى.

وترتكز النظرية من الناحية القانونية على أساسين[٢]:

الأول: أن تدخل القاضى العادى فى أعمال جهة الإدارة وهى تباشر عملا من أعمال السلطة العامة يعد اهداراً لاستقلال الإدارة ويمثل اعتداءً من جانب هذا القضاء على جهة الإدارة.

الثانى: أن أعمال السلطة العامة وحدها هى التى تستلزم وجود قانون إدارى متميز عن القانون المدنى وقاض متخصص، ومن ثم يتعين أن تكون هى وحدها مناط اختصاص القضاء الإدارى.

أما أعمال الإدارة العادية فإن الإدارة تمارسها فى نفس الظروف التى يمارس فيها الأفراد نشاطهم ولا تستخدم سلطتها العامة ومن ثم لا يوجد ما يبرر اخضاعها للقضاء الإدارى وإنما يختص بها القضاء العادى.

---

(١) انظر: ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) انظر: مستشار محمود سلامة جبر، المنازعة الإدارية وحل اشكالات تنازع الاختصاص فى المجالين الإدارى والمدنى، بحث منشور بمجلة قضايا الحكومة، العدد الرابع، السنة الرابعة والعشرون، أكتوبر ١٩٨٠، ص ٨١.

وقد أوضح «لافريير»[١] مضمون النظرية فى مجال العقود بقوله «أن العقود التى تبرمها الإدارة لتسيير المرافق العامة وتنفيذ الأشغال العامة هى تصرفات عادية، فالصالح العام يحركها ولكن السلطة العامة لا تتدخل، وأن الإدارة تأخذ ثلاث صفات مختلفة عندما تتعاقد فإما أنها تتصرف لإدارة دومينها الخاص والعقود المبرمة بصدده من عقود القانون الخاص إلا إذا كان هناك استثناء، وإما إنها تتصرف لإدارة مرفق عام والعقد هنا خاص دون استثناء، وإما إنها تتصرف كسلطة عامة ويكون توافق إرادتها مع الغير مجرد ملحق للتصرف الإدارى الذى تقوم به لأن عمل السلطة العامة يهيمن على العقد الذى يعد إدارياً بطبيعته».

تقدير النظرية:

ذهب جانب من الفقه إلى أن الأساس الذى قامت عليه النظرية استناداً إلى التفرقة بين أعمال السلطة العامة وبين أعمال الإدارة العادية جاء صحيحاً، فالإدارة لا تكون جديرة بحماية القضاء الإدارى إلا حين تظهر فى تصرفاتها بمظهر السلطة العامة وتجد ما يبرر منع المحاكم العادية من نظر تصرفاتها، أما حين تتجرد من مظاهر السلطة العامة وتنزل منزلة الأفراد العاديين فإن القضاء العادى يكون هو الأجدر بنظر منازعاتها[٢].

ويرى الفقيه «بيكينيو» أن النظرية تعتمد على الإجراء الإدارى لتحديد قواعد الاختصاص الإدارى، والإجراء الإدارى هو سر العقد الإدارى[٣].

غير أن غالبية الفقه قد انتقد النظرية حيث ذهب الفقيه «جيز» إلى

---

(١) Laferrière, traité de la juridiction administratif, T.I, 2é ed. 1890, Paris. p. 484.

(٢) د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٢٠، م. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص٨٢.

(٣) - Pequignot: op.cit., p. 29.

- ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ٥٧.

أن أسس النظرية غير موجودة إذ أن مفهوم السلطة العامة مثل مفهوم السيادة وهى أفكار تجريدية بعيدة عن الأفكار الواقعية التى يتميز بها القانون، كما أن النظرية تضيق من اختصاص القضاء الإدارى لأن مفهوم السلطة العامة فى ذلك الوقت كان مقصوراً على مجموعة الأوامر والنواهى، وبذلك أخرجت العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإدارى رغم ما قد تتضمنه من عناصر ومظاهر السلطة العامة(١).

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة للنظرية إلا أننا نرى أنها مازالت تحتل مكاناً بارزاً فى القانون الإدارى خاصة بعد إدخال بعض التعديلات عليها بما يتناسب والتطورات المعاصرة وذلك على ما سنرى عند بحث المعيار القضائى فى تمييز العقد الإدارى.

مسلك المشرع الفرنسى:

على ما يبدو أن المشرع الفرنسى لم يكن قانعا بصلاحية النظرية لوضع ضوابط اختصاص القضاء الإدارى، كما أنه أراد اخضاع بعض العقود لمبادئ متميزة يراعى فيها مجلس الدولة ملاءمات وظروف العمل الإدارى العام(٢)، فأصدر العديد من التشريعات التى تضمنت النص على اختصاص المحاكم الإدارية بنظر منازعات بعض العقود مثل:

١- قانون ٢٨ بليفوز السنة الثامنة بشأن عقد الأشغال العامة Marché des travaux publics حيث نصت المادة الرابعة من هذا القانون على اختصاص مجالس الأقاليم بالمنازعات التى تنشأ بين مقاول الأشغال العامة والإدارة والمتعلقة بتنفيذ مشروع العقد المبرم بينهما.

٢- مرسوم ١٨٠٦/٦/١١ بشأن عقود التوريد Marchés des Fourni-tures حيث نصت المادة (١٣) من هذا المرسوم على اختصاص المحاكم الإدارية

---

(١) انظر: - Jéze, op.cit., p. 307.

(٢) انظر: د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٢٠.

بنظر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التى تبرمها الدولة.

وبموجب هذا النص صار مجلس الدولة الفرنسى مختصاً بنظر منازعات عقود التوريد التى تبرمها الدولة دون عقود التوريد التى تبرمها الهيئات المحلية والتى ظلت خاضعة لاختصاص القضاء العادى، ولا يمكن تبرير التفرقة بين عقود التوريد التى تبرمها الدولة وبين عقود التوريد التى تبرمها الهيئات المحلية إلا فى ضوء النظرة إلى هذه الأخيرة حيث كان ينظر إلى هذه الهيئات على أنها مجرد جمعيات خاصة تدير مصالح خاصة وليست تستهدف الصالح العام[١]. وعلى ذلك فإن عقود التوريد التى تبرمها الدولة هى عقود إدارية بنص القانون لا تحتاج إلى معيار لتميزها.

٣- عقود القرض العام Les contrats d'empront public التى تبرمها الدولة: حيث نص القانون الصادر فى ١٧/٧/١٧٩٠، ٢٦/٩/١٧٩٣ على اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات المتعلقة بعقود القرض العام التى تبرمها الدولة فى حين ظلت المنازعات المتعلقة بعقود القرض التى تبرمها الهيئات المحلية من اختصاص القضاء العادى.

٤- العقود التى تتضمن شغلا للدومين العام Les contrats comportant ocupation du domaine public حيث أورد المرسوم بقانون الصادر بتاريخ ١٧/٦/١٩٣٨ فى الفقرة الأولى النص على أن «تخضع لاختصاص مجالس الأقاليم - دون احالة إلى مجلس الدولة - المنازعات المتعلقة بعقود شغل جزء من الدومين العام أياً كان شكلها أو تسميتها والتى تبرمها الدولة أو الأقاليم أو المؤسسات العامة أو ملتزمى هذه المؤسسات.

وبصدور هذه القوانين تكون قد تبلورت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون بجوار نظرية التفرقة بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية كضابط عام لتحديد اختصاص القاضى الإدارى وتمييز ما يدخل فى اختصاصه عما يدخل فى اختصاص القاضى العادى صاحب الولاية العامة.

---

(١) د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٢٣.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن تصور الوضع فى فرنسا خلال الفترة من عام ١٨٧٢ حتى ١٩٣٨/٦/١٧ على النحو التالى:

أولا: أن العقود التى تبرمها الإدارة هى مجرد تصرفات عادية دون النظر لطبيعة أطرافها والقاعدة أن القضاء العادى هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود إلا ما استثناه المشرع بنص خاص وجعل الاختصاص بنظرَه لمجلس الدولة أو المحاكم الاقليمية.

ثانيا: أن الأصل فى تحديد اختصاص مجلس الدولة هو أن اختصاصه يقتصر على المنازعات المتعلقة بأعمال السلطة العامة، بالاضافة إلى المنازعات المتعلقة بأعمال الإدارة العادية كالعقود التي ينص المشرع على اختصاص مجلس الدولة بها، وترتب على ذلك وجود نظامين قضائيين إداريين:

١- قضاء إدارى بطبيعته: ويختص بأعمال السلطة العامة.

٢- قضاء إدارى بتحديد القانون: ويختص بالمنازعات التى أخرجت من اختصاص المحاكم العادية بناء على نص قانونى ومثال ذلك العقود الإدارية بتحديد القانون.

وإذا كان ما سبق هو تصوير للواقع الفرنسى فى ذلك الوقت، فإن هذا التصوير لا يكون مكتملا إلا بعد إيضاح موقف القضاء الفرنسى من هذا الواقع.

موقف القضاء الفرنسى:

اتسم موقف مجلس الدولة الفرنسى بقدر كبير من المرونة حيال اختصاصه بنظر العقود الإدارية بقوة القانون، وكذلك أخذه بنظرية التفرقة بين أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية.

وفيما يتعلق بموقف مجلس الدولة الفرنسى حيال نظرية العقود الإدارية بتحديد القانون، فقد بذل المجلس جهداً كبيراً فى توسيع دائرة اختصاصه، فقاس على العقود المنصوص عليها عقود أخرى لم يرد بشأنها نص، آية ذلك

أنه وفقاً لنص المادة الرابعة من قانون ٢٨ بليفوز للسنة الثامنة فقد كانت جميع المنازعات التى تنشأ بمناسبة الأشغال العامة من اختصاص مجالس الأقاليم إلا أن القانون المذكور لم يكن يتضمن تحديداً لما يدخل فى مدلول الأشغال العامة، واستغل المجلس هذه الفرصة وتوسع فى تحديد مدلول الأشغال العامة توسعاً من شأنه أن أدخل فى اختصاصه كل عقد يتضمن عنصراً من عناصر الأشغال العامة(١). فقد اعتبر المجلس قيام البلدية بترميم منازل آيلة للسقوط مملوكة للأفراد وعلى حسابهم من قبيل أعمال الأشغال العامة(٢).

غير أن مسلك مجلس الدولة فى توسيع اختصاصه على النحو المتقدم كان قاصراً على العقود التى تعتبر إدارية بطبيعتها ولم يلتزم هذا المسلك حيال تلك العقود التى تعتبر وفق خصائصها الذاتية من عقود القانون الخاص ولكن المشرع أدخلها فى اختصاص مجلس الدولة حيث كان المجلس يضيق من اختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بتلك العقود(٣).

ويبدو أن مسلك مجلس الدولة على النحو المتقدم كان يسير على نهج محكمة التنازع حيث قضت بحكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٥/٣/٢٨ فى قضية «إفمييف» باعتبار الأشغال التى تقوم بها الجمعيات التعاونية للتعمير أشغالاً عامة رغم ورودها على عقارات خاصة واتمامها بأرصدة خاصة ومدت اختصاص مجلس الدولة بنظر هذا النزاع(٤).

---

(١) انظر: د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) - C.E: 12 Avr. 1957, Mimouni, Rec. p. 262, concl Tricot.
كما مد المجلس اختصاصه بنظر عقد المساهمة فى مشروع عام، وامتياز تنظيف الطرق، وعقود تشغيل الساجين وهى عقود تحتوى على عنصر ثانوى من عناصر الأشغال العامة. لمزيد من التفاصيل انظر: د. ثروت بدوى، الاشارة السابقة.

(٣) انظر: د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربى، طبعة ١٩٨٤، ص٤٩.

(٤) انظر: د. أحمد يسرى، المرجع السابق، ص ٥٠٩.

وفيما يتعلق بموقف مجلس الدولة الفرنسى حيال التفرقة بين أعمال السلطة العامة وبين أعمال الإدارة الخاصة فقد ظل مجلس الدولة الفرنسى يطبق هذه النظرية حيث يختص بنظر المنازعات المتعلقة بأعمال السلطة العامة دون أعمال الإدارة الخاصة. وظل على هذا الحال حتى تاريخ ١٨٥٥/١٢/٦ حيث صدر حكم «روتشيلد» Rotschild متخذاً من فكرة المرفق العام معياراً جديداً لتحديد اختصاص القضاء الإدارى فى مجال دعاوى المسئولية الإدارية غير التعاقدية، ثم تأكد هذا المعيار بالحكم الصادر بتاريخ ٨ فبراير ١٨٧٣ من محكمة التنازع فى قضية «بلانكو» Blonco[١].

- ثم صدر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Terrier بتاريخ ٦فبراير ١٩٠٣ معلناً اعتناق المجلس لفكرة العقود الإدارية بطبيعتها، وخضوع العقود التى تبرمها الجماعات المحلية لاختصاص مجلس الدولة إذا كانت عقود إدارية بطبيعتها[٢].

المطلب الثانى

الوضع فى مصر

أخذت مصر - عن فرنسا - بنظام القضاء المزدوج، وذلك اعتباراً من السابع من أغسطس عام ١٩٤٦ وهو تاريخ صدور القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة، ورغم صعوبة الحديث عن وجود قواعد للقانون الادارى بالمعنى الفنى قبيل انشاء مجلس الدولة، إلا أنه يمكن القول بظهور بعض مبادئ القانون الإدارى بين ثنايا الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم المدنية قبل الأخذ بنظام القضاء المزدوج.

---

(١) T.C. 8 févr. 1873. Blanco. Rec. p. 61. concl. David.

(٢) C.E. 6 févr. 1903. Terrier. Rec. p. 94. concl. Romieu.

حيث قرر مفوض الحكومة «روميو» فى تقريره أن كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة بمعناها الحقيقى عامة أو محلية يكوّن عملية إدارية، هي بطبيعتها من اختصاص القضاء الإدارى.

وعلى ضوء ذلك يتعين تقسيم هذه الدراسة إلـــى مرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبـل انشاء مجلس الدولة المصرى.

المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد انشاء مجلس الدولة المصرى.

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل انشاء مجلس الدولة المصرى:

كان من الطبيعى أن يختص القضاء المدنى بنظر عقود الإدارة فى تلك المرحلة وذلك نظراً لعدم وجود قضاء متخصص بنظر مثل هذه العقود، كما كان طبيعياً أن يطبق هذا القضاء قواعد القانون المدنى على هذه العقود وذلك لعدم وجود قانون إدارى بالمعنى الفنى.

وقد جاء مسلك القضاء المدنى حيال عقود الإدارة متأثراً بالنظريات التى كانت سائدة فى هذه المرحلة، حيث تأثر هذا القضاء بنظرية أعمال السلطة وأعمال الإدارة، كما تأثر بمبدأ سلطان الإرادة[1] Principe de l'autonomie de la volonté الذى كان أساس علم القانون فى ذلك الوقت.

ويتجلى تأثر القضاء بنظرية أعمال السلطة وأعمال الإدارة فى أنه قد اعتبر جميع العقود التى تبرمها الدولة من قبيل التصرفات العادية التى تخضع لأحكام القانون المدنى فيما لم يرد بشأنه نص فى العقد. لذلك نجد المحاكم العادية - أهلية ومختلطة -قد التزمت بصريح نص المادة ١٤٢من القانون المدنى القديم والتى أقرت أن العقد شريعة المتعاقدين لايجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وتطبيقا لذلك فقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة[2] الحكم

---

(١) د.عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ٧٩. ومؤدى مبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانونى وأنها سيدة فى تحديد آثار التصرف الذى تجريه فى الحدود التى لا تمس الغير. انظر فى ذلك د.عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، طبعة ١٩٨٤، بدون دار نشر، ص ٤٢.

(٢) حكم محكمة الاستئناف المختلفة الصادر بجلسة ١٨٩٤/٦/١٣ - مشار إليه د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٣٣.

الصادر من محكمة أول درجة برفض طلب جهة الإدارة بنقل مذبح بورسعيد خارج المدينة نزولا على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. كما أنكر القضاء على الإدارة حقها فى تعديل تعريفة الأسعار فى عقد التزام المرافق العامة(١).

كما تجلى تأثر القضاء بمبدأ سلطان الإرادة فيما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من رفض طلب شركة مياه الاسكندرية رفع الرسوم المتفق عليها فى وثيقة الالتزام استناداً إلى الارتفاع الفاحش فى نفقات الشركة(٢).

على أن ثمة تطور قد لحق بمسلك القضاء حيث اتجهت أحكامه نحو الاعتراف بوجود قانون إدارى يحكم المنازعات التى تكون الإدارة طرفاً فيها، وقد بدأ هذا التطور باعتراف المحاكم العادية بحق جهة الإدارة فى أن تضمن عقودها شروطا غير مألوفة فى العقود التى تبرمها مع الأفراد حيث قضت محكمة الاستئناف المختلطة بصحة الشرط الوارد فى عقد توريد علف والذى كان يعطى الإدارة سلطة تعديل الكميات المتفق على توريدها من العلف بل إن المحكمة قد ذهبت إلى أكثر من ذلك واعتبرت أن مثل هذا الشرط من الشروط التى يجب على الإدارة ألا تغفلها فى عقودها(٣).

على أن هذا التطور فى مسلك القضاء المصرى لم يتمخض عن نظام قانونى واضح المعالم للعقود الإدارية يميزها عن عقود القانون الخاص(٤).

---

(١) حكم محكمة القاهرة الابتدائية المختلطة الصادر بتاريخ ١٨٩٦/٣/٢ والمؤيد بحكم محكمة الاستئناف الصادر بتاريخ ١٨٩٦/٦/٣.

(٢) حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر بجلسة ١٩٢٤/٣/٣١.

(٣) حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ١٩٢٤/١١/٢٧، وقد أشار إلى هذه الأحكام د. ثروت بدوى، المرجع السابق ص ٣٤ ومابعدها.

(٤) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٣٨.

المرحلة الثانية، مرحلة ما بعد انشاء مجلس الدولة:

جاء القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة خالياً من النص على اختصاص هذا المجلس بنظر منازعات العقود الإدارية، وظلت خاضعة لاختصاص القضاء العادى إلى أن صدر قانون مجلس الدولة رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ حيث نصت مادته الخامسة على أن: تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد، ويترتب على رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية، كما يترتب على رفعها إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإدارى.

ويلاحظ على هذا النص ما يأتى:

١- أن اختصاص مجلس الدولة بالعقود الإدارية قد جاء قاصراً على الاختصاص بنظر ثلاثة عقود فقط هى: عقود الالتزام، والأشغال العامة، والتوريد الإدارية.

٢- أن اختصاص مجلس الدولة بنظر العقود الثلاثة سالفة الذكر كان مشتركاً مع القضاء العادى، وهو ما يؤدى - بلا شك - إلى التضارب فى تأصيل الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية.

٣- أن اختصاص مجلس الدولة بنظر العقود المشار إليها ظل مرهونا بمشيئة رافع الدعوى الذى له حق اختيار المحكمة التى يرغب فى عرض نزاعه عليها، والقيد الوحيد فى ذلك هو عدم جواز رفع الدعوى أمام المحكمة الأخرى إذا ما قام برفع الدعوى أمام إحدى جهتى القضاء.

٤- قصر هذا القانون اختصاص مجلس الدولة بنظر العقود الإدارية على المنازعات التى تنشأ بين الحكومة وبين المتعاقد معها، وظلت المنازعات التى تنشأ بين الإدارة والغير، أو بين المتعاقد والغير من اختصاص القضاء العادى.

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه هو هل عرفت مصر فكرة العقود الإدارية

بتحديد القانون من خلال نص المادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ سالفة الذكر؟

ذهب رأى فى الفقه إلى أن المادة الخامسة المشار إليها قد أقرت مبدأ العقود الإدارية بتحديد القانون حينما أوردت النص على اختصاص مجلس الدولة بالعقود سالفة الذكر(١).

وذهب رأى آخر(٢) - وبحق - إلى أن صياغة نص المادة الخامسة سالفة الذكر توحى بأن العقود الثلاثة الواردة بها هى عقود إدارية بتحديد القانون، ولكن العكس هو الصحيح. ذلك أن عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة هى دائماً عقود إدارية طبقاً لخصائصها الذاتية ولصلتها الوثيقة بمبادئ القانون العام، أما بالنسبة لعقد التوريد فقد يكون إدارياً وقد يكون غير ذلك، ولهذا فقد حرص المشرع على أن ينعته صراحة بصفة الإدارية، مما مفاده عدم اختصاص مجلس الدولة بنظر عقود التوريد غير الإدارية، وذلك على العكس من مسلك المشرع الفرنسى الذى عقد الاختصاص لمجلس الدولة بنظر عقود التوريد التى تبرمها الدولة حتى ولو كانت هذه العقود غير إدارية، بينما أخرج من اختصاص مجلس الدولة عقود التوريد التى تبرمها الهيئات المحلية حتى ولو كانت هذه العقود إدارية.

ولا شك فى صحة الرأى القائل بأن النظام المصرى لم يعرف فكرة العقود

---

(١) يراجع فى ذلك د. عمر حلمى فهمى، معيار تمييز العقد الإدارى، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٣، ص ٢٧.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٥١، ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ٦٩، وقد تبنت المحكمة الإدارية العليا هذا الرأى فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٢/٣/٣١ فى الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق حيث قضت بأن شروط تمييز العقد الإدارى تسرى بالنسبة للعقود المسماه فى القانون فإذا كان العقد المسمى مبرماً لتحقيق مصلحة خاصة وليس فى نصوصه شروط غير مألوفة فى القانون الخاص فهو عقد من عقود القانون الخاص وتخرج المنازعة بشأنه من ولاية القضاء الإدارى.

الإدارية بتحديد القانون. آية ذلك أن ثمة نصوص أخرى قررت عقد الاختصاص لمجلس الدولة بالعقود الإدارية، فإذا كانت المادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ قد قررت اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد الإدارى التى تنشأ بين الحكومة وبين المتعاقد معها، فإن ثمة رقابة وقائية لقسم الرأى بمجلس الدولة قررها القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات حيث نصت المادة ٢/٢ منه على أن: «يجب أن يشترك فى عضوية لجان البت موظف فنى بقسم الرأى بمجلس الدولة يختاره رئيس الشعبة المختصة متى زادت قيمة المناقصة عن ٢٠٠٠٠٠ جنيه ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضوره وممثل وزارة المالية والاقتصاد».

كما نصت المادة (١٠) من ذات القانون على أنه: «لا يجوز ابرام عقد دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة فيما يجب فيه أخذ هذا الرأى إلا إذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل له، إذا كانت هذه الشروط فى الحالتين لم يحصل فيها أى تعديل».

ويؤيد هذا الرأى أن العقود التى تناولها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات سالف الذكر لم تقتصر على عقدى الأشغال العامة والتوريد وإنما تناولت عقود أخرى بحسب نص المادة (١١) من هذا القانون والتى تناولت عقود بيع الأصناف والمهمات بطريق المزاد، وعقود النقل.

وتجدر الاشارة إلى أنه - مثلما فعل مجلس الدولة الفرنسى بشأن مد اختصاصه بنظر بعض العقود التى لم يدخلها المشرع فى اختصاصه - فقد مدت محكمة القضاء الإدارى اختصاصها إلى عقود لم ترد فى نص المادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ سالف الذكر - وهو عقد المعاونة - استناداً إلى ارتباطه بعقد الأشغال العامة حيث قضت بأن المنازعة موضوع الدعوى إنما نشأت عن العقد الإدارى الذى تعهد فيه المدعون بالمساهمة فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة عن طريق هبة الأرض التى يقام عليها المشروع ومبلغ

من المال، فهى منازعة وثيقة الارتباط بعقد الأشغال العامة وبالتالى تندرج فيما تختص المحكمة بنظره(١).

وإزاء الانتقادات التى وجهت إلى نص المادة الخامسة سالفة الذكر فقد حرص المشرع على تلافى هذه الانتقادات فى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة حيث نصت المادة العاشرة منه على أن: يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر.

وقد بقى هذا النص رقماً ولفظاً فى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة إلا أنه يلاحظ على هذا النص أمران:

الأول: أن المشرع أعطى مجلس الدولة دون غيره ولاية الفصل فى منازعات العقود الإدارية، وبذلك لم تعد المحاكم العادية شريكة لمجلس الدولة فى الاختصاص بنظر العقود الإدارية، وهو الأمر الذى أتاح لمجلس الدولة عبر تاريخه تشييد نظرية متكاملة للعقود الإدارية من خلال توحيد المبادئ والأحكام الخاصة بالعقود الإدارية.

الثانى: أن المشرع جعل اختصاص مجلس الدولة شاملا لكافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، إذ بعدما أورد أمثلة على اختصاص مجلس الدولة بعقود الالتزام والأشغال والتوريد، أضاف إلى ذلك اختصاصه بأى عقد إدارى آخر.

وقد التزم المشرع المصرى ذات النهج فى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة مع اختلاف بسيط فى الصياغة مرده الاختلاف فى توزيع الاختصاص بين محاكم مجلس الدولة، حيث نصت المادة ١٠/١١ من هذا القانون على أن: «تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢١٣ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥١/١٢/٢٦، مجموعة أحكام المجلس، السنة السادسة، ص ٢١٤.

الآتية: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر».

ونص فى المادة ٣/١٤ منه على أن: «تختص المحاكم الإدارية بالفصل فى المنازعات الواردة فى البند الحادى عشر من المادة (١٠) متى كانت قيمة المنازعة لا تجاوز خمسمائة جنيه».

وكانت النتيجة المترتبة على استعمال المشرع عبارة «أى عقد إدارى آخر» أن انشغل الفقه والقضاء بمحاولات إيجاد معيار حاسم لتمييز العقد الإدارى عن غيره من العقود التى تبرمها الإدارة، وقد أجهدت هذه العبارة الفقه والقضاء فى سبيلهما لإيجاد معيار لتمييز العقد الإدارى.

المبحث الثانى

المعيار القضائى فى تمييز

العقود الإدارية

مدى الحاجة إلى معيار لتمييز العقود الإدارية:

سبق أن ذكرنا أن الإدارة تبرم نوعين من العقود: عقود إدارية حيث تتمتع فيها الإدارة بمظاهر السلطة العامة وينعقد الاختصاص بشأنها لمجلس الدولة، وعقود خاصة تنزل بها الإدارة منزلة الأفراد ويختص بنظرها القضاء العادى.

وثمة اتجاه حديث فى الفقه الفرنسى[١] «يرى أن تقسيم عقود الإدارة إلى عقود قانون خاص وعقود قانون عام لا يستند إلى اختلاف فى طبيعة كلا النوعين، وإنما هو تقسيم مصطنع يجد أساسه فى فكرة الاختصاص القضائى[٢]، وقد كان الهدف الحقيقى من هذا التقسيم فيما مضى هو

---

(١) Jeon Lamarque, Les difficultés Présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit prive. A.J.d.A, 1961, p. 121.

Charles Debbasc, Le droit administratif, 2e edition 1971, p. 345.

(٢) Jacquelin, cour de droit administratif, 1997, p. 85 et suivantes.

1997, p. 85 et suivontes.

التخفيف من العبء الذى كان يلقى على عاتق مجلس الدولة الفرنسى».

ويستطرد هذا الرأى بأن ثمة صعوبات تواجه مسألة تحديد جهة الاختصاص فى حالة الابقاء على تقسيم الإدارة الخاصة والإدارة العامة، وبالتالى عقود الإدارة الخاصة والعقود الإدارية. وتنحصر هذه الصعوبات فى أمرين[١]:

الأول: ويتمثل فى استحالة الاتفاق على معيار موحد لتمييز عقود الإدارة الخاصة عن العقود الإدارية بالاضافة إلى عدم امكان تحديد جوهر ذلك المعيار.

الثانى: صعوبات تتصل بإجراءات النظام القضائى لعقود القانون الخاص من حيث تداخل الاختصاص بين المحاكم العادية وبين المحاكم الإدارية فيما يتعلق بالمسائل الأولية، وصعوبات أخرى تتعلق بفكرة الاختصاص بكل عناصر الموضوع حيث ظهرت مشكلة تحديد جهة القضاء المختصة بنظر دعاوى مسئولية الإدارة الناشئة عن تنفيذ عقود القانون الخاص فى مواجهة الغير.

وينتهى هذا الرأى إلى ضرورة توحيد جهة الاختصاص فى مجال عقود الإدارة (سواء كانت عقود خاصة أو عقود إدارية) وأن يختص القضاء الإدارى وحده لمقدرته ولما يحققه من ضمانات للمتقاضين وللتغلب على الصعوبات المتعلقة بمسألة توزيع الاختصاص بين جهتى القضاء، ومن ثم تنتفى الحاجة إلى البحث عن معيار لتمييز العقود الإدارية عن عقود الإدارة الخاصة.

وقد وجد هذا الرأى صدى له فى الفقه المصرى الحديث[٢] حيث ذهب هذا الرأى إلى أنه مع التسليم بوجود فوارق جوهرية بين نوعى العقود التى تبرمها الإدارة وذلك فيما يتعلق بالنظام القانونى الذي يحكم كل نوع منهما وأن

---

(١) لامارك، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، رسالته القيّمة بعنوان: الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد الإدارى، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٤، ص ١٠٦، وكذلك مؤلفه فى العقود الإدارية، طبعة ١٩٩٩، دار الثقافة الجامعية، ص ٩٢.

التمييز بينهما يبدو جوهرياً فى نتائجه، إلا أنه يستند إلى اعتبارات تاريخية تحكمها فى المقام الأول سياسة قضائية تهيمن على توزيع الاختصاص بين القضاء الإدارى والقضاء العادى، ويتمثل جوهر هذه السياسة القضائية - فيما يتعلق بعقود الإدارة فى فرنسا - فى ملاحظة مدى اتساع أو انكماش اختصاص مجلس الدولة الفرنسى، فإذا لوحظ أن اختصاص مجلس الدولة قد اتسع نتيجة اتباع ضابط معين بشكل ملحوظ يجاوز امكانات المجلس فى الفصل فى الدعاوى المنظورة أمامه، لعبت السياسة القضائية دورها من خلال تبنى أحكام مجلس الدولة الفرنسى لضوابط تقيد من اختصاصه إلى حد ما وبالعكس.

ويقوم هذا الرأى على فكرة جوهرية مؤداها أن التفسير الوحيد والمقبول للتمييز بين نوعى العقود التى تبرمها الإدارة إنما يجد أساسه فى اختلاف الوسيلة لا الغاية، فالصالح العام أو النفع العام هو دائما هدف الإدارة وغايتها، والاختلاف يكمن فى وسيلة تحقيق هذه الغاية. فإذا كانت الوسيلة المستخدمة من وسائل القانون الخاص فإن عقود الإدارة تكون عقود خاصة تخضع لأحكام القانون الخاص، وإذا كانت الوسيلة من وسائل القانون العام كانت العقود إدارية، وأمام نظرية وحدة الهدف، فإنه من العسير وضع معيار حاسم للتمييز بين نوعى العقود. وينتهى هذا الرأى إلى أنه ليس ثمة ما يحول بين القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أو فى مصر من التصدى للمنازعات المتعلقة بعقود الإدارة بنوعيها وذلك من وجهة النظر القانونية البحتة، إلا أن الأمر يرجع فى أوله وآخره إلى امكانات القضاء الإدارى الفعلية والواقعية سواء فى فرنسا أو فى مصر.

تقدير هذا الاتجاه:

مع تقديرنا الكامل لهذا الاتجاه الذى جاء بمعالجة غير تقليدية لفكرة المعيار المميز للعقد الإدارى، وقد امتاز هذا الرأى بأنه قد تبنى حلاً بسيطاً وسهلاً لمشكلة البحث عن معيار لتمييز العقد الإدارى، تلك المشكلة التى أجهدت القضاء فى فرنسا ومصر فى أكثر من اتجاه، واجتهد الفقه أيضاً سواء

فى فرنسا أو فى مصر فى تحليله العميق لاتجاهات القضاءين الفرنسى والمصرى عله يجد معياراً حاسماً لتمييز العقود الإدارية. وقد تصور هذا الرأى أن فى توحيد جهة الاختصاص بنظر نوعى العقود التى تبرمها الإدارة وجعله للقضاء الإدارى وحده ما يكفل لحل اشكالية البحث عن معيار لتمييز العقود الإدارية، وأنه فى ضوء هذا الحل لا حاجة للبحث عن مثل هذا المعيار.

ورغم ذلك، فإننا نرى أن هذا الاتجاه منتقد لأسباب عديدة:

أولا: أن الركيزة الأولى التى انطلق منها هذا الرأى وهى أن التفرقة بين عقود الإدارة الخاصة وعقودها الإدارية هى تفرقة مصطنعة تجد أساسها فى فكرة الاختصاص القضائى، فإن هذا التصور غير سليم، أية ذلك أن التفرقة بين عقود الإدارة الخاصة وعقودها الإدارية إنما هى تفرقة أملتها اعتبارات الحياة الإدارية ذاتها حيث تستطيع جهة الإدارة أن تختار - بمحض إرادتها - الوسيلة الفعالة لتحقيق أهدافها المتمثلة فى الصالح العام أو النفع العام، فإن هى أرادت التمتع بامتيازاتها وسلطاتها التى منحها إياها القانون العام أبرمت مع الأفراد من العقود ما يكفل لها التمتع بهذه الامتيازات والسلطات، وصار العقد - فى هذه الحالة - مبرماً بين طرفين غير متكافئين أحدهما يملك السلطة العامة والآخر لا يملك سوى الخضوع لهذه السلطة، أما إن هى أرادت النزول عن سلطاتها وامتيازاتها ونزلت منزلة الأفراد، فإنها تبرم عقداً خاصاً تهيمن عليه فكرة التكافؤ بين طرفيه فى الحقوق والالتزامات ولا تملك الإدارة حياله أكثر مما يملكه الفرد العادى.

إذن، فالتفرقة بين عقود الإدارة الخاصة وبين عقودها الإدارية ليست تفرقة مصطنعة كما تصورها الأستاذ «لامارك»، بل هى تفرقة أملتها اعتبارات الحياة الإدارية.

ثانيا: أما الركيزة الثانية التى استند إليها هذا الرأى والمتمثلة فى ضرورة إلغاء تقسيم الإدارة الخاصة والإدارة العامة وما يستتبع ذلك من ضرورة إلغاء التفرقة بين نوعى العقود والتى تبرمها الإدارة، فإن هذا القول لن يحل

المشكلة بل سيؤدى إلى الدخول فى مشكلة أخرى مؤداها تحديد القانون الواجب التطبيق على تصرف الإدارة، وهل نطبق على العقد الذى تبرمه الإدارة قواعد القانون الإدارى أم أحكام القانون المدنى؟ مع الأخذ فى الاعتبار النتائج المترتبة على تطبيق هذا القانون أو ذاك على عقود الإدارة، وهو الأمر الذى سلم به هذا الرأى من وجود فوارق جوهرية بين نوعى العقود التى تبرمها الإدارة فيما يتعلق بالنظام القانونى الذى يحكم كل منهما.

ثالثا: أن ما انتهى إليه هذا الرأى من أن عقد الاختصاص بنظر نوعى العقود التى تبرمها الإدارة للقضاء الإدارى سيغنى عن البحث عن معيار لتمييز العقد الإدارى هو حل لن يقضى على المشكلة، بل كل ما سيفعله هو نقل المشكلة إلى القضاء الإدارى، إذ سيظل القاضى الإدارى مدفوعا نحو ايجاد ضابط أو معيار للتمييز بين نوعى العقود التى تبرمها الإدارة، وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع، حيث يختلف القانون الواجب التطبيق باختلاف نوع العقد مثار النزاع.

رابعا: أن أهم ما يعيب هذا الرأى أنه قد نظر إلى مشكلة تمييز العقود الإدارية من زاوية توزيع الاختصاص القضائى بنظر نوعى عقود الإدارة، ولكن المشكلة تكمن فى تحديد القانون الواجب التطبيق، فليس المهم معرفة القاضى المختص بقدر ما يجب معرفة ما هو القانون الواجب التطبيق من قبل القاضى، حيث الاختلاف بين الالتزامات المتقابلة والحقوق فى العقود الإدارية عنها فى عقود الإدارة الخاصة، وكذلك عدم التكافؤ بين طرفى العقد الإدارى وما يقابله من تكافؤ أطراف عقود الإدارة الخاصة، كل هذه الأمور يتوقف تطبيقها على الفصل فى مسألة أولية هى التكييف القانونى الصحيح للعقد مثار النزاع، وبديهى أن الوصول إلى هذا التكييف يستلزم وجود معيار يسترشد به القاضى الإدارى عند الفصل فى المنازعة العقدية المطروحة أمامه. من أجل ذلك فليس هناك شك فى أن التمييز بين عقود الإدارة الخاصة والعقود الإدارية يخضع لاعتبارات واقعية تجعلنا دائماً فى حاجة إلى ايجاد معيار للتمييز بين نوعى العقود التى تبرمها الإدارة.

والحديث عن المعيار القضائى لتمييز العقود الإدارية يشير إلى الجهد الفعّال الذى بذله كل من مجلس الدولة الفرنسى ومجلس الدولة المصرى فى سبيلهما للوصول إلى معيار لتمييز العقود الإدارية، وقد تتبع الفقه الفرنسى والمصرى الأحكام الصادرة من كلا المجلسين بالنقد والتحليل عله يحسم اشكالية معيار تمييز العقد الإدارى، إلا أنه على الرغم من اختلاف الفقه الفرنسى والمصرى حول عناصر هذا المعيار، فإنه باستقراء الأحكام القضائية الصادرة من القضاءين الفرنسى والمصرى، يمكن القول بأن الأمر مستقر على أن العقد الإدارى هو: العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بما له من سلطة، بقصد إدارة مرفق عام أو تنظيمه أو تسييره، وأن تظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص(١).

---

(١) من أحكام القضاء الفرنسى فى هذا الشأن يراجع فى ذلك:

١- أحكام مجلس الدولة الفرنسى الآتية:

- حكم مجلس الدولة فى ١٩١٢/٧/٣١ فى قضية Soc. grantes des Vosges.

- حكم مجلس الدولة فى ١٩٦٣/٥/١٠ فى قضيةSoc. coopérative agricole de production.

- حكم مجلس الدولة فى ١٩٧٧/٥/٢٠ فى قضية Soc. La Fayette.

وهذه الأحكام مشار إليها فى: د.عبد المجيد فياض، العقد الإدارى فى مجال التطبيق، المكتبة القانونية، ١٩٨٣، ص ٢٤.

٢- ومن أحكام محكمة التنازع الفرنسية: حكمها الصادر فى ٢٠٠٠/٢/١٤ فى قضية Société Rhoddons - غير منشور.

ومن أحكام القضاء المصرى يراجع فى هذا الشأن:

١- أحكام محكمة القضاء الإدارى:

- حكمها فى الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى، السنة ١١، ص ٤٩٣.

- حكمها فى الدعوى رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٦١/٦/٢٥، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى، السنة ١٥، ص ٢٦٩. =

وعلى ضوء ما تقدم فإن المعيار القضائى لتمييز العقود الإدارية يستلزم توافر ثلاثة عناصر تتمثل فى العناصر الآتية:

= - حكمها فى الدعوى رقم ٣١٠٩ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٨٦/٦/٣ - مشار إليه فى: د. محمد ماهر أبو العينين - الوسيط فى اختصاصات مجلس الدولة - الجزء الثانى - مكتبة نادى مجلس الدولة - ٢٠٠٠ ص ٧٨٠.

٢- ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا:

- حكمها فى الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة ١٣، ص ٣٥٩.

- حكمها فى الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة ١٣، ص ٥٥٧.

- حكمها فى الطعن رقم ٢٢٧١ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩١/١/١٢ - مشار إليه فى: د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق ص ٧٩٩.

- حكمها فى الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤، مشار إليه فى: د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق ص ٨١١.

- حكمها فى الطعن رقم ٤٠٨٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٩/١٢/٧، وحكمها فى الطعن رقم ٤١٠٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١، وحكمها فى الطعن رقم ٤٨٧٤ لسنة ٤٥ ق، جلسة ٢٠٠٢/٣/١٣ - أحكام غير منشورة.

- حكم دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة فى الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٧/١/٢ مشار إليه فى: د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق ص ٨١٠.

٣- من أحكام المحكمة الدستورية العليا (المحكمة العليا):

- حكمها فى الدعوى رقم ١٠ لسنة ٤ ق عليا، جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ص ١١١.

٤- من أحكام محكمة النقض، انظر:

- حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٥/١١/١١، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ١٦، ص ١٠٤٩.

- حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ١٥، ص ٩٥٦.

أولا: أن تكون الإدارة طرفاً فى العقد.

ثانيا: اتصال العقد بالمرفق العـــام.

ثالثا: اتجاه نية الإدارة فى الأخذ بأسلوب القانون العام بأن تضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة فى القانون الخاص.

ونتعرض لدراسة المعيار القضائى المستقر عليه حالياً فى مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: الإدارة طرف فى العقـــد.

المطلب الثانى: اتصال العقد بالمرفق العام.

المطلب الثالث: احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة فى القانون الخاص.

المطلب الأول

الإدارة طرف فى العقد

أولا: المقصود بالإدارة التى ينبغى أن تكون طرفاً فى العقد:

يمثل هذا العنصر الجانب العضوى فى المعيار المميز للعقد الإدارى الذى يستند فى المقام الأول على صفة المتعاقدين. فالعقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة، وبالتالى فإن العقد الذى لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً(١).

ويقصد بالأشخاص المعنوية العامة فى هذا الصدد الأشخاص العامة الاقليمية وهى (الدولة ـ المحافظة ـ المدينة ـ المركز ـ القرية)، والأشخاص العامة المصلحية وهى الهيئات العامة.

---

(١) انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٥، بدون دار نشر، ص ٢٥ ومابعدها، حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق عليا، جلسة ١٩٩٤/١/١٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، ص ٤٦.

ويجب أن تتعاقد الجهة الإدارية بوصفها سلطة عامة[١]، فإن هى تعاقدت باعتبارها ممثلا لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يكون مدنياً[٢].

وفى مصر حددت المادة الأولى من مواد اصدار القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات الجهات الإدارية الخاضعة لأحكامه حيث تنص على أن «يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن تنظيم المناقصات والمزايدات وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإدارى للدولة من وزارات ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، وعلي وحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية.

والمستفاد من النص المتقدم أن الأشخاص المعنوية العامة التى يصدق عليها وصف الإدارة هى:

١- وحدات الجهاز الإدارى للدولة كالوزارات والمصالح الحكومية، والأجهزة التى لها موازنة خاصة كالجهاز المركزى للمحاسبات والجهاز المركزى للتنظيم والإدارة.

٢- الأشخاص الاقليمية: وهم وحدات الإدارة المحلية كالمحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى.

٣- الأشخاص المصلحية، كالهيئات العامة سواء كانت خدمية أو اقتصادية.

وقد أحسن المشرع صنعا حينما استعمل لفظ وحدات الجهاز الإدارى للدولة حيث يدخل ضمن مدلول هذا الاصطلاح الجهاز الإدارى للسلطة القضائية

---

(١) الحاق وصف السلطة العامة بلفظ الإدارة أمر واجب باعتبار أن تصرف الإدارة بوصفها سلطة عامة هو الذى يميز عقودها الإدارية عن عقودها الخاصة حيث تتصرف حيال هذه الأخيرة دون الاستعانة بمظاهر السلطة العامة وتنزل منزلة الأفراد، يراجع فى ذلك: د. فتحى فكرى، محاضرات فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٤، ص ١٤.

(٢) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية ٢٠٠٥، دار النهضة العربية، ص ٣٤.

وكذلك الجهاز الإدارى للسلطة التشريعية، فإذا كانت وظيفة السلطة القضائية اصدار أحكام قضائية وبعض القرارات الولائية، فى حين تقتصر وظيفة السلطة التشريعية على سن التشريعات، فإن الأجهزة الإدارية لهاتين السلطتين تستطيع أن تبرم عقوداً إدارية.

أما السلطة التنفيذية فهى تقوم بنوعين من الأعمال:

أ - أعمال متصلة بشئون الحكم كالأعمال المتعلقة بعلاقتها بالسلطتين التشريعية والقضائية وتلك التى تتعلق بالشئون الخارجية، وتسمى هذه الأعمال «أعمالا حكومية» وتباشرها السلطة التنفيذية تحت مسمى «الحكومة».

ب - أما الطائفة الأخرى من أعمال السلطة التنفيذية فهى تلك الأعمال التى تتصل بتسيير المرافق العامة والانفاق عليها بغرض الاشباع المباشر للحاجات العامة للمواطنين[١]. وهى تمثل الجانب الإدارى لنشاط السلطة التنفيذية، وحينما تمارس هذه الأعمال يطلق عليها لفظ «إدارة»، وتضحى العقود التى تبرمها هذه السلطة بتلك الصفة عقوداً إدارية إذا ما توافرت باقى العناصر اللازمة لتمييز العقود الإدارية، لذلك يميل جانب كبير[٢] من الفقه فى مصر إلى استعمال لفظ «الإدارة كطرف فى العقد فى حين يذهب جانب من

---

(١) يراجع فى ذلك: د. صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإدارى على النشاط الإدارى للدولة، رسالة، عين شمس، ١٩٩٩، ص ١٤١.

(٢) انظر: د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٥٨، د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٥٥، د. ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ١٠٥، د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق، ص٣٢، مستشار/ جمال اللبان، المرجع السابق، ص ٦٥، د. محمود حلمى، العقد الإدارى، دار الفكر العربى طبعة ١٩٧٧، ص ١٢، د. على عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى، رسالة، عين شمس، ١٩٧٥، ص ٥. د. فتحى فكرى، المرجع السابق، ص ١٣، د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، أساليب التعاقد الإدارى، رسالة، ١٩٩٤، ص ٣٣.

الفقه[١] إلى استعمال لفظ «الشخص العام» كطرف فى العقد.

وفى إطار المفاضلة بين اللفظين نؤيد رأى غالبية الفقه الذى ذهب إلى استعمال لفظ الإدارة طرف فى العقد بدلا من الشخص العام طرفاً فى العقد لأن لفظ الإدارة يمتاز بالدقة وأصدق فى الدلالة على تحديد صفة أحد طرفى العقد، فالسلطة التشريعية - كما سبق القول - شخص من أشخاص القانون العام لكنها لا تبرم عقوداً إلا عن طريق الجهاز الإدارى الملحق بها وذات القول يصدق على السلطة القضائية وكذلك السلطة التنفيذية فيما يتعلق بطائفة الأعمال التى تقوم بها تحت مسمى الإدارة.

وفيما يتعلق بالوضع فى فرنسا فمن المسلم به أن القضاء والفقه مستقران[٢] حاليا على أنه ليس هناك مشكلة بالنسبة لعقود الأشخاص العامة الاقليمة أو المصلحية حيث تعتبر عقودها عقوداً إدارية طبقاً للمعيار القضائى، ولم يعد هناك بعد حكم Terrier تمييزا بين عقود الدولة وعقود الهيئات المحلية، فقد أوضح مفوض الحكومة «روميو» فى تقريره فى قضية Terrier وجوب هجر الاختلاف فى المعاملة بين عقود الدولة وعقود الهيئات المحلية حيث قرر بأنه «فى اللحظة التى نكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة باشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية فلا يمكن اعتبار إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدنى»[٣].

وخلاصة ما تقدم أن العقود التى تبرمها جهة إدارية من الجهات سالفة الذكر تضحى عقوداً إدارية إذا ما توافرت باقى عناصر المعيار القضائى.

---

(١) انظر: محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعى، بدون تاريخ نشر، ص ٢٨٦، د. عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٢) - Pequignot, op.cit., p. 33.

(٣) - C.E: 6 févr. 1903, Terrier, Rec. p. 94, concl, Romieu.

ولكن قد يحدث أن تزول الصفة الإدارية عن أحد طرفى العقد فما أثر ذلك على الطبيعة الإدارية لهذا العقد؟

لقد أجابت محكمة القضاء الإدارى فى مصر على هذا التساؤل بمناسبة تحول المؤسسة العامة للأبنية العامة إلى شركة قطاع عام بمقتضى القرار الجمهورى رقم ٤٤١٦ لسنة ١٩٦٥ حيث أكدت المحكمة على ضرورة توافر الصفة الإدارية والعامة للشخص المعنوى العام وقت ابرام العقد، فإذا فقد الشخص العام صفته العامة فلا أثر لذلك على طبيعة العقد الذى يظل إدارياً ويختص بنظره القضاء الإدارى وتطبق بشأنه قواعد القانون العام(١).

غير أن المحكمة الإدارية العليا تسير عكس هذا الاتجاه. ففى حكم حديث لها رتبت على زوال الصفة العامة عن الشخص العام وتحوله إلى شخص خاص.. رتبت على ذلك زوال الطبيعة الإدارية عن العقد الذى أبرمه الشخص العام قبل زوال صفته العامة، فقررت المحكمة «أنه وإن كان العقد محل النزاع الماثل قد نشأ فى الأصل إدارياً وتوافرت له مقومات العقود الإدارية باعتبار أن المتعاقد مع الطاعن كان شخصاً من أشخاص القانون العام وهى مصلحة المناجم والمحاجر وأن هذا العقد كان متعلقا بتسيير مرفق عام وهو مرفق المناجم والمحاجر، وأن العقد لذلك تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، إلا أنه وقد أصبح المتعاقد مع الطاعن وقت اقامة الدعوى هى شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير وهى من أشخاص القانون الخاص بلا خلاف فإن الشرط وقت رفع الدعوى يكون قد غدا مفتقداً لأحد العناصر الأساسية للعقود الإدارية.... ومن ثم فإن المنازعة بشأنه لا تكون من المنازعات المتعلقة بعقد من العقود الإدارية، كما أنها لا تكون من المنازعات الإدارية بصفة عامة، وبالتالى لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بنظر هذه المنازعة وإنما

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٨٧ لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٦٩/٣/١٦، مجموعة أحكام القضاء الإدارى من سنة ١٩٦٦-١٩٦٩ ص ٦٠٩ وحكمها فى القضية رقم ٨٨٤ لسنة ١٩ ق، جلسة ١٩٦٩/٥/٥ - نفس المجموعة - ص ٦١١.

يختص بنظرها القضاء العادى[١].

وقد يحدث فرض عكسى مؤداه اكتساب أحد طرفى العقد الصفة الإدارية فما أثر ذلك على طبيعة العقود التى سبق وأن أبرمها هذا الشخص قبل اكتسابه الصفة الإدارية؟؟

قررت محكمة القضاء الإدارى[٢] اعتبار العقد إدارياً بمجرد اكتساب أحد طرفيه الصفة الإدارية وكان ذلك بمناسبة عقد أبرمته شركة مساهمة مع شخص خاص ثم تحولت هذه الشركة إلى مؤسسة عامة، وبررت المحكمة هذا الاتجاه بأن من شأن تغير طبيعة الشخص المعنوى وتحوله إلى شخص عام أن يكون له تبعاً لذلك التمتع بكل السلطات والوسائل المخولة بحكم مسئوليته عن المرافق العامة وسيرها بانتظام واطراد ولا يمكن أن يتحلل هذا العقد الذى أصبح إداريا نتيجة حلول الإدارة محل أحد طرفيه من وضعه الإدارى إلا إذا أفصحت الإدارة عن رغبتها فى اتباع وسائل القانون الخاص فى تنفيذ العقد.

وقد انتقد الفقه - وبحق - هذا القضاء على سند من أن تحول الشخص الخاص إلى شخص عام ليس من آثاره تحول العقد الخاص إلى عقد إدارى، كما

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٣٨٦، لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٤/١/١٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، ص ٤٣. وتجدر الاشارة إلى أنه على الرغم من أن المحكمة فى هذا الحكم قد انتهت إلى عدم اختصاص مجلس الدولة بنظر هذا النزاع إلا أنها تصدت للفصل فى هذا النزاع نزولا على حكم المادة ١١٠ من قانون المرافعات التى تلزم المحكمة المحال إليها الدعوى من جهة قضائية أخرى بالفصل فى النزاع وطبقت أحكام القانون المدنى على هذا النزاع.

- وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٩٧/١/٢ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ٥٤.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٦٧٥ لسنة ١٦ ق، جلسة ١٩٦٤/٣/٢٩، مجموعة أحكام القضاء الإدارى فى خمس سنوات من عام ١٩٦١ - ١٩٦٦، ص ٣١٥.

أن تغيير طرف العقد ليس هو الشرط الوحيد الذى يلعب دورا فى إضفاء الطبيعة الإدارية على العقد، بل لابد من اتصال العقد بالمرفق العام وأن يستعين الشخص العام بأساليب القانون العام[١].

ومن جانبنا نرى أن أهم ما يعيب هذا القضاء تجاهله لطبيعة العلاقة بين طرفى العقد. فالمتعاقد مع الشركة المساهمة وهى شخص خاص كان على قدم المساواة مع هذه الشركة وكان طرفا العقد متكافئين بإفتراض أن العقد لم يكن يحوى شروطاً غير مألوفة كما لم يكن له صلة بالمرفق العام. أما إضفاء الصفة الإدارية على هذا العقد لمجرد اكتساب أحد طرفيه الصفة الإدارية أثر تحوله من شخص خاص إلى مؤسسة عامة، فمن شأن ذلك أن يجعل طرفى العقد غير متساويين بأن منح لهذه المؤسسة العامة حق استعمال وسائل القانون العام حالة كون هذا العقد كان قد أبرم فى ظل قواعد القانون الخاص التى تقوم على مبدأ المساواة بين طرفيه.

ثانيا: الخلاف الفقهى حول بعض العقود التى تبرمها أشخاص عامة:

ذكرنا فيما سبق أنه لكى يكون العقد إدارياً يتعين أن تكون الإدارة طرفاً فيه، غير أن القضاء الإدارى كما يقرر ويحق أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى قد اعترف بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى سواء فى فرنسا أو في مصر. ذلك أن الأفكار الاشتراكية والاقتصاد الموجه الذى ساد العالم عقب الحربين العالميتين الأخيرتين قد أدى إلى ظهور منظمات جديدة لم تألفها النظم الحكومية من قبل، تشرف على كثير من نواحى النشاط الخاص أو المهنى، وتتمتع بقدر كبير من السلطة العامة. ومن ثم فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى فى حكميه الشهيرين Monpeurt et Bouguen[٢] إلى أن تلك المنظمات تعتبر

---

(١) ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٢) - C.E 31-7-1942 - Monpeurt, rec, p. 239.

- C.E 2 - 4 - 1943 - bouguent, Rec, p. 86.

فى حكم أشخاص القانون العام.

وبهذا المسلك أخذ مجلس الدولة المصرى حيث قضت محكمة القضاء الإدارى باعتبار نقابة المحامين من أشخاص القانون العام[١]، وكذلك بطركخانة الأقباط الأرثوذكس والمجلس الملى العام[٢]، والمجلس الصوفى الأعلى[٣]. كما قضت المحكمة الإدارية العليا باعتبار نقابة الأطباء شخص من أشخاص القانون العام[٤].

وعلى الرغم من الاستقرار القضائى فى مصر على إضفاء الشخصية المعنوية العامة على النقابات المهنية، فإن الأمر على خلاف ذلك فى الفقه الفرنسى حيث يفضل الفقيه VEDEL اعتبار النقابات المهنية أشخاصاً خاصة تضطلع بإدارة مرفق عام[٥]، فى حين ذهب الفقيه «أندريه دى لوبادير» إلى أن النظام القانونى للنقابات المهنية نظام مختلط Mixte حيث يطبق القانون العام على نشاط المرافق المهنية فى حين يطبق القانون الخاص على النظام الداخلى للمهنة وكذلك على بعض الاختصاصات أو الوظائف الاجتماعية الأجنبية عن المرفق العام أو النظام المهنى للنقابة[٦].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٠/١٢/٢٦، مجموعة أحكام القضاء الإدارى، السنة الخامسة، ص ٣٠١.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٤/٤/٦، مجموعة المكتب الفنى، السنة ٨، ص١٧١.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٤٢١ لسنة ٤ ق، جلسة ١٩٥٤/١١/١٧، مجموعة المكتب الفنى، السنة التاسعة، ص ٣١.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥١٣ لسنة ١٧ ق، جلسة ١٩٨٣/٦/١١، مجموعة المكتب الفنى، السنة ٢٧، ص ٧٩٠.

(٥) - G.VEDEL, P.Delvolvé, Droit administratif, Tome I, edition 1990 - p. 645.

(٦) - André de Laubadére, Traité élémentaire de droit Administratif 1953 - p. 577.

وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية للعقود التى تبرمها النقابات المهنية، فقد ذهب البعض إلى أن مؤدى الاعتراف بالشخصية المعنوية العامة لتلك النقابات أن تكون العقود التى تبرمها إدارية إذا ما استوفت باقى الشروط(١)، فى حين ذهب البعض إلى أن العقود التى تبرمها النقابات لا تعد عقوداً إدارية حتى ولو تعلقت بأداء المرفق لمهمته واحتوت على شروط استثنائية غير مألوفة(٢).

رأينا فى الموضوع:

فى تصورنا أن النقابات العامة تتمتع بطبيعة مختلطة تأخذ من القانون العام امتيازات السلطة العامة بينما تستعين بقواعد القانون الخاص فى تسيير الشئون الداخلية للمهنة، ومن ثم فلا يمكن اعتبار العقود التى تبرمها تلك النقابات من قبيل العقود الإدارية حتى ولو توافرت فى شأنها باقى الشروط وذلك لانتفاء الشرط الأساسى فى معيار تمييز العقد الإدارى وهو كون أحد طرفيه من الأشخاص المعنوية العامة. ويتماشى هذا الرأى مع ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسى من اعتبار عقود النقابات أو المرافق المهنية التى تبرم مع الأشخاص الخاصة من قبيل العقود الخاصة حتى ولو احتوت على شروط استثنائية غير مألوفة أو أبرمت من أجل تنفيذ ذات المرفق العام(٣).

ثالثا: عدم وضوح الصفة الإدارية لبعض الأشخاص المعنوية:

اعتنقت مصر - عقب ثورة يوليو ١٩٥٢ - الفلسفة الاشتراكية التى

---

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٥٦، د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية، رسالة جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ١٠٠، د. ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، فكرة المعيار الوظيفى فى تمييز القرار الإدارى، طبعة ٢٠٠٤، دار النهضة العربية، ص ٩٣، د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، المرجع السابق، ص ٥٩.

(٣) C.E, 13 Déc, 1963, Syndicat des praticiens de L'Art dentaire du nord et mertin, Rec. 623.

اتخذت من التأميم أسلوباً لتحقيق هذه الفلسفة.

والتأميم nationalisation ما هو إلا أسلوب تنتقل بمقتضاه إلى الدولة ملكية المشروعات الفردية وتتولى الدولة إدارة هذه المشروعات.

وقدأثارت الطبيعة القانونية للمشروعات المؤممة والعقود التي تبرمها تلك المشروعات جدلا كبيراً في الفقه المصرى. حيث اتبع المشرع المصري فى إدارة المشروعات المؤممة أحد أسلوبين: إما أسلوب الهيئة العامة. وإما أسلوب الشركة العامة.

أما الهيئة العامة فهى شخص من أشخاص القانون العام تمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو زراعياً أو مالياً أو تعاونياً ولها ميزانية مستقلة تعد على نمط الميزانيات التجارية. ومن ثم فإنه يمكن لهذه الهيئات ابرام عقوداً إدارية.

أما الأسلوب الثانى فى إدارة المشروعات المؤممة فهو احتفاظ هذه المشروعات بصورة الشركة المساهمة العامة التى تخضع فى مزاولة نشاطها للقانون الخاص فيما عدا الأحكام التى استثناها المشرع صراحة والتى لا تتفق وتملك الدولة لجميع أسهم المشروع. وقد أدى هذا الوضع إلى نشوب خلاف فى الفقه حول التكييف القانونى للشركات المساهمة وتكييف العقود التى تبرمها.

فذهب رأى فى الفقه إلى تصنيف هذه الشركات ضمن أشخاص القانون العام[1].

والرأى الراجح فى الفقه أن هذه الشركات لا تعدو أن تكون أحد أشخاص

---

(١) د. محمد فؤاد مهنا. المشروع العام طبيعته والقانون الذى يحكمه. مجلة العلوم الإدارية السنة ١٣. العدد الأول ابريل سنة ١٩٧١. ص ٧٥. د. عزيزة الشريف. نظرية التأميم وتجربته فى مصر. رسالة. جامعة القاهرة. عام ١٩٧٦. ص ٣١٥. د. مصطفى كمال وصفى. التكييف القانونى للمشروعات العامة. مجلة العلوم الإدارية. العدد الثالث. عام ١٩٧٦.

القانون الخاص[١].

بيد أن – ودون الدخول فى عرض الحجج والأسانيد التى استند إليها كل فريق لتدعيم رأيه – المشرع قد حسم الخلاف الدائر فى الفقه حول طبيعة الشركات المساهمة العامة فقرر بمقتضى القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته التمييز بين المؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها حيث نصت المادة الثانية من القانون المشار إليه على أن «تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الاعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون العام- - - - -».

- وفيما يتعلق بالشركات العامة فقد نصت المادة (١٧) من ذات القانون على أن: «شركة القطاع العام وحدة تقوم على تنفيذ مشروع اقتصادى وفقا للسياسة العامة للدولة وخطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية ويجب أن تتخذ شكل الشركة المساهمة.

وقد تكفلت المادة الثانية من مواد اصدار القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشركات المساهمة حيث نصت على أن: «تسرى على شركات القطاع العام فيما لم يرد به نص خاص فى هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه الأحكام التى تسرى على شركات المساهمة التى تنشأ وفقا لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادرة بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

والمستفاد مما تقدم أن المشرع وقد نص على اعتبار هيئات القطاع العام ضمن الأشخاص العامة فإن العقود التى تبرمها هذه الهيئات مع الأشخاص

---

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص٦١ ومابعدها، د. على الفحام، المرجع السابق، ص١١، ثورية لصيونى، المرجع السابق، ص ١٢، د. عمر حلمى، المرجع السابق، ص٧٦، د. أحمد عشمان عياد، المرجع السابق، ص ١٠٢، د. أميرة صدقى، النظام القانونى للمشروع العام ودرجة أصالته، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٦، ص ١٠٢.

الخاصة يمكن أن تكون عقوداً إدارية إذا ما استوفت باقى العناصر المميزة للعقد الإدارى، بينما تعتبر شركات المساهمة العامة ضمن أشخاص القانون الخاص ولا يمكن إضفاء الصفة الإدارية[1] على العقود التى تبرمها.

رابعا: الطبيعة القانونية للعقود التى تبرمها شركات قطاع الأعمال العام:

صدر القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام وحدد فى المادة الأولى من مواد اصدار هذا القانون الأشخاص المعنوية الخاضعة لأحكامه حيث نصت على أن: «يعمل فى شأن قطاع الأعمال العام بأحكام القانون المرافق ويقصد بهذا القطاع الشركات القابضة والشركات التابعة لها.

وقد حسم المشرع - بنص صريح - الطبيعة القانونية لشركات قطاع الأعمال العام بالنص فى المادة ٢/١ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ سالف الذكر على أن تأخذ الشركات القابضة شكل الشركة المساهمة، وتعتبر من أشخاص القانون الخاص.

كما تنص المادة الأولى من مواد إصدار القانون المذكور على أن: «يعمل فى شأن قطاع الأعمال العام بأحكام القانون المرافق، ويقصد بهذا القطاع الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لأحكام هذا القانون، وتتخذ هذه الشركات بنوعيها شكل الشركات المساهمة ويسرى عليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم ذات المسؤلية المحدودة الصادرة بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

وعلى ضوء ما تقدم فإن العقود التى تبرمها شركات قطاع الأعمال العام (القابضة - التابعة) تعد من عقود القانون الخاص ولا تدخل ضمن العقود الإدارية.

---

(١) عكس ذلك: د. عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٥٢.

المطلب الثانى

اتصال العقد بالمرفق العام

تمهيد وتقسيم:

أشرنا فيما سبق إلى أن المشرع الفرنسى قد حدد اختصاص القضاء الإدارى الفرنسى بنظر منازعات عقود الإدارة، وهو ما عرف بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون.

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسى التحايل على النصوص القانونية المحددة لاختصاصه بغية التوسع فى الاختصاص بنظر عقود الإدارة. ثم ما لبث أن جاء بمعيار جديد للاختصاص القضائى بنظر عقود الإدارة، فلم يعد هذا الاختصاص يستند على النصوص التشريعية، كما لم يعد يستند إلى التفرقة بين أعمال السلطة وبين أعمال الإدارة العادية، بل صار اعتباراً من الثامن من فبراير عام ١٨٧٣ - بصدور الحكم فى قضية BLANCO[١] - يقيم اختصاصه على أساس فكرة المرفق العام Le Service Public.

ورغم ما تعرضت له فكرة المرفق العام من هجوم شديد من جانب أنصار فكرة السلطة العامة إلى الحد الذى أطلق عليه «أزمة المرفق العام»[٢]، إلا أن فكرة المرفق العام تطورت وتبلورت إلى أن أصبحت أساس القانون الإدارى، ومازالت تؤدى دورها الهام فى تمييز العقود الإدارية. ودليل ذلك أن الضابط المستمد من اتصال العقد بالمرفق العام على نحو معين مازال كافياً فى فرنسا

---

(١) انظر فى تفاصيل الحكم الصادر فى قضية «بلانكو» والتعليق عليه: «مارسون لون» و«بروسبيرفى» - أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى - ترجمة د. أحمد يسرى، منشأة المعارف، طبعة ١٩٩١، ص ١٩.

(٢) انظر فى تفاصيل أزمة المرفق العام: د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٨، ص ٨٨، مستشار محمد حامد الجمل، نظرة جديدة للمرافق العامة، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، العددين ٣٥٠، ٣٥١ السنة ٦٣ ص ٧٢٣.

لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة، كما أن مجرد اتصال العقد بالمرفق العام على أى صورة من الصور فى مصر يضفى على عقود الإدارة الصفة الإدارية متى احتوت هذه العقود على شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

مفهوم المرفق العام فى مجال العقود الإدارية:

للمرفق العام معنيان:

الأول: عضوى:

ويقصد به المنظمة أو الجهاز الإدارى القائم بالنشاط الذى يهدف إلى المصلحة العامة، والذى يكون طرفاً فى العقد.

وهو بهذا المعنى لا يخرج عن الضابط الأول فى تمييز العقد الإدارى وهو اشتراط أن تكون الإدارة طرفاً فى العقد، ويعد تعبير المرفق العام - وفق هذا المعنى - مرادفاً لكلمة إدارة(١).

الثانى: موضوعى:

ويقصد به كل نشاط يهدف إلى اشباع حاجات عامة وتقوم به السلطات العامة(٢) أو تحت اشرافها فى إطار نظام قانونى متميز(٣).

وعلى الرغم من أن فكرة المرفق العام هى فى الأصل قضائية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسى لم يشأ - عن قصد - اعطاء أى تعريف للمرفق العام لرغبته فى عدم اتخاذ موقف حاسم فى هذا الشأن حتى تصبح أمامه المرونة الكافية لإمكان ابتكار الحلول المختلفة مستقبلا.

---

(١) انظر د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق ص ١٠.

(٢) L.Duguit : Droit Constitutionnel T.1. 1928 - p. 61.

(٣) د. ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ١٥٥.

غير أن الفقه[١] استخلص من أحكام القضاء الفرنسى أنه فى بداية نشأة نظرية المرفق العام كان يتبنى المعنى العضوى للمرفق العام ثم استقر بعد ذلك على المعنى الموضوعى[٢].

أما مجلس الدولة المصرى فقد تبنى المعنى الموضوعى للمرفق العام، فقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى إلى أن «المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة فى الدولة، والصفات المميزة للمرفق العام هى أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام أى أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة»[٣].

ومن خلال هذا الموقف يكون القضاء الإدارى - سواء فى فرنسا أو فى مصر - قد فضّل المعنى الموضوعى للمرفق العام، أخذاً فى ذلك بالمفهوم الواسع للمرفق العام، حيث يستعمل مجلس الدولة الفرنسى عبارة مهمة مرفق عام "Mission de Service Public" تأكيداً لموقفه السابق[٤].

وعلى ضوء ما تقدم يتعين الأخذ بالمفهوم الموضوعى للمرفق العام بأوسع معانيه حتى يمكن الاستفادة من فكرة المرفق العام فى مجال العقود الإدارية.

وجدير بالتنويه أن دراسة المعيار المميز للعقد الإدارى ليس بهدف فى

---

(١) د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢) د. ثروت بدوى، المرجع السابق ص ٦٢. د. محمد عبد الواحد الجميلى، ماهية العقد الإدارى فى ضوء أحكام القضاء الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٧، ص ٩٤.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢ المجموعة - السنة ١١ - ص ٤٩٣، وحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٥٨/٤/١٢ المجموعة السنة ٣، ص ١١٠٣، وحكمها الصادر فى ١٩٦١/٥/٢٠ المجموعة، السنة ٦، ص ١١٥٤، وحكمها الصادر فى ١٩٦٢/٣/٣١ - المجموعة - السنة ٧، ص ٥٢٧.

(٤) د. ثورية لعيونى، القانون الإدارى المغربى، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

ذاته وإنما هى وسيلة لبيان الحكمة من تمييز العقد الإدارى. وهو ما يقتضى الوقوف على الاتجاهات الرئيسية للفقه والقضاء والتطورات التى لحقت بفكرة المرفق العام فى صدد علاقتها بالعقد الإدارى، وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة:

الفرع الأول: نشأة فكرة المرفق العام وتطورها.

الفرع الثانى: درجة اتصال العقد بالمرفق العام.

الفرع الثالث: مدى فاعلية فكرة المرفق العام كضابط موضوعى لتمييز العقد الإدارى.

الفرع الاول

نشأة فكرة المرفق العام وتطورها

يرجع الفضل لمجلس الدولة الفرنسى فى ظهور فكرة المرفق العام فى مجال القانون الإدارى بصفة عامة، وفى مجال العقود الإدارية بصفة خاصة، وقد حذا مجلس الدولة المصرى حذو نظيره الفرنسى فى الأخذ بفكرة المرفق العام.

بيد أنه ولئن كان هناك تشكيك حول مدى ودرجة صلة العقد بالمرفق العام فى فرنسا، إلا أن الوضع فى مصر مستقر إلى حد بعيد بحيث صارت صياغة أحكام مجلس الدولة المصرى من الدقة بمكان بما يجعل هذا الوضع بمنأى عن أى شك فى ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من صور الاتصال.

ونبين فيما يلى نشأة الفكرة وتطورها فى فرنسا ثم نبين الوضع فى مصر.

١- نشأة فكرة المرفق العام وتطورها فى فرنسا:

ظهر أول تطبيق لفكرة المرفق العام فى مجال العقود الإدارية من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «تيريه» Terrier[1] الصادر فى

---

(١) C.E 6 Feve 1903 - Terrier. Rec. 94. Concl. Romieu.

وانظر فى التعليق على هذا الحكم: مارسولون وبروسيير فى، المرجع السابق ص ٧٢.

السادس من فبراير عام ١٩٠٣ حيث أكد المفوض «روميو» فى هذا الحكم على أن «كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة بمعناها الحقيقى عامة أو محلية يكّون عملية إدارية هى من اختصاص القضاء الإدارى.. فكل الدعاوى بين الأشخاص العامة والغير أو بين هذه الأشخاص العامة نفسها، مؤسسة على تنفيذ مرفق عام أو عدم تنفيذه أو سوء تنفيذه هى من اختصاص القضاء الإدارى».

والتأمل فى هذا الحكم يسمح باستخلاص مبادئ هامة تعد بمثابة التحول فى اتجاهات مجلس الدولة الفرنسى، وتتمثل هذه المبادئ فى الآتى:

أ - التحول فى تحديد اختصاص مجلس الدولة بنظر العقود الإدارية، إذ بعدما كان المشرع هو الذى يتولى تحديد الاختصاص بنظر العقود الإدارية، أصبح ذلك مرهوناً بالنظر إلى طبيعة العقد ذاته، ومدى ارتباطه بتنظيم أو تسيير مرفق عام، وعلى هذا الأساس شُيدت فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، فإذا كان العقد متصلا بتسيير أو تنظيم مرفق عام فإنه يكون إداريا بطبيعته ويخضع لاختصاص القضاء الإدارى.

ب - بموجب هذا الحكم دخلت العقود الإدارية التى تبرمها الأقاليم ضمن العقود الإدارية التى تبرمها الدولة، وقد أشار المفوض «روميو» إلى هذا المعنى بقوله «فى اللحظة التى نكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة باشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية فلا يمكن اعتبار إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدنى». وبذلك يكون هذا الحكم قد أدخل عقود الجماعات المحلية نهائياً فى القانون الإدارى وتخضع لاختصاص مجلس الدولة بالتبعية.

وقد توالت بعد ذلك الأحكام التى تستخدم فكرة المرفق العام كمعيار لتمييز العقد الإدارى عن عقود القانون الخاص، ومن أهم هذه الأحكام حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى الرابع من مارس عام ١٩١٠ فى قضية

تيرون Theorond[١] والذى قرر بأن المساهمة فى المرفق العام تؤدى بذاتها ومهما كانت شروط العقد إلى اختصاص القضاء الإدارى[٢].

غير أن ارتباط العقد بالمرفق العام كمناط اختصاص مجلس الدولة الفرنسى بنظر منازعات عقود الإدارة لم يتمتع طويلا بموقع الريادة، إذ سرعان ما تطور القضاء الفرنسى وتحول تحولا آخر بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسى قضية شركة الجرانيت[٣] بتاريخ ١٩١٢/٧/٣١ معلنا عدم كفاية اتصال العقد بالمرفق العام لاعتباره عقداً إدارياً بل يتعين احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، وقد أوضح المفوض «بلوم» فى تقريره أن العقود المبرمة لصالح مرفق عام يمكن أن تكون إدارية أو عقود مدنية.

غير أنه وبحلول عام ١٩٥٦ حدث تطور هام فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى يمثل منعطفاً جديداً بشأن المعيار القضائى لتمييز العقود الإدارية، وذلك بصدور الحكم فى قضية الزوجان بارتان EPOUX BERTIN فى ١٩٥٦/٤/٢٠ والذى قرر أنه متى كان محل العقد قد عهد إلى أصحاب الشأن تنفيذ المرفق العام ذاته المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين فى اقليم فرنسا إلى أوطانهم وأن هذا الظرف يكفى بذاته فى دمغ العقد محل البحث بصفة العقد الإدارى حتى ولو لم يتضمن شروطاً غير مألوفة

---

(١) C.E., Thérond 4/Mars/1910-Rec. p. 193 Concl. Richat.

(٢) وقد جاء فى أسباب حكم تيرون: أن مدينة مونبليه بتعاملها فى هذه الظروف مع السيد تيرون إنما تصرفت بالنظر إلى صحة وطمأنينة السكان وبذلك يكون هدفها تحقيق مرفق عام، وبهذا تكون الصعوبات التى يمكن أن تنشأ من عدم تنفيذ مرفق عام أو سوء تنفيذه من اختصاص مجلس الدولة إذا لم يوجد نص يمنح الاختصاص لجهة أخرى. راجع فى ذلك د. أحمد يسرى، المرجع السابق، ص ١٢١.

(٣) C.E. 31/7/1912, Société DES Granites Porphyraids des vosges, Rec, p. 909 Concl. Blum.

فى القانون الخاص[١].

وليس هذا هو الحكم الوحيد الذى قضى بهذا المبدأ، بل لقد أصدر المجلس فى نفس اليوم حكماً يتضمن المبدأ ذاته، وهو الحكم الصادر فى قضية جريموارد Grimonard والذى قضى بأن: «الأعمال موضوع العقد - وهى اعادة زراعة الغابات الفرنسية - تعتبر من الأشغال العامة. فإن هذا العقد مهما تكن طبيعة الشروط التى يتضمنها يعتبر بسبب موضوعه بالذات من العقود الإدارية[٢].

ونتلمس من هذين الحكمين عودة الضابط الموضوعى المستمد من المرفق العام إلى مكان الصدارة وصيرورته معياراً كافياً بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذى تبرمه الإدارة، وأن تكون علاقة العقد بالمرفق العام علاقة وثيقة متينة كأن يعهد إلى المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ ذاته للمرفق العام L'execution Même du Service Public، وقد توالت أحكام القضاء الفرنسى على تأكيد هذا الاتجاه، من ذلك على سبيل المثال - لا الحصر - ما قضي به مجلس الدولة باعتبار العقد المبرم بين أحد مكاتب الاسكان المعتدل H.L.M. وبين حارس هذا المكتب والمكلف بحراسة ومراقبة مجموعة من العمارات عقداً إدارياً[٣]. وكذلك العقد المبرم بين إحدى المدارس وحارس لها[٤].

---

(١) C.E. 20/4/1956, Epoux Bertin, Rec. p. 167, Concl. Long.

وانظر فى التعليق على هذا الحكم:

- Jacqueline Maround, op. cit., p. 396.

مارسولون وبوسبيرفى - د. أحمد يسرى، المرجع السابق ص ٨٠٥.

(٢) C.E. 20/4/1956, Grimonard, R.D.P 1957, p. 1958. note Waline.

(٣) C.E. 20/3/1959, Lauthier, Rec: p. 198, Concl, Bernard.

(٤) C.E. 5/4/1991, Ecole Sue. de Commerce d Amiens, Rec. p. 250.

C.E: 7/6/1991, Troquet, R.D.P. 1992, p. 255.

وسيراً فى ذات الاتجاه رفضت محكمة التنازع الفرنسية اضفاء الصفة الإدارية على العقد المبرم بين كهرباء فرنسا E.D.F. وشركة لتوريد محولات لمركز كهربائى لأن العقد لا يهدف إلى اشتراك الشركة المتعاقدة فى تنفيذ المرفق العام(١).

وعلى ضوء ما تقدم صار معيار تمييز العقد الإدارى فى فرنسا يستلزم وجود أحد ضابطين إلى جانب الضابط العضوى، أى أن العقد الإدارى هو ذلك العقد الذى تبرمه جهة الإدارة إما لأنها تعهد فيه إلى المتعاقد معها بالتنفيذ ذاته للمرفق العام وإما لاحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

ويتجه التطور الحديث فى القضاء الفرنسى إلى تبنى مفهوم واسع لمدى مشاركة المتعاقد فى المرفق العام مؤداه أن علاقة العقد بالمرفق العام على نحو معين سواء فيما يتعلق بتسيير المرفق أو تنفيذ مهمته تمثل معياراً كافياً بذاته لاعطاء العقد الطابع الإدارى.

وقد ساهم هذا المفهوم فى تحديد المركز القانونى للمتعاونين مع الإدارة فى عقود التوظف، حيث قضى مجلس الدولة فى قضية Selbonne باعتبار الطاهيات والخدم فى مقصف المدارس الخاصة بالولادة موظفون عموميون على اعتبار أنهم مساهمون فى مهمة مرفق عام(٢). كما قضت محكمة التنازع فى قضية Bungener بأن العقد المبرم بين موظفى إدارة المنازل وبين مستشفى عام لإلقاء دروس فى اللغة الفرنسية والحساب إداريا لانطوائه على مساهمة من جانبهم فى تنفيذ مرفق عام واعتبرت هؤلاء الموظفين من قبيل الموظفين العموميين(٣).

---

(١) T.C. 17/4/2000, Credit Lyonnais d'ielectricte de Franse.

(٢) C.E. 27/2/1987-Selbonne.

مشار إليه - جاكلين - المرجع السابق - ص ٣٩٧.

(٣) T.C. 29/6/1987 - Bungener.

مشار إليه - جاكلين - المرجع السابق، ص ٣٩٨.

ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد، بل اعتمدت محكمة التنازع حاليا - وفى تطور جديد - مفهوم أكثر اتساعاً لشرط مشاركة المتعاقد فى مهمة المرفق العام حيث قضت فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٤ فى قضية Verdier باعتبار الموظفين غير النظاميين الذين يعملون لحساب جماعة مصلحة عامة تدير مرفق عام إدارى من قبيل الموظفين العموميين(١).

وعلى ذلك لم يقتصر المفهوم الواسع لشرط مشاركة المتعاقد فى مهمة المرفق العام على مجردالاشتراك - على نحو معين - فى مرفق عاماً إدارياً، بل امتد هذا المفهوم ليشمل مشاركة الموظف غير النظامى فى جماعة مصلحة عامة تدير مرفق عام إدارى، ويضحى العقد المبرم بين الموظف المذكور وبين هذه الجماعة عقداً إدارياً وينبنى على ذلك اكتساب هذا الموظف لصفة الموظف العام. ولا شك أن من شأن هذا التوسع الذى اعتمدته محكمة التنازع فى مفهوم المشاركة فى تنفيذ المرفق العام اتساع دائرة العقود الإدارية فى فرنسا.

غير أنه ولما كان الاشتراك أو المساهمة فى تنفيذ مهمة مرفق عام من الأمور الموضوعية التى يتعين على قاضى الموضوع بحثها من خلال ظروف وملابسات النزاع المطروح عليه، وهو ما يستلزم بطبيعة الحال مرور فترة زمنية - ليست قليلة - يباشر خلالها الموظف عمله لدى المرفق العام، فقد ثار التساؤل فى فرنسا عن الوضع بالنسبة للموظفين المبتدئين الذين لم يتبين بعد ما إذا كان عملهم يعد مساهمة أو مشاركة فى تنفيذ مرفق عام من عدمه؟

---

(١) ويمكن استخلاص هذا المبدأ من مدونات حكم محكمة التنازع حيث قررت:

Les Personnels non Statutaires travaillont Paur le Compte d'une Persomne Publique Gasront un Service Public a Caractére administratif Sont Soumis. dans Leurs Rapports Avec cette Personne et Quel Que Soit Leur Emploi, a un Regime de Droit Public. Tel est Le Cas Des Personnes non Statutaires Travaillont Pour le compte d'un Groupement d'intérêt Public Gerant un Service administratife Poux Connaitre des Litiges Opposant un agent d'un Tel Gropement d'intérêt Public a Celui-ci, T.C., Groupement d'interet Public "Habitat et interventions Sociales Pour Les mal-Logés et Sans Abris" Mme Verdier T.C. 3170, 14-2-2000.

غير منشور.

لقد أثير هذا التساؤل بشأن نزاع الأرملة Mazerand[١] والتى كانت قد تعاقدت مع مرفق عام لتقوم بأعمال نظافة وصيانة هذا المرفق عام ١٩٤٢، وكان العقد من عقود القانون الخاص، وفى أثناء نظر النزاع أمام القضاء العادى تم ترقيتها عام ١٩٥٢ إلى وظيفة مشرفة أطفال فأصبحت بذلك مشتركة فى تنفيذ مرفق عام هو مرفق التربية وأصبح العقد إداريا يدخل فى اختصاص القاضى الإدارى.

ويعرض الأمر على محكمة التنازع لحسم هذا النزاع جاءت بحلول على قدر كبير من الأهمية يمكن ايجازها فى المبادئ الآتية:

١- أن عقود التوظف التى تبرمها المرافق العامة الإدارية هى دائماً عقوداً إدارية وأن أطرافها من الموظفين يخضعون للقانون العام مهما كانت وظائفهم[٢].

٢- أن الفترة الحاسمة التى تحدد طبيعة النزاع وتحديد القاضى المختص هى تلك الفترة التى تسبق النزاع مباشرة. فالقاضى لا يرجع إلا إلى الوظائف التى يمارسها الموظف خلال تلك الفترة[٣].

نخلص مما تقدم إلى أن القضاء الإدارى الفرنسى قد تبنى المعيار التبادلى لتمييز العقد الإدارى ابتداء من عام ١٩٥٦ - تاريخ صدور حكم الزوجين بارتان - وأصبح اتصال العقد بالمرفق العام على نحو وثيق يكفى بذاته لإضفاء الطابع الإدارى على العقد دون النظر لاحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه.

---

(١) Jacqueline op. cit., p. 398.
- T.C. 25/11/1963.ste "veuve Mazerand".

(٢) -T.C. 25/3/1996, Préfet de Rhôm et autres/ Conseil de Prud hommes de Lyon (Berkani) p. 535.

(٣) - T.C, 26/11:1990 "demoiselle Salliéte".

انظر فى التعليق على هذه الأحكام - جاكلين - الاشارة السابقة.

٢- الوضع فى مصر:

إذا كانت مصر قد عرفت نظام القضاء المزدوج اعتبارا من عام ١٩٤٦ بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة، إلا أن المشرع لم يشأ النص على اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات العقود الإدارية إلا عام ١٩٤٩ بصدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩.

وفيما يتعلق بظهور فكرة المرفق العام - فى مجال العقود الإدارية - فى أحكام القضاء الإدارى المصرى، فقد أخذ هذا القضاء منذ البداية بفكرة المرفق العام كأساس موضوعى لتمييز العقد الإدارى.

فقد قضت محكمة القضاء الإدارى بأن «العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام»(١).

وفى حكم أكثر تفصيلا قضت بأن: الأحكام جرت على أن المرفق العام هو المعيار المميز للعقد الإدارى، ذلك أن قاعدة ضرورة اطراد سير المرفق تتطلب فى الحقيقة أن تطبق على الأشخاص الذين يساهمون فى تسييره قواعد معينة لا يجب تعليق تطبيقها على وجود أو تخلف شروط غير مألوفة فى العقد المبرم بين الإدارة وبين الأفراد المعاونين له خاصة إذا توافرت للمرفق العام أهمية خاصة أو بلغت معاونة الفرد المتعاقد مع الإدارة درجة كبيرة فإن معيار العقد الإدارى يكون حينئذٍ معياراً مفردا قائما بذاته لا ضرورة لبحث ما إذا كان يتضمن استثناءات غير مألوفة فى القانون الخاص(٢).

---

(١) حكمها الصادر بجلسة ١٩٥١/١٢/٢٦، مجموعة المكتب الفنى، السنة السادسة، ص٢١٤، وحكمها الصادر فى الدعوى رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/٩، مجموعة المكتب الفنى، لسنة ١١، ص ٧٦ وحكمها الصادر فى الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/١٦، مجموعة المكتب الفنى لسنة ١١، ص ٨٨.

(٢) حكمها الصادر فى الدعوى رقم ٤٣١٤ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٦٣/١/٢٧، مجموعة المبادئ فى خمس سنوات من ١٩٦١: ١٩٦٦، ص ١٦٤.

غير أن مجلس الدولة قد تأثر - على ما يبدو - بالأزمة التى تعرضت لها فكرة المرفق العام، وصار المعيار المستمد من ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام غير كاف بذاته لتمييز العقد الإدارى، حيث استلزم القضاء بالإضافة إلى هذا الشرط ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

وقد عبرت محكمة القضاء الإدارى[١] عن هذا المعنى - وأيدتها فى ذلك المحكمة الإدارية العليا[٢] - بقولها: «إن اتصال العقد الذى تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطاً لازماً لكى يصبح العقد إدارياً فإنه لا يكفى بذاته لكى يضفى على العقد تلك الصفة».

وتعتمد محكمة القضاء الإدارى - صراحة - معياراً لتمييز العقد الإدارى حيث قضت بأن: «المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التى تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل هو

---

(١) يراجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/٩، مجموعة أحكام القضاء الإدارى، لسنة ١١، ص ٥٠، وبذات المعنى حكمها فى الدعوى رقم ٥٦ لسنة ٢ ق، جلسة ١٩٦٠/١٠/٦، مجموعة السنة ١٥، ص٥، وحكمها فى الدعوى رقم ١٨٩٤ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٥٧/٣/١٠ وفى هذا الحكم تبرر المحكمة هذا الاتجاه بقولها: «ان علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكى يعتبر العقد إداريا فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بالمرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ فى ابرامه إلى أسلوب القانون العام.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٦٢ لسنة ٢ق، جلسة ١٩٦١/٥/١٣، مجموعة المكتب الفنى، السنة السادسة، ص ١٠١٢، وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٦ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، مجموعة السنة السابعة، ص ٥٢٧، وحكمها فى الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، مجموعة السنة ١٣، ص ٥٥٧. وحكمها فى الطعن رقم ٤٠٨٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٩/١٢/٧ سبقت الاشارة إليه، وحكمها فى الطعن رقم ٤١٠٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١ سبقت الاشارة إليه.

من جهة الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة - ومن جهة أخرى موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق أم استخدام المرفق ذاته»(١).

والمستفاد من أحكام القضاء المصرى(٢) - عموماً - أن الوضع فى مصر

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٨٩٤ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٥٧/٣/١٠، سبق الإشارة إليه. وحكمها فى الدعوى رقم ٣١٠٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢- غير منشور.

(٢) انظر على سبيل المثال لا الحصر:

- من أحكام محكمة القضاء الإدارى: «حكمها فى الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/١٣، مجموعة المكتب الفنى لسنة ١١، ص ٨٧، وحكمها فى الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، وحكمها فى الدعوى رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٦١/٦/٢٥، مجموعة السنة ١٥، ص ٢٦٩.

- ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا: «حكمها فى الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة السنة ١٢، ص ٣٥٩، وحكمها فى الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، مجموعة السنة ١٣، ص ٥٥٧، وحكمها فى الطعن رقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٩، الموسوعة الإدارية الحديثة، د. نعيم عطية وعبدالمنعم بيومى، الجزء ٤٩، ص ٣٧، وحكمها فى الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٩٤/١/١٨، الموسوعة،و المرجع السابق، ص ٤٨.

- ومن أحكام دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة: حكمها فى الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٧/١/١٢، الموسوعة، المرجع السابق، ص ٥٤.

- ومن أحكام المحكمة العليا (دستورية): حكمها فى الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ ق - تنازع - جلسة ١٩٧٥/٤/٥ مجموعة أحكام المحكمة العليا، ص ١٤٣، وحكمها فى الدعوى رقم ٧ لسنة ١ ق، جلسة ١٩٨٠/١/١٩ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ص ٢٤٤.

- ومن أحكام محكمة النقض: حكمها فى الطعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١١/٨.

يشهد استقراراً واضحاً فى شأن معيار تمييز العقد الإدارى على أساس موضوعى يرتكز على عنصرين لا يغنى توافر أحدهما عن الآخر وهما:

أ - ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور.

ب - أن تأخذ الإدارة بأسلوب القانون العام بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة.

الفرع الثانى

درجة اتصال العقد بالمرفق العام

استطاع الحكم الصادر فى قضية الزوجين Epox Bertin التأكيد على أن اتصال العقد بالمرفق العام على نحو معين كاف بذاته لدمغ العقد بالطابع الإدارى[١]، ومن المبادئ الهامة المستخلصة من هذا الحكم أن مجرد المشاركة أو المعاونة البسيطة للمتعاقد مع المرفق العام غير كافية، بل يتعين أن تكون هذه المشاركة أو المعاونة على قدر كبير من المتانة تصل إلى حد المشاركة المباشرة فى تنفيذ المرفق للمهام الموكولة إليه[٢].

وتختلف درجة اتصال العقد بالمرفق العام فى فرنسا عنها فى مصر، وذلك نظراً لاختلاف الوظيفة التى يؤديها المعيار المستمد من المرفق العام فى فرنسا عنه فى مصر، إذ بينما يستلزم الوضع فى فرنسا أن تكون صلة العقد بالمرفق العام ذات قوة ومتانة تصل إلى حد المشاركة فى تنفيذ المرفق ذاته، فإن القضاء المصرى - على نحو ما سلف بيانه - يكتفى باتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من صور الاتصال.

---

(١) راجع ص ٦٢ من الرسالة.

(٢) Jacquline. op. cit., p. 401.

وفى ذات المعنى: د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ١١ ومابعدها. د. ثورية لعيونى، الرسالة، المرجع السابق، ص ١٩٤، د. على محمد على عبد المولى، الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى، رسالة، عين شمس، ١٩٩١، ص. ١٠٠.

غير أن تحديد درجة اتصال العقد بالمرفق العام وبيان مدى قوتها للقول بكفاية المعيار المستمد من المرفق العام لاضفاء الطابع الإدارى على العقد ليس أمراً سهلاً، ومكمن الصعوبة يتمثل فى وضع معيار محدد لعلاقات غير محددة، إذ ليس فى الامكان تحديد إطار ثابت لحالات اتصال العقد بالمرفق العام[١].

وتخفيفاً من حدة هذه الصعوبات استخلص الفقه الفرنسى[٢] - من أحكام القضاء - ثلاثة نماذج لاتصال العقد بالمرفق العام، حيث يكفى كل واحد منها لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون النظر لاحتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه، وعلى ذلك يكون العقد إدارياً إذا كان موضوعه يتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور الآتية:

١- إذا كان من شأنه أن يعهد للمتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق العام.

L'execution Même du Service Public.

ومثال ذلك عقود التزام المرفق العام، كما يدخل حكم الزوجين يرتان ضمن هذه الصورة.

٢- إذا كان من شأنه اشراك المتعاقد مباشرة فى تنفيذ المرفق العام.

Co Contratant directement a'Léxecution du service public.

حيث يقتصر دور المتعاقد على المشاركة فى تنفيذ المرفق دون أن تصل هذه المشاركة إلى حد اضطلاعه وحده بكل جوانب تنفيذ المرفق العام ومثال ذلك عقود التوظف، وعقود التوريد، وعقود النقل، وعقود ايجار الخدمات.

٣- إذا كان يمثل وسيلة تنفيذ المرفق العام نفسه بواسطة الإدارة.

---

(١) J.Georgel, "Contrats adminisetratifs par nature, J.C.A., Fase. 502, 1971.

(٢) - R.CHAPUS, droit administratif général, TI ed 1995, p.500.
- Richer, Droit contrats amdinistratifs, ed 1995, p.88.

L'une des modalités de L'execution même du service public par L'administration.

ومثال ذلك حكم «جريوراد» المشار إليه سلفاً.

وجدير بالذكر أن النماذج الثلاثة آنفة البيان لا تعدو أن تكون سوى تعبيراً عن درجات المعاونة من جانب المتعاقد مع الإدارة فى تسيير المرافق العامة الذى من أجله أبرم العقد الإدارى(١). وعلى ذلك يكون منطقياً ترك أمر تقدير مدى توافر هذه المعاونة من جانب المتعاقد، وتقدير درجة هذه المعاونة لقاضى العقد باعتبار أن تقدير هذه الأمور من المسائل الموضوعية التى تخضع لتقديره فى كل حالة على حده(٢).

أما فى مصر فقد أدى عدم اعتماد القضاء المصرى على معيار المرفق العام بمفرده كمعيار لتمييز العقد الإدارى - بل استلزم إلى جواره ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية - أدى ذلك إلى الاكتفاء باتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور، ويترتب على ذلك أن مجرد المساهمة البسيطة من جانب المتعاقد فى تسيير المرفق العام تكفى بذاتها لتحقق شرط اتصال المرفق العام.

وقد أوردت محكمة القضاء الإدارى صوراً عديدة لاتصال العقد بالمرفق العام وساوت بين جميع الصور من حيث الأثر فى تمييز العقد الإدارى حيث قررت بأن: «المعيار الذى يميز العقود الإدارية. . . . هو موضوع العقد نفسه، متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام، أم باستغلاله أم تسييره، أم المعاونة أو المساهمة فى ذلك، أو

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، طبعة ١٩٩٩، ص ٥٤.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٧٤، د. ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ١٩٤، د. على محمد على عبد المولى، المرجع السابق، ص ١٠١.

استخدام المرفق ذاته مشتركا فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية(١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا - في حكم حديث لها - ان محاكم مجلس الدولة تختص بالفصل فى المنازعات الناشئة عن عقود التوريد، ولما كان النزاع الماثل يتعلق بعقد توريد أغذية للطلبة مبرم بين الجمعية الطاعنة وجامعة الأزهر بقصد تسيير مرفق التعليم، ومن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص الولائي فى غير محله(٢).

وخلاصة ما تقدم أن درجة اتصال العقد بالمرفق العام تختلف باختلاف الوظيفة التى يؤديها ضابط اتصال المرفق العام فى تمييز العقد الإدارى، فبينما يؤدى هذا الضابط وظيفته فى فرنسا على نحو تبادلى أو تخييرى Altérnatif يستلزم ذلك أن تكون درجة اتصال العقد بالمرفق العام قوية ومتينة بما يسمح بكفاية معيار اتصال العقد بالمرفق العام لاضفاء الصفة الإدارية على العقد الذى أبرم من أجله، فى حين أن أداء هذا المعيار لوظيفته فى مصر على نحو تكاملى Cumulatif أو جزئى جعل درجة اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور وإن كانت ضرورية إلا أنها ليست كافية إذ يستلزم إلى جانب ذلك اتباع الإدارة لأساليب القانون العام بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، ويترتب على ذلك أن انقطاع هذه الصلة - فى مصر - يؤدى إلى اعتبار العقد من عقود القانون الخاص حتى ولو تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص(٣). فى حين أن انقطاع صلة العقد

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، سبق الاشارة إليه.

(٢) حكمها فى الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٤٦ ق - جلسة ٢٠٠٥/٢/١ - لم ينشر بعد.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٢٣٥ لسنة ١٣ ق، جلسة ١٩٦٠/٣/٢٢، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤، ص ٢٥٦، وحكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٨/٢/٢٤، سبق الاشارة إليه.

بالمرفق العام فى فرنسا لا تؤدى إلى انتفاء الطابع الإدارى عن العقد فيما لو احتوى على شروط استثنائية غير مألوفة(١).

الفرع الثالث

مدى فاعلية فكرة المرفق العام

كضابط موضوعى لتمييز العقد الإدارى

رغم الهجوم الشديد الذى تعرضت له فكرة المرفق العام، إلا أنها مازالت تؤدى دورها كأساس للعديد من نظريات القانون الإدارى، وفى مقدمتها نظرية العقود الإدارية، بل ان الأصالة الذاتية التى تتمتع بها هذه النظرية ترجع فى المقام الأول إلى فكرة المرفق العام(٢). كما أن حتمية اتصال العقد بالمرفق العام هى التى تبرر القواعد الاستثنائية التى يتميز بها النظام القانونى للعقود الإدارية.

وتربط محكمة القضاء الإدارى فى مصر بين فكرة المرفق العام ومعيار تمييز العقد الإدارى بقولها: «إن الغاية من التمييز بين العقد الإدارى والعقد المدنى هو رعاية المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإذا دعت الحاجة إلى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين فإنه يجب أن يتجه الرأى أول ما يتجه إلى أن هذه النية ليست إلا تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق»(٣).

وللدلالة على مدى فاعلية فكرة المرفق العام كضابط موضوعى لتمييز العقد الإدارى يكفى الإشارة إلى أن القضاء الفرنسى مازال يعتمد هذا الضابط

---

(١) C.E. 15 Juin 1990-Lemeumier, R.D. p. 1992, p.1519.
حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسى عقود الدومين الخاص من العقود الإدارية لمجرد احتوائها على بنود غير مألوفة فى القانون الخاص ورغم عدم اتصالها بالمرفق العام.

(٢) انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، سبقت الاشارة إليه.

كمعيار كاف بذاته لتمييز العقد الإدارى متى كان اتصاله بالمرفق العام قوياً ومباشراً على النحو الذى حاول الفقه الفرنسى صياغته فى صورة نظريات[١] متعددة منها على سبيل المثال نظرية الهدف الحال المباشر، ونظرية الأوضاع الخاصة بالتسيير، فهى كلها نظريات تتضمن معنى التعبير عن درجات المعاونة من جانب المتعاقد فى تسيير المرفق العام.

ومع تطور فكرة المرفق العام بحيث أصبحت لا تقتصر فقط على المرافق الإدارية، بل تضم إلى جوارها المرافق الاقتصادية والمهنية، ومع خضوع هذه المرافق لقدر مشترك من القواعد التى يطلق عليها النظام القانونى للمرافق العامة[٢]، صارت فكرة المرفق العام معياراً فعالاً فى تمييز العقد الإدارى.

وتشير أحكام القضاء الإدارى الفرنسى[٣] إلى علاقة العقد بالمرفق العام، كما تحرص محكمة القضاء الإدارى، والمحكمة الإدارية العليا، والمحكمة الدستورية فى مصر[٤] على الإشارة إلى فكرة المرفق العام باعتبارها تمثل إحدى الضوابط الثلاثة فى معيار تميز العقد الإدارى.

المطلب الثالث
احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص

تمهيد وتقسيم:

حينما تلجأ الإدارة إلى أسلوب التعاقد الإدارى، فإن هذا يعنى تمسكها

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول هذه النظريات: مستشار جمال جوده اللبان، المرجع السابق ص ٩٦، د. ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ١٧٢، د. عمر حلمى فهمى، المرجع السابق ص ١٢٨، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٨ ومابعدها.

(٢) يراجع: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٣) راجع فى عرض لهذه الأحكام: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٤) راجع فى بيان هذه الأحكام: هامش ص ٦٩ من الرسالة.

بامتيازاتها وسلطاتها تجاه المتعاقد معها، وهو ما يعنى فى ذات الوقت ابتعادها عن محاكاة الأفراد فى عقودهم.

وتعبر الإدارة عن إرادتها فى هذا المجال باتباع أسلوب القانون العام عن طريق تضمين عقودها الإدارية شروطاً استثنائية للدلالة على تمسكها بامتيازاتها، وسلطاتها، أو شروط غير مألوفة فى القانون الخاص للدلالة على عدم محاكاة الأفراد فى عقودهم.

ويعد المعيار المستمد من فكرة الشروط الاستثنائية وغير المألوفة هو العنصر الثالث الذى يؤكد مجلس الدولة المصرى - على ما سنرى - على ضرورة وجوده إلى جانب العنصرين السابقين لتمييز العقد الإدارى، فى حين يكتفى مجلس الدولة الفرنسى باحتواء العقد على شروط استثنائية، أو اتصال العقد بالمرفق العام على نحو معين فى حالة خلو العقد من مثل هذه الشروط.

وإذا كان اتصال العقد بالمرفق العام أمر خارجى عن العقد يستخلصه قاضى النزاع من خلال الظروف والملابسات المحيطة، فإن المعيار المستمد من الشروط الاستثنائية يتم استخلاصه من فحوى بنود العقد ونصوصه، إذ يقع على القاضى دائما عبء البحث عن نية الإدارة والكشف عن اتباعها أساليب القانون العام من عدمه، وهو ما يعنى أن هذا العنصر عنصراً مادياً يعتمد على ماديات العقد من خلال فحص بنوده ونصوصه.

وتعد فكرة الشروط الاستثنائية فكرة قضائية من ابداعات مجلس الدولة الفرنسى، ويمثل الحكم الصادر بتاريخ ٣١ يوليو ١٩١٢ فى قضية «الجرانيت»(١) أول ظهور حقيقى لهذه الفكرة حيث قرر مجلس الدولة باخضاع المنازعة بين الشركة المتعاقدة والإدارة لاختصاص المحاكم القضائية استناداً إلى أن العقد كان موضوعه توريد أحجار الجرانيت وفقا لنفس القواعد والشروط التى تحكم العقود بين الأفراد العاديين.

---

(١) راجع: ما سبق ص ٦٢ من الرسالة، ولمزيد من التفاصيل: د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٣٤، ومارسولون وبرسيبرفى - د. أحمد يسرى، المرجع السابق، ص ٥٠٨، چاكلين، المرجع السابق ص ٣٩٦.

ورغم أن فكرة الشروط الاستثنائية من ابداعات مجلس الدولة الفرنسى، إلا أنه لم يشأ وضع نظرية متماسكة واضحة المعالم، ومرد ذلك إلى تباين أحكام المجلس واختلافها، مما أدى إلى مناقشات مستفيضة من جانب الفقه - سواء فى فرنسا أو فى مصر - تخرج عن موضع البحث، لذلك نجد من الأجدر الاقتصار فى دراسة هذا المعيار على بيان ماهية الشروط الاستثنائية وبيان صورها، ثم تحديد الأساس القانونى للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية، وأخيراً بيان القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية، وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة:

الفرع الأول: ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة وبيان صورها.
الفرع الثانى: الأساس القانونى للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية.
الفرع الثالث: القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية.

الفرع الأول
ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة
وبيان صورها

ثمة حقيقة ينبغى الاشارة إليها ابتداء مؤداها أن اطلاق وصف الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى القانون الخاص فى مجال العقود الإدارية لا يكون صحيحا إلا حال قياسها بالشروط المألوفة فى عقود القانون الخاص، فهى استثنائية وغير مألوفة من وجهة نظر القانون الخاص، أما من وجهة نظر القانون العام، فهى شروط عادية ومألوفة فى العقود الإدارية لأنها تتفق مع طبيعتها ونظامها(١).

---

(١) يراجع: حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، مجموعة المكتب الفنى، السنة ١١، ص ٦١٨ حيث قررت المحكمة: وأصبح ما يتميز به العقد الإدارى تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، بحيث لو نظر إليها من نفس الزاوية التى ينظر بها هذا القانون إلى شروط العقد فكانت شروطاً جائرة لا يؤخذ بها. وهو ما لا يمكن التسليم به، لأن مقتضاه اهدار العقود الإدارية=

ويؤدى هذا النظر إلى الحفاظ على الأصالة الذاتية للقانون الإدارى، باعتبار أنه لم يكن قط استثناء من أصل عام هو القانون الخاص، بل لكل من القانونين - الإدارى والخاص - ذاتيته المستقلة بما لا يسمح بأن يكون أحدهما أصل والآخر استثناء له.

وعلى الرغم من اجماع الفقه والقضاء - سواء فى فرنسا أو فى مصر - على فكرة الشروط الاستثنائية كضابط - تخييرى فى فرنسا وتكاملى فى مصر - لتمييز العقد الإدارى، إلا أن هذا الاجماع لم يصل إلى حد الاتفاق على تعريف محدد للشروط الاستثنائية وغير المألوفة فى القانون الخاص، ومرد هذا الاختلاف حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية يرجع إلى ثلاثة أمور:

الأول: التزام مجلس الدولة الفرنسى خطة الاختصار الشديد فى صياغة أحكامه، حيث يكتفى بالإعلان عن اشتمال العقد على شروط غير مألوفة دون شرح لهذه الشروط(١).

الثانى: تباين أحكام القضاء واختلافها، وعدم صدور حكم من محكمة عليا مثل محكمة التنازع فى فرنسا أو المحكمة الدستورية العليا فى مصر يمكن أن يستمد منها حلا ثابتا فى شأن تحديد ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة(٢).

= كلها عن طريق اهدار الطابع الذى يميزها عن عقود القانون الخاص، وهو الشروط الاستثنائية - غير المألوفة - وأن اطلاق هذا الوصف على تلك الشروط لا يكون صحيحاً إلا عن طريق قياسها بالشروط العادية فى عقود القاون الخاص، أما إذا نظر إلي العقود الإدارية نظرة مستقلة بذاتها من حيث طبيعتها ونظامها القانونى، فإنه يكون من التجوز وصف تلك الشروط بأنها استثنائية أو غير مألوفة وأن واقع الأمر أنها هى الشروط المألوفة بالفعل فى العقود الإدارية، بل هى الشروط العادية فيها لأنها متفقة مع طبيعتها ونظامها.

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٧٩. ويستشهد فى ذلك بحكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى قضية Renaraye بتاريخ ١٩٤٨/١/٢١.

(٢) قرب من ذلك: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ٨١.

الثالث: الخلاف الدائر بين فقهاء القانون العام – سواء فى فرنسا أو فى مصر – حول أساس القانون الإدارى هل هو المرفق العام أم السلطة العامة. وقد انعكس هذا الخلاف بدوره على تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية بحسب الفلسفة التى يعتنقها مؤيدى المرفق العام أو مؤيدى نظرية السلطة العامة.

أولا: تحديد ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة:

إزاء الصعوبات المشار إليها فإنه من الممكن من خلال أحكام القضاء وآراء الفقه أن نتلمس تحديداً لمفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة.

١ – الاتجاهات القضائية فى تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة:

من أحكام مجلس الدولة الفرنسى التى عرفت الشروط الاستثنائية حكمه الصادر فى قضية Stien حيث عرفها بأنها: «تلك الشروط التى تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله بالتزامات غريبة فى طبيعتها عن تلك التى يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد فى نطاق القوانين المدنية والتجارية»(١).

وعرفتها محكمة التنازع بأنها الشروط التى تختلف بطبيعتها عن تلك التى يمكن أن ينص عليها فى عقد مماثل فى القانون الخاص(٢).

كما اتجهت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى إلى ربط الشروط

---

(١) C.E. 20/10/1950. Rec. p. 505 "Clauses ayant paur objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations etrangers par leur nature aceux qui sont suceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre délais civiles et commerciales.

(٢) T.C. 19/6/1952. ste des combustibles et carburants nationaux. R.D.P., P.628 "des clauses différentes par leur nature de celles que peuvent être inscrites dans un contrat analogue de droit privé".

الاستثنائية بفكرة السلطة العامة ومن ذلك حكم مجلس الدولة بتاريخ ١٩٤٨/١/٢١ فى قضية Societé Minière et Metallurgique وحكمه الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٤/٢ فى قضية Compagnie de L'union وبتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٥٣ فى قضية Ramon، وقد تردد فى هذه الأحكام تعريف للشروط الاستثنائية بأنها: الشروط التى تخول السلطة العامة حقوقا غير مألوفة فى القانون الخاص(١).

وخلاصة القول أن اتجاهات القضاء الفرنسى فى شأن تحديد ماهية الشروط الاستثنائية يمكن حصرها فى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن الشروط الاستثنائية غير المألوفة هى تلك الشروط التى لا يجوز اشتراطها إلا من قبل أشخاص تتمتع بالسلطة العامة.

الاتجاه الثانى: يذهب إلى أن تلك الشروط هى كل ما لم تجر العادة على اشتراطه فى عقود القانون الخاص.

أما فى مصر، فقد عرفتها المحكمة الإدارية العليا بأنها تلك الشروط التى تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد(٢).

كما عرفتها محكمة النقض بأنها تلك الشروط التى تقرر امتيازات للإدارة غريبة على القانون الخاص وتخرج عن المألوف وتكشف عن نية المتعاقدين فى اختيار وسائل القانون العام(٣).

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر:
Marcel Waline - note de jurisprudence - les clauses exorbitontes du droit commun. R.D.P. 1965, p. 1175.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢١٢٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء ٣٥، ص ٢٨٤.

(٣) مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، المكتب الفنى، السنة ١٦، ص ١٠٤٨.

٢- الاتجاهات الفقهية فى تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية:

لم يكن الفقه بمعزل عن الخلاف حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة، ويمكن رد الاتجاهات الفقهية فى هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية:

أ - الاتجاه الأول:

ويرى أن الشرط غير المألوف هو الشرط الذى لا يوجد عادة فى عقود القانون الخاص، سواء لأنه يعتبر إذا أدرج فيها باطلا لمخالفته للنظام العام، أو لأن السلطة الإدارية نصت عليه فى العقد إعمالا لمقتضيات الصالح العام التى تعتبر غريبة على أشخاص القانون الخاص عندما يتعاقدون فيما بينهم(١).

وفى ذات الاتجاه يقرر البعض أن الشروط الاستثنائية هى تلك الشروط التى لا يتصور أن تدرج فى عقود الأفراد باعتبارها مخالفة للنظام العام(٢).

وفى رأينا أن أهم ما يعيب هذا الاتجاه فى شقه الأول أنه جاء استناداً إلى ظاهر عبارة الألفاظ وحملا لها على الاصطلاح اللغوى ذلك أن الشروط غير المألوفة قد وصفت بهذا الوصف لأنها نادراً ما ترد فى عقود القانون الخاص، كما يعيب هذا الرأى النظر إلى الشروط التى ترد فى العقود الإدارية من زاوية

---

(١) Waline (M.) Précis Droit administratif, Editions Montchrestien 1969, p. 572 "il me semble que les clauses exorbitont du droit commun et celle que l'on ne trove pas normalement dons le contrat de droit privé, soit parce qùelly serait nulle comme contraire l'ordre public, soit encore parce qu'elle a éte inséreé dans le contrat par l'oatorité administrative en fonction de préoccupation d'intrêts public qui sont étrangéres aux personnes de droit privés lorsque celles ci contractent entre elles".

(٢) J.Rivero, "Droit administratif, Dalloz, 1987, p. 143 et 144 "Sont certainoment dérogatoires les clauses excedant la liberté controctuelle, et des lors insuceptibles de Figurer dons un contrat entre particuliers, comme contraires a l'ordre public.

المقارنة بينها وبين تلك الشروط التى ترد فى عقود القانون الخاص، فى حين أنه فى مقام تحديد الشروط غير المألوفة ينبغى الوقوف على ماهيتها من خلال الوظيفة التى تؤديها تلك الشروط داخل العقد الإدارى ذاته ووفق طبيعته الذاتية التى يتمتع بها.

ولا أدل على ذلك من أن القضاء الفرنسى قد اختلف حول طبيعة الشرط الذي يمنح الإدارة سلطة فسخ العقد بالإرادة المنفردة، إذ بينما قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار أن السلطة التقديرية فى فسخ العقد Pauvoir Discri-onnaire de Resiliation شرطاً استثنائياً[١]، نجد أن محكمة التنازع رفضت اضفاء هذا الوصف الذى يقضى بفسخ العقد تلقائيا حال اخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية[٢]، مما يعنى جواز الاتفاق على هذا الشرط فى عقود الأفراد.

ب- الاتجاه الثانى:

ويذهب إلى أن الشروط غير المألوفة هى تلك التى يكون موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التى يمكن الاتفاق عليها بحرية بين المتعاقدين فى ظل القوانين المدنية والتجارية[٣].

وفيما يبدو أن هذا الاتجاه قد تأثر بالتعريف الذى أورده حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى قضية Stien[٤].

---

(١) Cos-Civil 20/11/1973 ste maison du livre francais bul. civ. I n.316. J.C.p. 73.

(٢) T.C. 15/6/1970, de comblonchien, R.P., p. 889.

(٣) Vedel, Droit administratif, 1980, p. 327.

وكذلك مقالته الهامة بعنوان:
Remarque sur lo notion de claus exorbitant "Melongs" Mestre, 1956, p. 527.

(٤) سبقت الاشارة إليه.

ويمتاز هذا التعريف بنظرته إلى الشروط غير المألوفة من زاوية طبيعتها الذاتية التى تتمتع بها، ومدى تأثيرها على إرادة المتعاقدين من حيث الخضوع لهذه الشروط وعدم مناقشتها عند التعاقد فى مجال عقود الإدارة بالمغايرة لمبدأ سلطان الإرادة فى مجال تعاقدات الأفراد.

غير أن أهم ما يعيب هذا الرأى - فى رأينا - هو عدم اتفاق القضاء على ماهية الحقوق والالتزامات التى تكون غريبة فى طبيعتها عن تلك التى يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد فى نطاق القانون الخاص.

جـ - الاتجاه الثالث:

ونادى به الفقيه «دى لوبادير» حيث يرى أن الشرط غير المألوف هو الذى يحمل فى طياته الطابع الإدارى وهو يدرج فى العقد من أجل تحقيق الأهداف التى يقصد إليها القانون العام فى مجموعه، ويمكن معرفة طبيعة العقد وما إذا كانت شروطه تحمل الطابع الإدارى من الرجوع إلى الاعتبارات التى وضعت من أجلها هذه الشروط، ويصبح الشرط غير مألوف إذا كان أساسه اعتبارات الصالح العام التى لا يمكن أن توجد فى العلاقات التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص(١).

ويمتاز هذا الرأى بالواقعية من حيث نظرته للشروط غير المألوفة من خلال وظيفتها فى التعبير عن غاية الإدارة فى تحقيق الصالح العام، وارتباط هذه الشروط بمبادئ القانون العام وعدم مشروعيتها فى عقود الأفراد(٢).

وفى مصر، ثار الخلاف فى الفقه حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة فى القانون الخاص، فقد ذهب البعض إلى أن الشرط الاستثنائى

---

(١) Delaubadére: Traite Théarique et pratique des contrats administratif, t. 1, Paris, 1956, Nº. 66, p. 88.

(٢) انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، معيار تمييزها، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩، ص ٧٩ ومابعدها.

الحقيقى هو الذى يتسم بطابع السلطة العامة، ومستحيل التحقق فى عقود الأفراد، لأنه يستمد وجوده من وجود السلطة العامة كطرف فى العقد[١].

ويفرق هذا الرأى بين نوعى الشروط الاستثنائية والشروط غير المألوفة، على أساس أن الشروط الاستثنائية التى تنطوى على عنصر السلطة تحدد مباشرة الطبيعة الإدارية للعقد، بينما الشروط غير المألوفة لا تحدد الطبيعة الإدارية للعقد إلا بطريق غير مباشر لأنها تكشف عن نية المتعاقدين فى اتباع أساليب القانون العام، فإذا وجد ما يدل على عكس ذلك فقدت الشروط غير المألوفة كل أثر فى تحديد طبيعة العقد.

وذهب رأى آخر إلى أن الشروط غير المألوفة هى شروط لو وضعت فى عقد مدنى لقضى ببطلانه، ولكنها لا يجب أن تكون دائما كذلك بل يمكن أن تتمثل فى شروط لا يعتاد الإنسان أن يراها كثيراً فى عقود القانون الخاص[٢].

والرأى الغالب فى الفقه المصرى يميل إلى التحفظ بشأن اعطاء تعريف محدد للشروط الاستثنائية، ويرى امكانية ردها إلى أفكار رئيسية - دون الادعاء بوضع قائمة شاملة لها - كالشروط التى تتضمن امتيازات للإدارة، ومن الشروط غير المألوفة ما يخول المتعاقد سلطات استثنائية فى مواجهة الغير، والاحالة إلى دفاتر الشروط، والشروط التى تؤدى إلى اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة فى تسيير المرفق العام[٣].

---

(١) انظر: د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٥٤، وفى ذات الاتجاه، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق ص ٥٧.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمى، القضاء الإدارى ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، ١٩٧٩، بدون نشر، ص١٣٣.

(٣) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٨٢ ومابعدها، د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ٣٦، د. عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص ٤٩، د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٣٢ ومابعدها، د. عمر حلمى فهمى ود. عادل عبد الرحمن خليل، =

ومن جانبنا نرى أن الشروط الاستثنائية هى «تلك الشروط التى تنبئ عن استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة، وإعمال قواعد القانون العام، وذلك من أجل تحقيق هدف العقد الإدارى وهو الصالح العام وتغليبه على مصلحة الأفراد.

ويسمح هذا التعريف باستظهار نية الإدارة إذا ما سلكت طريق العقد الإدارى حيث تعبر عن هذه النية باستعمالها امتيازات السلطة العامة التى لا يملكها الأفراد، ومن ثم استحالة ظهور هذه الشروط فى عقود الأفراد، «إذ أن فاقد الشئ لا يعطيه»، كما أن فى إعمال قواعد القانون العام ما يسمح من ناحية بالكشف عن نية الإدارة فى تطبيق أحكام القانون العام وعلى رأسها أحكام النظام القانونى للمرافق العامة، والأحكام العامة للعقود الإدارية، ومن ناحية أخرى فإن فى رغبة الإدارة تطبيق أحكام القانون العام ما يشير إلى ابتعادها عن محاكاة الأفراد فى عقودهم، ومن ناحية ثالثة استحالة ظهور الشروط التى تنطوى على إعمال أحكام القانون العام فى عقود الأفراد، إذ ليس لهم فى تطبيقها أدنى مصلحة، باعتباره قانون الإدارة الذى خلق من أجلها، وهى وحدها التى تطبق أحكامه.

كما يسمح هذا التعريف ببيان الدور الوظيفى للشروط الاستثنائية باعتبار أن استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة فى مجال العقود الإدارية ليس هدفا فى ذاته، بل وسيلة لتحقيق هدف العقد الإدارى وهو الصالح العام، فالقانون حينما ناط بالإدارة مهمة تحقيق الصالح العام، وضع بين أيديها الأدوات التى من خلالها تستطيع تحقيق الصالح العام، ويعد العقد الإدارى من أهم أدوات الإدارة ووسائلها لتحقيق الصالح العام.

= العقود الإدارية - معيار تمييزها وأنواعها، دار الثقافة الجامعية عام ١٩٩٥، ص ٥٤، د. على محمد على عبد المولى، المرجع السابق، ص١٢٢.

بالإضافة إلى ما تقدم فإن الشروط التى من شأنها تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد تلعب دوراً هاما فى مجال العقد الإدارى لاسيما فى اطار السلطة التقديرية للقاضى، فالأصل فى عقود الأفراد أن مصالح طرفى العقد متساوية، وإن كانت غير ذلك يستطيع القاضى المدنى انقاص التزامات الطرف المغبون، أما فى مجال العقد الإدارى فالأصل أن مصالح الطرفين غير متساوية، ولا يملك القاضى الإدارى أية سلطة تقديرية فى انقاص التزامات المتعاقد مع الإدارة، على اعتبار أن تحقيق الصالح العام هو الأجدر بالرعاية.

وثمة تحفظ يتعين الاحاطة به، مؤداه أن هذا التعريف ليس جامعاً مانعاً، إذ ليس من السهل - كما سبق أن ذكرنا - وضع اطار محدد لعلاقات غير محددة، ويبقى التطور القضائى - سواء فى مصر أو فرنسا - كفيلا بإدخال المزيد من الأفكار التى تعين على تعريف أكثر شمولا لفكرة الشروط الاستثنائية.

وتجدر الإشارة إلى أن التعريف الذى انتهينا إليه يمكن الاستدلال عليه من فحوى أحكام مجلس الدولة المصرى واستظهار قناعته بالطابع الوظيفى لفكرة الشروط الاستثنائية حيث قضت محكمة القضاء الإدارى بأن[1]: شروط العقد الموضوعة هى مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها، وهذا القانون - وهو دستور العقود الإدارية - يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته، ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت حسب مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضرورى.

---

(١) حكمها فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، مجموعة المكتب الفنى، السنة ١١، ص ٦٠٧.

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا[١] على المفهوم الوظيفى للشروط الاستثنائية بقولها: إن الشخص المعنوى العام يعتمد فى ابرام العقد الإدارى وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص... وذلك تحقيقاً للنفع العام.

ثانيا: صور الشروط الاستثنائية وغير المألوفة:

على الرغم من تعدد أحكام القضاء - سواء فى فرنسا أو فى مصر - التى تعرضت للشروط الاستثنائية إلا أنه - وبحق - لا يمكن استخلاص نظرية متماسكة تربط بين عناصر الشرط الاستثنائى وتحدد مقوماته، حيث اكتفت غالبية الأحكام بالاشارة إلى احتواء العقد على شروط استثنائية دون أن تحدد تلك الشروط، كما أن الأحكام القليلة التى تعين الشروط الاستثنائية التى استندت إليها للقضاء بوجود عقد إدارى لا تبين الأساس الذى اعتمدته لوصف تلك الشروط بالاستثنائية، كما أنها فى الغالب الأعم تنظر إلى مجموع نصوص العقد وتحكم باعتباره متضمناً لشروط استثنائية دون أن تفصل بين النصوص العادية والنصوص الاستثنائية[٢].

غير أنه من الممكن - من خلال أحكام القضاء - ابراز صور من الشروط التى اعتبرها القضاء استثنائية وغير مألوفة، وتندرج هذه الشروط ضمن طائفة من الطوائف الثلاثة الآتية:

الطائفة الأولى: الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة:

Clauses se rattachant aux prerogatives de pujssance publique:

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/١/٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء ٤٩، طبعة ٢٠٠٠، ص ٥٥، وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، وحكمها فى الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء ١٨، الطبعة الأولى، ص٦٨١ ومابعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٤٤.

حيث ترد هذه الشروط مشتملة على عنصر أو امتياز من امتيازات السلطة العامة، وهى على هذا النحو مستحيلة التحقيق فى عقود الأفراد لعدم تمتعهم بتلك السلطة، وبالتالى فإن النص أو البند الوارد فى العقد والذى يشير إلى استعمال الإدارة إلى أحد امتيازات السلطة العامة ينبئ عن رغبة الإدارة فى الدخول إلى دائرة العقد الإدارى، وابتعادها عن دائرة عقودها الخاصة، والعكس صحيح.

وعلى ذلك فقد ذهب بعض الفقه - وبحق - إلى أن هذه النوع من الشروط يحدد مباشرة الطبيعة الإدارية للعقد(١).

وتأتى الشروط المرتبطة بالسلطة العامة إما بالنص على منح الإدارة سلطات قبل المتعاقد معها، أو لمنح هذا المتعاقد سلطات قبل الغير. وذلك على التفصيل التالى:

أ - الشروط التى تتضمن امتيازات للإدارة قبل المتعاقد معها:

أهم ما يميز هذه الشروط هو اهدارها لأحد المبادئ المقدسة فى القانون الخاص، ألا وهو مبدأ المساواة بين المتعاقدين، فإذا استعملت الإدارة حقها الأصيل فى إملاء شروطها على المتعاقد، فليس له من سبيل إلا أن يقبلها أو يرفضها، وأنه إذا قبلها أصبح فى مركز تعاقدى شكلا، وتنظيمى موضوعاً(٢).

وتجدر الاشارة إلى أن الشروط التى تمنح الإدارة سلطات فى مواجهة المتعاقد معها قد تظهر فى الخطوات التمهيدية للتعاقد، ومثال ذلك ما تتضمنه كراسة الشروط من التزام المتقدم بعطائه بمجرد تقديمه، ولا يستطيع العدول عنه إلا بعد البت فى المناقصة أو المزايدة، أما التزام الإدارة فلا يبدأ إلا من تاريخ اعتماد السلطة المختصة لقرار لجنة البت، وقد لا تلتزم اطلاقاً(٣).

---

(١) د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، سبقت الاشارة إليه.

(٣) د. محمد عبد الواحد الجميلى، المرجع السابق، ص ١٣٣.

كما قد تظهر هذه الشروط فى البنود المتعلقة بتنفيذ العقد، وأهم مثال لهذه الشروط تلك التى تتضمن سلطة الإدارة فى التنفيذ المباشر، باعتبار أنها الوحيدة التى تملك هذه السلطة، ويعد النص عليها هو الشرط الاستثنائى النموذجى، حيث تستطيع الإدارة بموجب هذه السلطة أن تفرض التزامات على المتعاقد وتلزمه بتنفيذها بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء. ويبدو ذلك جلياً فى سلطة الإدارة فى الرقابة Pouvoir de Contrale على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، وحقها فى تعديل التزاماته بالزيادة أو النقص، وكذلك حقها فى توقع الجزاءات عليه عند اخلاله بالتزاماته، وكذلك حقها فى انهاء العقد بإرادتها المنفردة(١).

ب - الشروط التى تمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات فى مواجهة الغير:

بموجب هذه الشروط يتلقى المتعاقد مع الإدارة تفويضا من جانبها بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة فى مواجهة الغير(٢).

وتعد هذه الشروط من الشروط المستحيلة فى عقود الأفراد فيما بينهم لعدم امتلاكهم امتيازات السلطة العامة.

ومن أمثلة هذه الشروط ما يرد فى عقد الالتزام من شروط تمنح الملتزم حق تحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق العام، أو حق ممارسة بعض سلطات البوليس قبل المنتفعين، أو حق نزع الملكية لاقامة المنشآت اللازمة للمرفق(٣).

---

(١) مع ملاحظة أن شرط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة محل خلاف فى القضاء الفرنسى.

(٢) والمقصود بالغير فى مجال العقود الإدارية والأفراد المتعاقدين مع المرفق العام أو غيرهم ممن يمسهم العقد، أو الجهة الإدارية التى تتبع شخص معنوى مستقل عن الجهة التى أبرمت العقد. لمزيد من التفاصيل راجع: د. ابراهيم محمد عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، رسالة، عين شمس، ١٩٩٤، ص٢٦٥ ومابعدها.

(٣) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٩٤، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق ص ٨٢.

كذلك فى عقود الأشغال العامة فإن ثمة شروط تمنح المقاول حق شغل العقارات الخاصة مؤقتاً رغم إرادة أصحابها، أو سلطة الاستيلاء الجبرى على بعض المنقولات(١).

وهذه الشروط رغم كونها استثنائية فإن ثمة تحفظ ينبغى الاشارة إليه فى هذا المقام وهو أنها لا تؤثر فى صفة العقد المبرم بين الملتزم والمنتفع باعتباره من روابط القانون الخاص(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن عقد اشتراك التليفون موضوع النزاع أبرم بين الهيئة الطاعنة والمطعون ضده للافادة من خدمات المرفق الذى تشرف عليه وبغرض تحقيق منفعة خاصة للمشترك تتمثل فى توصيل خط التليفون، وليس لهذا العقد صلة بتسيير المرفق أو تنظيمة بغية تحقيق احتياجاته ومن ثم فإن العقد يندرج فى نطاق روابط القانون الخاص وتنتفى عنه مقومات العقد الإدارى(٣).

وفى تصورنا أنه إذا ما قررت جهة الإدارة منح المتعاقد معها سلطات وامتيازات فى مواجهة الغير، فإنه غالبا ما يكون هذا المتعاقد قد تولى بنفسه إدارة المرفق العام أو انشائه، حيث نكون أمام أحد صور اتصال العقد بالمرفق العام التى تكفى بذاتها لإضفاء الصفة الإدارية على العقد - على الأقل فى فرنسا فى ظل المعيار التبادلى - دون حاجة للبحث عما إذا كان العقد ينطوى على شرط استثنائى من شأنه منح المتعاقد مع الإدارة سلطات فى مواجهة الغير، فيما يعد تولى المتعاقد بنفسه إدارة المرفق شرطاً استثنائياً بذاته فى ظل المعيار التكاملى فى مصر.

---

(١) د. محمد عبد الواحد الجميلى، المرجع السابق ص ١٣٧.

(٢) لمزيد من التفاصيل: د. محمد سعيد حسين أمين العقود الإدارية عام ٢٠٠٥، المرجع السابق، ص٤١ ومابعدها.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥١٨٧ لسنة ٤٣ ق. جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٨ غير منشور.

الطائفة الثانية: الشروط غير المألوفة فى عقود الأفراد:

وهذه الطائفة من الشروط تبدو غير مألوفة فى عقود الأفراد، إما لأنها تحمل طابع القانون العام، وإما لكونها مستوحاة من اعتبارات الصالح العام.

١- الشروط التى تحمل طابع القانون العام:

تبدو هذه الشروط غير مألوفة فى عقود الأفراد لأنها تستوحى من القانون العام نظرياته وأهدافه، بحيث لا يمكن تفسيرها إلا على ضوء هذه النظريات وتلك الأهداف.

من هذه الشروط - مثلا - تلك التى تعتمد على قاعدة من قواعد النظرية العامة للعقود الإدارية، فالشروط المتعلقة بسلطة الإدارة فى توقيع جزاءات على المتعاقد معها حال اخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية يمكن ردها إلى مبدأ سير المرفق بانتظام واطراد، كذلك الشروط التى تنظم سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى يمكن تفسيرها على ضوء قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل(١). كما أن الشروط التى تخول المتعاقد الحق فى التعويض عن الأضرار التى تصل إلى حد قلب اقتصاديات العقد يمكن تفسيرها على ضوء نظرية التوازن المالى للعقد، كذلك فإن الشروط المتعلقة بتغير الثمن وفقاً لقواعد معينة فى حالة تقلب الأسعار Voriation de prix نتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة - يمكن تفسيرها على ضوء نظرية الطروف الطارئة(٢).

٢- الشروط المستوحاة من اعتبارات الصالح العام:

حيث لا تهدف الشروط الواردة فى العقود الخاصة إلى تحقيق الصالح العام، فى حين تضطلع العقود الإدارية - من خلال شروطها - إلى تحقيق الصالح العام، ومن ثم تبدو الشروط التى لا يمكن تفسيرها فى عقود الإدارة إلا استناداً إلى اعتبارات الصالح العام غير مألوفة فى العقود الخاصة.

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة ١٩٩٩، ص ٧٠، سبقت الاشارة إليه.

(٢) د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٥٢.

ومن قبيل هذه الشروط فى فرنسا الشروط المدرجة فى وثائق التأمين البحرى فى زمن الحرب والتى تخضع دفع جزء من التعويض فى حالة ضياع أو فقد السفينة لشروط شراء سفينة أخرى وهو ما يطلق عليه شرط الاستبدال، فهذا الشرط لا يمكن تفسيره إلا على أساس تحقيق المصلحة العامة المتمثلة فى المحافظة على اتزان الأسطول الفرنسى(١).

الطائفة الثالثة: خضوع العقد لنظام قانونى استثنائى:

تطورت فكرة الشروط الاستثنائية تطورا هاما، مؤداه أن الشروط الاستثنائية لا تقتصر فقط على تلك الشروط التى يمكن استنتاجها بتحليل نصوص العقد وبنوده، لكن هناك نوع من الشروط تفرض على العقد، فيبحث عنها القاضى بعيداً عن نصوص العقد وبنوده، ولكن من خلال النظام القانونى الاستثنائى الذى يخضع له العقد، فإذا كان الأصل هو أن يكون النظام القانونى الواجب التطبيق على العقد نتيجة لطبيعته الذاتية، لكن قد يحدث أن يكون هذا النظام محدد سلفاً، فيكون العقد إدارياً أو مدنياً بالنظر إلى طبيعة النظام القانونى الذى يحكمه، فإذا كان العقد خاضعا لنظام القانون العام بناء على نص قانونى، فإن هذا النص يعطى العقد الصفة الإدارية ويغدو إدارياً تبعاً لذلك.

وقد أرسى هذا التطور حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى قضية شركة بحيرة Sont(٢) بصدد عقود توريد الكهرباء E.D.F بواسطة موردين مستقلين غير خاضعين للتأمين ... حيث قرر مجلس الدولة الفرنسى بوجود عنصرين يتمتعان بالطابع الاستثنائى فى العقد وهما:

أ - الطابع الاجبارى لابرام هذا النوع من العقود، فالموردون المستقلون و E.D.F ملزمون بإبرام هذه العقود.

---

(١) يراجع فى ذلك: د. محمد عبد الواحد الجميلى، المرجع السابق، ص ١٣٨.

(٢) C.E. 19 Janu 1973, Soc d'éxploitation électrique de Riviére du sont, Rec. p. 48.

ب- الرجوع إلى الوزير المختص بنظر أى نزاع ينشأ بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد.

وانتهى مجلس الدولة الفرنسى إلى نتيجة مؤداها اضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود لخضوعها لنظام استثنائى حتى ولو انتفت الصلة المباشرة لهذه العقود بالمرفق العام، أو لم تتضمن شروطاً استثنائية من القانون الخاص.

ونتصور من جانبنا أن مجلس الدولة المصرى قد اعتنق فكرة النظام غير المألوف من خلال تطلب ثلاثة شروط مجتمعة لإضفاء الطابع الإدارى على العقد (وجود الإدارة ـ المرفق العام ـ الشروط غير المألوفة) على أساس أن فكرة المرفق العام تعد أحد مظاهر النظام غير المألوف فى عقود القانون الخاص ، حيث قضت محكمة القضاء الإدارى[١] بأنه «ليس حتما أن تكون الشروط الاستثنائية غير المألوفة مضمنة فى العقد عند ابرامه، بل قد يفرضها القانون سلفاً قبل اتمام العقد ويستلزم وجودها النظام الموضوع لانشاء المرفق».

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا[٢] هذا النظر بقولها « .... وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوى عليه من شروط استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص، سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح».

وقد لاقى هذا الاتجاه تأييداً من جانب بعض الفقه الفرنسى[٣] وصل إلى حد المناداة باعتباره معياراً مستقلا بذاته، ومعياراً ثالثا إلى جوار معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة، حيث يرى R.Chapus أن هذا

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، مجموعة المكتب الفنى، السنة ١١، ص ٤٩٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، مجموعة المكتب الفنى، السنة ١٣، ص ٥٥٧.

(٣) R.Chapus, op. cit., p. 743.
Vedel, Remarques sur la nature de claus exarbitonte, op; cit. p. 527.

المعيار يساعد على التعرف على الطابع الإدارى للعقد دون حاجة للجوء إلى أحد المعيارين الآخرين، ويؤكد على أن الأمر يتعلق بحل قضائى جديد un Salu-tion jurisprudentiell navelle يعد قلباً للأوضاع، لأن المفروض أن النظام القانونى الذى يخضع له العقد هو نتيجة لتكييفه وتحديد طبيعته، أما فكرة النظام الاستثنائى فهى تحدد النظام أولا ثم على أساسه يتم وصف العقد.

وتجدر الاشارة فى هذا الشأن إلى أن مجرد الإشارة إلى قانون المناقصات والمزايدات أو مدونة العقود الإدارية فى فرنسا لا يضفى الطابع الإدارى على العقد ما لم يكن العقد يحمل فى طياته خصائص العقد الإدارى من خلال مظاهر النظام غير المألوف فى عقود القانون الخاص كاحتوائه على شروط غير مألوفة أو اتصاله بالمرفق العام.

يؤكد ذلك ما قررته محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٤ من أن خضوع العقد لقانون الصفقات العامة لا يمكن أن يعطيه هو وحده طابع العقد الإدارى فى حين أنه لا يشرك المتعاقد فى تنفيذ المرفق العام ولا يتضمن أى شرط استثنائى من القانون الخاص(١).

---

(١) T.C. 3138 - 14/2/2000 sté commune des Baie - Mahaut et sociéte Rhoddloms.

غير منشور.

ويتعلق موضوع هذه القضية بعقد سمسرة مبرم بين مقاطعة وشركة خاصة موضوعه العثور لهذه المقاطعة على أفضل شروط للحصول على قرض لتمويل تجهيزات عامة، وكان العقد خاضعاً لقانون الصفقات العامة، وقد قررت المحكمة:

La circonstonce au'un contrat de courtage conclu entre une commune et une sociéte privée, dont l'objet est de trouver, pour cette commune, les conditions d'emprunts les plus avantagevse pour le financement d'equipements publics, ait éte soumis au code des marchés publics ne saurait lui conférer à elle seule le caractére de contrat administratif, alors qu'il n'ade fait pas participer la personne priviée cocontractante- à l'exécution du service publie et ne comporte aucune clause exorbitonts du droit commun.

الفرع الثانى

الاساس القانونى للاستناد لفكرة

الشروط الاستثنائية

يثور التساؤل عن الأساس القانونى للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية، وبمعنى آخر لماذا يؤدى وجود الشروط الاستثنائية فى العقد إلى إضفاء الصفة الإدارية على العقد الذى يتضمنها؟

نرى أن الأساس القانونى للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية يكمن فى أساسين، الأول شخصى، والثانى موضوعى.

١- الأساس الشخصى: Frondement Subjectif

ويتمثل هذا الأساس فى حرية المتعاقدين فى اختيار أساليب التعاقد، فهما بالخيار بين اتباع أساليب القانون العام، وبين اتباع أساليب القانون الخاص، فإذا احتوى عقدهم على شروط استثنائية كان ذلك دليلاً على اختيارهما أساليب القانون العام ورغبتهما فى ابرام عقداً إدارياً. فيما يعد خلو العقد من أية شروط استثنائية دليلا على اختيارهما أساليب القانون الخاص ورغبتهما فى ابرام عقداً مدنياً.

وتتحدد قيمة هذا الأساس فى التعرف على اتجاه إرادة المتعاقدين ورَغبتهما فى ابرام عقداً إدارياً من عدمه.

٢- الأساس الموضوعى: Frondement Objectif

ويستند الأساس الموضوعى إلى الطبيعة الخاصة للشرط الاستثنائى ودوره فى اضفاء الصفة الإدارية على العقد الذى يحتويه وبطريقة مباشرة ويترتب على ذلك أن احتواء العقد على نصوص استثنائية تنطوى على امتياز من امتيازات السلطة العامة تكون كفيلة بذاتها فى تحديد الطبيعة الإدارية للعقد، حتى ولو أرادا المتعاقدان ابرام عقد مدنى لأن ارادتيهما لا يمكن أن تغير من طبيعة العقد الذى يستمدها من شروطه الذاتية.

وفى هذا الاطار يختلف دور الشروط الاستثنائية التى تتسم بطابع السلطة العامة عن الشروط غير المألوفة وهى ممكنة وجائزة فى عقود القانون الخاص ولكنها قليلة الاستعمال، إذ بينما ينبئ الشرط الاستثنائى عن قرينة قاطعة - لا تقبل اثبات العكس - على الصفة الإدارية للعقد الذى يحتويه، فإن الشرط غير المألوف ينبئ عن وجود قرينة بسيطة على اتجاه إرادة المتعاقدين نحو اتباع أساليب القانون العام، ولكنها قرينة تسقط بمجرد اثبات ما يخالفها(١).

الفرع الثالث

القيمة القانونية لمعيار

الشروط الاستثنائية

انعكس الخلاف الدائر فى الفقه بين أنصار اتجاه السلطة العامة وبين أنصار اتجاه المرفق العام على تحديد القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإدارى، حيث يرى أنصار السلطة العامة أن معيار الشروط الاستثنائية هو المعيار الحاسم والقاطع فى تمييز العقود الإدارية، أما معيار المرفق العام فلم يعد ذا أثر حقيقى فى تحديد الطبيعة الإدارية للعقد(٢).

ويأتى هذا الرأى استناداً إلى العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن

---

(١) د- ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٤١.

(٢) Vedel: op. cit., p. 527, R.Chapus, Responsabilité publique et Responsobilité Prive.thése Paris 1957, p. 109.

حيث تعنى أن يكون معيار الشروط الاستثنائية هو معيار العقد الإدارى.

د- ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٤٤، د- مصطفى أبو زيد فهمى، الوجيز فى القانون الإدارى، طبعة ١٩٥٧، ص ٤٧، د- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٩٣ مع ملاحظة أن سيادته قد انتهى إلى أن كل من معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية يصلح بذاته معياراً لتمييز العقد الإدارى.

كل من مجلس الدولة الفرنسى[١]، والمصرى[٢]، والتى اعتمدت معيار الشروط الاستثنائية معياراً وحيداً لتمييز العقد الإدارى.

ويذهب أنصار اتجاه المرفق العام إلى أن معيار الشروط الاستثنائية أصبح معياراً ثانوياً فى تحديد ذاتية العقد الإدارى، وأن أثر هذا المعيار يقتصر فقط على اضفاء الصفة الإدارية على عقود الدومين الخاص[٣]. كما ذهب البعض إلى حد انكار أية قيمة قانونية لمعيار الشروط الاستثنائية، ويرى أن المعيار المميز للعقد الإدارى فى التشريع المصرى هو معيار المرفق العام[٤].

ونرى أن كلا الرأيين يحملان قدراً من المغالاة فى تعظيم أو اهدار قيمة الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإدارى، على أنه وبغض النظر عن أسانيد وحجج كل منهما فى الدفاع عن الاتجاه الذى يتبناه، فإن تحديد القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية وبيان دوره فى تمييز العقد الإدارى يقتضى التفرقة بين الوضع فى فرنسا وبين الوضع فى مصر.

---

(١) انظر على سبيل المثال: حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية جرانيت فوساج، سبقت الاشارة إليه، وأيضا حكمه الصادر بتاريخ ١٢/١٢/١٩٣٠ فى قضية Stedesmoteursenom - et - Rhôpme - المجموعة، ص ١١٧.

(٢) من أحكام مجلس الدولة المصرى: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، الموسوعة، جـ ١٨، ص ٦٧٣، وحكمها فى الطعن رقم ١١٩٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٩، مجموعة المكتب الفنى، السنة ٣٠، ص ٩٤٤، حكمها فى الطعن رقم ٣١٢٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، الموسوعة، الجزء ٣٥، طبعة ١٩٩٤، ص ٢٨٥.

(٣) Jeon lamarque, op. cit., p. 500.

وراجع أيضا: د. وليم سليمان قلاده، اتجاهات حديثة فى المعيار المميز للعقد الإدارى، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، عام ١٩٥٦، ص ٤٠٥.

(٤) راجع: مستشار جمال الدين جوده اللبان، المرجع السابق، ص ١٤٣.

١- الوضع فى فرنسا:

حيث تبدو القيمة الحقيقية لمعيار الشروط الاستثنائية فى الحالات الآتية:

أ - إضفاء الصفة الإدارية على العقد عند غياب أو عدم وضوح فكرة المرفق العام فى العقد، ويتحقق هذا الدور فى مجال العقود المتعلقة بالدومين الخاص، حيث كان مجلس الدولة الفرنسى يقضى بعدم اختصاصه بنظر هذه العقود حتى ولو تضمنت شروطاً استثنائية(١). ثم اعترف - فى تطور لاحق - بإمكان اكتساب هذه العقود للصفة الإدارية فى حالة تضمنها شروطاً استثنائية(٢).

ب - إضفاء الصفة الإدارية على بعض عقود المرافق الاقتصادية حيث تدار هذه المرافق بأسلوب القانون الخاص، والعقود التى تبرمها عقود خاصة، إلا أن مجلس الدولة اعترف بالصفة الإدارية لعقود هذه المرافق إذا تضمنت ما يفيد خضوعها لنظام قانونى استثنائى غير مألوف(٣).

٢- الوضع فى مصر:

يميل الرأى الغالب فى الفقه المصرى إلى المساواة بين القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية وبين القيمة القانونية لمعيار المرفق العام(٤)، وذلك

---

(١) C.E., 26 janv. 1951, ste anonyme miniére, rec. p. 49.

(٢) C.E. 15 juin 1990, le munier, R.D. p. 1992, p. 1519.

وفى ذات المعنى حكم محكمة التنازع:

T.C. 22 nov, 1965, colmette, rec., p. 819.

(٣) C.E., 19 janv 1973.

سبقت الاشارة إليه.

(٤) انظر د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ٢٤٣، د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٢٩١، د. ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ٢٤٨، د. محمد عبد الواحد الجميلى، المرجع السابق، ص ١٥٠.

استناداً إلى الاتجاه المستقر عليه فى القضاء المصرى، حيث قضت محكمة القضاء الإدارى[١] بأن المعيار الذى يميز العقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد ... موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية.

وفى ذات الاتجاه استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا[٢]، ودائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة[٣]، وكذلك محكمة النقض المصرية[٤].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، سبقت الاشارة إليه، وحكمها فى الدعوى رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٦١/٦/٢٥، مجموعة المكتب الفنى، ١ لسنة ١٥، ص ١٩٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، مجموعة المكتب الفنى، السنة السابعة، ص ٥٤، وحكمها فى الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة السنة ١٣، ص ٤٨، وحكمها فى الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٩٦/٤/١٦، غير منشور، وحكمها فى الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤، غير منشور.

(٣) حكمها فى الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٧/١/٢ غير منشور.

(٤) نقض جلسة ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة المكتب الفنى، السنة ١٥، ص ٩٥٦.

مبحث خاص

رأينا فى المعيار المميز

للعقد الإدارى

يستلزم أى بناء فنى قانونى ضرورة تحديد النتيجة المطلوبة أولا، ثم ايجاد المبدأ الملائم لتحقيق النتيجة السابق تحديدها، ولا ينبغى على الباحث فى سبيله لتشييد هذا البناء الانسياق وراء التجريد الفلسفى والنظرى، بل يتعين عليه أن يتخذ من الواقع العملى أداة مُثلى فى سبيل تحقيق هدفه.

وينطلق رأينا فى هذا المجال من خلال الاجابة على تساول هام مؤداه: ما هى الحكمة من ايجاد معيار لتمييز العقد الإدارى؟

ونستبعد - ابتداء - وجهة النظر التى ترمى إلى أن الغاية أو الحكمة من ايجاد معيار لتمييز العقد الإدارى تكمن فى مجرد تحديد الاختصاص بنظر هذا النوع من العقود، باعتبار أن هذه الوجهة من النظر تأتى قاصرة على تمييز العقد الإدارى وهو فى طور المنازعة القضائية بين أطرافه فحسب، إذ أن قيام نزاع بين طرف العقد سيولد حتماً فكرة القاضى المختص بنظره، فى حين أن النظر للعقد الإدارى فى سيرته الطبيعية - وهذا هو الأصل - من حيث ابرامه، وتنفيذه، ونهايته أخطر بكثير من مجرد الانتظار لحين نشوء نزاع بين أطرافه، والبحث عن معيار التمييز وصولا إلى القاضى المختص.

أعنى بذلك ضرورة النظر إلى العقد الإدارى أولا على أنه عقد يولد التزامات وحقوق متقابلة بين طرفيه هما فى حاجة إلى تحديد النظام القانونى الذى يحكم هذه الالتزامات وتلك الحقوق، وهذ التحديد للنظام القانونى المشار إليه لن يتأتى إلا بعد تكييف العقد والوقوف على طبيعته.

وأحسب أن الغاية من معيار التمييز تجد أساسها فى ضرورة تحديد الغرض الذى شرع من أجله العقد الإدارى ذاته، فالعقد الإدارى هو أحد وسائل الإدارة لتسيير مرافقها العامة بغية تحقيق الصالح العام.

فالصالح العام هو الشغل الشاغل لجهة الإدارة، بل هو سر وجودها، ولبلوغ هذا الهدف تقوم الإدارة على انشاء وتنظيم وتسيير المرافق العامة، ويأتى العقد الإدارى كوسيلة مثالية تعين الإدارة على بلوغ هذا الهدف.

وتحت مظلة الصالح العام، أمكن خلق وتبرير القواعد الضابطة للمرفق العام، وما يترتب على تطبيق هذه القواعد من آثار، ولنضرب مثالا على ذلك أن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد- وهى أحد القواعد الضابط للمرفق العام - هى التى سمحت لجهة الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها فى حالة إخلاله بتنفيذ العقد وذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء، وهى التى تبرر لجهة الإدارة الشراء على حساب المورد المقصر فى عقود التوريد، أو التنفيذ على حساب المقاول المقصر فى عقود الأشغال العامة، كما أن قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل هى التى منحت للإدارة وبإرادتها المنفردة سلطة تعديل عقودها الإدارية بالزيادة أو النقصان فى حدود ووفق ضوابط معينة.

ومن خلال الصالح العام أيضاً أمكن تبرير عدم المساواة بين طرفى العقد الإدارى، وذلك من خلال تباين واختلاف المصالح بين طرفى العقد الإدارى، فالمتعاقد مع الإدارة يبغى المصلحة الفردية أولا، فى حين تبغى الإدارة تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن عدم المساواة بين طرفى العقد الإدارى مرده دائماً الصالح العام الذى تسعى الإدارة إلى تحقيقه.

كما أن تزويد الإدارة بامتيازات السلطة العامة والنص عليها فى العقد الإدارى باعتبارها شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص - ليست هدفا فى ذاته، بل من أجل امداد الإدارة بالوسائل التى تعينها على تحقيق الصالح العام، وبدون هذه الامتيازات ستواجه الإدارة صعوبات جمة فى ضمان حُسن تنفيذ العقد الإدارى.

وهكذا يتحدد المعيار المميز للعقد الإدارى فى معيار وحيد هو ارتباط العقد الإدارى بتحقيق الصالح العام.

فقد أثبت الواقع العملى بما لا يدع مجالا للشك أن القاضى الإدارى

حينما تعرض عليه منازعة عقدية يبدأ بحثه بالتكييف القانونى للعقد موضوع المنازعة، ونقطة البداية عنده فى هذا الصدد هى ما إذا كان العقد المطروح عليه قد أبرم لتحقيق الصالح العام من عدمه، أى مدى ارتباط العقد بالصالح العام، ويجد القاضى الإدارى فى محل العقد وسببه ما يعينه على إدراك ذلك.

ويستعين القاضى الإدارى بمحل العقد لتحديد الصفة الإدارية للعقد، كأن يكون محل العقد من النوع الغريب على استعمال الأفراد له، كالتعاقد على شراء طائرات حربية مثلا.

كما يستعين القاضى الإدارى بسبب العقد بمعناه الموضوعى أى الباعث الدافع للتعاقد وهو تحقيق المصلحة العامة، ويتم الكشف عن السبب من خلال شروط العقد. فإذا ما أيقن القاضى الإدارى ارتباط العقد بالصالح العام يبدأ البحث عن القرائن والأدلة التى تؤكد يقينه، وتتمثل هذه القرائن والأدلة فى البحث عن العنصر المادى المتمثل فى احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، فإذا وجد هذه الشروط كان ذلك دليلا على ارتباط العقد بالمرفق العام، على اعتبار أنه بدون ارتباط العقد بالمرفق العام، فلا معنى ولا جدوى من الشروط الاستثنائية غير المألوفة.

أما إذا انتفت علاقة العقد بالصالح العام، فإنه يكون عقداً مدنياً، لا يغير من طبيعته احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة، إذ ستكون هذه الشروط شروطاً تعسفية يستطيع القاضى المدنى التعرض لها من خلال نظرية الغبن فى القانون المدنى.

وقد يؤخذ على هذا الرأى أن فكرة الصالح العام فكرة فضفاضة غير محددة، إلا أنه يمكن الرد على هذا القول بأن فكرة الصالح العام ترتبط دائماً بإشباع الحاجات العامة لجموع المواطنين عن طريق المرافق العامة، ويملك القاضى الإدارى من الخبرة القانونية ما يعينه على استظهار مدى ارتباط العقد بالصالح العام من عدمه.

كما قد يؤخذ على هذا الرأى أن الإدارة تبغى الصالح العام من عقودها

المدنيـة شـأنهـا شـأن العـقـود الإداريـة، ويرد عل ذلك بأن العـقـود المدنيـة للإدارة دائمـا مـا تخلو من الأدلة والقرائن الدالة على استعمال الإدارة لأسـاليب القانون العـام، وهى بذلك تحـاكى الأفـراد فى تصـرفـاتهم، ويـكون تحـقـيق الصـالح العـام غـرض غيـر مباشر للعقد الخاص الذى تبرمه الإدارة، فى حين يكون تحقيق الربح هو الغرض المباشر من وراء ابرام هذه العقود .

الفصل الثانى

ماهية عقد التوريد

الإدارى وأنواعه

تمهيد وتقسيم:

تسعى الدولة وكافة وحداتها الإدارية إلى تدبير احتياجاتها اللازمة لتسيير مرافقها العامة من خلال ابرام عقود التوريدات، حيث تقوم الدولة بموجب هذه العقود بشراء المنقولات اللازمة من أدوات ومؤن ومعدات حربية. . . . الخ، بهدف اشباع الحاجات العامة.

وتبرم الدولة ممثلة فى جهة الإدارة نوعين من عقود التوريد حسب رغبتها، النوع الأول هو عقود التوريد الإدارية، والنوع الثانى هو عقود التوريد المدنية، وفى ظل نظام الازدواج القانونى - حيث القانون العام والقانون الخاص - والازدواج القضائى - حيث القضاء الإدارى والقضاء العادى - تبقى الحاجة إلى معيار لتمييز عقد التوريد الإدارى عن عقد التوريد المدنى أو الخاص الذى تبرمه الإدارة على غرار عقود الأفراد.

وتتنوع عقود التوريد الإدارية بالنظر إلى الحاجة المراد اشباعها، حيث توجد طائفتان من عقود التوريد الإدارية. الأولى: عقود التوريد العادية، والثانية: عقود التوريد الصناعية.

وعلى ضوء ما تقدم نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهيـــــة عقد التوريـــد الإدارى.

المبحث الثانى: معيار تمييز عقد التوريد الإدارى.

المبحث الثالث: أنواع عقود التوريد الإداريـــــة.

المبحث الأول

ماهية عقد التوريد الإدارى

يقتضى الالمام بماهية عقد التوريد، أن نتعرض ابتداء للتطور التاريخى لفكرة التوريد، ويسمح هذا العرض التاريخى بإبراز مدى حاجة الدولة ووحداتها الإدارية إلي المنقولات اللازمة لتسيير حياتها اليومية، وقد وصل هذا الاحتياج إلى حد اهدار مبدأ المشروعية، كما يسمح هذا العرض التاريخى ببيان دور عقود التوريد فى إضفاء صفة الشرعية على تصرفات الإدارة ومسلكها فى مجال تدبير احتياجاتها. ثم نتعرض بعد ذلك لتعريف عقد التوريد.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التطور التاريخى لفكرة التوريد.

المطلب الثانى: تعريف عقد التوريد الإدارى.

المطلب الأول

التطور التاريخى لفكرة التوريد

نقطة البداية عند بحث مستقبل أى فكرة ينطلق من معرفة ماضيها، واستعراض تاريخ فكرة التوريد ليس هدفاً فى ذاته، بل وسيلة للتعرف على مدى أهمية التوريد فى حياة الدولة.

وقد تأثرت فكرة التوريد أو عملية تدبير الدولة لاحتياجاتها اليومية من المنقولات اللازمة لتسيير مرافقها العامة بالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى تمر بها الدولة. وقد أدى تباين واختلاف هذه الظروف فى فرنسا عنها فى مصر إلى إختلاف ظروف نشأة وتطور فكرة التوريد فى النظام الفرنسى عنه فى النظام المصرى.

١- نشأة فكرة التوريد وتطورها فى النظام الفرنسى:

افتقر عهد الامبراطورية الفرنسية إلى القوانين المنظمة لعملية البيع والشراء التى تسمح للدولة بتدبير احتياجاتها، مما أدى إلى أن بات ائتمان الدولة من المنقولات اللازمة لتسيير مرافقها مهدداً. فلجأت الدولة إلى الاستيلاء Le Réquisition على جميع المنقولات التى تحتاجها، وكان المواطنون يؤدون المنقولات إلى موظفى الدولة عيناً(١)، ثم يتم حفظها فى مخازن عمومية ضخمة إلى أن تتمكن الدولة من تدبير عتاد الحرب وطعام الجيوش(٢).

ولكن مع رسوخ الملكية ونمو المركزية الإدارية La centralisation adminis-trative وتكوين الجيوش الدائمة، بدأت فى الظهور المرافق العامة الكبيرة، وأصبحت عملية الاستيلاء على منقولات المواطنين إما طواعية أو جبراً غير مجدية، وتحولت الدولة من القسر والقهر إلى الاتفاق، حيث بدأت فى الظهور عقود التوريدات، وكانت تتم بطريق المناقصات، والتعامل مباشرة بالتفويض بالنسبة لتوريدات معينة استثنائية(٣).

وما أن قامت الثورة الفرنسية حتى تغيرت الأوضاع فى فرنسا، وساد مبدأ المشروعية، وشهد ذلك صدور أول قانون لتنظيم عملية التوريدات العسكرية وهو القانون الصادر فى ٢١ أبريل ١٧٩١ بشأن اطعام الجيش، وحدد هذا القانون أساليب ابرام عقود التوريدات وحصرها فى ثلاثة أساليب هم:

---

(١) وقد كانت الشعوب فى هذه العصور تدين بالولاء لشخص الملك وتعترف له بالطاعة في كل ما يصدره من قوانين وقرارات وكان طبيعيا فى مثل هذا النظام أن تختفى ضمانات الفرد. لمزيد من التفاصيل: انظر د. مصطفى كيرة، نظرية الاعتداء المادى فى القانون الإدارى، رسالة، طبعة ١٩٦٤، ص ٢٢، وفى اعتقادنا أن هذا الوضع هو الذى يفسر قيام المواطنين بأداء المنقولات المملوكة له إلى موظفى الدولة عيناً.

(٢) Pasel arrighi, essai sur le caractére administratif des marches de fournitures, thèse, Paris, 1945, p. 57.

(٣) Dareste: La justice administrative en france, 1898, p. 311.

المناقصة العامة - الممارسة العامة - الاتفاق المباشر عن طريق الوزراء.

كما تميزت قوانين الثورة بالاحتفاظ لعقود التوريد التى تبرمها الدولة بالصفة الإدارية، من ذلك المرسوم الصادر فى ١٨٠٦/٦/١١، أما بالنسبة للمحليات فإن الأمر الصادر فى ٤ ديسمبر ١٨٣٦ تنفيذا للقانون الصادر فى ٣١ يناير ١٨٣٣ حدد الإجراءات التى سيتم اتباعها فى المستقبل بشأن جميع العقود التى تبرم باسم الدولة، ونص على أن القاعدة أن تتم هذه العقود بطريق المناقصة العامة، فيما عدا استثناءات معينة تبررها الضرورة عندما تدعو الحاجة إلى السرية أو طبيعة التوريد.

ثم صدر مرسوم ١٨٨٢/١١/١٨ بتنظيم المناقصات والعقود المبرمة باسم الدولة، وتعدل هذا المرسوم بالمرسوم الصادر فى ٦ أبريل ١٩٤٢، وقد أنشأ هذا المرسوم ما يعرف بكراسة الشروط العامة المطبقة على توريدات إدارة الحرب والبحرية والطيران.

٢- نشأة فكرة التوريد وتطورها فى مصر:

عرفت مصر نظام الاستيلاء على المنقولات بموجب المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥[١] الخاص بشئون التموين حيث نصت المادة الأولى منه على أن: «يجوز لوزير التموين لضمان تموين البلاد بالمواد الغذائية وغيرها من مواد الحاجيات الأولية وخامات الصناعة والبناء ولتحقيق العدالة فى توزيعها أن يتخذ قرارات يصدرها بموافقة لجنة التموين العليا كل أو بعض التدابير الآتية:

١- .... ٢- .... ٣- .... ٤- .... ٥- الاستيلاء على أية واسطة من وسائط النقل أو أية مصلحة عامة أو خاصة أو أى معمل أو مصنع أو محل صناعى أو عقار أو أى منقول أو أى شئ من المواد الغذائية أو المستحضرات الصيدلية والكيماوية وأدوات الجراحة والمعامل وكذلك تكليف أى فرد بتأدية أى عمل من الأعمال».

---

(١) الوقائع المصرية فى ٦ أكتوبر سنة ١٩٤٥، العدد ١٤٥ مكرر.

وتضمنت المادة الثانية من ذات القانون النص على أن تلغى بحكم القانون العقود التى تكون قد أبرمت بشأن المواد المشار إليها فى المادة الأولى ولم تنفذ قبل اتخاذ التدابير الواردة فى تلك المادة.

وفيما يبدو أن هذا المرسوم بقانون قد صدر لمعالجة الآثار الاقتصادية الناجمة عن الحرب العالمية الثانية.

وجدير بالملاحظة أن نظام الاستيلاء فى مصر كان يتم فى إطار من المشروعية ولم يكن بأوامر من الملك أو من السلطة بل كان بموجب قانون على عكس الوضع فى فرنسا حيث افتقد الاستيلاء لصفة المشروعية، كما أن مصر عرفت نظام عقود التوريد أولا بدليل نص المادة الثانية من القانون المشار إليه، ولكنها لجأت إلى نظام الاستيلاء لمواجهة آثار الحرب العالمية الثانية، على عكس الوضع فى فرنسا حيث عرفت فرنسا نظام عقود التوريد فى مرحلة تالية للاستيلاء.

ومن الوجهة التشريعية، تعد لائحة المخازن الصادرة عام ١٩١٢[١] من أولى التشريعات المنظمة للقواعد والإجراءات الخاصة بعقود التوريد. ونظراً لما لوحظ من النقص الذى شاب هذه اللائحة وعدم كفايتها لمسايرة الأعمال الحكومية، فقد تم العمل بلائحة المخازن والمشتريات التى أقرها مجلس الوزراء بجلسته المنعقدة فى ٦ يونية ١٩٤٨، وقد تميزت هذه اللائحة بتبسيط الإجراءات والعناية بإجراءات المناقصات والعقود، توحيداً لنصوص عقود المشتريات فى جميع الوزارات والمصالح[٢].

غير أن المشرع تنبه إلى عدم كفاية اللوائح لتنظيم الأحكام العامة للمناقصات فآثر تنظيم الأحكام الرئيسية فى المناقصات العامة وغيرها من

---

(١) راجع الأستاذ/ أنور العمروسى، شرح لائحة المخازن والمشتريات، مكتبة الباجورى، طبعة ١٩٧١، ص٩.

(٢) الأستاذ/ أنور العمروسى، المرجع السابق، ص ٥.

وسائل التعاقد لشراء مهمات الحكومة أو بيع ما تستغنى عنه أو إجراء أشغال عامة لازمة لمرافقها حيث أصدر المرسوم بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٣ بتنظيم المناقصات. وقد تميز هذا القانون بوضع قواعد منضبطة تكفل صيانة أموال الدولة وعدم التلاعب فيها(١).

وقد أثبتت التجربة العملية أن الحاجة تقتضى زيادة التوسع فى منح الوزارات والمصالح سلطات أوسع دفعا لما تلاقيه من صعوبات عملية فى التنفيذ(٢)، لذلك صدر القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ فى ١٩٥٤/١٢/١ بتنظيم المناقصات والمزايدات وتسرى أحكامه أصلا على عقود التوريد. ثم تعدل هذا القانون بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٦ بإضافة فقرة واحدة إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ تجيز لوزير التموين فى حالات الضرورة شراء مواد التموين اللازمة لحاجة البلاد بمناقصات محلية أو بدون مناقصات.

وبتاريخ ١٩٥٤/١٢/١٤ أصدرت وزارة المالية اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه، إلا أنه نظراً لعدم نشر هذه اللائحة فى الجريدة الرسمية، فقد جاءت مشوبة بعيب الشكل لعدم استيفائها للإجراءات التى نص عليها قانون مجلس الدولة، وبالتالى لا يصح الاحتجاج بها قبل الأفراد(٣).

---

(١) راجع: المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٣ حيث جاء بها «وأنه من المتعين تنظيم أهم من الأحكام الرئيسية فى هذا الموضوع بقانون، لذلك أعد المشروع المرافق تاركاً باقى الأحكام والإجراءات التى تخالف أحكامه لينظمها مجلس الوزراء».

(٢) راجع: حسين درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، عام ١٩٥٩، ص ٦.

(٣) راجع: د. فؤاد العطار، أساليب تعاقد الإدارة، منشور بمجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة والسادسة، يناير ١٩٥٤، ص ٢٥٣، ويرى أن هذه اللائحة باطلة لمخالفتها قانونا لمخالفة اصدارها أحكام القانون، وترتب على ذلك أن تظل لائحة المخازن والمشتريات الصادرة سنة ١٩٤٨ هى المطبقة.

وتصحيحاً لهذا الوضع صدر قرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ بإصدار لائحة المناقصات والمزايدات[١]، وخصصت هذه اللائحة المواد من ١ إلى ١٧ للتوريدات.

ونظراً للتطورات التى طرأت على الحياة الاقتصادية فى مصر فقد غدا القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ غير ملائم لمسايرة هذه التطورات، فقد صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم أحكام المناقصات والمزايدات[٢]، وصدرت لائحته التنفيذية بموجب قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣[٣].

غير أنه ومنذ صدور هذا القانون شهدت البلاد متغيرات سريعة ومتلاحقة نتيجة التحول الاقتصادى العالمى المعاصر، وما انتهجته الدولة من سياسات ترنو إلى تشجيع القطاع الخاص وإرساء مناخ الاقتصاد الحر، الأمر الذى أدى إلى إعادة النظر فى أحكام القانون المشار إليه بما يواكب تلك المتغيرات، ويكفل القضاء على ما أسفر عنه التطبيق العملى للقانون من بعض الثغرات[٤].

وتحقيقاً لهذا الغرض صدر القانون الحالى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨[٥] بشأن المناقصات والمزايدات والذى تضمن تنظيماً لأساليب تعاقد الإدارة على شراء المنقولات اللازمة لها، وأحكام تنفيذ عقود التوريد، كما صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بموجب قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨[٦]، والتى تضمنت تنظيما شاملا لأحكام عقد التوريد من حيث ابرامه وتنفيذه وحالات انهاءه بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة.

---

(١) الوقائع المصرية، العدد (١٩) بتاريخ ١٩٥٨/٣/٣.

(٢) الجريدة الرسمية، العدد رقم (٩) بتاريخ ١٩٨٣/٣/٣.

(٣) الوقائع المصرية، العدد (١٦٢) بتاريخ ١٩٨٣/٧/١٧.

(٤) المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات.

(٥) الجريدة الرسمية، العدد (١٩ مكرر) بتاريخ ١٩٩٨/٥/٨.

(٦) الوقائع المصرية، العدد (٢٠١) تابع بتاريخ ١٩٩٨/٩/٦.

وخلاصة ما تقدم أن التطور التاريخى لفكرة التوريد - الذى ألمحنا إليه سلفا - يعكس مدى تأثر فكرة التوريد بالظروف الاقتصادية التى تعيشها البلاد من ناحية، كما يعكس اهتمام المشرع بتنظيم عقود التوريد كلما لاح له فى الأفق أن تدخله قد بات ضرورياً سواء للحفاظ على الأموال العامة للدولة أو لكفالة تسيير الدولة لمرافقها العامة بانتظام واضطراد.

المطلب الثانى

تعريف عقد التوريد الإدارى

Le Marché de Fourniture administratif

يعد عقد التوريد من العقود المسماة مثل عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة، حيث ورد النص على اختصاص مجلس الدولة الفرنسى بنظره بموجب المادة (١٤) من مرسوم ١٨٠٦/٦/١١ - على ما سنرى - وذلك فيما يتعلق بعقود التوريد التى تبرمها الدولة، كما ورد النص عليه فى كافة قوانين مجلس الدولة المتعاقبة فى مصر على ما سنرى فى المبحث التالى.

ولم يشأ مجلس الدولة الفرنسى - كعادته - تعريف عقد التوريد، ولكن على العكس تصدت محكمة القضاء الإدارى فى مصر لتعريفه، كما حاول الفقه فى فرنسا ومصر تعريف هذا العقد.

١- التعريف القضائى لعقد التوريد الإدارى:

عرفت محكمة القضاء الإدارى فى مصر عقد التوريد بأنه: «اتفاق بين شخص معنوى من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوى لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين»(١).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق، جلسة ١٩٥٢/١٢/٢، مجموعة المكتب الفنى، السنة السابعة، بند ٦١، ص ٧٦، وحكمها فى الدعوى رقم ١٨٢٧ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٥٧/٣/١٧، المجموعة، السنة ١١، ص ٢٧٢.

ويمتاز هذا التعريف باظهار عناصر عقد التوريد من حيث كون محله يرد دائماً على منقول ولا يكون محله عقارات مطلقاً، كما أن هذه المنقولات تكون دائماً لقاء ثمن معين تؤديه جهة الإدارة، وهو ما يفرق عقد التوريد عن الاستيلاء على المنقولات الذى يتم بدون مقابل، كما يوضح هذا التعريف ضرورة توافر الضابطين العضوى والموضوعى فى تمييز عقد التوريد الإدارى من حيث كون الإدارة طرفاً فيه، ولزوم المنقولات محل هذا العقد لتسيير المرفق العام للدلالة على ضرورة اتصال عقد التوريد بالمرفق العام.

غير أن أهم ما يعيب هذا التعريف - فى رأينا - اقتصاره غير المبرر على تحديد الطرف الثانى فى عقد التوريد على أن يكون فرد أو شركة، أى شخص من أشخاص القانون الخاص، فى حين أن القانون لم يحظر ابرام عقد التوريد بين أشخاص القانون العام وبعضها البعض»[1].

كما جاء التعريف القضائى المشار إليه قاصراً عن اظهار دور الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى القانون الخاص فى إضفاء الصفة الإدارية على عقد التوريد، فليس بكاف - على الأقل فى مصر - أن تكون المنقولات محل عقد التوريد لازمة لمرفق عام، بل يتعين اتباع الإدارة لأساليب القانون العام بتضمين عقود التوريد شروطاً استثنائية غير مألوفة.

٢- الاتجاهات الفقهية فى تعريف عقد التوريد الإدارى:

ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن عقود التوريدات هى عقود إدارية، يتحمل الموردون مخاطرها وأخطارها، مقابل مكافأة أو أجر، موضوعها حصول شخص إدارى على أموال منقولة فى ظروف مختلفة عن تلك الخاصة بالقانون

---

(١) انظر على سبيل المثال: بروتوكول التعاون المشترك - عقد التوريد - المبرم بين وزارة الموارد المائية والرى وبين وزارة الانتاج الحربى فى يناير ٢٠٠٢ وموضوعه توريد مواسير لمشروع الرى السطحى المطور بزراعات قصب السكر فى محافظات انتاجه - غير منشور.

الخاص[١].

كما ذهب البعض إلى أن عقد التوريد هو: «عقد إدارى يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بأن يورد للإدارة منقولات تلزمها، مقابل ثمن معين»[٢].

كما ذهب البعض إلى أن عقد التوريد هو اتفاق بين شخص معنوى من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوى العام يحتاج إليها مرفق عام مقابل ثمن محدد فى العقد[٣].

ويقترب هذا التعريف من التعريف القضائى المشار إليه، إلا أنه يستلزم ضرورة تحديد الثمن فى العقد، حقيقة أن تحديد الثمن هو من الأركان الرئيسية لعقد التوريد، لكن اشتراط النص عليه فى العقد يوحى بأنه لابد وأن يكون دائماً مكتوباً - أى أن الكتابة ركن من أركان عقد التوريد - فى حين أنه من العقود الرضائية التى لا تتقيد بالشكل.

ويميل الرأى الغالب فى مصر[٤] إلى تأييد التعريف القضائى لعقد

---

(١) P.ARRIGHI. op. cit. p. 13:
Les marchés de fournitures sont des contrats administratifs qui, aux risques et périks des fournisseurs, moyenant une rémunération et à léxclvsion, ont pour objet de procurer à une personne administrative desbiens mobiliers de des sexuices dons des conditions differentes de celles du droit privé.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإدارى، دار المطبوعات الجامعية، عام ١٩٩٤، ص ٥٧٤، وقد تدارك هذا التعريف بالقول بأن عقد التوريد لا يكون إداريا إلا إذا استخدمت الإدارة فيه أساليب القانون العام، بأن ضمنته شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص، أو كان دور المتعاقد معها فيه هو القيام بتنفيذ مرفق عام.

(٣) راجع: د. عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص ١٠١، وقرب من ذلك د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٤) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص١٢١، د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ١٦٨، د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٥٣٢، د. محمود حلمى، المرجع السابق، ص ١٧٣، د. ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص ٥٠٩، د. فتحى فكرى، المرجع السابق، ص ٣٨.

التوريد دون مناقشة هذا التعريف.

رأينا فى تعريف عقد التوريد الإدارى:

يتعين لتعريف عقد التوريد وبيان عناصره، تحديد ما إذا كان العقد المراد تعريفه عقد توريد خاص أم عقد توريد إدارى.

أ - وعقد التوريد الخاص: هو اتفاق تحصل بموجبه الإدارة على احتياجاتها من المنقولات اللازمة لها من فرد أو شركة مقابل ثمن معين.

ب - أما عقد التوريد الإدارى فهو: اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام بما له من سلطة، وبين شخص آخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الشخص بتوريد منقولات معينة لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

ويتضح مما تقدم أن عقود التوريد الخاصة والإدارية تشتركان فى خاصتين:

الأولى: أنهما لا يردا إلا على منقولات حيث لا يتصور أن يرد عقد التوريد على عقار. وهو ما سنتحدث عنه تفصيلا فى حينه.

الثانية: أن الثمن عنصر هام من عناصر عقد التوريد، باعتبار أن الثمن هو الذى يميز عقود التوريد عن الاستيلاء، وذلك على النحو الذى سنوضحه تفصيلا فى حينه.

بيد أن الاختلاف بين عقود التوريد الخاصة وعقود التوريد الإدارية يبدو جوهرياً ، إذ بينما يتسم عقد التوريد الخاص بالطابع المدني نجد أن عقد التوريد الإدارى يتسم بطابع العقود الإدارية المتمثلة فى تحقيق الصالح العام من خلال تسيير مرافقها العامة بانتظام واطراد.

كما يبدو هذا الاختلاف بين العقدين واضحاً فيما يتعلق برغبة الإدارة فى استعمال وسائل القانون العام من عدمه، فحيثما تتنازل الإدارة عن امتيازاتها وتتخلى عن سلطاتها، فإنها تحاكى الأفراد فى عقودهم، فيكون عقد التوريد عندئذ عقداً خاصاً. أما حين تتمسك الإدارة بامتيازاتها وتتبع أساليب القانون

العام، فإنها تعبر عن ذلك بتضمين عقود التوريد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، ومن ثم تظهر الحاجة دائما إلى ايجاد معيار لتمييز عقد التوريد الإدارى عن عقد التوريد الخاص.

وخلاصة ما تقدم فإن التعريف الذى أوردناه لعقد التوريد الإدارى يسمح بإمكان تعاقد الشخص العام مع شخص عام مثله أو مع شخص خاص سواء كان فرد أو شركة، كما يسمح هذا التعريف ببيان ضرورة اتصال عقد التوريد الإدارى بالمرفق العام باعتباره من العقود الهامة التى تساهم فى تسيير ذلك المرفق بانتظام واضطراد بغية تحقيق الصالح العام، كما يفصح هذا التعريف عن اتباع الإدارة أساليب القانون العام بتضمين عقود التوريد الإدارية شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

المبحث الثانى

معيار تمييز عقد التوريد الإدارى

تقسيم:

توجد طريقتان يمكن بإحداهما تمييز العقد الإدارى بصفة عامة، وعقد التوريد بصفة خاصة.

الطريقة الأولى: أحكام القانون حيث يتولى المشرع تحديد الاختصاص القضائى بنظر نوع معين من العقود.

الطريقة الثانية: وهى ما دونته الأحكام القضائية من مبادئ يمكن من خلالها استخلاص اتجاهات القضاء نحو تمييز عقود التوريد الإدارية وهو ما يعرف بالمعيار القضائى فى تمييز عقد التوريد الإدارى.

ونعرض بالتفصيل إلى أى مدى تستطيع النصوص القانونية حسم مسألة تكييف عقد التوريد الإدارى، ثم نتعرض بعد ذلك للمعيار القضائى فى تمييز عقد التوريد الإدارى.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مدى كفاية النصوص القانونية لتمييز عقد التوريد الإدارى.

المطلب الثانى: المعيار القضائى فى تمييز عقد التوريد الإدارى.

المطلب الأول

مدى كفاية النصوص القانونية

لتمييز عقد التوريد الإدارى

يثور التساؤل عما إذا كان من الممكن أن تتولى النصوص القانونية إضفاء الصفة الإدارية على عقد التوريد؟

للاجابة على هذا التساؤل ينبغى التفرقة بين الوضع فى فرنسا والوضع فى مصر.

أولا: الوضع فى فرنسا:

أحدث المرسوم الصادر بتاريخ ١٨٠٦/٦/١١ بشأن عقود التوريد تفرقة بين عقود التوريد التى تبرمها الدولة وبين تلك العقود التى تبرمها التجمعات المحلية.

١- عقود التوريد التى تبرمها الدولة: Le marchés d'Etat

أسندت المادة (١٤) من المرسوم الصادر فى ١٨٠٦/٦/١١[١] الاختصاص إلى مجلس الدولة بنظر منازعات عقود التوريد التى تبرمها الدولة،

---

(١) Le décret du 11 juin 1806 dans son article 4n'est: le conseil d'Etat connaitra de toutes les questions ou domandes relatives soit aux marchés passés avec ses ministres avec l'intention de nôtre maison, au en leur département respectif, paur natre service personnel ou celui de nos maison.

دون تفرقة بين عقود التوريد الخاصة وبين عقود التوريد الإدارية، حيث ورد النص على أن «مجلس الدولة يبحث كل المسائل أو الطلبات المتصلة سواء بالعقود المبرمة مع وزرائه أو باسمهم، ومع أمين الديار، سواء لأعمال توريدات تتم لخدمة إدارتهم أو تلك الخاصة بالديار».

غير أن الفقه الفرنسى قد هاجم هذا النص بشدة، وذهب إلى أنه لا ينبغى تطبيق النص المشار إليه على كافة عقود توريدات الدولة، بل يتعين أن يقتصر اختصاص مجلس الدولة على نظر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد الإدارية، والتى يتحدد معناها ومضمونها على ضوء فكرة العقد الإدارى من حيث احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة، كما أنه ولئن كان نص المادة (١٤) من المرسوم المشار إليه قد منع المحاكم العادية من نظر منازعات عقود توريدات الدولة، فإنه وحتى فى غياب مثل هذا النص، فإنه يمكن عقد الاختصاص بنظر عقود التوريد الإدارية التى تبرمها الدولة إلى مجلس الدولة، مادام أن قواعد الاختصاص قد تحددت على أساس الطبيعة الذاتية للعقد وليس استناداً لنص القانون(١).

وعلى ذلك تتحدد القيمة القانونية لنص المادة (١٤) سالف الذكر فى أنه يقيم قرينة قانونية تقبل اثبات العكس مؤداها أن عقود التوريد التى تبرمها الدولة هى فى الأصل عقود إدارية إلى حين فحص بنود العقد وشروطه، فإذا كان العقد ينطوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، تأكدت القرينة القانونية معلنة عن الصفة الإدارية للعقد، ويختص مجلس الدولة بنظره، أما إذا تبين خلو العقد من تلك الشروط فإن القرينة المشار إليها تنهار ويغدو العقد مدنيا تختص بنظره المحاكم العادية.

٢- عقود التوريد التى تبرمها الوحدات المحلية:

Les Marchés des collectivites locales

ظلت عقود التوريد التى تبرمها الوحدات المحلية عقوداً خاصة تدخل فى

---

(١) P.Arrighi. op. cit., p. 127.

فى اختصاص المحاكم العادية، ويرجع ذلك إلى سببين:

أولهما: أن مرسوم ١٨٠٦/٦/١١ لم يشر إلى عقود التوريد التى تبرمها التجمعات المحلية.

وثانيهما: النظرة إلى هذه التجمعات على أنها مجرد جمعيات خاصة تدير مصالح خاصة(١).

ويتساءل الفقيه «سيرينى» Serrigny كيف يمكن إسناد الاختصاص بعقود التوريد التى تبرمها إحدى المديريات والتى يتم صياغتها فى أشكال إدارية - إلي المحاكم العادية، فى حين يتم اسناد الاختصاص بعقود الأشغال العمومية التى تبرمها ذات المديرية لمجلس الدولة، أو ليس القضاء ضرورياً أكثر ألف مرة بالنسبة لعقود التوريد عن عقود الأشغال العمومية؟(٢).

لكن مع ظهور فكرة العقود الإدارية بطبيعتها(٣)، وما أعلنه المفوض «روميو» فى تقريره فى قضية «تيريه» من أن «كل ما يتعلق بتنظيم وإدارة المرافق العامة بمعناها الدقيق، عامة أو محلية، يُكوّن عملية إدارية هى من اختصاص القضاء الإدارى»... أمكن مع هذا التطور التوصل إلى حقيقة هامة مؤداها أن عقود التوريدات التى تبرمها الدولة ليست كلها ذات طبيعة إدارية، إذ قد تبرم الدولة ذاتها عقود توريد خاصة.

وبالقياس على ذلك استطاع الفقه(٤) استخلاص امكانية إضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة التى تبرمها التجمعات المحلية إذا ما احتوت على

---

(١) د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٢) Serrigny, questions et traités de droit administratif, Paris 1903, p. 525.

(٣) راجع: حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «تيريه» بتاريخ ١٩٠٣/٢/٦، وحكمه فى قضية شركة الجرانيت بتاريخ ١٩١٢/٧/٣١، وحكم محكمة التنازع فى قضية «فيترى» ١٩٠٨/٢/٢٩ - هذه الأحكام سبقت الاشارة إليها.

(٤) P.Arrighi, op. cit., p. 130.

شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

وقد لاقى هذا النظر استجابة من مجلس الدولة الفرنسى حيث حسم الأمر بشأن إضفاء الصفة الإدارية على عقود التوريدات التى تبرمها التجمعات المحلية، وأعلن فى الحكم الصادر فى قضية Charmesson اختصاصه بنظر عقد توريد أبرمته إحدى الولايات لاحتوائه على شروطاً استثنائية غير مألوفة وهى كراسة الشروط(١).

وعلى ضوء ما تقدم، فإنه وقد تأكد اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات عقود التوريد الإدارية التى تبرمها التجمعات المحلية، فقد أصبح مرسوم ١٨٠٦/٦/١١ عديم الفائدة فى مسألة توزيع الاختصاص، وتنحصر فائدته فى أنه يقيم القرينة - والتى سبق وأن أشرنا إليها - على أن عقود توريدات الدولة هى فى الأصل إدارية إلى أن يثبت العكس، وذلك لخلوها من ثمة شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، أما عقود التجمعات المحلية فهى فى الأصل عقود خاصة إلى أن يثبت العكس ويتبين احتوائها على شروط استثنائية غير مألوفة فحينئذ تكون إدارية يختص مجلس الدولة بنظرها، الأمر الذى يؤكد على عدم جدوى النصوص القانونية كطريقة لتمييز عقود التوريد الإدارية عن عقود التوريد الخاصة التى تبرمها الإدارة.

ثانيا: الوضع فى مصر:

كان الاختصاص بنظر منازعات عقود التوريد الإدارية معقوداً للمحاكم العادية حتى صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ بشأن مجلس الدولة معلناً اختصاص محكمة القضاء الإدارى بنظر منازعات عقود التوريد الإدارية، حيث نصت المادة الخامسة من هذا القانون على أن «تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية.....».

---

(١) C.E. 4/8/1927, charmesson, R.Sirey, p. 248.

وقد أقرت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة ذات المبدأ فى مسألة الاختصاص، حيث أقره القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، ومن بعده القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩، وأخيراً القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث تنص المادة العاشرة منه على أن:

«تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية:

حادى عشر: «المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أى عقد إدارى آخر».

وفيما يتعلق بمدى كفاية النصوص القانونية المتقدمة لإضفاء الصفة الإدارية على عقد التوريد، فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن عقد التوريد من العقود الإدارية وفقاً لأحكام القانون فى مصر(١)، وهو من العقود الإدارية بطبيعتها أو موضوعها، ولا يثير مشاكل بالنسبة للقواعد التى يخضع لها فهو يخضع للقانون الإدارى، ولا بالنسبة للاختصاص القضائى بالمنازعات المتعلقة به فهى تدخل فى اختصاص القضاء الإدارى(٢).

وفى ذات الاتجاه اعتبرت محكمة القضاء الإدارى عقد التوريد عقداً إدارياً باستمرار، استناداً إلى نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ حيث قررت المحكمة: «ومن حيث أن المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر، فعقد التوريد من العقود المسماة بمقتضى القانون»(٣).

وفى رأينا أن أهم ما يعيب هذا الاتجاه هو الخلط بين فكرة العقود الإدارية

---

(١)، (٢)جورجى شفيق سارى، تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الإدارى فى القانونين الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٦، ص ٨٢.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ١٨٢٧ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٥٧/٣/١٧، سبقت الاشارة إليه.

المسماه (كعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد) وبين العقود الإدارية بطبيعتها (كعقود الالتزام والأشغال العامة) فالعقود الإدارية المسماة هى تلك العقود التى يتناولها المشرع بالتنظيم تفصيلا، وإذا كان عقد التوريد من العقود الإدارية المسماة، إلا أنه ليس من العقود الإدارية بطبيعتها، بل يمكن أن يكون إداريا أو غير ذلك بحسب موضوعه.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا فى هذا الشأن بأنه: إذا كان العقد المسمى مبرماً لتحقيق مصلحة خاصة وليس فى نصوصه شروطاً غير مألوفة فى القانون الخاص، فهو عقد من عقود هذا القانون وتخرج المنازعة بشأنه عن ولاية القضاء الإدارى(١).

كما أن المستفاد من نص المادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ المشار إليه أن اختصاص محكمة القضاء الإدارى بنظر منازعات عقود التوريد جاء قاصراً على عقود التوريد الإدارية مما مفاده وبمفهوم المخالفة عدم اختصاصها بعقود التوريد غير الإدارية، كما يؤيد هذا النظر أن النص فى قوانين مجلس الدولة المتعاقبة والتالية(٢) للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بنظر منازعات أى عقد إدارى آخر، يشير إلى قصر الاختصاص على العقود الإدارية بطبيعتها أو بحسب موضوعها.

ويأتى هذا النظر متطابقاً مع اتجاه محكمة القضاء الإدارى حيث قررت بأن العقود الإدارية فى مصر أصبحت عقوداً إدارية بطبيعتها، ووفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقاً لإرادة الشارع(٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ١٨، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، ص ٦٧٣.

(٢) المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، والمادة العاشرة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩، والمادة العاشرة فقرة (١١) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

(٣) حكمها الصادر بجلسة ١٩٥٦/١٢/٩ فى الدعوى رقم ٨٧ لسنة ٥ ق، سبقت الاشارة إليه.

نخلص مما تقدم إلى أنه ولئن كان عقد التوريد من العقود الإدارية المسماة، إلا أن نص القانون لا يمنحه الصفة الإدارية، ويبقى دور القانون عديم الأثر فى تحديد الصفة الإدارية لعقد التوريد، إذ أنه لا يكتسب هذه الصفة إلا بحسب موضوعه الذى يكشف عنه المعيار القضائى فى تمييز العقد الإدارى.

المطلب الثانى
المعيار القضائى فى تمييز
عقد التوريد الإدارى

عقود التوريد التى تبرمها الإدارة ليست سواء، فهى تبرم نوعين من هذه العقود، عقود توريد إدارية، وعقود توريد خاصة، وما يعنينا فى هذا المقام هو التمييز بين كلا النوعين من عقود الإدارة.

وحتى يكون عقد التوريد إداريا لابد وأن تتوافر فيه الشروط المميزة للعقود الإدارية بوجه عام، من حيث كون الإدارة - بوصفها سلطة عامة - طرفا فى العقد، وضرورة اتصاله بالمرفق العام، واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

وهذا على خلاف عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة، التى تعتبر عقوداً إدارية باستمرار نظراً لخصائصها الذاتية وطبيعتها الإدارية.

وقد قضت محكمة النقض فى هذا الشأن بأن: عقد التوريد ليس عقداً إداريا على اطلاقه بتخصيص القانون، وإنما يشترط لاسباغ هذه الصفة عليه أن يكون إداريا بطبيعته وخصائصه الذاتية، وهو لا يكون كذلك إلا إذا أبرم مع إحدى جهات الإدارة بشأن توريد مادة لازمة لتسيير مرفق عام، واحتوى على شروط غير مألوفة فى القانون الخاص[1].

ويستلزم مجلس الدولة الفرنسى ضرورة تطبيق المعايير القضائية على

---

(١) حكمها الصادر بجلسة ١٩/١٠/١٩٦٥، مجموعة المكتب الفنى، الدائرة المدنية، السنة ١٦، ص ٨٩٣.

عقد التوريد لإضفاء الصفة الإدارية عليه[١]، بعدما هجر التفرقة بين عقود التوريد التى تبرمها الدولة وتلك التى تبرمها التجمعات المحلية[٢].

أما فى مصر فقد اعتمدت محكمة القضاء الإدارى فى بادئ الأمر على معيار المرفق العام، ويستدل على ذلك بما قررته فى أحد أحكامها من أن «الوزارة عندما عرضت شراء الشعير من المدعين بالثمن والشروط التى قررتها، إنما قصدت تخصيصه لنشاط مرفق التموين... فيكون قد انعقد بذلك عقد إدارى لا عقد مدنى»[٣].

ثم بدأت المحكمة بعد ذلك تحرص على ابراز الضابط المادى المستمد من فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى القانون الخاص، حيث قضت بأن: هذه المنازعة خاصة بعقد توريد، وهو من العقود الإدارية التى لا تخضع لأحكام القانون الخاص وإنما يفصل فيه على مقتضى القانون العام فى شأن العقود الإدارية التى تستهدف مصلحة عامة فى تسيير مرافقها العامة، ومن أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية وحق تطبيق قواعد غير مألوفة فى عقود القانون الخاص بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة[٤].

والخلاصة فيما تقدم أن مجلس الدولة الفرنسى والقضاء فى مصر يستلزمان تطبيق المعيار القضائى فى تمييز العقود الإدارية على عقد التوريد حتى يمكن إضفاء الصفة الإدارية عليه.

وينبنى على ذلك أنه لكى يكون عقد التوريد إدارياً، لابد وأن تكون الإدارة قد أبرمته بوصفها سلطة عامة، وأن تكون صلته بالمرفق العام واضحة، وأن يحتوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

---

(١) C.E. 13/7/1912, ste des vosges, op. cit., C.E. 16/12/1953, Regie des chemins de fer d'Indochine, R.P., p. 550.

(٢) راجع: ما أوردناه تفصيلا فى المطلب السابق.

(٣) حكمها فى ١٩٥٢/٢/٢ فى الدعوى رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق. سبقت الاشارة إليه.

(٤) حكمها فى الدعوى رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/١٦.

ونعرض فيما يلى لكيفية تمييز عقد التوريد الإدارى باستعمال المعيار القضائى فى تمييز العقد الإدارى.

أولا: الإدارة طرف فى عقد التوريد الإدارى - احالة:

وجود الإدارة طرف فى عقد التوريد أمر طبيعى، ولا يثير أى صعوبة، باعتبار أن ما يعنينا هو التمييز بين نوعى عقود التوريد التى تبرمها الإدارة، أى أن الإدارة طرف فى كلا النوعين من العقود، لذلك فإننا نحيل إلى ما سبق أن ذكرناه بشأن الضابط العضوى فى المعيار المميز للعقد الإدارى(١).

ثانيا: الضابط الموضوعى: اتصال عقد التوريد بالمرفق العام:

تختلف وظيفة الضابط الموضوعى المستمد من المرفق العام فى فرنسا عنه فى مصر. فالوضع فى فرنسا يتمثل فى ضرورة أن تكون صلة العقد بالمرفق العام من القوة والمتانة un lien suffisamment fort(٢) بما يكفى لأن يكون هذا الضابط كفيلا بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، دون النظر لاحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه(٣).

أما فى مصر، حيث معيار التمييز معياراً تكامليا، فيكفى اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً فى ذلك وعلى درجة متساوية مع ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة.

وتأخذ أوضاع اتصال عقد التوريد بالمرفق العام صوراً متعددة، فقد يعهد العقد للمتعاقد بالاشتراك فى تنفيذ مهمة مرفق عام، ومثال ذلك عقود توريد الأسلحة والطائرات، أو توريد مستلزمات طبية لوزارة الصحة(٤)، أو أن يمثل

---

(١) راجع ما سبق ص ٤٥ من الرسالة.

(٢) C.E. 14-11-1958. Union meunière de La Gironde, Rec. p. 554.

(٣) Richer, op. cit., p. 9.

(٤) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٦٥٩٢ لسنة ٤٤ ق، جلسة ١٩٩٣/١٠/٣١، غير منشور.

العقد وسيلة تنفيذ المرفق العام بواسطة الإدارة، ولكن الصورة الأكثر شيوعاً فى مصر هى المساهمة أو المعاونة فى تنظيم المرفق العام أو تسييره[١].

على أنه قد يدق الأمر حينما يكون المنقول اللازم للمرفق العام محل عقد التوريد لا يتعلق بنشاط المرفق أو الغرض الذى أنشئ من أجله، ومثال ذلك عقد توريد عدس[٢] لوزارة الداخلية، ونشاطها الأساسى حفظ الأمن والسكينة العامة، ولكن هذا المنقول مطلوب لإعاشة الأفراد القائمين على تسيير هذا المرفق.

ومن أجل ذلك يبقى الدور المحورى والفعال للقاضى الإدارى فى تقدير مدى اتصال عقد التوريد بالمرفق العام، باعتبار أن تقدير ذلك من المسائل الموضوعية التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع.

ثالثا: الضابط المادى: اتباع الإدارة أساليب القانون العام:

يتعين لإضفاء الصفة الإدارية على عقد التوريد أن تتبع الإدارة أساليب القانون العام بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، وليس من قبيل المبالغة القول بأن عقود التوريد كانت من أبرز مجالات تطبيق فكرة الشروط الاستثنائية المميزة للعقد الإدارى، بل ان أول ميلاد لفكرة الشروط الاستثنائية كان بمناسبة عقد توريد حيث قرر مجلس الدولة الفرنسى فى قضية الجرانيت بأن: القضاء الإدارى غير مختص ببحث منازعات مثارة عند تنفيذ عقد أبرمه قسم إدارى والذى كان خالياً من كل الأشغال التى يتعين تنفيذها، وكان موضوعه الوحيد هو توريدات يتعين تسليمها وفق قواعد وشروط عقود مبرمة بين خواص، فلا يكفى لكى ينطبع العقد بالطابع الإدارى أن تكون التوريدات محل العقد لازمة لمرفق عام، بل يجب أن يكون بذاته وبطبيعته

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٤٣٨٠ لسنة ٩ ق، سبقت الاشارة إليه.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٩٣/١١/٣، ملف رقم ١٠٢٠٦/١/٥٤

الخاصة من تلك العقود التى يستطيع شخص عام ابرامها، وخلص الحكم إلى أن عقد التوريد الذى تبرمه الإدارة بالشروط والأوضاع التى تبرم بها عقد الأفراد يعتبر عقداً مدنياً ولو كان متعلقاً بمرفق عام(١).

وتتعدد صور الشروط الاستثنائية غير المألوفة التى يمكن أن تتضمنها عقود التوريد، وهذه الشروط لا يمكن حصرها فى اطار محدد، ولكن يمكن الاستهداء بالطوائف التى تندرج تحتها الشروط الاستثنائية(٢).

وعلى ذلك فإن الطائفة الأولى من الشروط الاستثنائية والتى تندرج تحتها الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة، تعد من الشروط الشائعة التى تدرجها جهة الإدارة فى عقود التوريد، ومن أمثلة هذه الشروط تلك التى تتضمن سلطة الإدارة فى التنفيذ المباشر، وقد قضت محكمة التنازع تطبيقاً لذلك بأنه «يتبين من فحص نصوص العقد أن الإدارة احتفظت بالسيادة على تسيير أعمال الشركة، وأن المركز المتبادل للمتعاقدين ليس ذلك المركز الذى ينشأ عن اتفاق أبرم وفقاً لقواعد القانون الخاص»(٣).

ومن الشروط الاستثنائية التى يمكن تضمينها عقود التوريد تلك الشروط غير المألوفة فى عقود الأفراد والتى تندرج تحتها الشروط التى تحمل طابع القانون العام، والشروط المستوحاة من اعتبارات الصالح العام.

ومن أمثلة الشروط التى تحمل طابع القانون العام تلك الشروط التى تعتمد على قاعدة من قواعد النظرية العامة للعقود الإدارية، فالشروط المتعلقة بسلطة الإدارة فى توقيع جزاءات على المورد حال إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية يمكن ردها إلى قاعدة سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا فى هذا الشأن بأن: «يبين من نصوص العقد وشروطه أن

---

(١) C.E. 13/7/1912, ste des vosges op. cit.

(٢) يراجع فى بيان هذه الطوائف تفصيلا ص٨٧ من الرسالة.

(٣) T.C., 19/6/1952, Ste des combustibles et corburants nationaux, R.P. p. 628.

بعضها غير مألوف فى مجال القانون الخاص، فالنص على حق الهيئة فى توقيع غرامة يومية عند الاخلال بأى شرط من شروط العقد إنما هو شرط استثنائى غير مألوف فى العقد الخاص. . . وكذلك النص فى العقد على حق الإدارة المطلق فى فسخه إذا أخل المورد بأى شرط من الشروط، فإن مثل هذا الشرط غير مألوف أيضاً فى القانون الخاص ومغاير لأحكام الفسخ فى القانون المدنى(١).

أما الشروط المستوحاة من اعتبارات الصالح العام، فمن أبرز أمثلتها تلك الشروط التى تلزم المورد بتدريب عدد محدد من رجال الإدارة على كيفية تشغيل الأجهزة محل التوريد على أن يتم التدريب بالخارج إذا كانت هذه الأجهزة مستوردة من الخارج(٢).

كما قد يرد الشرط الاستثنائى ضمن نظام غير مألوف فى عقود القانون الخاص ومثال ذلك فى فرنسا عقود توريد الكهرباء E.D.F بواسطة موردين مستقلين(٣).

وتجدر الاشارة إلى أنه ليس بلازم أن يحتوى العقد على عدة شروط استثنائية غير مألوفة، ولكن يكفى احتوائه على شرط واحد ينبئ عن تمسك الإدارة بامتيازاتها واتباعها أساليب القانون العام لدمغ العقد بالصفة الإدارية(٤).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٦ ق، سبقت الاشارة إليه.

(٢) راجع: نموذج عقود التوريد التى تبرمها إدارة نظم المعلومات بوزارة الدفاع.

(٣) راجع ص ٩٢ من الرسالة.

(٤) Vedel et Delvolve: Droit Administratif, Paris 1980.

وقد ورد بهذا المؤلف ص ٣٣٧ ما يأتى:

Une seule clause éxorbitante imprime au contrat le caractere Administratif.

وفى مصر أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المعنى فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٣٠ حيث قضت بأن: العقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص، فالعبرة إذن ليست بكثرة أو بقلة عدد الشروط غير المألوفة فى العقد الواحد.

المبحث الثالث

أنواع عقود التوريد الإدارية

موضوع عقد التوريد هو باستمرار أشياء منقولة مثل توريد ملابس أو مواد غذائية للمدارس والمستشفيات أو أجهزة أو مواد حربية. . . . الخ، وتتنوع عقود التوريد الإدارية بحسب الحاجة المراد اشباعها من وراء التوريد، إلا أنه يمكن تقسيم عقود التوريد إلى طائفتين هما: عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية.

وقد وجد هذا التقسيم فى فرنسا اعتباراً من عام ١٩٥٨ على أثر صدور قرارين بدفاتر الشروط الإدارية العامة أحدهما ينظم عقود التوريد العادية والثانى ينظم عقود التوريد الصناعية(١).

الطائفة الأولى: عقود التوريد العادية:

قد ينصب التوريد فى هذه الطائفة على التوريد فقط، وحينئذ يكون عقد التوريد عادياً، وقد يتضمن العقد النص على مزيج من التوريد والتركيب، وهو ما يطلق عليه العقد المختلط، وذلك على التفصيل التالى:

١- عقود توريد فقط:

حيث يستقل المورد فى هذه العقود بتحديد واختيار طرق التنفيذ(٢)، ولا يكون للإدارة سوى الحق فى فحص التوريدات للتأكد من مطابقتها للمواصفات المنصوص عليها فى العقد.

ومثال ذلك التعاقد على توريد مواد غذائية للجهة الإدارية، فالمورد له

---

(١) André Homont: Les marchés de fournitures et de services, J.A.FASC. 525. p. 12.

د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٢) Jéze, op. cit., p. 474.

Andre de Laubadére: op.cit., p. 402.

مطلق الحرية فى الحصول على تلك المواد من أى مصدر كان، كما يكون له توريدها على دفعة واحدة أو على دفعات بحسب الاتفاق، ويقتصر حق الإدارة فى هذه الحالة على مطابقة المواد الغذائية الموردة للمواصفات المتفق عليها.

غير أنه وفى بعض حالات التوريد - كتوريد أجهزة أو مركبات - قد تشترط الجهة الإدارية أن تكون الأشياء الموردة من انتاج بلد معين بالخارج، وفى هذه الحالة يتعين على المورد تقديم شهادة تفيد انتاج الأشياء الموردة فى تلك البلد، وهو ما يطلق عليه شهادة المنشأ، ويمتد حق الجهة الإدارية فى هذه الحالة إلى مطابقة الأشياء الموردة على المواصفات الواردة فى شهادة المنشأ المشار إليها.

وقد تستلزم جهة الإدارة المتعاقدة أن يكون التوريد من جهة معينة فى الخارج لاسيما إذا ما تعلق الأمر بتوريد قطع غيار أجهزة سبق لجهة الإدارة شرائها من ذات البلد التى تحتكر انتاجها، وفى تصورى أن هذا النوع من عقود التوريد يعد أسوأ أنواع هذه العقود، إذ أثبت الواقع العملى أن جهة الإدارة فى هذه العقود تقع بين مطرقة تعطل الأجهزة المشار إليها وأثر ذلك على سير المرفق العام، وسندان المورد الذى يفرض شروطه على جهة الإدارة، ولا يكون لها سوى قبول تلك الشروط، والحل فى ذلك يتمثل فى تنوع مصادر شراء تلك الأجهزة، وأن تضع جهة الإدارة فى اعتبارها عند تحديد احتياجاتها ضرورة توافر قطع الغيار اللازمة لتلك الأجهزة.

٢- عقود التوريد المختلطة:

ينطوى هذا النوع من العقود على مزيج من التوريد والتركيب، حيث يقوم المورد بتوريد الأشياء المتعاقد عليها بالاضافة إلى تركيبها فى الأماكن المخصصة لذلك، وبالتالى فإن العقد فى هذه الحالة يعد من العقود المختلطة حيث ينطوى على مزيج من عقدى التوريد ومقاولة الأعمال، وتنطبق أحكام عقد التوريد على الجزء المتعلق بالتوريد، فيما تنطبق أحكام عقد المقاولة على الجزء المتعلق بالتركيب أو الأشغال.

وقد سبق وأن تعرضت المحكمة الإدارية العليا لأحكام هذا العقد بقولها: ان العقد مثار المنازعة انصب كله على إصلاح الدراجات البخارية وعلى توريد وتركيب ما يلزم لها من قطع غيار جديدة، ولما كان التوريد فى هذا العقد ذا شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل، فإن العقد بهذه المثابة ينطوى على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد، تقع المقاولة على أعمال الاصلاح وتنطبق أحكامه عليه، ويقع التوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها(١).

الطائفة الثانية: عقود التوريد الصناعية:

Marchés de fabrication ou industriels:

لا تخضع فكرة عقود التوريد الصناعية لتعريف محدد متفق عليه، إذ أن معيار هذه العقود مرن جداً، ويترك للإدارة حرية واسعة فى التصرف(٢).

ويمكن تعريف عقد التوريد الصناعى بأنه عقد التصنيع والتوريد الذى يستدعى رقابة دائمة من الإدارة على التصنيع ذاته بسبب تقنيته الخاصة(٣).

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٧٦٣ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٦٩/١/٢٥ - مجموعة مبادئ العقود فى خمسة عشر عاما - من ١٩٥٥/١٠/١ إلى ١٩٧٠/٩/٣٠ ص ٢٦٣ - القاعدة رقم ١٨٥.

وفى ذات المعنى:

افتاء إدار الفتوى لرئاسة لجمهورية ملف رقم ٢٥٦/١٨/٩٣ سجل رقم ٤٠٨/٠٠٠/٢ فى ٢٠٠٠/٧/٣ - غير منشور - وفيه قررت: الثابت بالأوراق أن مديرية الاسكان بدمنهور قد طرحت مناقصة عامة لتنفيذ علمية انشاء مبنى يستعمل كمقر للمعوقين الذين يمارسون الرياضة وقد رست على شركة النيل للكبريت على أن تقوم الشركة بتوريد وتركيب المبنى السابق التجهيز بعد أن تقوم مديرية الاسكان ببناء القاعدة الخرسانية التى سيتم تركيب الوحدة الخشبية عليها.. ومن ثم فإن التوريد فى هذا العقد ذا شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل وبالتالى فإن السمة الغالبة فى العقد الماثل هى عقد توريد وبالتالى تنطبق عليه أحكامه.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: د. أحمد عثمان عياد - مرجع سابق، ص ٣٣١.

(٣) André Homont: Les marchés de fournitures, op. cit., p. 13.

وتنصب هذه العقود على توريدات تتميز بأنها معقدة التصنيع ومخصصة لاستعمال الإدارة فقط، ومثال ذلك عقود تصنيع الأسلحة والمعدات الحربية، ومن شأن امتزاج هذين العنصرين، وجوب الرقابة الدائمة من الإدارة على عملية التصنيع، وتصل هذه الرقابة إلى حد الاشراف على النواحى المالية والإدارية للمورد فضلا عن رقابة الجودة على المنتج أثناء عملية الانتاج.

وفى فرنسا ينظم هذه الرقابة دفتر اشتراطات العقود الصناعية التى تبرمها إدارات الدفاع الوطنى الصادرة عام ١٩٥٨، أما فى مصر فإن هذه الرقابة تنظمها أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى ولائحته التنفيذية، بالاضافة إلى ما تضمنه العقود المبرمة بين الإدارة والمورد من بنود واشتراطات تنظم هذه الرقابة(١).

وقد أقرت محكمة القضاء الإدارى بحق الإدارة فى هذه الرقابة بقولها انه «مما لا جدال فيه أن الدفاع عن الوطن أهم مرفق فى الدولة، وأن العقد المبرم لخدمة هذا المرفق فى ظروف غير عادية كانت البلاد فيها فى أشد الحاجة إلى تلك المهمات الحربية، وقد تضمن العقد شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص وذلك بتحميل نفس المورد فحص الأسلحة نيابة عن الإدارة كسباً للوقت. . وفوق ما تقدم فإن تدبير واختيار وفحص الأسلحة اللازمة للجيش المحارب واجب أساسى من واجبات الدولة الأولى، ومن المتعين أن يدور كل ذلك بمعرفتها وتحت اشرافها المطلق ورقابتها الصارمة»(٢). وتشتمل عقود التوريد الصناعية بدورها على نوعين من العقود: عقود التصنيع وعقود الاستبدال والتحويل.

أ - عقود التصنيع: Marchés de fabrication

فى هذا النوع من عقود التوريد الصناعية يضاف إلى عنصر التوريد عنصر آخر وهو عنصر التصنيع، حيث يقوم المورد بصناعة المنقولات المتفق

---

(١) انظر: د. عزيزة الشريف - مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٢) حكمها فى الدعوى رقم ٤٣١٤ لسنة ٩ ق - جلسة ١٩٦٣/١١/٢٧.

عليها وتوريدها للإدارة، وتمارس الإدارة سلطات واسعة تجاه المورد تجيز لرجال الإدارة الدخول إلى أماكن العمل والاطلاع على المستندات والوثائق، كما أنها تستطيع أن تتدخل فى طرق ووسائل التنفيذ(١).

ب- عقود الاستبدال والتحويل: Marchés de conversion ou de Trans-formation

تقوم جهة الإدارة فى هذا النوع من العقود بتسليم المنقولات إلى إحدى الشركات لتحويلها إلى مادة أخرى، ثم يعاد توريدها إلى الجهة الإدارية.

ويحتفظ بتسمية عقود الاستبدال Marchés de conversion لتلك العقود التى تتضمن تسليم المورد مواد قديمة، وعقود التحويل Marchés de Treansfor-mation للعقود التى تتضمن تسليم المورد مواد جديدة(٢).

ويعتبر القضاء الفرنسى هذا الاتفاق المركب عقد توريد إذا كانت فكرة التوريد هى الغالبة(٣)، أما إذا كانت عملية التحويل مستقلة عن عملية التسليم فإن مجلس الدولة الفرنسى يفصل بين العمليتين(٤).

وفيما يتعلق بكيفية محاسبة المورد فى عقود التحويل قررت المحكمة الإدارية العليا بأنه: «يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة أن تزود المتعهد بالخامات اللازمة لصناعة أى صنف من الأصناف الغذائية المقررة وفى هذه الحالة يحاسب المتعهد على أجر التصنيع يقدر على أساس الفرق بين ثمن الصنف وفق أسعار كشوف الوحدة وثمن الخامات الداخلة فى صناعته، فإذا كانت تلك الأصناف مسعرة فيكون أساس الحساب هو سعرها الرسمى».

---

(١) André Hamont, op. cit., p. 10.

(٢) Gèze, op. cit., p. 439.

(٣) C.E., 22-11-1930, sté des outomabiles tolbot, R.P.86.

(٤) C.E. 22-11-1944, Poulet R.P. 956.

وخلاصة ما تقدم أن عقود التوريد تتنوع بحسب احتياجات الإدارة، وتنقسم إلى عقود توريد عادية التى قد تنصب على التوريد فقط، وقد يضاف إلى التوريد عنصراً آخر هو التركيب ويسمى العقد فى هذه الحالة بعقد التوريد المختلط أو عقد التوريد مع التركيب، أما النوع الثانى فهو عقود التوريد الصناعية والذى ينقسم بدوره إلى نوعين: عقود تصنيع، وعقود تحويل.

الفصل الثالث

أركان عقد التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

عقد التوريد الإدارى - كعقد من العقود الإدارية - هو عقد بمعنى الكلمة شأنه شأن سائر عقود القانون الخاص، يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانونى معين، هو انشاء التزام أو تعديله، وبالتالى فإن حقوق المتعاقدين والتزاماتهما تحدد أصلا طبقا لنصوص العقد.

ومن ثم فإن عقد التوريد الإدارى يقوم على أركان ثلاثة هى الإرادة (الرضا) والمحل والسبب، بحيث إذا انتفى أى ركن من الأركان المشار إليها كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، أما إذا شاب أحد هذه الأركان عيب من العيوب فإن أثر ذلك يتوقف على جسامة هذا العيب. وعلى ذلك فإن دراسة أركان عقد التوريد الإدارى تستلزم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول: الإرادة فى عقد التوريد الإدارى.

المبحث الثانى: المحل فى عقد التوريد الإدارى.

المبحث الثالث: السبب فى عقد التوريد الإدارى.

المبحث الأول

الإرادة فى عقد التوريد الإدارى

لا يمكن الحديث عن وجود عقد إلا إذا تم توافق إرادتين - إيجاب وقبول - على إحداث أثر قانونى معين، فذلك جوهر الرابطة التعاقدية[١]، وهو ما يميزها عن تصرف الإرادة عن طريق القرارات الإدارية التى تصدر عن إرادتها المنفردة.

ويتعين توافر الإرادة La Volonte كركن من أركان عقد التوريد الإدارى، كما ينبغى أن تكون هذه الإرادة سليمة وخالية من العيوب التى قد تشوبها وتؤثر على صحتها، إذ يترتب على عدم توافر ركن الإرادة آثار قانونية بالغة الأهمية، كما يترتب على عدم صحتها آثار قانونية أخرى.

وعلى ضوء ما تقدم فإنه يتعين تحديد مفهوم الإرادة كركن من أركان عقد التوريد الإدارى، ثم بيان عيوب الإرادة وأثرها على العقد المبرم بناء على إرادة معيبة.

أولا: ماهية الإرادة فى عقد التوريد الإدارى:

أدى اختلاف طبيعة الشخص العام عن الشخص الخاص إلى اختلاف مفهوم وماهية إرادة كل منهما عن الآخر، ذلك أن مفهوم إرادة الشخص الخاص هو ذات المفهوم المستقر عليه فى فقه القانون المدنى، حيث الإرادة هى أن يعى الشخص أمر التعاقد الذى هو قادم عليه وينتهى إلى أن يقصده، بأن يكون مدركا ماهية التصرف الذى يجريه، والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه منه، وأن يقصد ذلك كله[٢].

---

(١) Jèze: op. cit., p. 5 et suiv.

د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٦ ومابعدها، حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٦٧/٤/٨، المجموعة، السنة ١٢، ص ٨٧٨.

(٢) يستلزم لكى يعى الشخص أمر التعاقد أن يكون مميزاً، يعقل معنى التصرف، أى مدركاً ماهية العقد والتزاماته فيه، أما كونه يقصده، فالغرض منه بيان أنه لابد من إرادة حقه منه، لقيام الالتزام الذي يتحمل به. لمزيد من التفاصيل أنظر: د. عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق، ص ٨٩.

أما إرادة الشخص العام أو جهة الإدارة فقد كانت محل جدل فى الفقه حيث ذهب البعض إلى أن التراضى مطلوب فى العقد الإدارى، وأن وجود العقد قائم على اتفاق إرادتين(١)، وأن تكوين العقود الإدارية لا يختلف فى شيئ عن العقود المدنية، سوى أن الأولى تبرم عن طريق إجراء مركب من عناصر معينة تتمتع بطبيعة القرار. فالعقد الإدارى شأنه شأن كل عقد ينتج من تبادل الرضا والتقاء إرادتين، باستثناء أن الإرادة الإدارية يتم التعبير عنها من خلال إجراءات خاصة(٢).

وقد اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه إذ قضت بأن العقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى من حيث العناصر الأساسية اللازمة لتكوينه، فلا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، إلا أن الإدارة لا تستوى مع الأفراد فى حرية التعبير عن الإرادة، إدارية كانت أم مدنية، وذلك لأنها تلتزم بهذا السبيل إجراءات وأوضاع رسمها الشارع فى القوانين واللوائح(٣).

وذهب رأى آخر إلى أن الشخص العام ليس فردا للقول بظهور إرادته إلى حيز الوجود القانونى عن طريق ظاهرة نفسية، فاشتراك شخص عام في العقد من شأنه أن يؤدى إلى وجود خصوصية للرابطة التعاقدية، هذه الخصوصية يجب أن توفق بين العنصر الإرادى وعنصر السلطة العامة، وأن تأخذ فى اعتبارها أن القانون العام لا يعرف مبدأ سلطان الإرادة، وأن شرعية التصرفات الإدارية إنما تتجسد من خلال المبدأ القائل بأن السلطة الإدارية لا تكون حرة فى تكوين

---

(١) de Laubadère: Traité des contrats, op. cit., I 1. p. 533.

د. سليمان الطماوى، مرجع سابق، ص ٤٠٨.

(٢) انظر: د. سعاد الشرقاوى، العقود الإدارية، بدون دار نشر، عام ١٩٩٥، ص ٢١٦.

(٣) حكمها فى الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٥/١/٨ - الموسوعة الإدارية الحديثة - مرجع سابق جـ ٤٩، ص ٥٥.

إرادتها، مما يعنى بحكم اللزوم المنطقى أن التحقق الخارجى لإرادة الإدارة سوف يملك دائما قيمة موضوعية، بما ينفى أى قيمة لإرادات الأفراد المختصين فى تكوين إرادة الإدارة. وأن التوفيق بين العنصر الإرادى وعنصر السلطة العامة إنما يتحقق عن طريق وجود تنظيمى للتعبير عن الإرادة، وهذا الاطار التنظيمى يسبق ابرام العقد ولازم لتكوينه، ويخلص هذا الرأى إلى أن كل مرحلة من مراحل التعبير عن إرادة الإدارة لا يتم انجازها إلا عن طريق تدخل موظف مختص بإنجاز هذه المرحلة، باصداره قراراً يكون محله إنجاز تلك المرحلة، ويشكل بذاته سبباً للمرحلة التالية التى تستلزم تدخل الموظف المختص بإنجاز المرحلة اللاحقة(١).

ويعيب هذا الرأى الخلط بين الإرادة الإدارية كمضمون وفحوى وبين التعبير عن تلك الإرادة كاطار تنظيمى، آية ذلك أن انجاز الموظف للمرحلة المختص بانجازها من خلال قرار يكون سبباً للمرحلة التالية، هذا القرار فى ذاته ينبغى أن يكون صادراً عن إرادة مصدره، ومن مجموع إرادة الموظفين المختصين بكافة المراحل تتكون إرادة الإدارة، فالقرار الإدارى - مثلا - لكى يتمتع بهذا الوصف يجب أن يكون صادراً عن إرادة الجهة الإدارية، بمعنى أن تتجه إرادتها إلى تحقيق الأثر الناشئ عن القرار، وينتفى عن العمل وصف القرار الإدارى بانتفاء هذه الإرادة، إذ أن وجودها يعد أحد الأركان الجوهرية لتحقيق وصف القرار الإدارى للتصرف(٢).

وعلى ذلك، فإن الرأى عندى أن مفهوم الإرادة الإدارية كركن من أركان عقد التوريد الإدارى، يتحدد فى مفهوم الإرادة من المنظور المدنى، والقاضى الإدارى إنما يطبق ذات القواعد المطبقة فى القانون الخاص الحاكمة لهذا الموضوع،

---

(١) د. مهند مختار نوح - الإيجاب والقبول فى العقد الإدارى - دراسة مقارنة - رسالة، عين شمس، عام ٢٠٠١، ص ١٦١، ومابعدها.

(٢) يراجع فى ذلك: مستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب - القرار الإدارى الباطل والقرار المعدوم - الطبعة الأولى - عام ١٩٩٧ - بدون دار نشر - ص ٤٢.

مع مراعاة الخروج عنها بالقدر الذى تستلزمه طبيعة الحياة الإدارية وأوضاع التنظيمات الإدارية.

ويتفق هذا الطرح مع ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا من أنه يكفى لوجود العقد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين وذلك خلال المدة المحددة للقبول، فالتراضى يعني أن يكون القبول مطابقاً للايجاب مطابقة تامة وأن يكون متفقاً مع الموجب فى جميع المسائل التي تناولها الايجاب، فلا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد(١).

كما قضت محكمة القضاء الإدارى(٢) بأن النظرية القانونية العامة فى العقود الإدارية تبدأ على غرار مثيلتها فى العقود المدنية بالتقصى عن شروط تكوين العقد الإدارى ومن بعدها تبحث عن شروط صحة انعقاد العقد.

وعلى الرغم من ضرورة وجود الإرادة الإدارية كركن من أركان عقد التوريد، إلا أن هذا الوجود غير كاف بذاته - إذ ليس كل ما هو ضرورى كاف بذاته - بل يتعين أن تكن تلك الإرادة سليمة خالية من العيوب(٣).

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٢٤٨٠ لسنة ٤٦ ق - جلسة ٢٠٠٥/٢/١، لم ينشر بعد، وفيه قررت المحكمة أنه متى كان الثابت أن المطعون ضده تقدم بعطائه على النموذج المعد لذلك ووضع سعره قرين الكمية التى قبل توريدها وسكت عن توريد باقى الكمية من الأصناف محل المناقصة، فيعتبر ذلك امتناعا عن الدخول فى هذه المناقصة بالنسبة لباقى الكميات المطلوب توريدها من تلك الأصناف، وبالرغم من ذلك أرست الهيئة الطاعنة المناقصة على المطعون ضده وأخطرته بموافقتها على توريد كامل الكمية المطلوب توريدها ومن ثم يكون هذا القبول قد خالف الايجاب الصادر من المطعون ضده مما لا ينعقد معه العقد.

(٢) حكمها الصادر بجلسة ١٩٥٦/١٢/٢٣ - مشار إليه د. سليمان الطماوى، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

(٣) Gèze, op. cit., II. p. 7.
- Delaubadére. op. cit., p. 594.

ولسلامة الإرادة الصادرة عن جهة الإدارة يتعين أن يتوافر الشرطين التاليين:

١- أن يصدر رضاء الإدارة من صاحب الاختصاص بذلك وفقاً للأوضاع المقررة بشأن الشكل والاختصاص، إذ أن أهلية أشخاص القانون الخاص يقابلها اختصاص الأشخاص الإدارية.

وتطبيقاً لذلك قررت الجمعية العمومية لقسم الرأى بمجلس الدولة بأنه يشترط لصحة التصرف الإدارى أن يكون صادراً من سلطة إدارية لها الحق فى اصداره، ويعتبر الاخلال بذلك موجب لبطلان التصرف، إذ أن القاعدة المسلم بها فى القانون العام أن العيب الراجع إلى عدم أهلية من صدر عنه التصرف يعتبر مؤدياً إلى بطلان التصرف، والاختصاص فى القانون العام يقابل الأهلية فى القانون الخاص، وبما أن مدير معمل تكرير البترول بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم لشئون الوقود ولم يصدر عنه قرار بقبول عطاء الشركة، ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة(١).

٢- أن يخلو رضاء الإدارة من العيوب التى تشوب الرضا وهى: الغلط - التدليس - الغبن(٢)، مع مراعاة أن الفقه الإدارى فى فرنسا ومصر يستبعد الغبن والاستغلال من ضمن العيوب التى تعيب الإرادة فى مجال العقود الإدارية، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة لتلك العقود من ناحية، وللمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واستمرار من ناحية آخرى(٣).

---

(١) إفتاء الجمعية رقم ٦٨٤ بتاريخ ١٩٥١/١٢/١٣ - الموسوعة الإدارية الحديثة - مرجع سابق جـ ١٨ - ص ٦٩٠.

(٢) د. سليمان الطماوى - مرجع سابق ص ٣٤٩، ويضيف سيادته إلى هذين الشرطين شرط ثالث مؤداه أن يكون رجل الإدارة المتعاقدة آهلا للتعاقد، والحقيقة أن الشرط هو أمر مفترض إذ لا يتصور عملا أن يصدر رضاء الإدارة على شخص ناقص الأهلية.

(٣) Gèze, op. cit. III - p. 200.

د. زكى محمد محمد النجار - نظرية البطلان فى العقود الإدارية - دراسة مقارنة - رسالة - عين شمس - ١٩٨١، ص ١٩٧.

القواعد المشتركة التى تحكم عيوب الرضا:

تشترك عيوب الرضا التى تعيب رضا الإدارة فى خصائص مشتركة تتمثل فى أنه ينبغى أن يكون العيب هو الدافع للتعاقد، وأن هذه العيوب نادرة الحدوث فى مجال العقود الإدارية، ويتم بحث تلك العيوب من خلال القواعد المقررة فى نظرية عيوب الرضا فى القانون المدنى، بدون تحول كبير، بحيث يترتب على اصابة الرضا بأى عيب من هذه العيوب إبطال العقد نسبياً، فيكون قابلا للإبطال لمصلحة من تحقق سبب البطلان من ناحيته، ويكون البطلان بحكم قضائى يقرره قاضى العقد.

على أنه ولئن كان الغبن والاستغلال من العيوب التى تعيب الرضا فى نطاق العقود المدنية[١]، إلا أن الفقه وقد استبعد امكانية حدوثهما فى مجال العقود الإدارية، ومن ثم فإن دراسة عيوب الرضا فى نطاق العقود الإدارية تقتصر على دراسة العيوب التى يمكن حدوثها فى هذا المجال وهى عيوب الغلط - التدليس - الاكراه، وذلك على التفصيل التالى:

الغلط: L'erreur:

الغلط هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها[٢]. أى أنه وهم كاذب يتولد فى ذهن الشخص، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته، بأن يرى فيه شيئا غير موجود فى الحقيقة، أو يتوهم خلوه من صفة، حالة كونها تلزمه[٣].

ولا خلاف - فقهاً وقضاء - على وجوب تطبيق القواعد المدنية على العقود الإدارية، إذ لا يكون الغلط فى العقد الإدارى سبباً لإبطاله إلا إذا كان

---

(١) انظر: د. زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق ص ١٩٨.

(٢) انظر: د. السنهورى، الوسيط فى القانون المدنى الجديد، جـ ١، ص ٢٨٩.

(٣) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

هذا الغلط جوهرياً دافعاً إلى التعاقد، واتصل به علم المتعاقد الآخر[١].

والغلط على النحو المتقدم قد يكون فى الشئ محل التعاقد، أو فى محل التوريد، ومن شأنه أن يعيب الإرادة ويؤثر فى صحة العقد، ويجيز للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب ابطال العقد بسببه، شريطة أن يكون جوهرياً دافعا للتعاقد[٢]، وأن يتصل علم المتعاقد الاخر بهذا الغلط، فلا يستقل به أحد المتعاقدين دون الآخر.

ويعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع فى صفة الشئ فى نظر المتعاقدين، أو يجب اعتباره كذلك لما يلابس العقد من ظروف، ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية[٣].

كما قد يكون الغلط فى شخص المتعاقد، ويلاحظ أن الصفة الشخصية لعقود الإدارة تؤدى إلى كثرة البطلان من هذه الناحية، وعلى ذلك فإذا ما أخطأت الإدارة فى شخص المتعاقد كان العقد باطلا[٤].

أما الغلط فى القيمة فإن القانون المصرى يعتد به بشرط أن يكون دافعاً إلى التعاقد أى يترتب عليه اختلال فادح mesure excessive بمعنى أن الفرق

---

(١) انظر: د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٣٣٠، د. عبدا لمنعم البدراوى، النظرية العامة فى الالتزامات فى القانون المدنى المصرى، الجزء الأول، طبعة ١٩٧١، ص ٢٦٠.
- Gèze: op. cit., II. p. 9.
- Andre de Laubadére, op. cit., p. 204.

(٢) C.E: 28-12-1917, ste Belmont, Rec. p. 878.
وقد جاء فى هذا الحكم:
L'erreur sur la subatance de nature entraine la nulité du contrat.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق - جلسة ١٩٦٨/٣/٢١، المجتمعة، السنة ١٣، ص ٦٢٥.

(٤) C.E. 26-4-1950, ste Dometgue, Rec. p. 813.
د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

بين القيمة الحقيقية للأداء، والقيمة التى توهمها المتعاقد هو فرق فادح ويكون سبباً لبطلان العقد(١).

وقد ذهب البعض - وبحق - إلى أنه من الممكن عدم ترتيب البطلان كجزاء لوقوع الغلط فى القيمة، ويستحسن أن يترتب على وقوعه خفض الالتزام إلى المقابل، وليس إبطال العقد، وذلك حرصاً على استقرار التعامل، والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واستمرار وعدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، بالإضافة إلى أن الأمر قلما يثور عند تكوين العقد وأكثر حالات اكتشافه فى مرحلة التنفيذ(٢).

وقد يحدث الغلط فى الواقع وهو ما يعد سبباً فى إبطال العقد، وفى ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا أنه إذا ما توهم المتعاقد على غير الواقع أن التوريد كان محدد له أن يتم خلال أيام أو أسابيع قليلة من تاريخ التعاقد وليس شهوراً ذات عدد، واستبان من الظروف والملابسات التى أحاطت بالتعاقد أن المتعاقد كان سيمتنع عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط الذى شاب إرادته، فإنه يكون على حق فى طلب إبطال هذا العقد للغلط الجوهرى إذا ما اتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر(٣).

وصفوة القول أن الغلط المعتبر كسبب لإبطال العقد هو الغلط الذى يقع وقت تكوين الإرادة، ويشترط فيه أن يكون جوهرياً دافعاً للتعاقد، وأن يتصل بعلم المتعاقد الآخر بأن يكون قد وقع مثله فى الغلط أو كان على علم به أو من

---

(١) د.اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، سنة ١٩٦٨، ص ١٩٥ ومابعدها.

(٢) د.زكى محمد محمد النجار - مرجع سابق، ص ١٥٩، د.محمد ماهر أبو العينين - العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات - المرجع السابق، ص ٨٩٦.

(٣) حكمها فى الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ - مشار إليه مستشار/ سمير صادق - العقد الإدارى فى مبادئ الإدارية العليا - الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة ١٩٩١، ص ٣١.

السهل عليه أن يتبينه، وأن اثبات واقعة الغلط هى محض مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى العقد، وعلى من يدعى الغلط اثباته بجميع طرق الاثبات(١).

الغلط المادى:

استقر الفقه والقضاء فى كل من فرنسا ومصر على عدم الاعتداد بالغلط المادى كسبب لإبطال العقد، وإنما يجب تصحيحه باعتبار أن هذا التصحيح يمثل أصل من الأصول العامة التى تمليها طبيعة الأمور ومقتضيات العدالة وحسن النية(٢).

وللقاضى سلطة بيان الخطأ المادى الذى وقع فى العقد من واقع الظروف والملابسات، فإذا استبان له خطأ قام بتصحيحه، بما يتحقق معه التعبير الصحيح للإرادة، بحيث لا يستغل أحد المتعاقدين الآخر فيما وقع فى العقد من غلط هو خطأ فى الكتابة، فإذا وقع المتعاقد مع الإدارة في خطأ مادى وتنبهت الإدارة لهذا الغلط قبل البت فى المناقصة وتجاهلت الخطأ وأرست العطاء على المتقدم بالعطاء فإن ذلك يعد مخالفة للقانون يتحقق به ركن الخطأ الموجب لمسئوليتها(٣).

التدليس: Le Dol

يعد التدليس عيباً من عيوب الرضا فى العقد الإدارى، يستوجب إبطال

---

(١) نقض مدنى رقم ٣٩ لسنة ٣٨ ق فى ١٩٧٣/٣/١٢ ـ مجلة المحاماة ـ السنة ٥٧ ـ العدد الخامس ـ سنة ١٩٧٧، ص ٦٢.

(٢) انظر فى ذلك: - Quncard, M.L'adjudication des marchés publics des travaux et de fournitures, thése., p. 182.

د. زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٣) - C.E: 22-3-1912, Grand - Jouant, rec. p. 589.
- C.E: 12-1-1922, Commune de beau soleil Rec. p. 42.
- C.E: 16-10-1935, Dame Antonie - Rec. p. 939.
- C.E: 21-5-1948, sté coopérative de production Rec. p. 641.

وانظر أيضا حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ ـ سبقت الاشارة إليه.

العقد، كما يخول المدلس عليه الحق فى اقتضاء التعويض إذا ما أصابه ضرر، والتدليس هو إيهام الشخص بغير الحقيقة لحمله على التعاقد(١).

وقد يحدث التدليس أثناء ابرام العقد أو أثناء تنفيذه، ومن الناحية العملية فإن الإدارة نادراً ما تقوم بالتدليس فى مرحلة ابرام العقد للتأثير على المتعاقد معها، فى حين أن المتعاقد مع الإدارة هو الذى يحاول خداعها(٢).

عناصر التدليس:

تنص المادة (١٢٥) من القانون المدنى على أنه «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد، ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة.

ويستفاد من هذا النص أن للتدليس عنصران:

الأول: استعمال الطرق الاحتيالية.

الثانى: أن يكون لدى من يستخدم الطرق الاحتيالية قصداً تدليسياً يدفع المتعاقد الآخر ويحمله على التعاقد(٣).

ويطبق القاضى الإدارى - فى فرنسا وفى مصر - ذات المبادئ التى يطبقها القاضى المدنى ويستلزم توافر نية التضليل لدى المدلس للوصول إلى غرض غير مشروع، وقد رفض مجلس الدولة الفرنسى اعتبار التدليس متوافرا لأن الشركة المتعاقدة لم تضلل الجهة الإدارية فى نوعية المادة المستخدمة فى الأسقف، ولم تستبدلها بمادة أخرى مشابهة، ومن ثم فإن ذلك لا يعتبر من قبيل التدليس أو التضليل الذى يعيب الإرادة(٤).

---

(١) انظر: د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢) لمزيد من التفاصيل: د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، مرجع سابق، ص ٥١٠، د. زكى محمد محمد النجار، مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٣) د. السنهورى، الوسيط فى القانون المدنى الجديد، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، ص ٣١٩.

(٤) C.E., 20-11-1975, Soc, d'études travaux, prefabrication Rec. p. 600

كما تشترط المحكمة الإدارية العليا ضرورة توافر عنصرا التدليس لاعتباره قائما إذا قضت بأن: ادعاء الطاعن بأن جهة الإدارة دلست عليه بإيهامه أن السعر الذى يتعاقد به هو سعر مجزى يحقق له ربحاً، فإنه ادعاء عار من الصحة، إذ تخلو الأوراق مما يفيد ذلك كما أن الطاعن لم يقيم دليلا عليه، وفضلا عن ذلك فإنه بافتراض أن الإدارة أوهمته بأن السعر الذى تعاقد به هو سعر مجزى، فإن ذلك لا يعتبر تدليساً، ذلك أنه يتطلب فى التدليس الذى يجوز إبطال العقد بسببه أن تكون ثمة طرقاً احتيالية لجأ إليها أحد المتعاقدين، تبلغ من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد، وأن مجرد إيهام الإدارة بأن السعر الذي ارتضى به هو سعر مجزى لا يعتبر بحال من الأحوال من قبيل الطرق الاحتيالية التى يجوز وصفها بالتدليس، سيما وأن الطاعن تاجر محترف اعتاد على توريد هذه المحاصيل، وهو أعلم بمجال السوق وأسعاره ومن ثم لا يجوز عليه إيهام أو تغرير(١).

ويقع على الطرف المدلس عليه عبء اثبات وقوع الطرق الاحتيالية، ودفعه للتعاقد ولا يكفى فى ذلك مجرد الادعاء(٢). فالتدليس لا يفترض حدوثه وإنما يتعين اثباته بكافة طرق الاثبات.

أثر التدليس:

يميز الفقه المدنى فيما يتعلق بأثر التدليس بين التدليس الدافع - وهو التدليس المشار إليه سلفاً - وبين التدليس غير الدافع، وهو تدليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ(٣).

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٨٤/١/٢١ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - مرجع سابق ص ١٨٥.

(٢) C.E. 20-11-1987. SARL. Pationaire de colombes, R.D.P. 1988. p. 1417.

(٣) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٤٣١.

وقد رتب القضاء على هذه التفرقة نتيجة مؤداها أن التدليس الدافع يستوجب ابطال العقد، بينما التدليس غير الدافع لا يؤدى مباشرة إلى ابطال العقد وإنما يمكن للمتعاقد أن يختار بين ابطال العقد أو يستبقيه مكتفياً بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التدليس(١).

ويرى جانب من الفقه الإدارى - وبحق - ضرورة إعمال التفرقة المشار إليها فى مجال العقود الإدارية وذلك لتعلقها بالمرفق العام، وحرصاً على دوام سيره بانتظام واطراد(٢).

الاكراه: La vielence

يقصد بالاكراه الذى يعيب الرضا هو ذلك الضغط الذى يقع على الشخص فيبعث فى نفسه رهبة أو خوف يحمله على التعاقد، فالعيب الذى يصيب الإرادة ليس الاكراه فى ذاته، وإنما فى الرهبة أو الخوف الناتج عنه، والاكراه على هذا النحو عمل غير مشروع يعيب الرضا ولا يعدمه(٣).

عناصر الاكراه:

صاغ المشرع الفرنسى نظرية الاكراه كعيب من عيوب الرضا فى المادتين ١١١١، ١١١٢ من القانون المدنى، كما صاغها المشرع المصرى فى المادتين ١٢٧، ١٢٨ من القانون المدنى، ويستفاد من هذه النصوص أن للاكراه

---

(١) وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ حيث أوجب التمييز بين التدليس الدافع وبين التدليس العارض واعتبر هذا الأخير ليس سبباً للبطلان وإنما يقتصر الأمر بشأنه على التعويض فقط. انظر:

C.E: 14-12-1923, Rec. p. 852.

(٢) د. زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق، ص ١٧٥، د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص ٩٠٨.

(٣) د. زكى محمد محمد النجار - المرجع السابق، ص ١٧٦.

عنصران[١]:

الأول: موضوعى وهو استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم ومحدق.

الثانى: نفسى وهو رهبة فى النفس يبعثها الاكراه فتحمل على التعاقد.

والاكراه الذى يبطل العقد هو الاكراه غير المشروع، أما إذا كان العمل مشروع ومسموح به كالتهديد برفع دعوى، فإن ذلك لا يعد اكراه غير مشروع، أما إذا استعملت الوسائل المشروعة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع، فلا شك فى تحقق الاكراه، وبالتالى ابطال العقد[٢].

ويشترط فى الاكراه المبطل للعقد شروط ثلاثة هى: أن يكون دافعا للتعاقد، وأن يتصل بعلم المتعاقد الآخر، وأن يكون عملا غير مشروع.

---

(١) وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا عناصر الاكراه بأن قررت: أن المادة (١٢٧) من القانون المدنى تشترط لجواز إبطال العقد للاكراه أن يتعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بيثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون وجه حق، وتكون الرهبة قائمة على أساس، وتكون الرهبة كذلك إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ومن ثم فلا وجه لما يدعيه الطاعن من أنه وقع تحت سلطان الرهبة والخوف من بطش المسئولين بمجلس المدينة إن لم يذعن للتعاقد، ذلك أنه لم يقم دليل على أن أحد من المسئولين بمجلس المدينة قد لوح للطاعن بأية وسائل لإكراهه على التعاقد بالأسعار المشار إليها.

راجع فى ذلك: حكمها فى الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٨٤/١/٢١ - سبقت الاشارة إليه.

(٢) وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا المعنى بقولها ان الاكراه المفسد للرضا يلزم لتحققه استعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا كانت الوسائل مشروعة فى ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر عن طريق المطالبة بحق عليه ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه فلا يبطل العقد للاكراه.

حكمها فى الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٢ - مجموعة العقود فى أربعين عاما، مرجع سابق ص ١٨٧.

ويتعين على من يدعى وقوع اكراه عليه لحمله على التعاقد اثبات ذلك، وتقدير وسائل الاكراه، ومبلغ جسامتها، وتأثيرها فى نفس المتعاقد هو من الأمور الموضوعية المتروك تقديرها لقاضى العقد، وإذا تحقق القاضى الإدارى من توافر عناصر وشروط الاكراه على النحو المتقدم، فإنه يقرر إبطال العقد لعدم سلامة الرضا بسبب الاكراه(١).

المبحث الثانى

المحل فى عقد التوريد الإدارى

يمثل ركن المحل الركن الثانى - بعد ركن الإرادة - من أركان عقد التوريد الإدارى.

ومحل عقد التوريد الإدارى يتمثل فى الالتزامات الملقاة على عاتق طرفيه، إذ يجب على المورد تنفيذ التزاماته بتوريد المنقولات محل العقد طبقا للمواصفات المتعاقد عليها وفى المواعيد المحددة، كما يجب على جهة الإدارة أن تقوم بسداد ثمن ما قام المورد بتوريده. وركن المحل على النحو المتقدم يلزم وجوده لوجود الرابطة العقدية ذاتها، ويستعين القانون الإدارى فى مجال العقود الإدارية بذات القواعد المدنية التى تتعلق بمحل العقد من حيث ضرورة توافر شروط سلامته، وهى أن يكون موجودا، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون أخيراً قابلا للتعامل فيه أى يكون مشروعا، ويترتب على تخلف أى شرط من هذه الشروط البطلان المطلق للعقد(٢).

وفيما يلى بيان بالشروط الثلاثة الواجب توافرها فى محل عقد التوريد الإدارى والجزاء المترتب على تخلف أى من هذه الشروط.

---

(١) يراجع فى ذلك: د. زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق، ص ١٨٠ ومابعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر:

- Gèze, op.cit., III. p. 8.

د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٣٥٥، د. زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق ص ١٠٤.

أولا: شرط الامكان (الوجود):

يلزم لنشأة الالتزام، وبالتالى لقيام العقد أن يكون محله ممكنا غير مستحيل، وهذا شرط بديهى تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها، فالشخص لا يلزم بعمل المستحيل A l'impossible nul n'est tenu(١).

والاستحالة المانعة من انعقاد العقد هى الاستحالة المطلقة، أى استحالة القيام بالأمر الذى التزم به المدين على كل الناس، وليس فقط الاستحالة النسبية المتعلقة بظروف المدين بالذات، وعلى ذلك فإن شرط الامكان يعنى أن محل العقد شئ ينبغى وجوده وقت ابرام العقد أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك(٢).

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن استحالة جزء من أجزاء المحل يترتب عليه بطلان الجزء الذى استحال تنفيذه دون باقى أجزاء العقد، فالبطلان فى هذه الحالة بطلان جزئى Nullité Partielle، كما لو احتكرت الحكومة نوع معين من السلع، وتضمن العقد فى أحد أجزائه أو بنوده توريد هذه السلعة، فإنه يترتب عليه بطلان هذا الجزء وحده مع مراعاة أن البطلان فى هذا الجزء لا يؤثر على صحة العقد ووجوده بشروطه الأخرى(٣).

وذهب رأى آخر - وبحق - إلى أن الاستحالة النسبية لا يترتب عليها بطلان العقد سواء كانت سابقة على وجوده أم لاحقة له، وإنما تجعل العقد فى الحالتين قابلا للفسخ(٤).

---

(١) تنص المادة (١٣٢) من القانون المدنى المصرى على أنه: إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا لانعدام محله.

(٢) د. السنهورى، المرجع السابق ص ٣٨٣، د. زكى محمد النجار، المرجع السابق، ص١٠٥.

(٣) د. زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٤) د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، المرجع السابق، ص ٥٣٣.

وقد سبق وأن قضت المحكمة الإدارية العليا بأن احتفاظ الجهة الإدارية بجزء غير محدد من الأصناف التى التزمت بتسليمها للمدعى فى العقد المبرم بينهما، يجعل محل العقد مختلف اختلافا جوهريا عما كان عليه وقت التعاقد، مما يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخاً[١].

ثانيا: تعيين المحل أو قابليته للتعيين:

يجب أن يكون محل العقد معينا، فإن لم يكن كذلك وجب أن يكون قابلا للتعيين، ويعد تعيين محل العقد أو قابليته للتعيين من شروط صحة العقد.

وتختلف طريقة تعيين المحل بحسب ما إذا كان الشئ قيميا أو مثليا، فإن كان قيميا فإن تعيين المحل يكون بذاته، وإن كان مثليا فيكفى تعيين جنسه ونوعه ومقداره، ولا يلزم أن يكون معينا بذاته، وإن لم يكن الشئ معينا وجب أن يكون - على الأقل - قابلا للتعيين.

وينبغى أن يتضمن العقد النص صراحة على ماهية المحل، وتحديده تحديداً جازما[٢]، فإن خلا العقد من النص على تعيين المحل على النحو المشار إليه، وجب أن يتضمن الأسس التى يتعين بها الشئ فى المستقبل إما بذاته أو بنوعه أو بمقداره.

وقد أشار مجلس الدولة الفرنسى صراحة إلى أن تحديد السعر يعتبر عنصراً أساسياً من عناصر العقد، وأنه يترتب على عدم تحديد هذا السعر، عدم قيام الرابطة التعاقدية بين أطرافه[٣].

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٧٠/٤/١١ - مجموعة المبادئ - السنة ١٥ - ص٢٦٤، القاعدة رقم ٤٣.

(٢) - C.E., 28-3-1980, Société "Cabinet 2000". R.D.P. 1981, p. 523.
- C.E., 4-12-1981, Paul grunet, R.D.P., 1983, p. 233.

(٣) C.E., 20-3-1987 - Soc, des établissements, R.D.P., 1988, p. 1415.

ثالثا: مشروعية محل العقد:

يشترط فى محل العقد، بالاضافة إلى وجوده، وتعيينه أو قابليته للتعيين، أن يكون أيضا مشروعا، بمعنى أن يكون قابلا للتعامل فيه dans le commers، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ولا أثر له، ويكون المحل غير قابل للتعامل فيه فى مجال عقود التوريد الإدارية فى الحالات الآتية:

١- الحظر الوارد النص عليه فى المادة ٣٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سالف الذكر بشأن عدم جواز الشراء من العاملين بالجهات الإدارية التى تسرى عليها أحكام هذا القانون، ومن ثم فلا يجوز لأى من هؤلاء العاملين التقدم بعطاءات أو عروض لتلك الجهات، ومفاد ذلك بطلان عقود التوريد التى يكون محلها أشياء مملوكة لأحد العاملين بالجهات الإدارية المشار إليها.

٢- أن تكون طبيعة الشئ تأبي أن يكون محلا للالتزام لكونه عاماً.

٣ ـ أن يكون الغرض الذى خصص من أجله يأبي أن يكون محلا للالتزام كالمال العام.

٤ ـ أن يكون التعامل فى الشئ غير مشروع[١] إما لأن القانون يوجب ذلك وإما لأن التعامل فيه مخالف للنظام العام والآداب العامة[٢].

---

(١) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بعدم مشروعية عقد توريد أبرمته جهة الإدارة محله توريد شوك وسكاكين وملاعق طبقا لعينة تحتوى على نسبة عالية جدا من المواد الضارة التى تعرض حياة من يستعملها للخطر حيث قررت بأن الثابت من التحليل أن من شأن استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم، وهو أمر فى ذاته مخالف للنظام العام، فإن للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها، وفضلا عن ذلك فإن دخول النحاس فى تركيب هذه الأدوات بالنسبة التى كشف عنها التحليل، مخالف للنظام العام من جهة أخرى...» حكمها فى الطعن رقم ١٣٠٣ لسنة ٨ ق ـ جلسة ١٩٦٦/١٢/٣١، مجموعة مبادئها، السنة ١٢، ص ٤٩٤.

(٢) د. زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق، ص ١١٢.

وقد تعرضت المحكمة الإدارية العليا لمشروعية محل العقد بقولها: يشترط فى محل العقد - أياً كان العقد - أن يكون قابلا للتعامل فيه، ويكون الشئ غير قابل للتعامل فيه محظوراً قانوناً ولا ينتج أثراً، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها، ولا تصح إجازة العقد، وإذا تقرر البطلان فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد(١).

المبحث الثالث

السبب فى عقد التوريد الإدارى

يجب أن تهدف كافة الأعمال القانونية التى تجريها الإدارة إلى تحقيق الصالح العام والمصلحة العامة، وإذا كان السبب ركنا فى القرار الإدارى، فإنه كذلك فى العقود الإدارية ومن بينها عقد التوريد الإدارى، وقد استقر مفهوم ركن السبب فى القرار الإدارى على أنه تلك الحالة الواقعية أو القانونية التى تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانونى معين ابتغاء الصالح العام(٢).

غير أن تحديد مفهوم ركن السبب فى العقود الإدارية قد أثار خلافاً فى الفقه، حيث يرى البعض أن السبب فى هذا الصدد هو الأداء المقابل لكل من طرفى العقد، فى حين يرى البعض الاخر أن السبب هو الدافع إلى التعاقد. وتفصيل ذلك فيما يلى.

النظرية التقليدية للسبب فى العقود الإدارية:

طبقا لهذه النظرية فإن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر، وذلك فى العقود الملزمة للجانبين، فالقاضي الإدارى عندما يطبق القاعدة على

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٨ ق - جلسة ١٩٦٦/١٢/٣١ - سبقت الاشارة إليه.

(٢) د. سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة ١٩٧٦، دار الفكر العربي، ص ١٩٦.

العقود الإدارية، فإنه يحدد السبب فى العقد الإدارى تحديداً منضبطاً، ويقضى ببطلان العقد إذا انعدم السبب أو كان غير مشروعاً. والبطلان فى حالتى الانعدام وعدم المشروعية بطلان مطلق(١). أما إذا كان السبب غير صحيح فإنه يدخل فى دائرة الغلط الذى يعيب الإرادة ويعد سببا للبطلان النسبى.

وترتكز هذه النظرية على فكرة السبب القريب أو المباشر دون النظر للحالة النفسية للمتعاقد وتعطى للسبب مضمونا موضوعيا، يستخلص من نوع العقد وطبيعته، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع(٢).

غير أن النظرية على هذا النحو تعرضت للنقد(٣) على أساس أنها غير صحيحة، وغير ذات فائدة، فلا يجوز القول بأن سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، لأن الالتزامين يولدان فى وقت واحد ومصدرهما واحد، كما أن النظرية - فى رأى - لا تفسر سبب استمرار تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية إذا ما قصرت الإدارة فى تنفيذ التزاماتها وهو ما يعرف بعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الإدارية.

النظرية الحديثة للسبب فى العقود الإدارية:

السبب وفقاً لهذه النظرية هو الباعث الدافع للتعاقد، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب، وبمعنى آخر، فالسبب هو الغرض أو الأغراض التى يستهدفها المتعاقدان من التزامهما، والتى يعتد بها قانوناً(٤).

وقد تبنى المشرع الفرنسى والمشرع المصرى هذه النظرية، حيث عالجت المادة

---

(١) انظر: د.سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٩٥، د.زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٢) انظر: د.عبد الفتاح صبري أبو الليل، المرجع السابق، ص ٥٤٤.

(٣) انظر: د.السنهورى، مرجع سابق، ص ٤٦٣.

(٤) انظر: عبد الرحمن مصطفى عثمان - نظرية السبب - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة، عام ١٩٨٤، ص ٣٥.

١١٠٨ من القانون الفرنسى السبب كشرط من شروط صحة العقد، إذ استلزمت أن يكون سبب الالتزام مشروعا[١]، وفى المادة ١١٣١ من ذات القانون أوضحت أن الالتزام دون سبب أو بسبب غير صحيح أو بسبب غير مشروع لا يرتب أثرا[٢]، ويكون السبب طبقا لحكم المادة ١١٣٣ من القانون المشار إليه غير مشروع إذا كان مخالف للقانون أو مخالف للآداب العامة أو النظام العام[٣].

وفى مصر، فقد ورد النص على الأحكام المنظمة للسبب فى المادة (١٣٦) من القانون المدنى، التى تنص على أن: إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا. وأوضحت المادة (١٣٧) من ذات القانون أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعى أن للالتزام سبب آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.

وتجدر الاشارة إلى أن الأحكام الصادرة من القضاء الإدارى الفرنسى والمصرى نادرة جدا فى هذا الصدد، ومع ذلك فإن القاضى الإدارى يراقب مشروعية السبب[٤].

وقد تعرضت محكمة القضاء الإدارى إلى ركن السبب فى العقود الإدارية حيث قضت بأن التزام صاحب المطحن بانتاج عدد معين من أقات الدقيق الصافى من كل أردب من القمح الذى تقوم بتسليمه إليه سلطات التموين، ثم مساءلته

---

(١) D'une cause licite dans l'obligation.

(٢) - L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet".

(٣) "La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux moeurs ou à l'ordre public".

(٤) Gèze, op. cit., III, p. 216.

عن عدم انتاج هذا المقدار يجب أن يقوم على سبب قانونى، وهذا السبب يكون إما بنص فى التشريع عند ابرامه العقد مع جهة الإدارة التى تهيمن على مرفق التموين فى البلاد، وإما باتفاق يتضمن ذكر المعدل المقصود وينبه إلى ضرورة الانتاج على مقتضاه، فإذا جاء خلواً تماماً من مثل هذا النص فقد يسترشد القاضى بما هو من مستلزمات العقد وفقاً للعرف الجارى فى التعامل بحسب طبيعة كل التزام(١).

ويعول مجلس الدولة الفرنسى على قيام السبب عند ابرام العقد، فإذا كان السبب موجوداً وقت ابرام العقد، فإنه يرفض القضاء ببطلان العقد(٢).

وخلاصة ما تقدم أن سبب العقد الإدارى يتمثل فى الباعث الدافع للتعاقد أو الغرض من التعاقد.

آثار انعدام السبب فى العقد الإدارى:

لا شك أن العقد الذى لا سبب له لا ينتج أى أثر، فالسبب ركناً من أركان العقد، ويترتب على عدم وجوده بطلان العقد(٣).

وتقتصر رقابة القضاء الإدارى على التحقق من قيام ركن السبب فى العقد تأسيساً على أن الأشخاص العامة لا يمكن الزامهم بدفع مبالغ نقدية فى الحالات التى لا يجب فيها ذلك(٤).

وإذا كان انعدام سبب العقد عند ابرامه يؤدى إلى بطلانه على نحو ما سلف، فإن غياب السبب بعد ابرام العقد يؤدى إلى فسخه لا بطلانه.

---

(١) حكمها فى الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق - جلسة ١٩٥٧/٦/٢ـ سبقت الاشارة إليه.

(٢) C.E., 19-2-1988, Sarl pore gestion c/cne de saint ouen, D.A, 1988, na, 175.

(٣) - C.E., 12-11-1948, Rec. p. 428.

(٤) راجع فى ذلك: د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، المرجع السابق، ص ٥٤٨.

أثر عدم مشروعية السبب فى العقد الإدارى:

سبقت الاشارة إلى أن سبب العقد الإدارى هو باعث الإدارة الدافع للتعاقد الذى يتمثل فى تحقيق المصلحة العامة، ويكون السبب غير مشروعاً إذا ما تنكبت الإدارة وجه المصلحة، وأبرمت عقداً من أجل تحقيق مصلحة خاصة، كما يكون السبب غير مشروعاً إذا ما كان مخالفاً للقانون أو الآداب العامة أو النظام العام.

ويترتب على عدم مشروعية السبب بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، ولم يتردد مجلس الدولة الفرنسى فى القضاء ببطلان العقد استناداً إلى سبب غير مشروع(١). ويستوى فى ذلك أن يكون السبب غير المشروع معلوماً أو مجهولا من طرفى العقد.

---

(١) C.E, 9/7/1937, commune d'Azone, Rec. p. 651.

الباب الأول

إبرام عقد التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

تلتزم الجهة الإدارية - عند اختيارها للمورد - بإتباع إجراءات عديدة حددتها القوانين، وهذه القيود التى ترد على حرية الإدارة فى هذا الشأن تتسع وتضيق وفقاً للسياسة التى ترسمها الدولة لنشاطها الاقتصادى(١).

ونتناول فى هذا الباب دراسة كيفية تكوين عقد التوريد الإدارى، وذلك من خلال بيان أساليب ابرام هذا العقد، وكذلك المراحل السابقة على التعاقد، وأخيراً بيان كيفية تكوين الايجاب والقبول في عقد التوريد الإدارى، ويتعين تبعاً لذلك تقسيم هذا الباب إلى فصول أربعة:

الفصل الأول: أساليب ابـــــرام عقـــد التوريد الإدارى.

الفصل الثانى: المراحل السابقة على ابرام عقد التوريد الإدارى.

الفصل الثالث: الايجـــاب فـــى عقـــــد التوريد الإدارى.

الفصل الرابع: القبـــــول فـــى عقـــــد التوريد الإدارى.

---

(١) Jaqueline Maqraud, op. cit., p. 401.

وراجع أيضا: د. عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ٨١، و. ابراهيم الدسوقى أبو الليل، مبدأ حرية التعاقد - مضمونه ومداه - مجلة المحامى الصادرة عن جمعية المحامين الكويتية - السنة ١٩ - ابريل ١٩٩٥، ص ١٧.

الفصل الأول

أساليب ابرام عقـــــد

التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

تنحصر أساليب ابرام عقد التوريد الإدارى بحسب نص المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات[١] فى نوعين:[٢]

(أ) أساليب أصلية: وتأخذ صورة المناقصة العامة أو الممارسة العامة.

(ب) أساليب استثنائية: وتأخذ صورة المناقصة المحدودة أو المحلية، أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، ويستلزم الحديث عن الأساليب الأصلية والاستثنائية إفراد مبحث مستقل لكل منهما، وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

---

(١) تنص المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات على أن: يكون التعاقد على شراء المنقولات عن طريق مناقصات عامة، أو ممارسات عامة، ويصدر باتباع أى من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد، ومع ذلك يجوز استثناء، وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية: (أ) المناقصة المحدودة. (ب) المناقصة المحلية. (جـ) الممارسة المحدودة. (د) الاتفاق المباشر.

(٢) وقد استظهرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أن المشرع وضع تنظيما متكاملا يتضمن تحديد طرق التعاقد المختلفة وضوابطها ومن بين هذه الطرق المناقصة العامة أو الممارسة العامة كطرق أصلية للتعاقد والمناقصة المحدودة والمناقصة المحلية والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر كطرق استثنائية لايجوز لجهة الإدارة اللجوء إليها إلا بقرار مسبب من السلطة المختصة.

يراجع في ذلك: افتاء الجمعية رقم ٥٢٨ بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٩ ـ ملف رقم ٣٩١/١/٥٤ ـ مجموعة المبادئ التى أقرتها الجمعية خلال المدة من فبراير سنة ٢٠٠٢ إلى يولية ٢٠٠٢ ص٩١. وفى ذات المعنى افتاء الجمعية رقم ٨٢ بتاريخ ٢٠٠٥/١/٢٩ ـ ملف رقم ٤٢٣/١/٥٤ جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٤ غير منشور.

المبحث الأول: الأساليب الأصلية لابرام عقد التوريـــــد الإدارى.

المبحث الثانى: الأساليب الاستثنائية لابرام عقد التوريد الإدارى.

المبحث الاول

الاساليب الاصلية لابرام

عقد التوريد الإدارى

تمهيد:

حينما كان دور الدولة محدودا فى النشاط الاقتصادى، تدخل المشرع ووضع قيوداً على حرية الإدارة فى اختيار المورد، حرصاً منه على حماية المصالح المالية للدولة، وذلك بأن جعل التعاقد بطريق المناقصة العامة هو أسلوب القانون العام فى ابرام عقود التوريد، لما يتضمنه هذا الطريق من التزام الإدارة بإرساء المناقصة على أفضل المتقدمين شروطاً من الناحية المالية(١).

غير أنه ومع ازدياد دور الدورلة فى النشاط الاقتصادى، ومع ما أفرزه العمل من عيوب المناقصة العامة والمتمثلة فى أن تطبيق مبدأ الارساء l'adjudication على أقل المتناقصين سعراً قد يؤدى إلى تعامل الإدارة مع موردين غير أكفاء من الناحية الفنية(٢)، فقد استدعى ذلك الأخذ فى الاعتبار المصلحة الفنية للمرفق حيث تلتزم الإدارة بالتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل فنيا وإن لم يكن الأقل سعراً، وهو ما يستلزم منح الإدارة حرية أوسع في هذا المجال(٣).

---

(١) يراجع فى ذلك: د. عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٢) - Mignon, le déclin d'une technique classique l'adjudication, D.1954, Ch. p. 26.
- Audi Baud, Essai sur l'evolution récente des marchés de l'Etat, These, Paris, 1950, p. 71.

(٣) يراجع فى ذلك: د. فؤاد العطار، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

وبين ترجيح إحدى المصلحتين المالية أو الفنية للدولة يتحدد أسلوب التعاقد الذى يتعين على الإدارة اللجوء إليه، فإن غلبت المصلحة المالية وجب تقييد حرية الإدارة فى اختيار المورد، ويتعين عليها سلوك طريق المناقصة العامة، فى حين أنه إذا تغلبت المصلحة الفنية تعين منح الإدارة قدر أكبر من الحرية فى اختيار المورد وتلجأ فى ذلك إلى طريق الممارسة العامة.

وبناء على ما تقدم تتخذ الأساليب الأصلية لابرام عقد التوريد الإدارى إحدى صورتين: إما المناقصة العامة أو الممارسة العامة.

وتخضع كل من هاتين الصورتين لعدة مبادئ هى: العلانية، والمساواة، وحرية المنافسة، فإذا حجبت هذه المبادئ عن مناقصة من المناقصات التى تطرحها الإدارة فلا يمكن الاطمئنان إلى إجراءاتها والثقة فى نتيجتها بعد أن غابت عنها المبادئ التى تحكمها والضمانات التى تكفل صحتها وسلامتها(١).

ونخصص هذا المبحث للحديث عن المناقصة العامة، والممارسة العامة، والمبادئ والأحكام العامة التى تحكم كل منهما، وذلك كل فى مطلب مستقل على النحو التالى:

المطلب الأول: ابرام عقد التوريد الإدارى بأسلوب المناقصة العامة.

المطلب الثانى: ابرام عقد التوريد الإدارى بأسلوب الممارسة العامة.

المطلب الثالث: الأحكام العامة التى تخضع لها المناقصة العامة والممارسة العامة.

---

(١) راجع فى ذلك: فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، ملف رقم ٢٩٣/١/٥٤ - جلسة ١٩٩٣/٥/٢ - الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٣٩، القاعدة رقم ١٧٣، ص ٥٠٥.

المطلب الأول

ابرام عقد التوريد الإدارى بأسلوب المناقصة العامة

L'ADJUDICATION

يقصد بالمناقصة بأنها[١]: مجموعة الإجراءات التى تتخذها الإدارة وفقا لأحكام القانون بهدف التعاقد مع صاحب العطاء الأقل من حيث القيمة فى إطار من العلانية، والمنافسة الحرة، والمساواة.

ووفقاً لحكم المادة (٨٣) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسى الصادر فى

---

(١) وقد عرف الفقيه «لوبادير» المناقصة العامة بأنها:

L'adjudictation est destinée a protéger les interêts financiers de l'administration en permettant celle - cide conclure le contrat avec le Particulier disposé à accepter les conditions de prix les plus favorables pour la collectivite publique.

أى أنها إجراء يتميز بحماية المصالح المالية للإدارة بحيث يجيز لها أن تبرم العقد مع الشخص الذي يتقدم بالشروط السعرية الأكثر ملاءمة، وذلك على أساس قيامه بشكل جوهرى على نظام المنافسة والعلانية، مع موازنة الاسناد التلقائى للمناقصة بالسلطة التقديرية الممنوحة للسلطة الإدارية المختصة باعتماد العقد. راجع فى ذلك:

Andre de Laubadére: TRAITE élémentaire de droit Administratif op. cit., p. 425.

ويرى الفقيه «جيز» أن المناقصة ليست إلا عملا تحضيريا للعقد، ويقتصر دور مكتب المناقصة على أن يقدم للسلطة المختصة بالتعاقد المرشح الذى يجب أن تلتزم الإدارة من حيث المبدأ بالتعاقد معه تحت ظروف محددة. يراجع فى ذلك:

Jeze, op. cit., p. 66.

وفى مصر عرفها المشرع المصرى فى المادة الثانية من لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بالقرار الوزارى رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ بأنها: مجموعة الإجراءات المعلن عنها وفقاً للأوضاع المبينة بهذه اللائحة بقصد الوصول إلى المتناقص الذى يتقدم بأصلح عطاء، وفى ذات المعنى: مستشار حسين درويش، وسائل تعاقد الإدارة، المناقصات والمزايدات والممارسة - الطبعة الثانية، عام ١٩٦٥ - مكتبة الأنجلو المصرية، ص ٤١. =

١٩٩٦/٢/٢١ فإن عقود الدولة يمكن أن تبرم بأسلوب المناقصة العامة أو بأسلوب الممارسة العامة أو بأسلوب الاتفاق المباشر فى الحالات المنصوص عليها فى المادتين ١٠٣ و١٠٤[١]، كما أنه وفقاً لحكم المادة ٢٧٩ من ذات التقنين فإن العقود المبرمة بواسطة الوحدات المحلية والمؤسسات العامة يمكن ابرامها بأسلوب المناقصة العامة أو بأسلوب الممارسة العامة باستثناء الحالات المنصوص عليها بالمواد ٣٠٨، ٣١٢ والتى يمكن ابرامها بأسلوب الاتفاق المباشر[٢].

= وعرفها د. فؤاد العطار بأنها: مجموعة الإجراءات التى تهدف إلى دعوة الجمهور للاشتراك فى العملية التى تطرحها الإدارة بقصد الوصول إلى المناقص الذى يتقدم بأرخص الأسعار للتعاقد معه. د. فؤاد العطار، المرجع السابق ص٢٧١. وقرب من ذلك: د. جابر جاد نصار. وأضاف سيادته بأنها تهدف إلى الوصول إلى المناقص الذى يتقدم بأرخص الأسعار وبأفضل الشروط الفنية للتعاقد. يراجع فى ذلك: د. جابر جاد نصار - المناقصات العامة - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ص ١٣.

كما عرفها البعض بأنها اطار اجرائى لتبادل الايجاب والقبول فى العقد الإدارى، وتقوم على مبادئ المنافسة المفتوحة، والعلانية والاسناد التلقائى على أقل سعر، وتنهض بعبء عملياتها سلطة مختصة هى لجنة المناقصة، على أن تبقى نتائج الارساء الذى توصلت إليه لجنة المناقصة موقوفاً على اعتماد أو توقيع السلطة المختصة بإبرام العقد.

يراجع: مهند مختار نوح - المرجع السابق، ص ٣٦٤.

وعرفها البعض الآخر بأنها مجموعة الإجراءات التى تلتزم الإدارة بمقتضاها باختيار أفضل المتقدمين شروطاً وأقلهم سعراً لانجاز الأعمال المطلوبة. د. رفيق محمد سلام، الموسوعة العلمية العملية لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ولائحته التنفيذية - دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٦٣.

(١) Art 83: Les marchés peuvent être Passés soit par adjudication, sait sur appel d'offres, soit sous forme de marchés negacies.

(٢) Art 279: Les marchés de collectivites et etablissement a làrticle 249 donnet lieu à adjudication au appel d'offres sauf exception prevues aux articles, 308, a 312.

ولا يعد التقنين المشار إليه هو المصدر الوحيد لنظام ابرام العقود الإدارية، بل هناك مراسيم أخرى ذات صلة بموضوع التوريدات كالمرسوم رقم ٨٥-٨٠١ بتاريخ ١٩٨٥/٧/٣٠ بشأن اتحاد تجميع المشتريات العامة، وكذلك القرارات التنظيمية المكملة والمفسرة التى تصدر على هيئة منشورات instructions وكراسات الشروط (خاصة كراسة الشروط العامة القديمة).

ب - فى مصر:

تضمن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات[١] ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨[٢] تنظيماً مفصلاً لأحكام المناقصة العامة وغيرها من أساليب التعاقد الإدارى المختلفة.

حيث تنص المادة الأولى من القانون المشار إليه على أن يكون التعاقد على شراء المنقولات أو ... أو .... أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ويصدر باتباع أى من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد.

والمناقصة العامة نوعان، إما داخلية يعلن عنها فى مصر، وإما خارجية يعلن عنها فى مصر والخارج[٣].

---

(١) الجريدة الرسمية - العدد ١٩ مكرر فى ١٩٩٨/٥/٨. ويلاحظ أن اطلاق تسمية «المناقصات والمزايدات» على القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أمر منتقد باعتبار أن القانون المذكور قد تضمن أساليب أخرى للتعاقد كالممارسة والاتفاق المباشر، ومن ثم كان الأجدر تسميته بقانون «تعاقدات الدولة».

(٢) الوقائع المصرية - العدد ٢٠١ تابع فى ١٩٩٨/٩/٦.

(٣) تنص المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن: تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص، والمساواة، وحرية المنافسة، وكلتاهما إما داخلية يعلن عنها فى مصر أو خارجية يعلن عنها فى مصر والخارج، ويكون الاعلان فى الصحف اليومية، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الاعلام واسعة الانتشار.

وتجدر الاشارة إلى أن مفهوم المناقصة العامة الداخلية لا يعنى اقتصارها على المقيمين فى مصر فقط، بل يمكن التقدم لها من أشخاص مقيمين فى الخارج، شريطة أن يبين مقدم العطاء وكيله المعتمد فى مصر فيما لو رست عليه المناقصة، وأن يوضح فى عطائه العنوان الذى يمكن مخابرته فيه ويعتبر إعلانه صحيحاً. أما إذا كان العطاء مقدم من وكيل عن صاحب العطاء فعليه أن يرفق به توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة بالاضافة إلى كافة البيانات والمستندات التى يجب تقديمها وفقا لأحكام القوانين والقرارات التى تنظم ذلك(١).

وثمة مغايرة فى وسيلة العلم بالمناقصة الخارجية حيث أوجب المشرع أن يتم الإعلان عنها فى مصر والخارج باللغتين العربية والأجنبية، كما أوجب على الجهة الإدارية المعنية بالمناقصة أن تطلب إلى سفارات الدول الأجنبية بمصر وقنصلياتها إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة، بالإضافة إلى أن المشرع أجاز الإعلان عن المناقصة الخارجية فى وسائل الإعلام واسعة الانتشار بحسب أهمية وقيمة التعاقد شريطة موافقة السلطة المختصة على ذلك(٢).

القيود القانونية على سلطة الإدارة فى المناقصة العامة:

يعد اختصاص جهة الإدارة فى اختيار المورد بطريق المناقصة العامة اختصاصاً مقيدا بالنظر إلى التزامها - دائما - بضرورة التعاقد مع صاحب أقل

---

(١) وهو المستفاد من حكم المادة (٦١) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٢) تنص المادة ٣/١٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن: «ويتم الإعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج باللغتين العربية والانجليزية، كما يطلب إلى سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها بحسب الأحوال اخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة. وهذا النص يعوزه الدقة فى الصياغة باعتبار أن ما ينبغى اخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد هو موضوع المناقصة ذاته لا أن يقتصر الأمر على الاخطار بصيغة الإعلان، لذا يتعين تعديل النص بحيث يتضمن الاخطار موضوع المناقصة بدلا من صيغة الإعلان.

العطاءات سعراً وهو ما يعرف بمبدأ آلية الارساء، والتزامها أيضا بعدم تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة. والتزامها أيضا بالمهلة المحددة لتقديم العطاءات. وتنحصر سلطة الإدارة التقديرية فى مدى استيفاء المتناقص للشروط التى أعلنت عنها لدخول المناقصة العامة من عدمه، ونظراً لأهمية هذه القيود فإنه يتعين تناولها بشئ من التفصيل على النحو التالى:

أ - مبدأ آلية الارساء:

يقصد بمبدأ آلية الارساء التزام جهة الإدارة بالترسية على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً[١]. حيث تقوم لجنة البت بترتيب العطاءات المستوفاة للشروط والمواصفات ترتيباً تصاعدياً ثم تختار على أثره العطاء الأفضل شروطا[٢] والأقل سعرا للتعاقد مع صاحبه.

وقد حرصت المحكمة الإدارية العليا على تطبيق هذا المبدأ إذ قضت بأنه يتعين على لجنة البت بحسب الأصل ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل[٣].

---

(١) يراجع فى ذلك: مستشار أحمد منصور - المشكلات العملية فى المناقصات والمزايدات - بدون دار نشر - ١٩٩٦ - ص ٣٣٧، د. زين بدر فراج - الأحكام العامة للتعاقد وفقاً للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٩٥.

(٢) وقد أورد المشرع النص على هذا المبدأ فى المادة (١٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سالف الذكر والتى تنص على أن: يجب .... ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من الناحية الفنية والمالية، ويجب أن يتضمن قرار .... وارساء المناقصة على الأسباب التى بنى عليها.
وينتقد بعض الفقه استخدام المشرع تعبير «الأفضل شروطاً» ويرى أنه لا معنى له أمام توحيد النظم الموضوعية للمقارنة بين العطاءات. فالعطاء إما مطابقاً للشروط والمواصفات الفنية وإما غير مطابق، كما أن تعبير الأفضل شروطا يثير مشاكل فى التطبيق تخرج المناقصة عن غاياتها وتعوقها عن الوصول إلى هدفها. انظر: د. ابراهيم على حسن - نظرات على القانون الجديد للمناقصات والمزايدات، بدون تاريخ نشر، بدون تاريخ نشر.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٧٣/١/٢٧ -=

كما حظر المشرع الفرنسى اقتران العطاءات بأية تحفظات (مادة ٨٨ من تقنين عقود الشراء العام)، على اعتبار أن اقتران العطاء بتحفظات ما من شأنه المساس بمبدأ تلقائية الارساء الذي يعتمد على عامل السعر وحده، والذى يمثله المنطق الجوهرى للمناقصة، كما أن السماح باقتران العطاءات بتحفظات معينة، يعنى وجود عامل أو عوامل أخرى إلى جانب السعر تلعب دور المعيار لإرساء المناقصة من جهة، ومن جهة أخرى فإن ترك هذه المعايير لتقدير أصحاب العطاءات يخالف منطق المناقصة الذى يقوم على تماثل العطاءات فى كافة المعطيات ما عدا السعر(١).

وتجدر الاشارة إلى أن مبدأ آلية الارساء على النحو المتقدم لا يتم تطبيقه بصفة مطلقة، إذ ترد عليه بعض الاستثناءات التى سيرد تفصيلها فيما بعد.

ب - حظر تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة:

القيد الثانى على سلطة الإدارة عند سلوكها طريق المناقصة العامة، هو حظر تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة. حيث جعل المشرع من هذا القيد التزاماً قانونيا على عاتق الإدارة(٢).

وقد استقر افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة على ضرورة التزام جهة الإدارة بهذا الحظر - حتى قبل القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سالف الذكر(٣).

= مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى أربعين عاما فى العقود الإدارية، ص ٢٦٠.

(١) Quoncard. op. cit. p. 152.

(٢) الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه.

(٣) افتاء الجمعية رقم ٤٠٤ فى ١١/٤/١٩٩٠ - جلسة ٢١/٣/١٩٩٠ - المجموعة - المرجع السابق، ص ٢١١. حيث قررت الجمعية بأن المشرع حدد حصر أساليب التعاقد، وهى المناقصة العامة والمحدودة والمحلية، والممارسة، والأمر المباشر، ورسم لكل أسلوب حدوده وبين حالاته، والإجراءات التى يقتضيها الأخذ به ومن خلاله، ومن ثم يكون لكل من هذه =

وغنى عن البيان، فإن الغاية من هذا الحظر واضحة، وتتمثل فى أنه إذا ما أعلنت جهة الإدارة عن إجراء مناقصة عامة، فإن المتقدمين إليها وقد علموا مقدماً بأن عامل السعر هو المعيار الحاسم فى اختيار أحدهم، فلا يجوز لجهة الإدارة بعد ذلك ممارسة المتناقصين بغرض النزول بأسعارهم التى حددوها.

جـ - التزم الإدارة بالمهلة المحددة لتقديم العطاءات:

الأصل أنه يتعين على الرغبين فى التقدم للمناقصة العامة تقديم عروضهم خلال المدة المحددة لتقديم العروض، وهى المدة المثبتة فى الإعلان عن المناقصة العامة سواء كانت ثلاثون يوما من تاريخ الإعلان أو عشرون يوماً بموافقة السلطة المختصة، وتلتزم جهة الإدارة بعدم قبول أية عروض تقدم قبل بدء المدة المقررة أو بعد انتهائها، ويترتب على مخالفة الإدارة لهذا الالتزام بطلان إجراءات المناقصة لما يتضمنه من اهدار لمبدأ تكافؤ الفرص[1].

= الأساليب مجال إعماله الذى لا يجوز أن تختلط بغيره من الأساليب، وأنه مما يتعارض مع مبادئ المناقصة العامة اجبار المتناقصين على الدخول فى الممارسة بعد أن تعلقت حقوقهم بالمناقصة التى يجب أن تكون الأساس فى اختيار العطاء الأفضل شروطا والأقل سعراً.

(١) يراجع فى ذلك: افتاء اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة رقم ١٢٢ فى ١٩٨٨/١/٣١ - جلسة ١٩٨٨/١/٤ ملف إدارة فتوى الاسكان رقم ٨٦٠/٢٩/٣١ حيث قررت أن إغفال الإدارة للمهلة المحددة لتقديم العطاءات من شأنه أن يجعل إجراءات المناقصة باطلة لاخلالها بمبدأ تكافؤ الفرص، فلا يجوز أن تقل مدة تقديم العطاءات عن المدة المحددة فى القانون والمثبتة فى الإعلان عن المناقصة، وإذا كان هناك تقصير لهذه المدة فإنه يجب أن يكون بقرار من السلطة المختصة، وعلى ذلك فإن مخالفة المدة المقررة لتقديم العطاءات بالاضافة إلى أن مخالفة عدد مرات النشر من شأنه أن يبطل الإجراءات على النحو الذى يجب أن تتم معه إعادة الإجراءات مرة أخرى، ولا تملك لجنة البت سلطة التجاوز عن مخالفات النشر فى هذه الحالة.

المطلب الثانى
ابرام عقد التوريد الإدارى بأسلوب الممارسة العامة
gré a gré

إذا كانت المناقصة العامة يهيمن عليها مبدأ آلية الإرساء، فإن مبدأ التعاقد عن طريق الممارسة - والاتفاق المباشر - يخضع لقاعدة حرية الإدارة فى اختيار المتعاقد.

وفى إطار عقود التوريد فإن ثمة حالات يقرر فيها المشرع لجهة الإدارة الحرية الكاملة فى ابرام العقود وتحديد شروطها بعد الدخول فى مفاوضات مع المرشحين للتعاقد، وهى حالات تفرضها ملاءمات المرفق العام الذى تتصل به هذه العقود من جهة، وطبيعة بعض العقود من جهة أخرى(١).

غير أنه ينبغى الاشارة إلى أن مبدأ حرية الإدارة فى اختيار المتعاقد معها عن طريق الممارسة لا يتنافى مع إخضاع عملية الممارسة ذاتها لتنظيم قانونى دقيق يتعين على جهة الإدارة اتباعه، آية ذلك أن حرية الإدارة فى هذا المجال ليست سوى سلطة تقديرية تلتزم الإدارة بأن تستعملها فى حدود الصالح العام، وتخضع فى ذلك لرقابة القضاء الإدارى(٢).

تعريف الممارسة العامة(٣):

الممارسة العامة هى: مجموعة الإجراءات التى تتم فى إطار من العلانية

---

(١) يراجع فى ذلك: مهند مختار نوح - المرجع السابق، ص ٥٧٥.

(٢) يراجع فى ذلك: د.سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص٢٨٥.

(٣) - وقد عرفها المشرع الفرنسى فى المادة (٣٤) من المرسوم ١٩٥٦/٣/٣ بأنها:
"... Le marches sont dit de gre a gre lorsque l'administration engage librement les discussions qui lui paraissent utiles et attribue librement le marché à l'éntrepreneur ou fournisseur...".

وقد عرفها البعض بأنها تقنية لابرام العقد تقوم على التفاوض بين الإدارة والمرشحين ليتم اختيار المتعاقد وابرام العقد نتيجة لهذه المفاوضات. راجع: مهند مختار نوح، المرجع السابق ص ٥٩٠.

=

ووفقاً لأحكام القانون، تتيح لجهة الإدارة مفاوضة[١] Negociation مقدمى العطاءات بهدف التعاقد مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً فى إطار المنافسة الحرة والمساواة.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا علي مبدأ المفاوضة كأحد عناصر الممارسة حيث قضت بأنه يتعين علي لجنة الممارسة مجتمعة القيام بممارسة الموردين ومناقشتهم في جلسة علنية مفتوحة ويهدف هذا الإجراء إلى اذكاء روح المنافسة للهبوط بالأسعار إلى أقل حد ممكن، فلا يقف عمل اللجنة عند الأخذ بأقل العطاءات المقدمة سعراً، وإنما يتعين عليها مفاوضة المتمارسين في أسعارهم بغية الوصول إلى أقل العطاءات سعراً وأنسبها فنياً مسترشدة فى ذلك بسعر

= ويعيب هذا الرأى النظر إلى الممارسة من جانبها التفاوضى دون ابراز مبدأ خضوع الممارسة العامة - شأنها شأن المناقصة العامة - لمبدأ العلانية وفقا للإجراءات المقررة قانوناً.

كما عرفها البعض بأنها تلك التى يتم توجيه الدعوة للمتعاقد إلى الكافة، ومن ثم فهى متاحة لجميع الراغبين فى التعاقد مع الإدارة بخصوص عمليات الشراء وما يلحق بها. راجع: د.زين بدر فراج، المرجع السابق ص ٤٢.

ويعيب هذا الرأى عدم ابرازه المبدأ الأساسى الذى تقوم عليه الممارسة وهو التفاوض مع مقدمى العطاءات.

(١) المفاوضة عبارة عن موقف تعبيرى حركى بين طرفين أو أكثر حول قضية ما أو موضوع معين، يتم من خلاله تبادل الآراء وعرض وجهات النظر، واستخدام كافة أساليب التأثير والاقناع فى محاولة للتقريب بين المواقف، والمواءمة بين المصالح المختلفة، والتكيف مع المتغيرات بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك تقبله الأطراف المعنية ضماناً لاستقرار العلاقة بينهما». راجع فى ذلك: د.محسن أحمد الخضيرى - التفاوض علم تحقيق المستحيل انطلاقاً من الممكن - مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة ١٩٨٨، ص ١٤.

ويقصد بالمفاوضة فى مجال العقود الإدارية بأنها إجراء مرحلى تقوم به السلطة الإدارية مع الطرف الآخر الراغب فى التعاقد بشأن الاعداد لابرام العقد، أو تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بشروط العقد أو تنفيذه.

راجع فى ذلك: د.محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٠، ص٣٦.

السوق[١].

غير أنه ونظراً لاختلاف وتباين وضع الممارسة العامة فى فرنسا عنه فى مصر، فإنه يتعين تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول: الممارسة العامة فى فرنسا.

الفرع الثانى: الممارسة العامة فى مصر.

الفرع الأول

الممارسة العامة فى فرنسا

التطور التشريعى للممارسة العامة:

تمتد الجذور التشريعية للممارسة العامة فى فرنسا إلى تشريعات ما قبل الثورة الفرنسية، ولم يتحدد مفهوم الممارسة العامة ودورها وطبيعتها الاستثنائية إلا بعد صدور أمرى ١٨٣٦، ١٨٣٧ ومرسوم ١٨٨٢[٢].

وقد أطلق عليها المرسوم الصادر فى ١٩٤٢/٤/٦ تسمية L'enténte direct أى الاتفاق المباشر حيث ألزم جهة الإدارة بسلوك هذا الطريق على أساس من العلانية والمنافسة، ولكن دون الزامها بمراعاة القواعد المتعلقة بالمناقصة العامة فى نفس المجال، ودون الالتزام بالتعاقد مع أحد المتنافسين الذين قدموا

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٤٢١٠ لسنة ٤٥ ق ـ جلسة ٢٠٠١/١٠/٢٨، مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا من أول أكتوبر ٢٠٠١ إلى آخر ديسمبر ٢٠٠١ ـ المكتب الفنى ـ ص ١٧، وقد انتهت المحكمة إلى تأييد قرار محافظ بنى سويف بمجازاة أعضاء لجنة ممارسة بخصم ... لعدم اتباعهم الإجراءات القانونية اللازمة لشراء أدوات مياه وقطع زهر للوحدة المحلية ... على نحو ترتب عليه ترسيتها على شركة ... بأسعار تزيد على أسعار السوق مما أدى إلى تحميل ميزانية الدولة بمبلغ ...

(٢) Gèze, op. cit., p. 75.

عروضهم، إنما يمكن أن تبرم العقد مع مورد أو مقاول من غير هؤلاء المتنافسين (مادتين ٢٢، ٢٣ من المرسوم)[١].

أما المرسوم الصادر فى ١٩٥٦/٣/٣ فقد أطلق عليها تسمية gré a gré والذى أكد على التزام جهة الإدارة بمراعاة قواعد المنافسة (مادة ٣٤).

ثم صدر المرسوم ١٩٧٦/١/٢١ حيث أطلق عليها المشرع الفرنسى لفظ عقود التفاوض Le marché nogacie، وظل متمسكاً بذات التسمية فى المرسوم الحالى الصادر فى ٢١ فبراير ١٩٩٦ (مادة ١٠٤)[٢].

الطبيعة القانونية للممارسة العامة:

احتفظ المشرع الفرنسى بالطبيعة الاستثنائية للممارسة العامة، فالقاعدة العامة هى أن الإدارة تبرم عقودها الإدارية عن طريق المناقصات العامة، ولا تلجأ إلى الممارسة العامة إلا فى حالات محددة حصراً.

غير أن الواقع العملى يشير إلى أن جهة الإدارة تلجأ إلى ابرام عقود التوريد عن طريق الممارسة العامة دون النظر لطبيعتها الاستثنائية، إذ أنه وفقاً للاحصائيات المعلنة عام ١٩٨٥[٣] تمثل العقود التى أبرمت بأسلوب المناقصة نسبة ٣٪، وبأسلوب الممارسة ٦ر٥٠٪ بالنسبة لعقود الدولة، فيما بلغت نسبة العقود التى أبرمتها المحليات بأسلوب المناقصة نسبة ٧ر٢٪، وبأسلوب الممارسة نسبة ٥ر٥٤٪.

وقد دفعت دلالة هذه الاحصائيات بعض الفقه[٤] الحديث فى فرنسا إلى

---

(١) Bonnard R., La passation des marchés publics, R.D.P. 1943, p. 165.

(٢) Art: 104: les marchés negociés sont Passés avec ou sons mise en concurrence.

(٣) مشار إليه: د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل - مرجع سابق، ص ٣٨٠ ومابعدها.

(٤) Rivero, op. cit., p. 107.

ورغم ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسى مازال يميل نحو الحفاظ على الطابع الاستثنائى للممارسة العامة استناداً إلى بطلان الإجراء.

القول بأن الممارسة تكاد تصبح قاعدة فى الوقت الحالى وليس استثناء.

أما الاحصائيات المعلنة عام ١٩٩٣ فإنها تشير إلى أن العقود التى أبرمت بطريق الممارسة العامة والممارسة المحدودة تمثل نسبة ٤٩٪ من العقود، فى حين بلغت نسبة العقود التى أبرمت بطريق المناقصة العامة والمحدودة نسبة ٥٠٪، والباقى وهو ١٪ كان من نصيب المزايدات(١).

صور الممارسة العامة:

تتخذ الممارسة العامة فى فرنسا أحد صورتين:

الأولى: الممارسة عن طريق إجراءات المناقصة:

تعتمد هذه الطريقة على اخضاع عملية التعاقد لأكبر قدر ممكن من المنافسة عن طريق اتباع اجراءات المناقصة دون الزام الإدارة باختيار مورد بعينه، وهذا هو الفارق بينها وبين المناقصة العامة التى تخضع لمبدأ آلية الارساء.

وتستقل الإدارة باختيار المتقدم الذى تقدر أن عطاءه أفضل العروض، وتضع فى اعتبارها قيمة المقابل، وتكاليف الاستعمال، والقيمة الفنية والضمانات المهنية، ومدة التنفيذ الخاصة بكل عطاء، كما أنها تستطيع أن تطلب من متقدم أو أكثر تخفيض قيمة عطاءاتهم، ولها الحق كذلك فى إجراء ممارسة جديدة بشروط أخرى.

وتباشر الإدارة سلطاتها التقديرية على النحو المتقدم فى اطار من المساواة التامة فيما يتعلق بممارسة المتقدمين وفرز العطاءات. ويعد من قبيل الاخلال بقاعدة المساواة تفضيل الإدارة للمتقدم الذى يقبل سعراً يقل بنسبة ٥٪ عن أقل سعر يتقدم به غيره(٢).

---

(١) Dominique Legouge; La Meilleure offre dans les Marchés publics - Les Editions d'organisation, 1999, p. 36.

(٢) C.E. 9-3-1966 - Masside - Rec. p. 187.

الثانية: التعاقد اثر منافسة: Les marchés sur appel d'offres

حيث تقيم الإدارة منافسة بين عدة بيوت أو موردين وفقا لقواعد تعدها مقدما مع ترتيب المتقدمين، فإذا كانت الإدارة حرة فى وضع القواعد التى تسير على ضوئها لجنة فحص العطاءات فإنها ملزمة باحترام تلك القواعد عند ترتيب العطاءات.

حالات الممارسة العامة:

حدد المشرع الفرنسى فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسى حالات ابرام عقد التوريد بطريق الممارسة على سبيل الحصر وهى:

١- إذا كانت التوريدات المطلوبة يجب أن تنفذ على أساس تجارب أو أبحاث أو اختبارات(١).

٢- فى حالة إلغاء المناقصة لعدم تقديم عروض، أو عدم قبول العروض التى قدمت فيها(٢). وقد ألزم المشرع الفرنسى جهة الإدارة عند سلوكها لهذا الطريق ضرورة دعوة نصف عدد المتنافسين الذين اشتركوا فى المناقصة الملغاة ويجب أن تتم الدعوة كتابة.

٣- فى حالة الاستعجال cas d'urgence الناتج عن إخلال المتعهد بالتوريد فيتم الشراء على حسابه بطريق الممارسة(٣).

---

(١) Art: 104-I-1: Pour les travaux, fournitures ou services qui sont exécutes a titre de recherches, d'essai, d'expérimentation ou de mise du point.

(٢) Art: 104-I-2: ....., après adjudication au appel d'offres, n'ont fait l'objet d'aucune soumission au offre ou pour lesquels il n'a été propose que des soumissions ou des offres inacceptables.

(٣) Art: 104-I-3: Dans les cas d'urgence, pour les travaux, fournitures ou services que l'administration doit faire exécuter au lieu et Place de l'entrepreneur ou du fournisseur défaillant.

٤- فى حالة الاستعجال القهرى الناجم عن ظروف غير متوقعة لا تسمح باحترام المدد المنصوص عليها (الاعلان وتقديم العطاءات) فى المناقصة العامة.

٥- وفقاً للحالات التى تقتضيها المصلحة العامة وذلك فى حالتين:

أ - التوريدات التى تتصف بالسرية لحماية مصلحة الدولة العليا.

ب - التوريدات التى تتعلق بحاجات الدفاع وظروف التعبئة العامة أو الانتاج السريع لتوريدات معينة يستلزم تصنيعها إجراء دراسات خاصة مسبقة، أو استخدام وسائل وأجهزة ومعدات خاصة.

الفرع الثانى

الممارسة العامة فى مصر

استحدث المشرع المصرى فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى أسلوب الممارسة العامة كأسلوب أصلى للتعاقد الإدارى[١] - إلى جوار المناقصة العامة - يطبق عليه كافة أحكام المناقصة العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص[٢].

وقد أبدى بعض الفقه تخوفه الشديد من اتجاه المشرع المصرى نحو جعل الممارسة العامة أسلوباً أصلياً للتعاقد تأسيسا على أن هذا الاتجاه سلاح ذو حدين، فهو يتلاءم مع منطق السوق ومقتضياته، ومع مبادئ الإدارة العامة الحديثة التى تشجع العاملين على الابداع والابتكار وبعيداً عن القوالب

---

(١) وذلك على خلاف الاتجاه الذى أخذ به المشرع الفرنسى. راجع ص ١٧٤ وما بعدها من الرسالة.

(٢) وقد ورد فى الأعمال التحضيرية لقانون المناقصات والمزايدات الحالى «يكون أسلوب التعاقد على شراء المنقولات ... عن طريق مناقصات عامة عادة كما هو الحال فى القانون القائم، أو عن طريق ممارسات عامة كطريق عادى مستحدث ويصدر باتباع أى من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقا لظروف وطبيعة التعاقد». راجع: ملحق رقم ١٣ لمضبطة الجلسة ٦٣- مجلس الشعب بتاريخ ١٩٩٨/٤/١٤.

الإجرائية الجامدة التى تنطوى عليها المناقصة فى صيغتها التقليدية، ولكن من جهة أخرى قد تكون هذه الخطوة وسيلة للتعسف واساءة استعمال السلطة والمحاباة، بما يتناقض مع مبادئ المساواة والمنافسة والشفافية التى تعتبر المبادئ الجوهرية للقانون الجديد(١).

وفى تقديرى أن هذا التخوف لا محل له، ذلك أن المشرع ولئن جعل من الممارسة العامة طريقاً أصلياً للتعاقد الإدارى بجوار المناقصة العامة إلا أنه لم يشأ أن يترك العنان لجهة الإدارة على نحو يجعل من سلوك طريق الممارسة وسيلة للتعسف وإساءة استعمال السلطة والمحاباة، حيث أحاط الممارسة العامة بضمانات عديدة يأتى على رأسها اخضاعها للقواعد العامة التى تحكم المناقصة العامة من حيث ضرورة التزام الإدارة بمبادئ المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص والشفافيه(٢).

الأحكام الخاصة بالممارسة العامة:

تنفرد الممارسة العامة بأحكام خاصة تميزها عن المناقصة العامة يمكن اجمالها فيما يلى:

١- تتولى إجراءات الممارسة العامة لجنة واحدة يصدر بتشكيلها قرار من السلطة المختصة وتختص هذه اللجنة بفتح المظاريف الفنية ودراسة العروض المقدمة للتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية المطروحة، وترفع تقريرا للسلطة المختصة يتضمن توصياتها من حيث قبول أو رفض أى من العروض وأسباب ذلك. وبعد موافقة السلطة المختصة على توصيات اللجنة تتولى الأخيرة إجراء ممارسة مقدمى العطاءات المقبولة فنيا أو مندوبيهم فى جلسات علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار بعد توحيد أسس المقارنة بين العروض من جميع النواحى الفنية والمالية.

---

(١) راجع: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ٥٩١ ومابعدها.

(٢) مادة (٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

أما المناقصة العامة فإن البت فيها يتم عن طريق لجنتين الأولى لفتح المظاريف والثانية للبت.

٢- تختلف المدة ما بين الاعلان وبين تقديم العروض فى الممارسة العامة عنه فى المناقصة العامة فى حالة الاستعجال، فالأصل أنه يتعين تقديم العروض فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ أول اعلان فى الصحف بالنسبة للمناقصة العامة، إلا أنه يجوز بموافقة السلطة تقصير هذه المدة إلى عشرين يوما فى المناقصة العامة، وعشرة أيام فى الممارسة العامة.

٣- يتم إجراء ممارسة مقدمى العروض فى جلسة علنية يحضرها مقدمى العروض أو مندوبيهم، فى حين يتم البت فى المناقصة فى جلسات مغلقة دون استلزام حضورهم.

وفيما عدا ما تقدم من أحكام تخضع الممارسة العامة لكافة الأحكام التى تسرى على المناقصة العامة.

المطلب الثالث
الاحكام العامة التى تخضع لها
المناقصة العامة والممارسة العامة

تمهيد وتقسيم:

تخضع المناقصة العامة والممارسة العامة لعدة مبادئ وأحكام هامة تعد كضمانات تكفل صحتها وسلامتها، وتتمثل هذه الأحكام والمبادئ فى مبدأ المنافسة الحرة، والمساواة، والعلانية.

وقد استظهرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة هذه المبادئ بقولها إن مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة هى التى تظلل المناقصات جميعها وتحيطها بسياج من الضمانات يمنع العبث فى إجراءاتها والتلاعب فى نتيجتها، فإذا حجبت هذه المبادئ عن مناقصة من المناقصات التى تطرحها الجهات الإدارية فلا يمكن الاطمئنان إلى إجراءاتها والثقة فى نتيجتها بعد أن غابت عنها المبادئ التى تحكمها والضمانات التى تكفل صحتها

وسلامتها[١]. كما استظهرت الجمعية أن مما تنضبط على هداه أصول الممارسات العامة توافر عناصر العلانية والمساواة وحرية التنافس بين المتمارسين وجميعها مما يتحقق به تكافؤ الفرص وإلا حادت الممارسة عن الهدف الذى تقررت من أجله[٢].

وبناء على ما تقدم تتحدد الأحكام والمبادئ العامة التى تخضع لها كل من المناقصة العامة والممارسة العامة فى مبادئ المنافسة الحرة، المساواة، العلانية، وأتكلم عن كل مبدأ منهم فى فرع مستقل على النحو التالى:

الفرع الأول: مبدأ المنافسة الحرة.

الفرع الثانى: مبدأ المساواة.

الفرع الثالث: مبدأ العلانية.

الفرع الأول

مبدأ المنافسة الحرة

Le Principe de Libre concurrence

أولا: المقصود بالمنافسة الحرة:

يمكن تعريف المنافسة الحرة بأنها: حق الأفراد فى التقدم للمناقصة العامة أو الممارسة العامة دون منع جهة الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه فى التنافس بغية الوصول إلى إرساء المناقصة عليه[٣].

---

(١) انظر: افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٥٠٠ فى ١٩٩٣/٦/١٩ - مجموعة المبادئ القانونية فى العقود الإدارية فى أربعين عاما - المرجع السابق ص ٢٧١.

(٢) افتاء الجمعية - رقم ٨٠ بتاريخ ٢٠٠٢/١/٣١ - ملف رقم ٥٦/٢/٧٨ - منشور بمجموعة المبادئ القانونية التى أقرتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع خلال المدة من أغسطس ٢٠٠١ إلى يناير ٢٠٠٢ - ص ١٠٩.

(٣) يراجع فى ذلك: د. جابر جاد نصار - المرجع السابق، ص ١٣.

وينطوى هذا المبدأ على عنصرين رئيسيين:

الأول: إن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصة أو الممارسة التى أعلنت عنها طالما أن المتقدم قد استوفى الشروط التى تطلبها القانون(١).

الثانى: ان الشروط المطلوبة للاشتراك فى المناقصة يجب أن تكون واحدة بالنسبة للكافة، بما يضمن اتساع قاعدة المناقصة العامة أو الممارسة العامة كلما أمكن ذلك، لضمان وجود منافسة حقيقية بين المتقدمين وانعكاس ذلك على المصلحة المالية للإدارة(٢).

وعلى ذلك تقتضى المنافسة الحرة معاملة كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز تمييز أحدهم عن الآخرين(٣)، أو الدخول فى مفاوضات مع أحد المتقدمين دون غيره، ومن ثم فإن سلطة الإدارة فى قبول المرشحين تبقى دائما مقيدة، فالإدارة ملزمة بقبول كل من استوفى الشروط المطلوبة للدخول فى المناقصة العامة أو الممارسة العامة كما أنها ملزمة باستبعاد كل من لم يستوف تلك الشروط.

وقد حرص المشرع الفرنسى على النص على هذا المبدأ صراحة فى المادتين ٣٩، ٢٩٦ من تقنين عقود الشراء العام سالف الذكر حيث تنص المادة ٣٩ بشأن عقود الدولة على أن: عقود الشراء العام لا تبرم إلا استناداً إلى المنافسة(٤).

---

(١) - Quancard: op. cit., p. 52.

(٢) وترى الأستاذة Bréchon - Moulénes أن مبدأ المساواة قد وضع فى خدمة المنافسة في فرنسا، حيث يؤدى عدم المساواة إلى الإخلال بمبدأ المنافسة. يراجع فى ذلك:
Beréchon - Monlénes, choix des procedures, choixdans les procédures, A.J.D.A, 1998, p. 754.

(٣) - Richer, les contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1991 - p.11.

(٤) Art 39: ils (Les marches publics) sont passes aprés mise en concurrence.

كما ورد النص على ذات المبدأ فى المادة ٢٩٦ من ذات التقنين بشأن عقود الجماعات المحلية(١).

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسى بأن وضع مواصفات أكثر تعقيداً من المواصفات المنصوص عليها للتوريدات المطلوبة من شأنه أن يؤدى إلى حصر المنافسة بين موردين محددين تتوافر لديهم توريدات فى مستوى هذه المواصفات، وهو ما يشكل فى ذاته اهداراً لالتزام الادارة بحماية شفافية المنافسة(٢)، كما اعتبر أن مد سريان العطاءات دون رضاء أصحابها يؤدى إلى تشويه المعطيات الاقتصادية لهذه العروض ويُشكل أيضاً اهداراً لمبدأ المنافسة(٣).

أما فى مصر فقد ورد النص على هذا المبدأ فى المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى حيث تنص على أن: تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة، وحرية المنافسة(٤).

وكان مجلس الدولة قد اعتنق هذا المبدأ من قبل حيث قررت المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها بأنه يتعين احاطة المناقصة العامة بالسرية

---

(١) Art: 296: en cas d'appel d'offres ouvert, il est procédé à en avis d'appel public à la concurrence...".

(٢) C.E, 3-11-1995, ste district de l'agglomération nancéienne, R.F.D.A, 1995, p. 1077.

(٣) C.E, 13-2-1996 syndicat intercommun révalorisation des déchets du secteur cannes - Grasse et Autres, Req. p. 706.

(٤) وقد ورد بتقرير اللجنة البرلمانية عند مناقشة هذا النص أن أهم السمات الأساسية لمشروع القانون المعروض والتى يمكن أن تطلق عليها فلسفة هذا القانون تحقيق مبدأى الشفافية والعلانية، وتحقيق مبدأ المساواة، سواء كانت تلك المساواة بين المتعاقدين فيما بينهم، أو بين أجهزة الدولة فيما بينها دون استثناء. راجع (الملحق رقم (١٣) لمضبطة الجلسة الثالثة والستين - مجلس الشعب - فى ١٩٩٨/٤/١٤).

التامة، وجعل مبدأ المساواة بين المتناقصين دون تميز لأحد أو استثناء، وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذى يقوم على تكافؤ الفرص، مما يخرج المناقصة عن الهدف الذى تقررت من أجله، ويفوت الغرض من عقدها(١).

حدود مبدأ المنافسة الحرة ومداه:

الأصل أن تكون المنافسة حرة، لا سيما فى نطاق المناقصة العامة والممارسة العامة، غير أن جهة الإدارة تمارس سلطة هامة فى هذا الخصوص وهى سلطة حرمان بعض الأشخاص من الدخول في المنافسة، وذلك إما كجزاء بسبب إخلال بالتزام سابق، وهو ما يسمى بالحرمان الجزائى، وقد يكون الحرمان بهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة وهو الحرمان الوقائى(٢).

ومن ناحية أخرى، فإن للإدارة الحق فى استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط المقررة، أو كأثر لصدور قرار حرمان سابق(٣).

وبناء على ما تقدم، فإن مبدأ المنافسة الحرة يبقى قائما ومنتجا لآثاره فى خارج دائرة سلطة الإدارة فى الحرمان والاستبعاد(٤).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٨٣ لسنة ٤٤ ق - جلسة ٢٠٠٢/٦/١١ - مجموعة المكتب الفنى، المبادئ من ٢٠٠٢/٤/١ إلى ٢٠٠٢/٦/٣٠، ص ١٧٨ وفى ذات المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٦ ق - جلسة ١٩٦٢/١١/٢٤ - مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى أربعين عاما، ص ٢٠٧.

(٢) انظر: د.حمدى حسن الحلفاوى، ركن الخطأ فى مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإدارى، رسالة، جامعة القاهرة، عام ٢٠٠١، ص ١٤٨. د.جابر جاد نصار - المناقصات العامة - المرجع السابق ص ١١، د.محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٥، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٣) وثمة فروق جوهرية بين الحرمان والاستبعاد، فالحرمان إجراء شخصى ينصب على شخص معين بالذات، طبيعى أو معنوى، على عكس الاستبعاد فهو إجراء موضوعى يلحق عطاء معين وليس شخص يستهدف شخص معين.

(٤) انظر د.أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ١٥١.

١- سلطة الإدارة فى الحرمان:

الحرمان هو إجراء يتيح للإدارة - بقرار عام - منع الشخص من الدخول فى تعاقدات معها، وقد يكون الحرمان جزائيا، كما قد يكون وقائيا، وذلك على التفصيل التالى:

أ - الحرمان الجزائى:

يوقع الحرمان كجزاء على الشخص إما بنص القانون، أو لإخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة.

فالحرمان الجزائى بنص القانون يمكن أن يكون فى صورة عقوبة أصلية(١)، أو عقوبة تبعية(٢) عن أفعال ارتكبها الشخص المحروم، ومن ثم لا تعدو سلطة الإدارة فى توقيع جزاء الحرمان فى هذه الحالة سوى مجرد تطبيق للنصوص القانونية.

وأما الحرمان الجزائى الموقع من جهة الإدارة، فهو جزاء يوقع على المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله بالتزامات تعاقدية سابقة مع الإدارة، أى أنه جزاء

---

(١) ومثال الحرمان كعقوبة أصلية ما نص عليه تقنين عقود الشراء العام الفرنسى من حرمان الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الذين لم يقدموا اقراراتهم الضريبية حتى ٣١ ديسمبر من السنة السابقة لتلك التى جرى فيها الإعلان عن المناقصة، وكذلك ما نصت عليه المادة ١٢٩ من قانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٣ من حظر التعامل مع أى ممول إلا إذا كان لديه بطاقة ضريبية يثبت بها تاريخ تقديم الاقرار عن آخر سنة ضريبية.

(٢) ومثال الحرمان كعقوبة تبعية ما نص عليه التقنين الفرنسى سالف الذكر فى المادة ٤٩ منه وذلك فى الحالات الآتية: أ- حالة الحكم بعقوبة جنائية فى إحدى المخالفات المنصوص عليها فى قانون الضريبة العامة، ب- المشروع الذى يتصرف باسمه شخص محظور عليه دخول المناقصات العامة. أما فى مصر ووفقا لحكم المادة (٢٥) من قانون العقوبات فإن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا ومن بينها القبول فى أى خدمة فى الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أيا كانت أهمية الخدمة.....

يخضع لأحكام نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى(١).

وقد يكون العقد أو دفاتر الشروط قد تضمنا النص على هذا الجزاء بشروط معينة، وفى هذه الحالة يتعين عدم توقيع هذا الجزاء إلا إذا توافرت شروطه ومبرراته، فالأصل أن الحرمان الجزائى لا يجوز توقيعه إذا لم تتحقق أسبابه(٢).

وقد تضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى النص على الحرمان الجزائى كعقوبة تبعية على المورد فى حالتين:

الأولى: إذا ما استعمل المورد الغش أو التلاعب فى تعامله مع جهة الإدارة(٣).

الثانية: وهى الخاصة بعدم صحة البيانات المتعلقة بمكان انتاج الأصناف الموردة(٤).

---

(١) انظر:د. حمدى حسن الحلفاوى - مرجع سابق - ص ١٤٩، د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص١٧.

(٢) حيث قرر مجلس الدولة الفرنسى الغاء قرار الحرمان الصادر من الإدارة لأن دفتر الشروط قد نص على جزاء الحرمان فى حالة فسخ العقد بسبب التقصير الجسيم فى تنفيذ الالتزامات، وقد فسخت الإدارة العقد لسبب غير التقصير الجسيم المشار إليه فى دفتر الشروط، وفى الوقت نفسه حرمان المتعاقد، مما جعل القرار غير قائم على الأسباب المشار إليها فى دفتر الشروط.

C.E., 1-7-1914, Soc, jouffret - Rec. p. 941.

(٣) تنص المادة (٢٤) من القانون المشار إليه على شطب اسم المتعاقد من سجل الموردين، إذا ما ثبت أنه قد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب فى تعامله مع الجهة الإدارية، أو فى حصوله على العقد، مع اخطار الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية.

(٤) المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

مفهوم الغش والتلاعب المبرر للحرمان الجزائى:

من الضرورى تحديد مدلول الغش والتلاعب الذى يبرر أى منهما استعمال الإدارة سلطتها فى الحرمان الجزائى للمتعاقد معها.

- فقد أشار المشرع الفرنسى فى القانون الصادر فى أول أغسطس عام ١٩٠٥ بشأن أفعال الغش والتدليس فى مجال المنتجات إلى العديد من الأفعال التى تعتبر من قبيل الغش والتدليس من جانب المورد، وهى كالتالى:

أ - التدليس أو محاولة التدليس من جانب المورد والذى يتناول:

١- طبيعة البضائع وصفاتها الجوهرية أو تكوينها ومضمونها.

٢- نوع البضائع أو مصدرها عندما يكون تعيين النوع والمصدر عنصراً أساسياً للبيع.

٣- صلاحية المنتج للاستخدام والأخطار المرتبطة باستخدام المنتج وطرق الاستعمال والاحتياطات الواجب اتخاذها.

٤- كمية أو وحدة الأشياء المسلمة.

ب - التحايل أو الغش الذى يرتكز على ادخال عنصر ضار فى المنتج أواخراج عنصر نافع وهذه الحالة تتعلق بغش المواد الغذائية والأغذية العلاجية والمشروبات والمنتجات الزراعية والطبيعية المخصصة للبيع.

وفى مصر أكدت المحكمة الإدارية العليا على أنه لكى يتوافر الغش لابد من ثبوت علم المتعهد بمخالفة الشئ المسلم منه من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها، وبما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانبه، أما التلاعب فهو الذى يجاوز الاهمال ولا يرقى إلى مرتبة الغش، ويتعذر حصر مختلف أساليبه وشتى صوره، حيث يفترض اتيان المتعهد أعمالا تنم عن عدم الجدية فى تنفيذ التزاماته، ومحاولته إيجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التى

يستهدفها العقد الإدارى[١].

كما حددت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع[٢] مفهوم الغش الموجب للشطب بقولها: ان الغش أو التدليس الذى يخول جهة الإدارة شطب اسم المتعاقد الذى أدخل عليها الغش يجب أن يثبت باعتباره عمل عمدى باستعمال المتعاقد طرقا احتيالية بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع يجعل جهة الإدارة تصدر قرارها بعدم التعامل معه وليس بالضرورة أن تكون هذه الطرق الاحتيالية طرقا عادية تتمثل فى سلوك ايجابى من المتعاقد بل قد تكون عملا سلبيا محضا فى صورة اخفاء المتعاقد عمدا بعض المعلومات الأساسية التى تجهلها جهة الإدارة ويمتنع عليها علمها إلا عن طريقه رغم علمه بأهمية هذه المعلومات ذاتها لو كانت تحت بصرها لما تعاقدت معه[٣].

كما اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أنه من قبيل الغش ما دأب عليه المتعهد على توريد أصناف غذائية بأقل من الكميات المطلوبة وغير صالحة للاستهلاك الآدمى، وهو أمر يكشف بما لا يدع مجالا للشك عن نية الغش

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/٦/١٧ - مجموعة السنة ١٥ سنة فى العقود الإدارية، ص ٢٥٧.

(٢) فتوى رقم ٢٠ بتاريخ ١٩٩٩/١/١٤ - ملف رقم ٨٧/١/٥٨ - مجموعة المبادئ القانونية التى تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية من أول أكتوبر ١٩٩٨ حتى آخر ديسمبر ١٩٩٨، الجزء الأول، ص ٥٨.

(٣) واستدلت الجمعية العمومية على توافر الغش فى حق الشركة المعروض حالتها بأن الشركة المذكورة أخفت عمداً عن الجهة الإدارية معلومات أساسية هى أن اللودر غير أمريكى الصنع وهى صفة جوهرية كانت محل تقدير عند الترسية عليها وصدور أمر التوريد لها ولجأت الشركة فى ذلك إلى استعمال طرق احتيالية تمثلت فى نزع الكارت المعدنى من مكانه داخل جسم الكابينة أسفل يسار أمام السائق بهدف طمس الحقيقة عن بلد الصنع وفقا لما جاء بتقرير لجنة المعاينة وتأكد ذلك من موقف الشركة الرافض لتقديم شهادة بلد المنشأ. وهو الأمر الذى يثبت فى حقها الغش والتلاعب الذين يحق بناء عليهما لجهة الإدارة شطبها من سجلات الموردين.

بهدف الحصول على الأموال العامة بدون وجه حق(١).

بينما رفضت وصم المورد بالغش إذا انتفى علمه بمخالفة مواصفات التوريد، ولم يأت من الأفعال ما يخفى المخالفة عن جهة الإدارة، أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها(٢).

وتجدر الاشارة إلى أن مسألة تقدير مدى توافر الغش أو التلاعب المبرر أى منهما لشطب المورد من سجل الموردين، هو محض مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضى الموضوع.

غير أن المشرع أوجب على الإدارة الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل استعمالها لحقها فى الشطب(٣).

مدى مشروعية قرار جهة الإدارة بالشطب دون الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة:

لقد ثار التساؤل بشأن صحة قرار جهة الإدارة بشطب المورد دون الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

وقد عُرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة(٤)، فاستبان لها أن رجوع الإدارة إلى إدارة الفتوى المختصة قبل

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٢٥ ق - جلسة ١٩٨٤/٢/٢٥ - السنة ٢٩ - العدد الأول - ص ٧١٧.

(٢) حكمة المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٩ - مجموعة السنة ٣٠ - العدد الثانى، ص ٩٢٥.

(٣) حيث تنص المادة (١٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن تخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بالقرارات التى تصدرها الجهات المعنية، بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بشطب أو اعادة قيد أسماء المتعاقدين.

(٤) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - جلسة ١٩٨٥/٢/٣ - ملف رقم ٥٤/ ٢٥١/١١ - مجموعة مبادئ الجمعية، السنتان التاسعة والثلاثون والأربعون - ص٣٢٦.

استعمالها لحقها فى الشطب، وكذلك اعادة القيد إذا زال مبرر الشطب، فلا يخرج بذلك عن أن يكون مجرد تنظيم لاستعمال جهة الإدارة حقها فى الشطب الذى قرره القانون، تصوناً لسلامة تصرفها حتى يتفق مع القانون، وتوقياً لها عند ممارسة القضاء لرقابته على تصرفها، وفى ذلك تحقيق للمصلحة العامة بكفالة تقديم الرأى القانونى الذى يحمى كل من الإدارة والمتعاقد معها.

وفى بيان طبيعة رأى إدارة الفتوى المختصة فى مسألة شطب المورد أو اعادة قيده، أوضحت الجمعية العمومية أن الرأى الذى تنتهى إليه إدارة الفتوى حكمه حكم سائر عمل إدارات الفتوى مجرد بيان لوجهة نظرها فى التفسير والتطبيق الصحيحين لحكم القانون، لجهة الإدارة أن تأخذ به، إلا إذا رأت على مسئوليتها ولأسباب تقدرها غير ذلك.

وترتيباً على ذلك خلصت الجمعية العمومية إلى أن عدم رجوع جهة الإدارة إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بشأن اصدارها قرار شطب اسم المورد من سجل الموردين أو اعادة قيده لا يؤثر على صحة قرارها فى هذا الشأن، وكذلك عدم التزامها برأى إدارة الفتوى المختصة.

والرأى عندى أن ما انتهت إليه الجمعية العمومية فى هذا الصدد قد جانبه الصواب[١]، وذلك للأسباب الآتية:

- ان دلالة نص المادة (١٣٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات، توحى بوجوب رجوع جهة الإدارة إلى إدارة الفتوى المختصة بشأن أمر المتعاقد المطلوب شطبه، أو إعادة قيد من زال عنه سبب الشطب، بغية الحصول على الرأى القانونى السليم، الأمر الذى يشير إلى أن الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة هو أحد مراحل اصدار هذا القرار.

---

(١) عكس ذلك: د.حمدى حسن الحلفاوى، المرجع السابق، ص ١٥٤.

كما أنه ليس صحيحاً أن رأى إدارة الفتوى المختصة فى أمر شطب المتعاقد أو اعادة قيده يتساوى مع عمل إدارات الفتوى فى بيان وجهة نظرها فى التفسير والتطبيق الصحيحين لحكم القانون فى كافة المسائل التى تطلب جهة الإدارة الرأى بشأنها، آية ذلك أن رجوع الجهات الإدارية إلى إدارات الفتوى طلباً للتفسير الصحيح لحكم القانون وكيفية تطبيقه، إنما ينظمه نص المادة ٢/٥٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢[١] حيث يكون طلب الرأى من جانب الجهة الإدارية بحسب سلطتها التقديرية إن هى أرادت ذلك، أما حين يلزم المشرع - بنص خاص - جهة الإدارة بضرورة الرجوع إلى إدارة الفتوى قبل اصدار قرار الشطب أو اعادة القيد بعد زوال أسباب الشطب، فإن مرد ذلك هو أهمية الحصول على رأى يتضمن التطبيق القانونى السليم لصحيح القانون على الواقعات المعروضة من جانب الإدارة فى هذا الصدد، ولإيجاد ضمانات لصالح المتعاقد المعروض أمر شطبه فى مواجهة تعسف الإدارة فى استعمال سلطتها فى الشطب.

والقول بغير ذلك يعنى أن النص على ضرورة الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة قبل صدور القرار المشار إليه، مجرد تكرار للنصوص القانونية أو لغواً يجب أن يتنزه المشرع عنه.

بالاضافة إلى ما تقدم، فإن المصلحة العامة تقتضى التزام جهة الإدارة بالرأى الذى تنتهى إليه إدارة الفتوى المختصة فى أمر المتعاقد المراد شطبه أو اعادة قيده بعد زوال أسباب الشطب، لأن هذا الرأى يمثل ضمان لجهة الإدارة ذاتها، حتى يكون قرارها فى هذا الصدد مطابقاً لصحيح حكم القانون، بمنأى عن الالغاء وتقرير المسئولية الإدارية فى حالة توافر عناصرها، وهو كذلك ضمانة

---

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أن: ..... وتختص الإدارة المذكورة بإبداء الرأى فى المسائل التى يطلب الرأى فيها من الجهات المبينة فى الفقرة الأولى، وبفحص التظلمات الإدارية.

للمتعاقد بعرض أمر شطبه على جهة أخرى محايدة تستطيع أن تزن الأمور بميزان العدل والمنطق القانونى السليم، متجردة من أية أهواء أو مشاحنات بين رجال الإدارة وبين المتعاقد المراد شطبه.

وترتيباً على ما تقدم، أرى أن قرار الإدارة بشطب المتعاقد أو اعادة قيده دون الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة يغدو غير مشروع لافتقاده لأحد مراحل صدوره.

ب ـ الحرمان الوقائى:

الحرمان فى هذه الحالة قد يكون بنص القانون، وقد يكون بموجب قرار تصدره جهة الإدارة بحرمان أحد الأشخاص ـ طبيعياً أو معنوياً ـ من التقدم إلى المناقصة أو الممارسة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة.

ومثال الحرمان الوقائى بنص القانون الحظر الوارد فى المادة ٣٩ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على العاملين بالجهات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات.

ولكن هل يجوز شراء شيئ محدد لا يوجد إلا لدى موظف معين؟

عُرض هذا الأمر على هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة بجلستها المعقودة فى ١٩٩١/٢/٢٥ حيث قررت بأن المشرع لم يقصد من وراء سن التشريعات أن تكون عائقاً أمام جهة الإدارة تحول بينها وبين الوفاء بمتطلباتها، وإذا كان التعاقد بطريق الممارسة يتم فى أحوال محددة على سبيل الحصر، ومن بينها الأشياء التى لا توجد إلا لدى شخص بذاته، وكان الثابت من الحالة المعروضة أن تمثال الزعيم سعد زغلول هو من الأشياء الفنية النادرة، والذى يمثل قيمة أثرية وتاريخية ذات اعتبار خاص، لا يوجد عند آخرين سوى الدكتور.... الأستاذ بكلية الفنون الجميلة، فمن ثم فلا يسوغ القول بعدم جواز شرائه استناداً إلى الحظر الوارد بالقانون.....»[١].

---

(١) راجع: تقرير هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة، جلسة ١٩٩١/٢/٢٥، ملف إدارة فتوى الثقافة رقم ٣٧١/١/٢٧ غير منشور.

وخلاصة ما تقدم، أنه إذا حظر القانون على بعض الفئات الدخول فى تعاقدات مع الإدارة، فإنه يمتنع عليها التعاقد معهم، كما يمتنع عليها حرمان أشخاص لا يشملهم ذلك الحظر، إلا إذا أصدرت قراراً بحرمان بعض الأشخاص بمقتضى سلطتها التقديرية، وهو ما سيأتى تفصيلا فيما يلى:

الحرمان الوقائى بمقتضى السلطة التقديرية للإدارة:

يصدر قرار الحرمان من جانب جهة الإدارة بموجب سلطتها التقديرية، بما يثبت لها من عدم كفاية بعض الأشخاص، أو ضعف مقدرتهم الفنية أو المالية دون أن يسبق لهم التعامل مع الجهات الإدارية، وذلك كإجراء وقائى تمليه دوافع المصلحة العامة باعتبار أن عقد التوريد أحد وسائل تحقيقها.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أن الإدارة لها كامل السلطة التقديرية فى تقدير حرمان شخص من دخول المناقصة، ولا يجوز للقاضى التعقيب على هذا القرار إلا فى حالتين: الانحراف بالسلطة، أو انعدام الأسباب(١). وأن الوزير من حقه أن يصدر قرار بحرمان المورد من دخول المناقصة الخاصة بوزارته وفقا لسلطته التقديرية، طالما لم يقصد توقيع جزاء على المحروم، وإنما قصد اتخاذ اجراء تتطلبه مصلحة المرفق(٢).

كما قضت محكمة القضاء الإدارى بأن قرارات الحرمان التى تصدرها الإدارة فى هذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما جرى به العرف الإدارى، وفيما للإدارة من سلطة وضع مثل هذه القواعد التى تنظم أعمال المناقصة(٣). وتسير المحكمة الإدارية العليا فى ذات الاتجاه حيث أقرت بحق الإدارة فى استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير

---

(١) C.E: 25-11-1925, Rec. p. 941.

(٢) C.E: 28-1-1944, Rec. p. 37.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ ق - جلسة ١٩٥٧/٤/٢١ المجموعة، السنة ١١، ص ٣٦٩.

عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة فى عمل، وذلك كإجراء وقائى توخياً للمصلحة العامة وحدها(١).

وجدير بالتنويه أن سلطة الإدارة فى هذا الصدد ليست مطلقة، بل تمارسها تحت رقابة القضاء الذى يضمن عدم اساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة وانحرافها عن جادة الصواب، وهى حماية المصلحة العامة، كما يكون لجهة الإدارة ذات السلطة التقديرية فى الغاء قرار الحرمان أو الحد من آثاره(٢).

٢- سلطة الإدارة فى الاستبعاد:

ينصرف الاستبعاد إلى عطاء بعينه مقدم فى مناقصة أو ممارسة بعينها، ويكون الاستبعاد فى حالات محددة أوردها المشرع على سبيل الحصر، وهى كالآتى:

أ - الاستبعاد نفاذاً لقرارات الحرمان(٣):

تلتزم الإدارة باستبعاد العطاء المقدم من شخص محروم من التعامل مع الجهات الإدارية، دون أن يكون لها أدنى سلطة تقديرية فى استبعاده، حتى ولو توافرت فى عطائه كافة الشروط التى حددتها الإدارة فى كراسة الشروط.

ويثور التساؤل عن مدى صحة العقد الذى تبرمه جهة الإدارة مع شخص محروم من التعامل؟

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ١٦٥٤ لسنة ٦ ق - جلس- ١٩٦٢/١٢/٢٢ - مجموعة المبادئ فى عشر سنوات، مرجع سابق، ص ١٠٦٣.

(٢) انظر: د. جابر جاد نصار - المرجع السابق، ص ٢٦.

(٣) تنص المادة (١٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن: تمسك كل جهة... وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلا لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة، سواء كان المنع بنص فى القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقا لأحكامه، وتتولى الهيئة... ويحظر التعامل مع المقيدين فى هذا السجل.

استقر الرأى فى فرنسا على صحة العقد استناداً إلى أن قرار ابرام العقد يعد فى حكم الالغاء الضمنى لقرار الحرمان، وأن الالتزام بعدم التعاقد مع المحرومين مقرر لمصلحة الإدارة فقط(١).

أما فى مصر، فقد ذهب جانب من الفقه إلى التفرقة بين الحرمان الوقائى وبين الحرمان الجزائى، فالحرمان الوقائى تطبق عليه ذات القواعد المعمول بها فى فرنسا، أى أن العقد يكون صحيحاً، أما الحرمان الجزائى، فينبغى التفرقة بين الحرمان المنصوص عليه، وغير المنصوص عليه، وينطبق المبدأ المشار إليه على الحرمان غير المنصوص عليه، أما الحرمان المنصوص عليه فهو نهائى لا يجوز للإدارة العدول عنه أو الغاؤه(٢).

وذهب رأى آخر - وبحق - إلى أن الإدارة تلتزم بتطبيق قرارات الحرمان الصادرة منها سواء تلك التى أصدرتها استناداً إلى نص القانون، أو بمقتضى سلطتها التقديرية، باعتبار أن قرارات الحرمان تستهدف أولا وأخيراً المصلحة العامة، وتطبيقا لمبدأ حرية المنافسة الحرة الحاكم للمناقصة العامة والممارسة العامة(٣).

ويتفق هذا الرأى مع اتجاه المشرع والذى حظر التعامل مع المقيدين فى سجل الممنوعين من التعامل، دون تفرقة ما إذا كان المنع من التعامل بنص فى القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقاً لأحكامه.

ب - الاستبعاد لعدم توافر شرط حسن السمعة:

يعتبر شرط حسن السمعة شرط عام فى مجال العقود الإدارية، وهذا قيد لمصلحة المرفق، وهو لازم فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة، ويبقى للإدارة دائما

---

(١) Quoncard, op.cit., p. 103.

(٢) د. أحمد عثمان عياد - مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٣) د. جابر جاد نصار - المرجع السابق ص.

حق أصيل فى استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير فى مباشرة هذا الحق، لا يحدها فى ذلك سوى عيب اساءة استعمال السلطة(١)، وضرورة قيام قرار الاستبعاد على السبب المبرر لصدوره(٢).

وتستطيع جهة الإدارة تقصى مدى توافر حسن السمعة من عدمه، من خلال جملة اعتبارات أهمها ما إذا كان صاحب العطاء قد أهمل فى تنفيذ أعمال سابقة، أو نفذها على غير الوجه المتفق عليه، أو كان دائم اللجوء إلى القضاء وما يترتب على ذلك من تأخير تنفيذ العقود، فهذه الاعتبارات تشير إلى سوء سمعة مقدم العطاء، وتستطيع جهة الإدارة أن تقرر - وفقاً للظروف الموضوعية ولمقتضيات المصلحة العامة - استبعاد العطاء المقدم من قبل هذا الشخص لهذا السبب(٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٠٦٧ لسنة ٥ ق - جلسة ١٩٦٢/٢/١٧ - سبقت الاشارة إليه، وفى ذات المعنى فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - جلسة ١٩٨٧/١٢/٩ - ملف رقم ١٢٠/١/٤٧ - مجموعة مبادئ الجمعية - السنتان الحادية والأربعون، والثانية والأربعون، ص ٦١٢.

(٢) يراجع فى ذلك: حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٣٧٨ لسنة ٥٦ ق، جلسة ٢٠٠٥/٥/٢٢ - لم ينشر بعد - حيث أكدت المحكمة على أنه يتعين أن يكون القرار الصادر باستبعاد العطاءات مسببا، وفى هذه الحالة فإن القاضى يراقب صحة السبب من حيث وجوده المادى والتكييف القانونى له، وانتهت المحكمة إلى عدم مشروعية قرار جهة الإدارة باستبعاد شركة ... من مناقصة توريد الأغذية لقوات الشرطة لسبق اتهام الشركة فى قضايا تموينية وتوافر الشبهات وثبوت الاتهامات من خلال التحريات وشيدت المحكمة قضائها على أسباب حاصلها أن الشركة المستبعدة سبق اتهامها فى قضايا تموينية لم يصدر فيها أحكام نهائية بالإدانة تبلغ حد الكفاية لتكوين عقيدة المحكمة فى وصمها بسوء السمعة فى مجال التعاقدات الإدارية ... كما أن الشركة المذكورة قامت من قبل بالتوريد للوزارة المدعى عليها وغيرها من الجهات الإدارية والتى شهدت جميعهابقيام الشركة بالتوريد على أكمل وجه وهو ما يؤكد حسن سمعتها.

(٣) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ٩٤، د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٨٤.

اثر صدور حكم جنائى بإدانة المورد على شرط حسن السمعة:

لقد ثار التساؤل بشأن مدى تأثير صدور حكم جنائى ضد المورد على شرط حسن سمعته؟

أجابت إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية على هذا التساؤل بأنه لا يمكن القول بأن إدانة المورد فى قضية سياحية من قبيل ما يمس حسن السمعة مما ينبنى عليه ألا يكون هناك وجه لالغاء المناقصة استنادا إلى هذا السبب وحده كما لا يمنع ذلك من ابرام العقد مع المورد ما لم تقرر السلطة المختصة الغاءها للصالح العام(١).

وعلى ذلك يمكن القول بأن الحكم الجنائى الذى يؤدى إلى انتفاء شرط حسن سمعة المورد ينبغى أن يتضمن اتهاما وثيق الصلة بطبيعة العملية موضوع التعاقد ونوعية الصنف المورد.

جـ - الاستبعاد لعدم توافر الكفاية الفنية والمالية:

يجب أن يتمتع مقدم العطاء بالمقدرة الفنية والمالية التى تمكنه من انجاز التزاماته التعاقدية مع جهة الإدارة(٢).

---

(١) فتوى رئاسة الجمهورية - ملف رقم ٩١/١٥/٩٣ - سجل رقم ٢٠٠١/٥١٤ فى ٢٩/١٠/٢٠٠١ - غير منشورة. وكانت الحالة المعروضة تتعلق بطلب ابداء الرأى القانونى حول ما إذا كان الحكم الصادر ضد المورد فى قضية مزاولة أعمال سياحية دون ترخيص يعتبر مانعاً يحول دون ابرام عقد توريد أغذية لمستشفيات مديرية الصحة والسكان بالاسماعيلية، وأوضحت إدارة الفتوى أن : الحكمة المبتغاة من الشرط المتضمن فى كراسة الشرط (تطلب حسن السمعة) تتعلق بطبيعة العملية ذاتها ونوعية الصنف المورد من حيث كونه مواد غذائية لذلك يتعين الاستيثاق من المورد ومن كونه لم يسبق اتهامه فى أى قضايا تموينية لضمان جودة الصنف المورد، أما ثبوت الإدانة فى قضايا من نوع آخر كقضايا مزاولة أعمال سياحية دون ترخيص فإنها وإن كانت محل تأثيم من المشرع إلا أنه لا يمكن القول باعتبارها ما تمس حسن السمعة والشرف والاعتبار، إذ لكل من تلك القضايا مجال مختلف يؤثر فيه ويتم الحكم على فاعله بناء عليه.

(٢) المادة (٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

ولجهة الإدارة السلطة التقديرية فى تحديد مدى توافر الكفاية الفنية والمالية لمقدم العطاء، وذلك بالنظر إلى عدة اعتبارات مثل ملاءة الشخص مقدم العطاء، وقدرته الفنية بالنظر إلى طبيعة موضوع التعاقد وحجم الأداءات المطلوبة، وما يتطلبه من قدرة مالية وخبرة فنية(١).

وعلى ذلك، يمكن القول بأن شرط الكفاية الفنية والمالية هو شرط خاص يتعلق بشخص مقدم العطاء وقدرته على تنفيذ عقد بعينه، فقد يملك المقدرة الفنية والمالية على تنفيذ عقد ما، ولكنه لا يملك هذه المقدرة على تنفيذ عقد آخر.

وقد أوجب المشرع على مقدمى العطاءات ضرورة تضمين المظروف الفنى جميع البيانات والمستندات الدالة على سابقة الخبرة، والقيد فى المكاتب أو السجلات أو النقابات أو الاتحادات التى يكون القيد فيها واجبا قانونياً(٢)، وذلك من أجل وضع كافة المعطيات اللازمة لجهة الإدارة لكى تستظهر مدى توافر الكفاية الفنية والمالية لمقدم العطاء.

ويتعين على جهة الإدارة ممارسة سلطتها التقديرية في هذا الصدد بحياد وموضوعية، دون اساءة استعمال تلك السلطة، فإذا ما توافرت الكفاية الفنية والمالية لدي مقدم العطاء، ورغم ذلك قامت جهة الإدارة باستبعاده، فإن هذا الاستبعاد يكون غير مشروع، ويشكل خطأ في جانب الإدارة(٣).

ولكن ماذا لو استعمل مقدم العطاء الغش فى سابقة الأعمال المقدمة منه؟

عُرض هذا الأمر على إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية والمحافظات وقررت بأنه إذا استعمل مقدم العطاء الغش والتلاعب مع الجهة الإدارية وذلك بتقديمه

---

(١) د. حمدى حسن الحلفاوى، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٢) مادة (٥٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٣) انظر: د. حمدى حسن الحلفاوى، المرجع السابق، ص ١٦٧.

شهادتين سابقة أعمال منسوب صدورهما إلى إحدى شركات قطاع الأعمال وذلك على غير الحقيقة بقصد ايهام الجهة الإدارية بمقدرته الفنية وحسن السمعة التى تطلب المشرع توافرهما فى مقدمى العطاءات، فإنه يتعين على جهة الإدارة شطب اسمه من سجل. . . . »[١].

وخلاصة ما تقدم فإن لجهة الإدارة الحق فى استبعاد أى عطاء ولو كان الأقل سعراً إذا لم تطمئن إلى كفاية مقدمه الفنية أو سابقة خبرته، وذلك تحت رقابة القضاء[٢].

د- الاستبعاد لعدم استيفاء العطاء للشروط الواردة بكراسة الشروط:

تضع الإدارة فى كراسة الشروط مزيدا من الشروط العامة اللازمة لنجاح عملية ابرام عقد التوريد ونجاح الأثر المرجو منها. وعلى ذلك فإن هذه الشروط تكتسب أهميتها من كونها تتعلق بتحقيق المصلحة العامة، وكفالة حسن تنفيذ العقد، وتحقيق صالح المرفق العام.

والأصل أن جهة الإدارة تلتزم باستبعاد أى عطاء مخالف لما ورد بكراسة الشروط، كما أنها تلتزم بقبول كافة العطاءات المستوفاة لتلك الشروط.

غير أن مجلس الدولة الفرنسى يسمح لجهة الإدارة بهامش من السلطة التقديرية من خلال التفرقة بين المخالفة الجوهرية والمخالفة غير الجوهرية، حيث يستبعد من نطاق المنافسة مقدم العطاء الذى يقترف مخالفة جوهرية، وتعتبر المخالفة جوهرية فى هذا المجال متى كانت تؤدى إلى منح مقترفها أفضلية معينة يتميز بها عن باقى المتنافسين، مما يعطل المنافسة ويزيفها، ومثال ذلك قبول العطاء المتأخر عن الموعد المحدد لتقديم العطاءات[٣].

---

(١) الفتوى رقم ١٧٦ بتاريخ ١٩٩٣/٢/٩ ملف رقم ٩٣/١٠/١٢٧٠ - غير منشورة.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع جلسة ١٩٨٥/٣/٢٠ ملف رقم ٢٥٢/١/٥٤ مجموعة مبادئ الجمعية - السنتان التاسعة والثلاثون والأربعون ص٢٧٥.

(٣) - C.E. 12-3-1890 - ste Caillelt, Rec. p. 321.
- C.E. 9-7-1948 - ste Bourgade, Rec. p. 314.

أما فى مصر فقد أوجب المشرع فى المادة (١٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات، ثم أورد حالات الاستبعاد على سبيل المثال لا الحصر وهى كالآتى:

- حالة العطاء المتأخر(١).
- حالة عدم ايداع التأمين المؤقت كاملا(٢).
- حالة العطاء المقدم من شخصين لا تجمعهما رابطة قانونية(٣).
- حالة عدم مطابقة العطاء للمواصفات الفنية المطروحة(٤).

وتتشدد المحكمة الإدارية العليا فى ضرورة استبعاد العطاء المخالف للشروط والمواصفات، أياً كانت المخالفة - جوهرية أو غير جوهرية - حيث قررت: بأن المشرع قد ألزم مقدمى العطاءات بتقديم بيان عن سابقة الأعمال ونوعها وقيمتها، ورغم أنه لم ينص على استبعاد العطاء إذا لم يقدم صاحبه هذا البيان، فإن ذلك لا يحتاج إلى نص صريح، إذ للجهة الإدارية الحق فى استبعاد العطاء المخالف للشروط والمواصفات، ويجب عليها ذلك وعلى الأخص إذا كانت تتعلق بالمقدرة الفنية على تنفيذ الأعمال، ومن ثم فلا يجوز قبول هذا العطاء، ولو تعهد صاحبه كتابياً بتقديمه، وتلتزم جهة الإدارة باستبعاد العطاء إذا كان غير مستوف للشروط، ولو كان هو الأقل سعراً(٥).

---

(١) مادة (٦٣) من اللائحة التنفيذية للقانون الحالى.

(٢) مادة (١٧) من القانون الحالى.

(٣) مادة (٦٢) من اللائحة التنفيذية للقانون الحالى.

(٤) مادة (١٦) من القانون الحالى.

(٥) حكمها فى الطعن رقم ٣٠٠٨ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٤/١٢/١٠ - الموسوعة الإدارية الحديثة - مرجع سابق، الجزء ٤٩، ص ٩٠.

الفرع الثانى

مبـدأ المســاواة

يعد مبدأ المساواة من أهم السمات الأساسية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى[١]، ومؤدى هذا المبدأ هو تحقيق المساواة بين المتناقصين دون أى تمييز أو استثناء حتى لا يختل التوازن ويضطرب حبل المنافسة الذى يقوم على تكافؤ الفرص[٢].

وبموجب هذا المبدأ تلتزم جهة الإدارة بمعاملة جميع المتنافسين فى العمل موضوع المناقصة على قدم المساواة، فليس لها أن تعدل شروط المناقصة بعد أن أعلنت عنها، وتقدم المنافسون على أساسها، كما لا يجوز لها اعفاء بعضهم من الالتزامات الواردة فى كراسة الشروط العامة دون البعض الآخر[٣].

وبناء على ذلك، فلا يجوز للإدارة أن تخلق وسائل قانونية للتمييز بين المتقدمين، كإعفاء أحد المتنافسين من دفع التأمين الابتدائى، أو من تقديم المستندات المطلوبة، كما لا يجوز لها أن تضع عقبات عملية من شأنها جعل بعض المتنافسين فى وضع أفضل أو فى وضع أسوأ من غيرهم[٤].

وفى فرنسا جرم المشرع الفرنسى فى المادة ٤٣٢ من قانون العقوبات الفرنسى رقم ١٢٧/٩٥ بتاريخ ١٩٩٥/٢/٨ أى أسلوب من جانب رجل الإدارة

---

(١) ملحق رقم ١٣ - لمضبطة الجلسة الثالثة والستين لمجلس الشعب بتاريخ ١٩٩٨/٤/١٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٥٨٣ لسنة ٤٤ ق - جلسة ٢٠٠٢/٦/١١ - المجموعة من أول ابريل ٢٠٠٢ حتى آخر يونيو ٢٠٠٢، ص ١٧٨.

(٣) انظر د. فؤاد العطار، مرجع سابق، ص ٢٧٢، مستشار حسين درويش، وسائل تعاقد الإدارة، ١٩٦٥، المرجع السابق، ص ٦٤، د. سليمان الطماوى، مرجع سابق ص٢٢١، مستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب - الموسوعة العلمية فى المناقصات والمزايدات - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ مكتبة كوميت، ص٦٠.

(٤) د. سعاد الشرقاوى - المرجع السابق، ص ٣٧٥.

من شأنه منح أفضلية غير مبررة شرعاً لأحد المتنافسين دون غيره فى معرض ابرام عقد توريد، وذلك بشكل مخالف للقوانين واللوائح المنظمة لمبدأ المساواة، وهو ما يعرف اصطلاحا - بجنحة المحاباة[١] Délit du foveritisme .

وقد استقر قضاء مجلس الدولة المصرى على هذا المبدأ حيث قضت محكمة القضاء الإدارى بأنه «من المبادئ الأساسية التى تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين»[٢]. كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: قبول عطاء المطعون ضده بعد الميعاد، إنما هو اخلال صريح بمبدأ المساواة بين المتناقصين، مما يعد استثناء على خلاف الشروط المعلنة، واخلالا بتكافؤ الفرص[٣].

التطبيقات التشريعية لمبدأ المساواة:

كان من أهم العيوب التى شابت قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى، النص على العديد من الاستثناءات التى تحد من تطبيق مبدأ المساواة بين المتنافسين، لذلك حرص المشرع فى القانون الحالى على تلافى تلك العيوب، بالنص على العديد من الضمانات التى تعد - وبحق - إعلاء لمبدأ المساواة، وذلك على النحو التالى:

- النص فى المادة الثانية من القانون - صراحة - على خضوع المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص، والمساواة، وحرية المنافسة.

- أوجب المشرع على جهة الإدارة توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من

---

(١) Dominique legouge: la Meilleure offre dans les Marchés publics) les editions d'organisation, 1997, p. 143.

(٢) حكمها فى الدعوى رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٢١ - سبق الاشارة إليه.

(٣) حكمها فى الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٦ ق - جلسة ١٩٦٢/١١/٢٤ - سبقت الاشارة إليه.

جميع النواحى الفنية والمالية بهدف الترسية على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً[١].

ويكفل مبدأ توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى المالية والفنية تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين، وهو الأمر الذى خلا القانون الملغى من النص عليه[٢].

ألزم المشرع كافة المتقدمين إلى المناقصة أو الممارسة بتقديم التأمين الابتدائى والنهائى دون النظر للطبيعة القانونية لصاحب العطاء، على خلاف القانون الملغى[٣] الذى كان يعفى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون.

وعلى الرغم من أن التطبيقات المتقدمة تعكس حرص المشرع على الأخذ بمبدأ المساواة بين المتنافسين، إلا أنه - ولاعتبارات خاصة - قرر بعض الاستثناءات على هذا المبدأ.

الاستثناءات على مبدأ المساواة:

ثمة اعتبارات معينة تجعل المشرع يحيد عن مبدأ المساواة، مقرراً بعض

---

(١) مادة (١٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى تنص على أن: يجب... وارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية والمالية.

(٢) كانت المادة (١٨) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى بالنص على أن: يجب ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً.

(٣) كانت المادة (٢١) من القانون الملغى تنص على أن: تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقاً للقانون وذلك على العروض الداخلة فى نشاطها بشرط تنفيذها للعملية بنفسها، ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت اعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى إذا طلبت فى عروضها ذلك....

الاستثناءات على هذا المبدأ، وقد يكون مرد هذه الاستثناءات أسباب اقتصادية أو اجتماعية، أو متعلقة بالاقامة.

ومن الاستثناءات المقررة لأسباب اقتصادية، نص المادة ٢/١٦ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى، والذى جرى على أن: يعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعراً إذا لم تتجاوز الزيادة فيها (١٥٪) عن قيمة أقل عطاء أجنبى.

وقد قرر المشرع هذا الاستثناء حماية منه للصناعة الوطنية وتشجيعها[١]، وذلك بأن اعتبر المنتج المحلى المقدم من جهة مصرية أقل سعراً من أقل عطاء أجنبى متى كانت الزيادة فى السعر المقدم من العطاء المصرى لا تتجاوز ١٥٪ من قيمة العطاء الأجنبى.

وقد يقرر المشرع الاستثناء لأسباب اجتماعية ومثال ذلك قانون ١٨ أغسطس ١٩٣٦ فى فرنسا بشأن الأعمال التى تستهدف القضاء على البطالة[٢].

وأخيراً قد يكون الاستثناء لأسباب متعلقة بالاقامة، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٦١ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى والتى أوجبت أن يكون مقدم العطاء مقيماً فى مصر، أو له وكيل فيها، وإلا وجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل المعتمد فى مصر، أما إذا كان العطاء مقدم من وكيل عن صاحب العطاء، فعليه أن يرفق به توكيلاً مصدقاً عليه من السلطات المختصة بالاضافة إلى كافة البيانات والمستندات التى يجب تقديمها وفقاً لأحكام القوانين والقرارات التى تنظم ذلك.

---

(١) انظر: افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٧٥٢ بتاريخ ٢٠٠٢/٨/١٥ - ملف رقم ٣٨٦/١/٥٤، وبذات المعنى افتاء رقم ٧٥٣ بتاريخ ٢٠٠٢/٨/١٥ - ملف رقم ١٠٥/١/٥٨، وكلاهما منشور بمجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية خلال المدة من فبراير سنة ٢٠٠٢ حتى يولية سنة ٢٠٠٢ - ص ١٨٨.

(٢) Quoncard. M. op. cit., p. 135.

وختاماً يتعين الاشارة إلى أن سلطة الإدارة فى استبعاد أى عطاء يكون من شأن قبوله إخلالا بمبدأ المساواة هى سلطة مقيدة، تخضع عند ممارستها لها لرقابة القضاء[١].

الفرع الثالث

مبدأ العلانيـــــة

حرص كل من المشرع الفرنسى[٢] والمصرى[٣] على اخراج جهة الإدارة من نفق السرية إلى طريق العلانية والوضوح.

ويعد مبدأ العلانية أحد المبادئ الحاكمة للمناقصة العامة والممارسة العامة، ويقصد به أن تتم جميع عمليات المناقصة والممارسة فى نطاق علنى ابتداء من الإعلان عنها، وبالطرق المحددة قانوناً، مروراً بانعقاد جلسات اللجان المختصة فى المكان والزمان المحددين لها، وبشكل علنى - على الأقل فيما يتعلق بلجان الممارسة - وكذلك اتاحة الفرصة أمام كافة المعنيين بالمناقصة فى حضور جلسات تلك اللجان لاسيما لجان فتح المظاريف، وقراءة العطاءات وترتيبها، والتزام الإدارة بنشر كافة القرارات المتعلقة بالعملية التعاقدية فى المكان والزمان المحددين لذلك، والتزامها كذلك بتسبيب كافة القرارات الصادرة عنها بشأن تلك العملية.

وتجدر الاشارة إلى أن ثمة خلط واضح فى الفقه بين العلانية كمبدأ عام يحكم المناقصة العامة أو الممارسة العامة من جهة، وبين الإعلان عن أى منهما كوسيلة للدعوة للتعاقد، إذ ذهب جانب كبير من الفقه[٤] إلى أن المقصود

---

(١) د. فؤاد العطار، مرجع سابق، ص ٢٧٢، عكس ذلك، د. سليمان الطماوى، مرجع سابق، ص٢٣٩.

(٢) المادتين ٣٨، ٨٨ من قانون الشراء العام الفرنسى.

(٣) مادة ٤٠ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٤) مستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص ٦٠، د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ٣٦.

بالعلانية كمبدأ هو الإعلان عن المناقصة العامة أو الممارسة العامة، فى حين ذهب جانب آخر من الفقه[١] - وبحق - إلى أن الإعلان لا يعدو أن يكون أحد عناصر مبدأ العلانية، وأحد وسائل وضع هذا المبدأ موضع التطبيق.

وضع مبدأ العلانية موضع التطبيق:

ان من شأن تطبيق مبدأ العلانية على أرض الواقع، هو إظهار تطبيق الإدارة لمبدأى المنافسة الحرة، والمساواة بين المتنافسين، إذ أنه بدون تطبيق مبدأ العلانية، لا يمكن الكشف عن تحقيق الإدارة للتنافس الحر بين المتنافسين، والمساواة بينهم.

ولكى يتم وضع مبدأ العلانية موضع التطبيق، فإن ذلك لابد وأن يتم من خلال عناصر ثلاثة هم:

أ - الإعـــــــلان.

ب - نشـــر الإجراءات.

جـ - تسبيب القرارات.

وتفصيل ذلك فيما يلى:

أ - الإعلان:

الإعلان السابق على المناقصة أو الممارسة هدفه إعلام المتنافسين بفتح باب المناقصة أو الممارسة وامدادهم بالمعلومات اللازمة عن الشروط العامة للمناقصة أو الممارسة، ومن ثم فإن هذا الإعلان يتضمن موضوع المناقصة، والإجراءات الرئيسية المكونة للعقد المزمع ابرامه[٢].

---

(١) د. زين بدر فراج، المرجع السابق، ص ١١٦، د. سعاد الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

(٢) د. سعاد الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٣٥٦.

ونظراً لكون الإعلان أحد الإجراءات الجوهرية السابقة على التعاقد، فإنه سيتم دراسته فى الفصل التالى من الرسالة.

ب - نشر الإجراءات:

يهدف نشر الإجراءات إلى علانية الإجراءات المؤدية إلى ابرام العقد، والعلانية المطلوبة فى هذا الشأن هى الوسيلة التى بموجبها يمكن مراقبة مدى مراعاة الإدارة واحترامها للإجراءات التى فرضها القانون لإبرام العقود عن طريق المناقصة أو الممارسة(١).

وقد فرض المشرع الفرنسى على جهة الإدارة إعلان نتائج ابرام العقد مع ما واكبها من ظروف وملابسات، حيث أوجب المشرع الفرنسى(٢) اعلان الارساء L'avis d'attribution والذى يجب أن يحتوى على الحد الأدنى من البيانات المتعلقة بقرار الارساء، وكافة الظروف التى رافقت ابرام العقد، على أن يتم النشر خلال ٣٠ يوم تبدأ من يوم تبليغ من أرسيت عليه المناقصة بموعد ابرام العقد، كما يجب أن يتم النشر فى نفس الجهة التى نشرت إعلان الدعوة إلى التعاقد.

ولا يتوقف أمر العلانية عند حد إعلان نتائج المناقصة أو الممارسة، بل تخطى ذلك إلى حد منح كل شخص طبيعى أو اعتبارى، فرنسى أو أجنبى، الحق فى طلب الاطلاع على الوثائق التعاقدية للجماعات المحلية، حتى ولو لم يكن له مصلحة فى ذلك، حيث استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أن مجرد الفضول curaisite يكفى لاعطاء الطالب حق الاطلاع على الوثيقة المطلوبة(٣).

أما فى مصر فقد أوجب المشرع(٤) نشر القرارات الخاصة بالارساء

---

(١) Delaubader, op. cit., p. 594.

(٢) المواد ٣٨، ٢٤٤، ٢٥٤ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسى.

(٣) C.E: 21-7-1989, soc, Défence et Bartin, Rec., p. 687.

(٤) مادة (٤٠) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

والاستبعاد، وذلك باتباع طريقين لا يغنى أحدهما عن الآخر: **أولهما:** اعلان أسباب القرارات الخاصة بإرساء المناقصة أو الممارسة العامة أو الممارسة المحدودة أو المزايدة، وبالغاء أى منهما، وأسباب قرارات استبعاد العطاءات، على أن يتم ذلك فى لوحة إعلانات مخصصة لهذا الغرض، ولابد وأن يبقى كل قرار من القرارات المشار إليها منشوراً بلوحة الإعلانات المذكورة لمدة أسبوع. **وثانيهما:** إخطار مقدمى العطاءات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بالعطاء.

وبذلك يكون المشرع المصرى قد خطى خطوة هامة نحو تقرير حق العلم بالإجراءات، والقرارات الإدارية بما يكفل تحقيق أكبر قدر من الشفافية فى تصرفات جهة الإدارة.

جـ - تسبيب القرارات:

الأصل أن جهة الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارها، إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها، وعندئذ يتعين عليها تسبيب قرارها، وإلا كان معيبا بعيب شكلى.

وسواء كان لازما تسبيب القرار الإدارى كإجراء شكلى، أم لم يكن هذا التسبيب لازما، فإنه يجب أن يقوم القرار الإدارى على سبب يبرره صدقاً وحقاً، أى فى الواقع وفى القانون وذلك كركن من أركان وجوده ونفاذه(١).

والعلة من لزوم تسبيب القرارات الصادرة بشأن عملية التعاقد تكمن فى توفير حق العلم للكافة بالأسباب التى دعت جهة الإدارة لاتخاذ قرارها من ناحية، وتيسير الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة من جهة أخرى، وتلقى التزاماً على عاتق جهة الإدارة بتوخى الحذر والدقة فى تصرفاتها، وذلك لعلمها المسبق بأن تلك التصرفات ستكون محل رقابة من الكافة من ناحية ثالثة.

---

(١) حكمة المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٤٧١ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٩ - الموسوعة الإدارية الحديثة - جـ ٣٥، ص ٣٩٣.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا المعنى بقولها: انه كلما ألزم الشارع صراحة فى القوانين واللوائح الإدارة بتسبيب قراراتها، وجب ذكر هذه الأسباب واضحة جلية، حتى إذا ما وجد صاحب الشأن منفعا تقبلها، وإلا كان له أن يمارس حقه فى التقاضى، وسلك الطريق الذى رسمه القانون(١).

وقد أوجب المشرع فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على جهة الإدارة تسبيب القرارات الإدارية المتعلقة باتباع أى من الأساليب الأصلية أو الاستثنائية للتعاقد(٢)، وقرارات لجان الممارسة العامة والمحدودة(٣)، وأسباب الغاء المناقصة سواء قبل البت فيها أو بعد ذلك(٤)، وكذلك قرارات الاستبعاد أيا كان سببها(٥).

جزاء عدم اتباع الإدارة لمبدأ العلانية:

ويثور التساؤل عن الجزاء المترتب على اهدار الإدارة لمبدأ العلانية فى تصرفاتها؟ لقد أكد مجلس الدولة الفرنسى على أن جزاء عدم احترام جهة الإدارة قواعد العلانية هو البطلان، معتبراً أن المناقصة فى هذه الحالة معيبة فى مبدئها نفسه(٦)، كما أن مخالفة الالتزام بالاعلان عن القرارات الواردة فى المادة (٤٠) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى بعدم ذكر أسباب تلك القرارات، فإن من شأن ذلك أن يوصم تلك القرارات بعيب الشكل لغياب التسبيب(٧).

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ١٥١٣ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٩٣/٦/٢٧، والطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٣٤ - جلسة ١٩٩٣/٦/٢٧ - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء ٣٥، ص ٩٩٦.

(٢) مادة (١) فقرة (٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٣) مادة (٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٤) مادة (١٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٥) مادة (١٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٦) C.E: 7-7-1982, commune de guidel/CC/Mme cometet, R.D.P. 1983 - p. 1419.

(٧) د. مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٥٢٥.

المبحث الثانى

الاساليب الاستثنائية لابرام

عقد التوريد الإدارى

إذا كان المشرع قد رسم طريقاً أصلياً لابرام عقد التوريد الإدارى - شأنه شأن كافة تعاقدات الإدارة - وهو طريق المناقصة العامة أو الممارسة العامة وفقاً لظروف وطبيعة التعاقد، بغرض تحقيق أكبر قدر من توسيع دائرة المنافسة بين المتقدمين للتعاقد مع الجهات الإدارية، وبما يكفل تكافؤ الفرص وصولا إلى التعاقد مع أفضل العروض من الناحيتين الفنية والمالية، فإنه وخروجاً على هذا الأصل - أجاز المشرع استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بأسلوب المناقصة المحدودة، أو المناقصة المحلية، أو الممارسة المحدودة، وأخيراً الاتفاق المباشر.

ونظراً للطبيعة الاستثنائية لهذه الأساليب، فإن كل منه ينفرد بأحكام خاصة تميزه عن غيره، وهو ما يستلزم القاء مزيداً من الضوء على تلك الأساليب، ويستتبع ذلك تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: المناقصة المحدودة.

المطلب الثانى: المناقصة المحلية.

المطلب الثالث: الممارسة المحدودة.

المطلب الرابع: الاتفاق المباشر.

المطلب الأول

المناقصة المحدودة

l'adjudication Restreinte

ماهية المناقصة المحدودة:

تلجأ الإدارة إلى التعاقد بأسلوب المناقصة المحدودة - كأسلوب استثنائى من أساليب التعاقد[١] - فى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين معينين سواء فى داخل مصر أو خارجها، ومدونة أسماؤهم فى سجلات تمسكها الجهات الإدارية، بعد ثبوت كفايتهم الفنية والمالية وحسن السمعة، وصدور قرار مسبب من السلطة المختصة بالموافقة على سلوك أسلوب المناقصة المحدودة.

ونظراً لكون المناقصة المحدودة مناقصة بمعنى الكلمة[٢]، فهى تخضع للقواعد الأساسية للمناقصة العامة، إلا أنها تتمتع بأحكام خاصة تميزها عن المناقصة العامة، وذلك من ناحيتين:

أ - حالات التعاقد:

تقتصر حالات التعاقد بطريق المناقصة المحدودة على الحالات التى تستلزم

---

(١) عالجت المادة (٩١) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسى أسلوب التعاقد بطريق المناقصة المحدودة بالنص على أن: وتكون المناقصة مقيدة عندما لا يقبل فيها لايداع العروض إلا المرشحون المقبولون من جانب الشخص المسئول عن العقد قبل مجلس المناقصة».

Art 91: (... L'adjudication est dite "Restreinte" Lorsque sont seuls admis à Remettre des somissions les candidats agréés par la personne Responsoble du marché avant la séance d'adujdication).

وفى مصر تنص المادة الثالثة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن : يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فى المناقصة على موردين... سواء فى مصر أو فى الخارج.....».

(٢) M.MARCEL WALINE, L'Adjudication des marchés publics - Sirey - 1945, p. 110.

تنفيذ أداءات ذات أهمية خاصة، والتى تقتصر طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين معينين سواء داخل مصر أو خارجها ممن تثبت كفايتهم الفنية والمالية وحسن السمعة.

وقد تكتسب الأداءات المطلوبة أهمية خاصة من كونها تتسم بطابع السرية، أو لكونها لا توجد إلا لدى أشخاص معينين بذواتهم، أو لكونها تتطلب تقنية تكنولوجية عالية لا تتوافر إلا لدى شركات معينة.

ب- إجراءات الدعوة لتقديم العطاءات:

تختلف إجراءات الدعوة لتقديم العطاءات للدخول في المناقصة المحدودة فى فرنسا عنها فى مصر ففى فرنسا أخذ المشرع الفرنسى بوسيلة الإعلان كأسلوب لطرح المناقصة المحدودة فى سبيل استقطاب أكبر عدد من المرشحين المحتملين، حيث تتولى جهة الإدارة فحص أهليتهم الفنية، ومدى قدرتهم على تنفيذ العقود المزمع ابرامها، ثم تقوم بتوجيه الدعوة لمن يثبت لها قدرته الفنية وذلك لتقديم المظاريف المالية، وهذا معناه بقاء مبدأ المنافسة الحرة قائماً ومنتجاً لآثاره، باعتبار أن المدعوين للمناقصة المحدودة يحددون بصفة عامة وغير شخصية، لذلك فإن تقنين عقد الشراء العام الفرنسى نص فى المادة (٩١) بالنسبة لعقود الدولة، والمادة ٢٨٩ بالنسبة لعقود الجماعات المحلية على أن تتم المناقصة المحدودة وفقا للشروط المنصوص عليها فى المادة (٣٨) المتعلقة بعلانية إجراءات عقود الشراء العام، ويجب أن تسلم العطاءات فى مدة لا تقل عن ٢١ يوم من تاريخ ارسال الإعلان للنشر، وفى حالة الاستعجال تكون المدة ١٢ يوم.

أما فى مصر فقد اعتنق المشرع المصرى أسلوب الدعوة الشخصية بموجب كتب موصى عليها بعلم الوصول يتم توجيهها لأكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة(١).

---

(١) حيث تنص المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن: توجه الدعوة لتقديم العطاءات فى المناقصات المحدودة لأكبر عدد ممكن من المشتغلين=

وينتقد جانب من الفقه[١] - وبحق - مسلك المشرع المصرى فى الأخذ بأسلوب الدعوة الشخصية لتقديم العطاءات المناقصة المحدودة لمجافاة هذا الأسلوب لمبدأ الشفافية الذى حرص عليه المشرع فى القانون الحالى، كما أن افراغ المناقصة المحدودة من التزام الإدارة بالإعلان عنها من الممكن أن يفرغ مبدأ المناقصة نفسه من معناه، لأن المناقصة هى مجموعة إجراءات تقوم على منطق المنافسة أياً كانت صيغته.

وقد كان نص المادة (٣٧) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغاة يجرى على امكانية الإعلان عن المناقصة المحدودة بإذن من رئيس الإدارة المركزية، أو من رئيس المصلحة المختص عند الاقتضاء على أن تتبع فى هذه الحالة ذات اجراءات الإعلان عن المناقصة العامة.

والرأى عندى أن نص المادة (٣٧) المشار إليه أفضل من نص المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية الحالية، وكان أحرى بالمشرع الابقاء على أسلوب الإعلان عن المناقصة المحدودة مادام أنه قد اعتمد الشفافية أساساً للقانون الجديد، وللحد من السلطة التقديرية لجهة الإدارة فى تحديدها للمشتغلين بنوع النشاط، مما قد يؤدى ذلك إلى محاباة البعض على حساب البعض الآخر تحت مظلة السلطة التقديرية.

مدى جواز استبعاد عطاء مقدم فى المناقصة المحدودة بسبب نقص كفايته الفنية:

وإذا كانت الدعوة لتقديم العطاءات فى المناقصة المحدودة توجه لأشخاص

= بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة، والذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم، وذلك بموجب كتب موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بخمسة عشر يوماً على الأقل، ويجوز بالاضافة إلى ذلك تسليم الدعوة بأية طريقة أخرى مناسبة مع اثبات موعد تسليمها لأصحاب الشأن.

(١) د. مهند مختار نوح - المرجع السابق، ص ٤٠١، د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

محددين مقيدة أسماءهم بسجلات الجهة الإدارية لثبوت كفايتهم فى النواحى الفنية والمالية، فهل يجوز للجهة الإدارية استبعاد أى عطاء من العطاءات المتقدمة بسبب نقص كفايته الفنية والمالية؟

أكدت المحكمة الإدارية العليا على حق الجهة الإدارية فى استبعاد أى عطاء بسبب عدم التثبت من كفايته من الناحية الفنية والمالية وذهبت المحكمة إلى أنه لا مجال لاستثناء أحد من هذا الشرط بدعوى أنه سبق له التعامل مع الجهة الإدارية وثبت لها كفاءته إعمالا لقاعدة المساواة بين المتناقصين من جهة، ومن جهة أخرى فإن عنصرى الكفاءة الفنية والمالية من العناصر التى يطرأ عليها التغيير لتغيير الظروف والأحوال، ومن حق الجهة الإدارية دائما أن تتثبت من توافر عناصر الكفاية فيمن ستوجه إليه الدعوة للاشتراك فى المناقصة وأن تستوثق من استمرار تمتع من سبق لها التعامل معه بهذه العناصر وخاصة الكفاية المالية التى تتبدل تبعاً لتغيير الظروف والأحوال الاقتصادية(١).

كما ذهبت محكمة القضاء الإدارى(٢) إلى عدم وجود تعارض بين دعوة

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٣٥٨٣ لسنة ٤٤ ق - جلسة ٢٠٠٢/٦/١١ - سبقت الاشارة إليه، وفي ذات المعنى حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٣٤٨ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٩٨/١/١٨ - لم ينشر بعد.

(٢) حكمها فى الدعوى رقم ١٥٠٦ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٦٨/٣/١٧ - مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة القضاء الإدارى فى ثلاث سنوات - أكتوبر ١٩٦٦: سبتمبر ١٩٦٩ - ص٢٧٣. وجاء فى هذا الحكم أنه «لا يجدى المدعى فى هذا الشأن ما ذهب إليه من أن مجرد دعوته للاشتراك فى المناقصة أمر يحمل فى طياته معنى التسليم من جهة الإدارة بكفايته الفنية وهو ما يتعارض مع قرار لجنة البت باستبعاده من المناقصة، لأن الدعوة إلى الاشتراك فى المناقصة المحدود اجراء يقتضيه مبدأ المساواة بين جميع البيوت المدرجة أسماؤهم فى سجلات الجهة الإدارية كمرشحين للتقدم فى المناقصة المحدودة بوجه عام، أما استبعاد عطاء معين بمعرفة لجنة البت فهو إجراء تمارسه تلك اللجنة باعتبارها الجهة التى يناط بها بحث العطاءات وفحصها والمقارنة بينها على ضوء العناصر الواجب توافرها بوجه خاص فى=

المدعى إلى المناقصة المحدودة وبين استبعاد عطائه من بين العطاءات المقدمة فيها كإجراء وقائى تمليه الرغبة فى ضمان سلامة تنفيذ العملية موضوع المناقصة.

وفى مجال الرقابة القضائية على الاستبعاد غير المشروع يطبق مجلس الدولة الفرنسى القواعد العامة فى هذا الشأن التى لا تتناقض مع مقتضيات السلطة التقديرية حيث قضى ببطلان قرارات الاستبعاد المبنية على أسباب غير موجودة مادياً(١).

ويميل الاتجاه فى مصر إلى عدم التعقيب على تقدير الإدارة فى نطاق اللجوء إلى المناقصة المحدودة إلا إذا تبين انحرافها فى استعمال سلطتها فى تقدير أسباب اللجوء إلى المناقصة المحدودة(٢).

المطلب الثانى

المناقصة المحليـــة

المناقصة المحلية نوع من المناقصات المحدودة، حيث ينصب التحديد فيها على نطاق جغرافى معين دون النظر لموضوع التعاقد، وجوهر المناقصة المحلية يتمثل فى قصر الاشتراك فيها على الموردين المشتغلين بنوع النشاط موضوع هذه المناقصة ممن يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم تنفيذ العقد داخل حدودها الجغرافية.

وتخضع المناقصة المحلية لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط

= المشروع أو العملية موضوع المناقصة ومدى الأهمية النسبية لكل عنصر من هذه العناصر وفي عملية الفحص والموازنة تتمتع اللجنة بسلطة تقديرية تمارسها فى ضوء الاعتمادات المتصلة بالصالح العام.

(١) C.E: 19-1-1966, centre Hospitalier de Regional de caen Rec. p. 1010.

(٢) يراجع فى ذلك: افتاء إدارة الفتوى لوزارات الداخلية والخارجية والعدل رقم ٢٥١ بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٨ - ملف رقم ٢/٠/٢٤ - غير منشور.

التى تخضع لها المناقصة العامة عدا ما ورد بشأنه نص خاص بها فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى ولائحته التنفيذية.

ويكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية بقرار مسبب من السلطة المختصة فيما لا تزيد قيمته على مائتى الف جنيه، ويقصر الاشتراك فيها على الموردين و.... المحليين الذى يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم بدائرتها تنفيذ العقد(١).

ويتعين توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة داخل نطاق المحافظة التى يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد والذين تقرر الجهة الإدارية التعامل معهم من المقيدين بالسجل الخاص بذلك.

ويتم توجيه الدعوة بموجب خطابات موصى عليها بعلم الوصول قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بعشرة أيام على الأقل، ويجوز فى حالة الاستعجال أن تسلم باليد قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل وتسلم بموجب ايصال مؤرخ.

المغايرة فى تشكيل لجنة البت:

ربط المشرع المصرى بين النصاب المالى للمناقصة - أياً كان نوعها - وبين تشكيل لجنة البت، حيث أوجب اشتراك مندوب وزارة المالية فى المناقصات التى تزيد قيمتها عن ٢٥٠ الف جنيه، فى حين أوجب اشتراك عضو إدارة الفتوى

---

(١) مادة (٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى، مادة (٣٧) من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور، وقد اقترح أحد الأعضاء عند مناقشة المادة (٤) من القانون المشار إليه حذف عبارة «والذى يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد» استناداً إلى أنه لا لزوم لها، وأضاف فى هذا الشأن قوله: نفترض أن احدى المحافظات ليست فيها نوع النشاط المطلوب، فلماذا نقصرها على ذات المحافظة التى يتم التنفيذ بدائرتها، وطلب ترك النص على اطلاقه، إلا أن هذا الاقتراح لم يتم الموافقة عليه، وصدر النص بحالته الراهنة - مضبطة مجلس الشعب - الجلسة السابعة والستين - ص ٣٣.

المختصة بمجلس الدولة متى زادت قيمة المناقصة عن ٥٠٠ الف جنيه[١]. أما المناقصة المحلية فقد حدد المشرع نصابها المالى بما لا يزيد عن ٢٠٠ ألف جنيه، مما مفاده - وبمفهوم المخالفة لحكم المادة (٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ - عدم جواز اشتراك كل من مندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة فى المناقصات المحلية، ومن ثم فإن تشكيل لجان البت فى المناقصة المحلية سيخلو دائما من اشتراك العضوين سالفى الذكر.

وفيما عدا ما تقدم تخضع المناقصة المحلية لكافة الأحكام والقواعد المنظمة للمناقصة العامة.

المطلب الثالث

الممارسة المحدودة

تتميز الممارسة المحدودة بطابعها الاستثنائى التى يميزها عن الممارسة العامة[٢] حيث تكمن أوجه الاختلاف الجوهرية بينهما فى أن حالات التعاقد بطريق الممارسة المحدودة محددة على سبيل الحصر، وكذلك اختلاف اجراءات الدعوة للتعاقد، وما دون ذلك تخضع الممارسة المحدودة لكافة الأحكام التى تسرى على المناقصة العامة[٣].

الاحكام الخاصة بالممارسة المحدودة:

أ - حالات الممارسة المحدودة:

حددت المادة الخامسة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى حالات التعاقد بطريق الممارسة المحدودة على سبيل الحصر وهى:

---

(١) مادة (٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٢) كان قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الملغى يعتبر الممارسة العامة أسلوبا استثنائيا للتعاقد، لذلك خلت نصوصه من النص على أسلوب الممارسة المحدودة كأحد أساليب التعاقد الإدارى.

(٣) المادة (٤٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى

١ - الأشياء التى لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم.

٢ - الأشياء التى تقتضى طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن انتاجها.

٣- الأعمال الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو اخصائيون أو خبراء بذواتهم.

٤ - التعاقدات التى تقتضى اعتبارات الأمن القومى[١] أن تتم بطريقة سرية.

ب - إجراءات الدعوة للتعاقد[٢]:

يتم توجيه الدعوة للتعاقد بأسلوب الممارسة المحدودة بموجب خطابات موصى عليها بعلم الوصول بشرط ألا تقل المدة المحددة لتقديم العطاءات عن خمسة عشر يوما من تاريخ ارسال الدعوة، ويجوز فى حالة الاستعجال - وبعد موافقة السلطة المختصة - ارسال الدعوة مع مخصوص وتسليمها باليد قبل الموعد المحدد بخمسة أيام على الأقل.

وتسلم الدعوة بموجب ايصال موقع عليه باستلامها، ويحدد فيه تاريخ استلامها، ويجب توجيه الدعوة إلى أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة المحدودة الذين تعتمد أسماؤهم السلطة المختصة سواء كانوا مقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم.

---

(١) وقد اقترح بعض الأعضاء عند مناقشة هذه الحالة استبدال عبارة «المصلحة العامة» بعبارة الأمن القومى، ولم توافق أغلبية الأعضاء على هذا الاقتراح - مضبطة الجلسة السابعة والستين فى ١٩٩٨/٤/٢١ - ص ٣٤.

(٢) مادة (٤٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

المطلب الرابع
الاتفـــاق المباشـــر
L'entente direct

يسمح المشرع للإدارة - فى حالات معينة - بالتعاقد مباشرة مع من ترغب من الموردين دون التقيد بإجراءات المناقصات بأنواعها أو الممارسات بنوعيها، وذلك فيما لا تزيد قيمته على حدود معينة، وهو ما يطلق عليه أسلوب الاتفاق المباشر حيث تتمتع الإدارة فى هذا الأسلوب من أساليب التعاقد بحرية كاملة فى اختيار المتعاقد معها(١).

ويمكن تعريف الاتفاق المباشر بأنه: تعاقد الإدارة مباشرة مع المتعاقد الذى وقع اختيارها عليه ودونما مناقصة أو مزايدة أو ممارسة، وتسلك جهة الإدارة سبيل التعاقد مباشرة متحللة من ضوابط وأحكام وقواعد المناقصة بصورها (العامة، والمحدودة، والمحلية) وطريق الممارسة بصورتيها (العامة والمحدودة)(٢).

وتستلزم دراسة الاتفاق المباشر بيان حالاته وضوابطه، ثم تعاقد الجهات الإدارية الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر.

أولا - حالات الاتفاق المباشر:

على الرغم من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة فى تحديد العلاقة الخاصة بين المتعهد وبين الأداء المطلوبة منه، إلا أن مجلس الدولة الفرنسى يبسط رقابته على الأسباب التى دعت الإدارة إلى اللجوء إلى هذا الأسلوب

---

(١) د. عادل السعيد أبو الخير - القانون الإدارى - طبعة ٢٠٠١ - بدون دار نشر - ص ٢٢٧.

(٢) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ١٤٦ بتاريخ ١٩٩٨/٢/١٥ - ملف رقم ٣٤٤/١/٥٤ - المجموعة من يناير ١٩٩٨ حتى مارس ١٩٩٨- الجزء الثانى- ص٢١. وفى ذات المعنى افتاء إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى ملف رقم ٣٨٥/٢/٣ - بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٩ - لم ينشر بعد.

للتعاقد حيث قرر في حكمه الصادر فى ١٩٨٨/١١/٢ أن انتساب شركة France N.C.R. إلى نادى مستخدمى الاسكان المنخفض H.L.M. لا يكفى بذاته للقول بأن هذه الشركة هى المشروع الوحيد الذى يمكن أن يقوم بتوريد أجهزة الحاسب الالى لمكتب الاسكان المخفض لمدينة Malakoff[١].

أما فى مصر فقد حدد المشرع فى المادة (٧) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى موجبات التعاقد بالاتفاق المباشر، وحالاته، وحدوده القصوى، وسلطة الاستثناء من هذه الحدود، كما أفرد حكماً خاصاً لوزارتى الدفاع والانتاج الحربى وأجهزتهما وذلك بالفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون المشار إليه.

والمستفاد من حكم المادتين السابعة والثامنة من القانون سالف الذكر أن المشرع قد حدد حالات لجوء الإدارة إلى التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، وهى حالات الاستعجال، والضرورة، والضرورة القصوى.

١- حالة الاستعجال: Cas de l'urgence

حيث تنص المادة السابعة المشار إليها على أنه: يجوز فى الحالات العاجلة التى لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من.....

وتتحقق حالة الاستعجال كلما كان من شأن التأخير فى التعاقد حدوث أضرار لا يمكن تداركها، بحيث يكون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر هو الأسلوب المناسب لدفع الضرر الناجم عن التأخر فى التعاقد.

وتجدر الاشارة إلى أن حالة الاستعجال التى تبيح للإدارة اللجوء إلى الاتفاق المباشر ينبغى أن تكون حقيقية وغير مفتعلة ولها سند من الواقع[٢].

---

(١) C.E., 2-11-1988, préfet de Hats - de - seine/C/O.H. M. Malakoff. Rec, p. 89.

(٢) مستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب - المرجع السابق - ص ٩٠.

وتطبيقا لذلك انتهت إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى إلى أن عدم توافر حالة الاستعجال على نحو حقيقى لا يبرر لجهة الإدارة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر(١).

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا أن معيار الاستعجال هو معيار موضوعى تقدره جهة الإدارة تحت رقابة القضاء، وذلك على ضوء الظروف المحيطة بعملية التعاقد، والتى تعكس ضررا محتمل الحدوث فيما لو تأخر ابرام العقد إلى الأجل الذى تستلزمه الإجراءات الأخرى(٢).

ومتى توافرت حالة الاستعجال على النحو المتقدم فإنه يجوز لجهة الإدارة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بعد الحصول على ترخيص من رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فى الجهات الأخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين الف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقى الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية. . . . »(٣)، ويكون الترخيص من الوزير المختص ومن له سلطاته أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة الف جنيه(٤).

---

(١) وقد استظهرت إدارة الفتوى لوزارة الموارد المالية والرى أن جهة الإدارة قد استنفذت من الوقت ما يقارب العامين ولم تنته حتى الآن من اسناد عقد تشغيل وصيانة محطة طلمبات مبارك بتوشكى، مما يدل بشكل قاطع ويقينى على عدم توافر حالة الاستعجال التى تبرر اتباع ذلك الطريق الاستثنائى للتعاقد. . ولا ينال من ذلك كون شركة . . . هى المورد للمهمات الميكانيكية والكهربائية للمحطة لكون هذه الشركة ضمن اتحاد الشركات المصرية الأوربية اليابانية المنفذ للمشروع وليست الشركة الوحيدة المنفذة للمشروع. انظر فتواها رقم ٣٨٥/٢/٣ ـ بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٩ ـ سبقت الاشارة إليه.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٨٩/١٢/٩ - المجموعة - السنة ٣٥ - ص ٤٢٩.

(٣) الفقرة (أ) من المادة السابعة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٤) الفقرة (ب) من المادة السابعة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

ويثور التساؤل عن الجزاء المترتب على مخالفة الإدارة لضوابط وحالات اللجوء إلى الاتفاق المباشر كأسلوب استثنائى للتعاقد الإدارى؟

لقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى تقرير هذا الجزاء، إلى أن العقد المذكور قد تم عن طريق الأمر المباشر وليس الممارسة بالمخالفة للقانون، إلا أن هذه المخالفة - أياً كان وجه الرأى فيها - ليس من شأنها أن تؤثر على صحة العقد أو تؤدى إلى بطلانه مع عدم الاخلال بالمسئولية عنها إن كان لها محل(١).

كما قررت فى موضوع مماثل بأن العقد محل المراجعة قد أبرم بالأمر المباشر رغم قيمته الباهظة، وبمنأى عن كل قواعد القانون وبخروج سافر عليها، وأن جهة الإدارة أطاحت بكل اختصاص عقده المشرع وشكلت لجان على غير ما رسمه القانون من القواعد الآمرة والضابطة لابرام العقود الإدارية، وهو ما يمثل مخالفة لحكم القانون ولما فرضه المشرع فى هذا الشأن، وانتهت الجمعية العمومية إلى أن العقد المذكور جرى ابرامه بالمخالفة لأحكام القانون(٢).

٢- حالة الضرورة:

وهى الحالة التى خص بها المشرع وزارتى الدفاع والانتاج الحربى، بأن أجاز لهما فى حالة الضرورة التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، مع إعمال أحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن اعفاء العقود الخاصة بالتسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية المعدلة، كما أجاز المشرع للسلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها.

---

(١) فتوى الجمعية رقم ٨٠٨ بتاريخ ١٩٨٥/٧/١٨ - جلسة ١٩٨٥/٦/٢٦ - ملف رقم ٣٠٨/٦/٨٦. المجموعة - السنتان التاسعة والثلاثون والأربعون - ص ٤٥٢ - قاعدة رقم ١٦٥.

(٢) فتوى رقم ١٤٦ بتاريخ ١٩٩٨/٢/١٥ - ملف رقم ٣٤٤/١/٥٤ - سبقت الاشارة إليها.

وظاهر النص يوحى بأن حالة الضرورة تكون فى كل حالة يكون محل العقد فيها معدات التسليح، ولكن حالة الضرورة - فى رأينا - تنطوى على مفهوم أشمل لحالة الاستعجال التى تكفى بذاتها للقول بتوافر حالة ضرورة يمكن معها لوزارتى الدفاع والانتاج الحربى اللجوء للتعاقد بالأساليب الاستثنائية للتعاقد ومن بينها الاتفاق المباشر.

ويشترط فى حالة الضرورة أن تكون حقيقية وغير مفتعلة، وغير ناشئة عن فعل الإدارة وإلا كان ذلك تحايلا[١].

٣- حالة الضرورة القصوى:

أجازت الفقرة الأخيرة من المادة السابعة من القانون المشار إليه لرئيس مجلس الوزراء فى حالة الضرورة القصوى أن يأذن بالتعاقد بالاتفاق المباشر فيما يجاوز الحدود المقررة للوزير المختص ومن له سلطاته، أى فيما يجاوز مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات وتلقى الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو مقاولات النقل.

وقد تعرض هذا النص لانتقادات شديدة سواء عند مناقشة مشروع القانون[٢]، أو من جانب الفقه، مفادها أن هذا الحكم يخول رئيس مجلس الوزراء الخروج عن أحكام القانون، وليس من حسن السياسة التشريعية فى الدولة الحديثة أن تضع السلطة التشريعية قواعد ثم تسمح بالخروج الكامل عنها بموافقة رئيس مجلس الوزراء، وأن اشتراط الضرورة القصوى التى تبرر هذا الخروج غير كاف، إذ أنها عبارة فضفاضة، والمرجع لتقدير مدى توافرها متروك لرئيس مجلس الوزراء أيضا، لا سيما إذا ما أخذ فى الاعتبار أن هذا الطريق

---

(١) مستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب - المرجع السابق - ص ٩٠.

(٢) مضبطة مجلس الشعب - الجلسة الثانية والثمانين - ١٩٩٨/٥/٦ - ص ١٥ حيث ارتأى أحد الأعضاء أن السلطة الممنوحة لرئيس مجلس الوزراء هى مدخل من مداخل أوامر التكليف التى أضاعت على الدولة والبنوك عشرات المليارات.

من طرق التعاقد هو بحسب الأصل أمر غير مرغوب فيه، فهو أبغض المباح فى هذا القانون ويكفى أن اللجوء إليه غالباً ما يثير الشبهة(١).

والحق أن هذا النقد فى محله، لاسيما وقد أسيئ استخدام هذه السلطة إلى حد اهدار كافة القواعد القانونية المنظمة للتعاقد الإدارى، رغم عدم توافر حالة الضرورة القصوى، وهو ما أشارت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من أن العقد محل المراجعة أبرم بالأمر المباشر رغم قيمته الباهظة، وبمنأى عن كل قواعد القانون، وبخروج سافر عليها، وبتكئة من موافقة مجلس الوزراء... وانتهت الجمعية العمومية إلى مخالفة ذلك العقد لحكم القانون ولما فرضه المشرع فى هذا الشأن(٢).

ثانيا: ضوابط التعاقد بطريق الاتفاق المباشر:

إذا ما توفرت حالة الاستعجال المبررة لسلوك جهة الإدارة طريق التعاقد بالاتفاق المباشر، فإنه يتعين توافر عدة شروط قبل الحصول على الترخيص أو الإذن بالتعاقد من المختص بإصداره وتتمثل هذه الشروط فى الآتى:

١- صدور قرار مسبب من السلطة المختصة بالموافقة على اتباع أسلوب الاتفاق المباشر فى التعاقد دون سواه من أساليب التعاقد(٣).

٢- عدم جواز تكرار التعاقد بالاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة فى ذات السنة المالية بالنسبة لذات العملية موضوع التعاقد إلا فى الحالات التى لا يجاوز فيها مجموع قيمة ما يتم تكراره من تعاقدات عن ذات العملية الحد الأقصى المقرر قانوناً(٤).

---

(١) مستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب - المرجع السابق - ص ٩٣.

(٢) افتاء الجمعية العمومية ملف رقم ٣٤٤/١/٥٤ - جلسة ١٩٩٨/١/٢١ - سبقت الاشارة إليه.

(٣) مادة (٥٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٤) مادة (٥١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

٣- تحديد المختصين بمباشرة إجراءات التعاقد بالاتفاق المباشر، والذين يقع على عاتقهم مسئولية التحقق من مطابقة الأصناف أو الأعمال من حيث النوع والمواصفات للغرض المطلوب من أجله، وأن الأسعار مناسبة لسعر السوق من واقع ما يتم الحصول عليه من عروض ترفق بأوراق العملية(١).

ثالثا: التعاقد بطريق الاتفاق المباشر فيما بين الجهات الإدارية وبعضها:

أجازت المادة (٣٨) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى للجهات الإدارية التى تسرى عليها أحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر.

وهذه الجهات طبقاً لحكم المادة الأولى من مواد اصدار القانون المشار إليه هى وحدات الجهاز الإدارى للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية.

ويثور التساؤل عما إذا كان التعاقد بين الجهات الإدارية وبعضها يخضع للحدود المنصوص عليها فى المادة السابعة من القانون سالف الذكر والمشار إليها سلفاً؟

أجابت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع على هذا التساؤل بالنفى حيث أكدت على أن المشرع رأى عدم خضوع ما تجريه الجهات الإدارية من تعاقدات فيما بينها بالأمر المباشر للحدود الواردة فى المادة السابعة من القانون سالف الذكر، وأن القول بغير ذلك اهدار لنص المادة (٣٨)، والمستقر عليه أن إعمال النص خير من اهماله(٢).

وبناء على ما تقدم تستطيع الجهات الإدارية المشار إليها إجراء تعاقدات فيما بينها بالأمر المباشر دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى المادة السابعة

---

(١) مادة (٥٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٢) افتاء الجمعية العمومية رقم ٥٢٨ - جلسة ٢٠٠٢/٤/١٧ - سبقت الاشارة إليه.

آنفة الذكر، مع ملاحظة ضرورة تطبيق كافة القواعد والضوابط المتعلقة بالتعاقد الإدارى بصفة عامة، من حيث الالتزام بأداء التأمين الابتدائى والنهائى بحسبان أن الأمر فى النهاية يتمخض عنه عقد إدارى بالمعنى الفنى(١).

---

(١) افتاء إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى .لف رقم ٦٦/١/٣ بتاريخ ٢٠٠١/٩/١٦ بشأن مراجعة بروتوكول التعاون بين وزارة الرى ووزارة الانتاج الحربى - غير منشور، وفى ذات المعنى افتاء اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة - ملف رقم ٥٥/٢١٣ - جلسة ٢٠٠١/١٠/٢٤ - غير منشور.

الفصل الثانى

المراحل السابقة على ابرام

عقد التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

يأخذ ابرام عقد التوريد الإدارى شكل عملية مركبة، إذ تتخذ جهة الإدارة إجراءات تمهيدية تسبق ميلاده، وتهيئ لمولده، كما أن هناك قيوداً تسبق ابرام العقد يتعين على الإدارة احترامها، وقد يلزمها المشرع باستشارة بعض الجهات الأخرى، وذلك توصلا لاختيار أفضل الموردين للتعاقد معه.

وفور انتهاء جهة الإدارة من الإجراءات التمهيدية المشار إليها يتعين عليها اعداد كراسة الشروط العامة والخاصة للتعاقد، وبيان مواصفات الأشياء محل العقد المزمع ابرامه، وهو ما يطلق عليه اعداد كراسة الشروط والمواصفات.

وتعبر الإجراءات المشار إليها عن رغبة الإدارة فى التعاقد، غير أن هذه الإجراءات تبدو عديمة الأثر ما لم تعلن جهة الإدارة عن رغبتها من خلال دعوة الكافة للتعاقد وبإتمام هذه الدعوة تتهيئ الإدارة لاستقبال من يحقق لها تلك الرغبة.

وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: القيود السابقة على ابرام عقد التوريد الإدارى.

المبحث الثانى: اعداد كراسة الشروط والمواصفات.

المبحث الثالث: الدعوة للتعاقد.

المبحث الأول

القيود السابقة على ابرام

عقد التوريد الإدارى

تلتزم جهة الإدارة قبل أن تشرع فى ابرام عقد التوريد الإدارى بمراعاة بعض القيود تتمثل فى ضرورة توافر الاعتماد المالى، والحصول على الإذن بالتعاقد، واستشارة بعض الجهات الإدارية الأخرى، وذلك على التفصيل التالى:

أولا: توافر الاعتماد المالى: Les autorisations Budgetaires

طبقاً للمبدأ العام الذى يقضى بأن أى انفاق عام يستوجب أن يكون له اعتماد مالى، فإن الإدارة لا تستطيع الارتباط أو التعاقد إلا إذا توافر لديها الاعتماد المالى اللازم لتغطية هذا الالتزام(١).

ويعرف الاعتماد المالى بأنه ترخيص من السلطة التشريعية للجهة الإدارية فى استخدام هذا الاعتماد فى الغرض الذى خصص له(٢).

وتوافر الاعتماد المالى ليس معناه التزام الإدارة بإجراء التعاقد، إذ قد لا ترى موجباً للتعاقد رغم وجود هذا الاعتماد.

---

(١) تنص المادة ٣/٨ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ بشأن المحاسبة الحكومية على أنه: وعلى الجهات الإدارية قبل ابرام أى عقد أو اتفاق مالى الحصول على اقرار كتابى من المسئولين عن نظام الارتباطات بسماح البند المخصص الجائز الخصم عليه قانوناً بقيمة هذا الارتباط» - كما تنص المادة (٦) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٨١ لسنة ١٩٨٢ على أنه: لا يجوز الأمر بالارتباط أو التعاقد إلا فى حدود الاعتمادات المخصصة للجهة الإدارية وفى ذات الأغراض التى يخصص لها كل بند من بنود الموازنة العامة.

(٢) مستشار/ أحمد منصور - المرجع السابق - ص ٥١.

والأصل أن يتم التعاقد على التوريدات فى حدود ما هو مدرج بموازنة السنة المالية التى يتم التعاقد خلالها، واستثناء من هذا الأصل أجاز المشرع ابرام عقود توريد تجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب عليها زيادة الالتزامات فى إحدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر فى السنة المالية التى يتم فيها التعاقد(١).

اثر مخالفة جهة الإدارة للقواعد المتعلقة بالاعتماد المالى على صحة العقد:

ويثور التساؤل عن مخالفة جهة الإدارة للقواعد المتعلقة بالاعتماد المالى سواء تعاقدت الإدارة بالرغم من عدم وجود اعتماد مالى، أو تجاوزت الاعتماد المرصود؟

الفقه(٢) والقضاء مستقران على اعتبار العقد صحيحاً، وملزماً للإدارة فى مواجهة المتعاقد معها وذلك استناداً إلى أن الروابط الناشئة عن العقود الإدارية هى روابط ذاتية وليست روابط تنظيمية، ويجب من ناحية حماية الغير الذى لم يكن فى مقدوره التعرف مقدما عما إذا كان قد صدر اعتماداً من عدمه، أو كان الاعتماد يسمح بابرام العقد من عدمه، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة فى الإدارة.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بالغاء قرار جهة الإدارة بالامتناع عن الوفاء بالتزاماتها العقدية بحجة عدم وجود اعتمادات مالية(٣).

---

(١) تنص المادة ٢/٣٦ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أنه «ويجوز ابرام عقود التوريدات والخدمات الدورية لمدة تجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب عليها زيادة الالتزامات فى إحدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر فى السنة التى يتم فيها التعاقد.

(٢) جيز - المرجع السابق - ص ١٦، د.سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٣٠٥، د. حمدى حسن الحلفاوى - المرجع السابق، ص ١٢٤، د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، المرجع السابق ص١٥٩.

(٣) C.E. 25-11-1931, Rec. 1.29.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «لا يسوغ لجهة الإدارة التعلل بعدم وجود اعتماد مالى لعدم صرف مستحقات المتعاقد معها[١].

كما قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بأن العقد الإدارى ينعقد صحيحا وينتج آثاره القانونية ولو لم يتوافر الاعتماد المالى اللازم، وعلى ذلك فعدم توافر الاعتماد المالى لا يصلح سنداً للقعود عن الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد[٢].

وترتيباً على ما تقدم فإن العقد الذى تبرمه جهة الإدارة بدون وجود اعتماد مالى أو تجاوزها للاعتماد المرصود يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره، مع مراعاة أن هذه المخالفة قد تثير مسئولية الإدارة العقدية عند اخلالها بالتزاماتها المالية.

ثانيا: الإذن بالتعاقد: L'autorisation préalable

قد يستلزم المشرع قبل ابرام عقد التوريد الإدارى صدور إذن أو تصريح من جهة معينة، وفى هذه الحالة يحظر على الإدارة السير فى إجراءات التعاقد قبل الحصول على هذا الإذن أو ذلك التصريح.

ويأخذ الإذن صوراً متعددة، فقد يكون فى صورة قانون[٣]، أو

---

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٧٥ لسنة ١ ق - جلسة ١٩٥٦/٢/١١ - المجموعة - السنة الأولى ص ٦٩٨.

(٣) افتاء الجمعية العمومية رقم ٥٠١ بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/١ - ملف رقم ٣١٢٦/٢/٣٢ - المجموعة فى المدة من يولية ٢٠٠٠ إلى ديسمبر ٢٠٠٠ - ص ٤٩، وبذات المعنى افتاء الجمعية العمومية رقم ٨٩٦ بتاريخ ١٩٩٣/١١/٧ - جلسة ١٩٩٣/١١/٣ - ملف رقم ٢٢٦٢/٢/٣٢ - المجموعة السنتان السابعة والأربعون والثامنة والأربعون من أول أكتوبر ١٩٩٢ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٤ ص ٥٠٦.
وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٠٣١٣ لسنة ٤٦ ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٩ - لم ينشر بعد.

(٣) ومثال صدور الإذن فى صورة قانون ضرورة موافقة مجلس الشعب على عقود التوريد التى=

قرار جمهورى[١]، أو قرار يصدر من رئيس مجلس الوزراء[٢]، أو قرار وزارى[٣]، أو أية جهة إدارية أخرى[٤].

= يلتزم المورد بمقتضاها بتوريد كمية على عدد من السنوات مقابل أداء قيمة ما يتم توريده، بينما لا يلزم الحصول على هذه الموافقة إذا تعلق الأمر بعقود التوريد التى يلتزم فيها المورد بالتوريد دون تحديد كمية ما يتم توريده، وترك ذلك لأوامر التوريد، على أساس أن الالتزام بأداء الثمن فى هذه الحالة لا ينشأ إلا بصدور أمر التوريد الذى يصدر فى سنة معينة وفى حدود احتياجات هذه السنة (افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - رقم ٥٣٨ بتاريخ ١٩٧٨/٦/٤- جلسة ١٩٧٨/٥/٣- مجموعة العقود فى أربعين عاما- ص٢٠٢).

(١) ومثال صدور الإذن بالتعاقد فى صورة قرار جمهورى ضرورة موافقة رئيس الجمهورية على شراء صفقات الأسلحة طبقا للقانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥.

(٢) ومثال صدور الإذن بالتعاقد فى صورة قرار من رئيس مجلس الوزراء ما نصت عليه المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٣٦١ لسنة ١٩٨٦ بترشيد الانفاق الحكومى والذى حظر على الجهات الإدارية شراء سيارات الركوب الجديدة بغير الحصول على إذن رئيس مجلس الوزراء فى الحالات التى يقدرها، وبناء على المبررات القوية التى يبديها الوزير المختص، وقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٩٩ لسنة ٢٠٠٢ بتاريخ ٢٠٠٢/٧/٣ باستمرار العمل بالقرارات والكتب الدورية السابق صدورها للحد من أوجه الانفاق الحكومى.

(٣) ومن أمثلة صدور الإذن بالتعاقد فى صورة قرار وزارى ما قررته اللجنة العليا للسياسات بجلستها المعقودة بتاريخ ١٩٨٧/٦/١٥ من تفويض وزير الاقتصاد فى البت فى طلبات الجهات الإدارية استيفاء احتياجاتها من السلع المستوردة عن طريق الشراء من السوق المحلى فيما يزيد على مائة الف جنيه.

(٤) ومثال صدور الإذن بالتعاقد فى صورة موافقة جهة إدارية أخرى ما ورد فى الفقرة الأولى من الكتاب الدورى رقم ٥ لسنة ١٩٨٣ الصادر عن الهيئة العامة للخدمات الحكومية بوزارة المالية والتى تنص على الرجوع إلى الهيئة العامة للخدمات الحكومية (الإدارة العامة للمشتريات) لتحديد احتياجات الجهات الإدارية من أصناف ورق الكتابة والترخيص بشراء الكميات اللازمة من أصناف الورق. وكذلك الأمر فى فرنسا حيث يستلزم المشرع الفرنسى =

وتجدر الاشارة إلى أن الإذن بالتعاقد يختلف عن قرارات التعاقد، فى أن الإذن بالتعاقد لا يُلزم السلطة المختصة، بمعنى أن تلك السلطة قد ترى عدم التعاقد رغم الحصول على هذا الإذن(١).

ويترتب على مخالفة جهة الإدارة لهذا القيد، أى قيامها بابرام العقد دون الحصول على إذن بالتعاقد بطلان العقد بطلانا مطلقا لانعدام الرابطة التعاقدية(٢)، ويثير مسئولية الإدارة على أساس المسئولية التقصيرية إذا ما توافرت شروطها، أو على أساس قاعدة الاثراء بلا سبب بحسب الأحوال، ولكن إذا استفاد المتعاقد من العقد الباطل، فإنه لا يجوز المساس بآثار هذا العقد التى تكون قد تمت فى الماضى استناداً إلى حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الإدارة(٣).

ثالثا: الاستشارات السابقة: Les interventions consultatives

أحيانا يلزم المشرع جهة الإدارة باستشارة جهة معينة قبل التعاقد، دون أن يكون الرأى الاستشارى ملزما لها، ولكن بغرض الاستفادة من الخبرات الفنية أو المالية أو التعاقدية التى تتمتع بها تلك الجهات.

أ - الجهات الاستشارية فى فرنسا:

تلتزم السلطة المختصة بابرام العقد فى فرنسا بطلب الرأى الاستشارى من

= موافقة سلطات الوصاية الإدارية على قرار المجلس المنتخب بالتعاقد، وقرار الموافقة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً إذا لم ترد السلطة المركزية خلال ثلاثين يوما من تاريخ ايداع محضر اجتماع المجلس المنتخب.

لمزيد من التفاصيل انظر: د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، المرجع السابق ص ١٨٠.

(١) جيز - المرجع السابق - ص ٦٣.

(٢) على عكس تخلف الاعتماد المالى الذى لا يؤدى إلى بطلان العقد وإنما يبقى العقد صحيحا منتجا لآثاره.

(٣) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٣٠٧، د. حمدى حسن الخلفاوى، المرجع السابق، ص١٢٧.

جهات محددة فى القانون دون أن يكون هذا الرأى ملزما من حيث المبدأ، وقد أنشأ المشرع الفرنسى جهتين استشاريتين هما: ١- اللجان الخاصة بعقود الشراء العام كلجنة عقود التموينات العامة ولجنة المواد البيولوجية الطبية(١).

٢- اللجان المركزية لعقود الشراء العام وينحصر دورها فى تنسيق ورقابة طلبات الشراء العام (المواد ٢٦، ٢٢١، ٢٤١ من تقنين عقود الشراء العام).

ب - الجهات الاستشارية فى مصر:

أوجب القرار الجمهورى رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٢ بشأن استخدام الجهات الحكومية للحاسبات الالكترونية استشارة الجهاز المركزى للتعبئة والاحصاء بداية من مرحلة دراسة الجدوى والاستخدام للحاسبات الالكترونية إلى مرحلة التعاقد(٢).

ولم يرتب المشرع ثمة جزاء على اغفال أخذ رأى الجهاز المشار إليه فى هذا الشأن، ومن ثم فإن العقد يبقى صحيحا فى حال ابرامه دون أخذ رأى الجهاز المذكور.

كما أوجبت المادة (١١) من القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٦٠ بشأن الجهاز المركزى للمحاسبات احالة مشروعات عقود التوريد والأشغال العامة، وكل عقد يمكن أن يرتب حقوقا والتزامات مالية على عاتق الدولة وغيرها من الأشخاص

---

(١) المواد ١٥، ٢٦، ٢٢١ من تقنين عقود الشراء العام حيث حدد المشرع دور هذه اللجان فى أن يقوم رئيس اللجنة المختصة بتبليغ الإدارة المالية الرأى بملاحظات اللجنة على مشروع العقد خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الرأى، ويجب أن يكون قرار جهة الإدارة المخالف لرأى اللجنة مسبباً.

(٢) تنص المادة الأولى من القرار الجمهورى رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٢ على أن: تخضع لرقابة ديوان المحاسبات المسبقة عقود التوريد والأشغال العامة وعلى وجه العموم كل عقد يرتب حقوقا أو التزامات مالية للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة إذا زادت قيمته على خمسة آلاف جنيه....».

العامة إلى ديوان المحاسبات (الجهاز المركزى للمحاسبات) وذلك إذا زادت قيمته على ٥٠٠٠ جنيه، وتهدف هذه الاستشارة إلى التأكد من أن الانفاق على العقود المزمع ابرامها سيتم من خلال الاعتمادات المالية المدرجة لها فى الميزانية، ووفقا للقواعد المالية المقررة، ويحق لرئيس الجهاز المركزى للمحاسبات الاعتراض عليه بقرار مسبب، ويجوز للوزير المختص عرض الأمر على رئيس الجمهورية، ويعمل بالقرار الصادر فى هذا الشأن سلباً أو ايجاباً.

المبحث الثانى

إعداد كراسة الشروط والمواصفات

بعدما تفرغ جهة الإدارة من الحصول على الإذن بالتعاقد، والاستشارات اللازمة، ويتوافر لديها الاعتماد المالى اللازم للتعاقد، فإنها تبدأ فى وضع التصور المبدئى لعقد التوريد المزمع ابرامه من خلال ما يعرف بكراسة الشروط والمواصفات التى تتضمن العديد من أحكام وشروط التعاقد، وكذلك قوائم الأصناف التى تحتاجها جهة الإدارة.

وتحظى كراسة الشروط والمواصفات بأهمية عملية كبرى باعتبارها بياناً حقيقياً لاحتياجات الإدارة الفعلية، كما أن الشروط والأحكام الواردة فيها ملزمة لجهة الإدارة لا يجوز تعديلها إلا بضوابط معينة على ما سيأتى ذكره، وكلما كانت الشروط الواردة فيها متسمة بطابع العمومية والتجريد، كان ذلك تطبيقاً عملياً لمبدأ المنافسة والمساواة(١).

وأخيراً تساعد كراسة الشروط على تشكيل موقف المورد الذى يتقدم للتعاقد مع الإدارة بناء على مدى استيعابه لما ورد فى تلك الكراسة من شروط.

ويقتضى دراسة كراسة الشروط والمواصفات بحث كيفية اعدادها، وتحديد

---

(١) Quoncard: op. cit. p. 78.

البيانات الجوهرية التى يجب أن تتضمنها، ومدى جواز تعديلها بعد الاعلان عنها، وبيان طبيعتها القانونية، وأخيرا ثمنها وبيعها.

أولا: كيفية اعداد كراسة الشروط والمواصفات:

يتم اعداد كراسة الشروط والمواصفات على مرحلتين:

أ - تحديد الاحتياجات الفعلية لجهة الإدارة:

يجب أن يكون تعاقد الإدارة فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل(١)، ويتم تحديد تلك الاحتياجات على أساس دراسات واقعية وموضوعية يراعي فيها حساب معدلات استهلاك كل صنف بالكمية والقيمة، وتحديد مستويات التخزين والحدود الدنيا والقصوى لكل صنف ومقررات الصرف بما يكشف عنه تحديد المخزون السلعى والراكد منه وما تحتاج إليه الإدارة.

وينبنى على اخلال القائمين على تحديد الاحتياجات الفعلية لجهة الإدارة بعدم تحديد تلك الاحتياجات على نحو دقيق قيام مسئوليتهم التأديبية ولا يحق للجهة الإدارية مطالبة المورد بفروق الأسعار الناجمة عن توريد أصناف لا تحتاجها جهة الإدارة(٢).

---

(١) تنص المادة (٣٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن: يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة، كما تنص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على أن يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الانتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة مع مراعاة مستويات التخزين ومعدلات الاستهلاك ومقررات الصرف، ولا يجوز التعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها أو بديلة عنها تفى بالغرض.

(٢) محكمة القضاء الإداري بقنا - حكمها فى الدعوى رقم ٧٨٠ لسنة ١ ق - جلسة ١٩٩٩/١١/١٧ - لم ينشر بعد. وذهبت المحكمة إلى أن الثابت أن مديرية الشئون الصحية بقنا قامت بطرح مناقصة توريد كميات من الأغذية لا تمثل الاحتياجات الفعلية اللازمة لمستشفيات بندر قنا، الأمر الذى ترتب عليه رسو العطاء على أحد المتناقصين وأنه لو =

وتختص إدارة المخزون السلعى[١] بالجهة الإدارية بدراسة تقدير الاحتياجات الفعلية على الأسس المشار إليها، فيما تتولى السلطة المختصة تقرير الاحتياجات الفعلية للجهة التى يرأسها.

ب - وضع المواصفات الفنية:

أشارت المادة التاسعة من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى إلى ضرورة أن يتم التعاقد على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة، وقد ناطت المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور بلجنة فنية تضم فى تشكيلها أعضاء يتمتعون بالخبرة بالأصناف المطلوبة، وتتولى تلك اللجنة وضع المواصفات الفنية، متوخية فى ذلك اعتبارات عديدة تتمثل فيما يلى:

١- تقسيم الأصناف إلى مجموعات متجانسة مع تجنب الاشارة إلى النوع أو الوصف أو الرقم الوارد فى قوائم الموردين، وكذلك تجنب ذكر علامة معينة أو

= طرحت المناقصة بمراعاة الاحتياجات الفعلية لكانت رست على شخص آخر من المتناقصين يقل عطاؤه عن المدعى عليه بمبلغ ... إذ أن الأمر يرجع إلي الجهة الإدارية فى تحديد الكميات المطلوبة طبقا للاحتياجات الفعلية، ومن ثم فإن مطالبة الجهة الإدارية بفروق الأسعار الناجمة عن قيام المورد بتوريد دواجن بدلا من اللحوم وإن كانت ترتب المسئولية التأديبية للقائمين على تحديد الاحتياجات الفعلية فهو لا يقوم سنداً لمطالبة المورد بهذه الفروق متى ثبت أن ما تم توريده من الصنفين كان بناء على أوامر التوريد الصادرة إليه.

(١) تنص المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٨ على أن: ينشأ فى كل وزارة أو محافظة أو مصلحة أو هيئة عامة... وحدة لمراقبة المخزون السلعى تختص بدراسة تقدير الاحتياجات الفعلية، وكذا احتساب معدلات الاستهلاك لكل صنف بالكمية والقيمة بالاشتراك مع الجهات الفنية المختصة وتصنيف المواد والمهمات... وتحديد مستويات التخزين الدنيا والقصوى لكل صنف... ومتابعة تنفيذ أوامر الشراء، كما تتولى ... وتحديد المخزون السلعى الراكد... لبحث امكانية استخدامه قبل شراء أصناف جديدة، أو العمل على التخلص منه.

وتنص المادة الثالثة من ذات القرار على أن تلتزم جميع الجهات المنصوص عليها فى المادة الأولى بموافاة الهيئة العامة للخدمات الحكومية بالبيانات الاجمالية عن المخزون الراكد.

مواصفات مما تنطبق على نماذج خاصة أو مميزة. ولا يسرى ذلك على ما تقتضيه ظروف توريد قطع الغيار أو مستلزمات التشغيل المطلوبة بذاتها، كما لا يسرى على الأشياء المحتكر صنعها أو استيرادها.

٢- ملاءمة المواصفات الفنية لطبيعة الانتاج المحلى، وذلك حماية للمنتج المحلى من المنافسة الأجنبية.

٣- مراعاة المواصفات القياسية المصرية[١] ومواصفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات التى تصدرها أو تعتمدها الجهات الفنية المختصة.

٤- فى الحالات التى يتعذر فيها توصيف الأصناف المطلوبة توصيفا دقيقا، فإن الطرح يكون على أساس العينات النموذجية، وفى هذه الحالة يجب النص على وزن العينة أو مقاسها أو حجمها، كما يجب تحديد نوع العبوة وسعتها ومواصفاتها فى الأصناف التى يلزم توريدها داخل عبوات ويجب أن تكون من حجم أو مقاس أو وزن يسمح بالفحص والتحليل.

٥- إذا كان موضوع التعاقد يستلزم توفير أعمال الصيانة وقطع الغيار[٢] فإنه يتعين تضمين كراسة الشروط النص على تحديد المدة اللازمة لتوفير هذه الأعمال، وتحديد نوع الصيانة المطلوبة، سواء كانت صيانة عادية أو شاملة قطع الغيار.

ثانيا: البيانات الجوهرية الواجب تضمينها كراسة الشروط والمواصفات:

ينبغى أن تتضمن كراسة الشروط والمواصفات العديد من البيانات الجوهرية التى يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع هى:

---

(١) حددت المادة الرابعة من القرار الجمهورى رقم ٣٩٢ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء الهيئة المصرية العامة للتوحيد القياسى اختصاص تلك الهيئة بوضع واصدار المواصفات القياسية للخامات والمنتجات الصناعية.

(٢) مادة (٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

أ - الشروط العامة التنظيمية:

وهى شروط ذات طابع تنظيمى تتضمن كيفية ابرام العقد، وتعليمات لمقدمى العطاءات واعتماد العقد، كما تتضمن ابراز الضمانات الممنوحة لمقدمى العطاءات من خلال النص على ما يكفل تحقيق المنافسة الحرة والمساواة بينهم.

وتتميز هذه الشروط بأنها ملزمة للإدارة، ومن شأن مخالفتها بطلان إجراءات التعاقد، ويستطيع صاحب المصلحة الطعن على مسلك الإدارة بدعوى تجاوز السلطة(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإدارى(٢) - وأيدتها فى ذلك المحكمة الإدارية العليا(٣) - بأن الشروط التى تطرح على أساسها المناقصة هى الأساس في تحديد العلاقة بين مقدمى العطاءات وبين جهة الإدارة ويجب التقييد بما ورد بها ولا يجوز الخروج عليها إلا باتفاق الطرفين، ورتبت على ذلك أنه طالما أن شروط المناقصة قد نصت صراحة على أن التأمين النهائى يكون بنسبة ٥٪ من جملة العطاء فمن ثم فإنه يتعين الالتزام بهذا القدر.

ب - الشروط الخاصة التعاقدية:

وهى تلك الشروط التى تضعها جهة الإدارة لضمان أفضل تنفيذ ممكن للعقد المزمع ابرامه فى سبيل تأمين أفضل سير للمرفق العام الذى يتصل به هذا العقد.

---

(١) راجع: چيز - المرجع السابق - ص ١٦٢.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٥٦٠١ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٩٢/٧/٥ - لم ينشر بعد - وقد انتهت المحكمة إلى عدم مشروعية قرار جهة الإدارة بمصادرة التأمين النهائى المقدم من المطعون ضدهما لعدم قيامهما بسداد التأمين النهائى الذى اشترطته لجنة البت بنسبة ١٠٪ بالزيادة عما جاء بشروط المناقصة.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٥٦ لسنة ٣٨ ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٢ - لم ينشر بعد.

وتتناول هذه الشروط بالتنظيم كيفية تنظيم العقد من حيث تحديد طريقة التوريد، وأماكن الاستلام، وكيفية أداء الثمن، والدفعة المقدمة، وغرامات التأخير، وأسباب الفسخ.

وتمتاز الشروط الخاصة بأنها ذات طبيعة تعاقدية، استقلت جهة الإدارة بصياغتها، فإن قبلها المورد، صارت تلك الشروط جزء لا يتجزأ من العقد وإن أبدى تحفظاته بشأنها وقبلت الإدارة تحفظاته صار ذلك جزء لا يتجزأ من العقد(١).

جـ - قوائم الأصناف والمواصفات الفنية:

تضم قوائم الأصناف بيانا دقيقا ومفصلا بالأصناف التى ترغب الإدارة فى شرائها من حيث نوع الصنف والكمية المطلوبة ومواعيد التوريد، وذلك على ضوء المواصفات الفنية للصنف المطلوب، مع ترك خانة للسعر يقوم صاحب العطاء بوضع سعر الوحدة واجمالى سعر الكمية التى سيقوم بتوريدها قرين كل صنف.

وتمتاز قوائم الأصناف والمواصفات الفنية بأنها ملزمة للمتعاقد الذى يتعين عليه تنفيذ التوريد طبقاً لما جاء بها ولا يستطيع الفكاك منها، كما تلتزم الإدارة بقبول الأصناف الموردة طبقاً لما ورد بقوائم الأصناف والمواصفات الفنية.

---

(١) افتاء الجمعية رقم ٣٩٢ بتاريخ ١٩٨٥/٤/٣ - جلسة ١٩٨٥/٣/٢٠ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - ص ٢٦٧.

وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٣٣٣ لسنة ٤٥ ق - جلسة ٢٠٠١/١١/٢٧ مجموعة مبادئها - المكتب الفنى - من ٢٠٠١/١٠/١ إلى ٢٠٠١/١٢/٣١ - ص ٩٣.

ثالثا: مدى جواز تعديل كراسة الشروط والمواصفات بعد الإعلان عنها:

المستقر عليه فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن الإدارة تستطيع أن تعدل من شروط المناقصة أو كراسة الشروط والمواصفات، إلا أن هذا الحق مقيد بقيدين:

الأول: ضرورة الإعلان مرة أخرى عن الشروط التى تم تعديلها، وبذات الإجراءات التى تم بها الإعلان أول مرة، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى ببطلان إجراءات المناقصة إذا تم تعديل شروط المناقصة أو كراسة الشروط دون إعلان(١).

الثانى: ضرورة احترام المدة التى حددها القانون بين النشر وبين تقديم العطاءات، وذلك حتى يستطيع المتقدمون فى المناقصة تكييف عطاءاتهم على ضوء الشروط الجديدة التى عدلتها جهة الإدارة(٢).

رابعا: الطبيعة القانونية لكراسة الشروط والمواصفات:

ثمة خلاف فى الفقه حول الطبيعة القانونية لكراسة الشروط والمواصفات، فقد ذهب البعض إلى أنها تعد جزء لا يتجزأ من العقد، وتمثل الشروط والمواصفات التى تحتويها أساسا للتعاقد بين جهة الإدارة ومقدم العطاء، حتى ولو لم ينص على ذلك فى مضمون العقد الذى تم ابرامه بين جهة الإدارة والمتعاقد معها(٣).

وتسير الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى ذات الاتجاه حيث قررت أن طرح الأصناف المراد شراؤها فى مناقصة أو ممارسة إنما يكون على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة، واشتراطات عامة وخاصة تستقل جهة

---

(١) C.E: 20-1-1933- commission administ'rative des Hospices d'Amiens Rec. p. 98.

(٢) C.E: 18-12-1968- compagnie génerale des eaux. Rec. p. 654.

(٣) د. جابر جاد نصار - المرجع السابق ص ٤٧.

الإدارة بوضعها، وبمجرد الإعلان عن المناقصة أو الممارسة تعتبر هذه الشروط والمواصفات هى قانون التعاقد الذى يتعين الالتزام بها وعدم الفكاك منها(١).

بينما ذهب رأى آخر - وبحق - إلى ضرورة التفرقة بين الشروط الخاصة التعاقدية وبين الشروط العامة التنظيمية، وأن الأولى فقط دون الثانية هى التى تعد جزء من العقد وواجبة التطبيق كحكم من أحكامه(٢).

ويترتب على هذه التفرقة أهمية عملية بالغة مؤداها أن الاخلال بالشروط التعاقدية يكون مشاراً للطعن من جانب الأطراف التعاقدية فقط الواحد تجاه الآخر، ويختص بنظر هذا الطعن قاضى العقد، فى حين لا يكون للغير سوى حق الطعن على الشروط العامة التنظيمية إذا ما تضمنت اخلالا بمبادئ العلانية والمساواة والمنافسة الحرة(٣).

خامسا: ثمن كراسة الشروط وبيعها:

بعد اعداد كراسة الشروط والمواصفات تتولى اللجنة الفنية التى قامت بإعدادها تقدير ثمن الكراسة، ويراعى تقدير الثمن على ضوء القيمة التقديرية الفعلية للكراسة وكافة المستندات الملحقة بها، مضافاً إليها نسبة ٢٠٪ كمصروفات إدارية، ثم تختم بخاتم الجهة الإدارية وتعتمد من مدير المشتريات بها(٤).

وتباع كراسة الشروط إلى من يطلبها بالثمن الذى قدرته الجهة الإدارية،

---

(١) افتاء الجمعية رقم ٦٩٢ بتاريخ ٢٠٠٢/٧/٢٢ - ملف رقم ٣٩٢/١/٥٤ - المجموعة - المدة من فبراير سنة ٢٠٠٢ حتى يولية ٢٠٠٢ - ص ١٥٥، وبذات المعنى: الافتاء رقم ٧٥٣ بتاريخ ٢٠٠٢/٨/١٥ - ملف رقم ١٠٥/١/٥٨ - المجموعة - الاشارة السابقة - ص ١٨٧.

(٢)، (٣) جيز - المرجع السابق، ص ١٥٨ ومابعدها.

(٤) مادة (٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

ولا يجوز لها تحميل قيمة تكاليف النشر على ثمن الكراسة[١].

وبالنسبة للمناقصات والممارسات الخارجية فيتم ترجمة كراسة الشروط والقوائم والمواصفات إلى اللغة الانجليزية أو الفرنسية بحسب الأحوال، على أن يذكر فيها أن النص العربى هو المعول عليه فى حالة الخلاف أو الالتباس فى مضمونها[٢].

المبحث الثالث

الدعـــوة للتعاقـــد

إذا ما انتهت الإدارة من تحديد احتياجاتها الفعلية تحديداً دقيقاً ومفصلا، وتبلور لديها التصور المبدئى لعقد التوريد المزمع ابرامه - وذلك من خلال كراسة الشروط والمواصفات وقوائم الأصناف - فإن ما انتهت إليه الإدارة على النحو المتقدم يبقى عديم الأثر ما بقى حبيس الأدراج الإدارية، ولن يؤتى ثماره إلا إذا علم به الأغيار، حيث يتعين على جهة الإدارة دعوتهم للتعاقد معها لشراء الأصناف التى تحتاجها.

وتثير الدعوة للتعاقد العديد من المشكلات القانونية والعملية باعتبارها نقطة البداية فى احتكاك الإدارة بالغير فى المجال التعاقدى. وبالتالى فإن دراسة الدعوة للتعاقد تقتضى بيان ماهيتها، وقيمتها العملية والقانونية، وصورها، وأحكامها القانونية، وجزاء مخالفة تلك الأحكام.

أولا: ماهية الدعوة للتعاقد:

يقصد بالدعوة للتعاقد: توجيه الدعوة إلى جميع الموردين المشتغلين بنوع

---

(١) تنص المادة (٣١٦) من اللائحة المالية للميزانية والحسابات على أن: جميع النفقات الخاصة بنشر الاعلانات تدفعها المصلحة طالبة النشر بالخصم على الاعتماد المدرج فى موازنتها لهذا الغرض.

(٢) يراجع: مستشار/ أحمد منصور، المرجع السابق، ص ٣٦.

النشاط الخاص بموضوع التعاقد المزمع، للتقدم بالعطاءات وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها وذلك خلال أجل محدد.

وقد حظيت الدعوة للتعاقد بعناية المشرعين الفرنسى والمصرى، فالمادة (٣٨) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسى تنص على أن: عقد الشراء العام تطرح على أساس دعوة عامة للمنافسة، كما جاءت المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى بالنص على أن المناقصة العامة والممارسة العامة كلتاهما إما داخلية يعلن عنها فى مصر أو خارجية يعلن عنها فى مصر وفى الخارج، ويكون الإعلان فى الصحف اليومية، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الاعلام واسعة الانتشار.

ثانيا: القيمة العملية والقانونية للدعوة للتعاقد:

تبدو القيمة العملية للدعوة للتعاقد فى تأكيد علم الكافة بما تريد الإدارة التعاقد عليه، ومن خلال علم الكافة بموضوع التعاقد، يمكن لهم الحصول على كراسة الشروط والمواصفات، حتى يتسنى للراغب فى الاشتراك التقدم بعطائه على ضوء تلك الشروط[١].

كما تبدو القيمة القانونية للدعوة للتعاقد فى وضع مبادئ العلانية والمنافسة الحرة والمساواة موضع التطبيق[٢]، حتى فى اطار المناقصة المحدودة أو المحلية أو الممارسة المحدودة.

فالدعوة للتعاقد وسيلة من وسائل تحقيق العلانية، والعلانية تؤدى إلى اثارة المنافسة الحرة فى إطار من المساواة، وينعكس ذلك كله على مصلحة الإدارة.

---

(١) يراجع فى ذلك: تقرير هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة - جلسة ١٩٨٨/١/٤ - رقم ١٢٢ بتاريخ ١٩٨٨/١/٣١ - غير منشور.

(٢) يراجع فى ذلك إفتاء إدارة الفتوى لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية رقم ٧٤٨ بتاريخ ١٩٨٩/٨/٢٧ - ملف رقم ٤٩٣/٢/٣ - غير منشور.

كما تبدو القيمة القانونية للدعوة للتعاقد فى امكانية مراقبة جهة الإدارة، والتأكد من مدى التزامها بتحقيق المبادئ المشار إليها، إذ تحول الدعوة للتعاقد بين الإدارة وبين الادعاء بقصر التعاقد مع طائفة معينة بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا للتعاقد(١).

ثالثا: صور الدعوة للتعاقد:

تختلف صورة الدعوة للتعاقد بحسب أسلوب التعاقد الذى قررت جهة الإدارة اتباعه، فإن هى قررت الأخذ بأسلوب المناقصة العامة أو الممارسة العامة كان الاعلان le publicite فى الجرائد اليومية هو الصورة الأساسية لتوجيه الدعوة للتعاقد، أما إذا قررت الأخذ بأسلوب المناقصة المحدودة، أو المحلية، أو الممارسة المحدودة، أو الاتفاق المباشر، فإن الدعوة للتعاقد تتم فى صورة توجيه خطاب مسجل بعلم الوصول إلى الموردين المشتغلين بنوع النشاط.

بيد أن ثمة أحكام مشتركة تخضع لها صور الدعوة للتعاقد، فيما يبدو أوجه الخلاف بينهما من حيث وسائل النشر والمدد القانونية المقررة لكل منهما، وذلك على التفصيل التالى:

أ - الأحكام المشتركة التى تخضع لها صور الدعوة للتعاقد:

ينبغى أن تتضمن الدعوة للتعاقد أياً كان صورتها - إعلان أو خطاب مسجل بعلم الوصول - العديد من البيانات الجوهرية التى تكفل الاحاطة بعناصر عقد التوريد المزمع ابرامه(٢).

---

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٢١٩.

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة (٣٨) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسى على وجود تضمين الدعوة للتعاقد البيانات الآتية:

١ ـ تحديد الإدارة صاحبة التعاقد.

٢ ـ محل العقد وخصائصه الأساسية.

٣ ـ أسلوب التعاقد (مناقصة ـ ممارسة). =

وينبغى أن تتحلى الدعوة للتعاقد - أياً كانت صورتها - بالعديد من الخصائص والسمات القانونية، إذ يجب أن تكون تلك الدعوة كاملة complète بأن تكون متضمنة كافة البيانات الجوهرية، كما يجب أن تكون فعالة بأن تؤدى الغاية التى إبتغاها المشرع من اقرارها.

ب - أوجه الاختلاف بين صور الدعوة للتعاقد:

تتجلى أوجه الاختلاف بين وسيلة الاعلان ووسيلة الخطاب الموصى عليه بعلم الوصول فى أسلوب التعاقد وكيفية الدعوة والمدد القانونية.

وفيما يتعلق بالإعلان: فقد اعتنق المشرع الفرنسى أسلوب الإعلان فى الصحف عن المناقصة العامة، والمناقصة المحدودة (المقيدة)، والممارسة، ويجب أن يتم النشر فى النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام.

(١)Bulletin officiel des Annonces des marchés publics.

كما يكون لجهة الإدارة الحق فى نشر الإعلان فى أى نشرة أخرى مرخص لها بنشر الإعلانات الرسمية.

=

٤ ـ سابقة الأعمال.

٥ ـ تاريخ ومكان تلقى العطاءات.

٦ ـ تاريخ ومكان البدء فى إجراءات المناقصة أو الممارسة.

٧ ـ مكان شراء كراسة الشروط والمواصفات.

٨ ـ مدة ارتباط صاحب العطاء.

٩ ـ تاريخ ارسال الإعلان للنشر.

كما أوجب المشرع المصرى ضرورة أن يتضمن الإعلان الجهة التى تقدم إليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف المطلوب ومبلغ التأمين المؤقت، ونسبة التأمين النهائى ،ثمن نسخة كراسة الشروط وملحقاتها، وأية بيانات أخري ترى الجهة الإدارية أنها ضرورة لصالح العمل (المواد ١٢، ٣٥، ٣٧، ٤٧ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(١) ويرمز لها بالأحرف الآتية: B.O.A.M.P.

أما بالنسبة لمدة الاعلان وهى المدة الزمنية التى يمكن خلالها للراغبين فى التعاقد تقديم عطاءاتهم، فيوجد فى فرنسا مدتان للإعلان، المدة الأولى هى المدة التى يجب على الجهة المختصة بنشر الإعلان تنفيذ التزامها بالنشر خلالها، وهى بحسب صريح نص المادة (٣٨) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسى خلال الأحد عشر يوماً التالية لتاريخ استلامها للإعلان، وتخفض هذه المدة فى حالة الاستعجال إلى ستة أيام.

أما المدة الثانية فهى المدة التى يتعين على راغبى التعاقد تقديم عطاءاتهم خلالها، وقد حددها المشرع الفرنسى فى حالة المناقصة العامة بستة وثلاثين يوما بدءاً من تاريخ ارسال الإعلان للنشر، ويمكن تخفيضها فى حالة الاستعجال إلى خمسة عشر يوما على الأقل، أما فى حالة المناقصة المحدودة وبحسب صريح نص المادة ٩١ من التقنين المشار إليه، فيجب ألا تقل عن واحد وعشرين يوما من تاريخ ارسال الإعلان إلى الجهة المختصة بالنشر، ويمكن تخفيضها إلى خمسة عشر يوما فى حالة الاستعجال(١).

والبين مما تقدم أن المشرع الفرنسى قد اعتبر تاريخ ارسال الإعلان للجهة المختصة بالنشر هو بدء مدة تسليم العطاءات، وهو اتجاه منتقد باعتبار أنه لم يلزم الجهة الناشرة بالنشر فى موعد محدد، وإنما منح لها سلطة تقديرية فى تحديد موعد النشر خلال المدة التى قررها المشرع (وهى أحد عشر يوماً فى الظروف العادية وستة أيام فى حالة الاستعجال) وهو ما يؤدى - بلا شك - إلى ارتباك أصحاب العطاءات لاسيما إذا ما تقاعست الجهة المختصة بالنشر عن نشر الإعلان حتى اليوم الأخير من المدة المقررة للنشر.

أما فى مصر، فقد اعتنق المشرع أسلوب الإعلان عن المناقصة العامة فى

---

(١) Art 91-2. Le délai de Réception des condidatures ne peut être inférieur a vingt un jours a compter de la date d'envoi de l'avis précité en cas d'urgence ne Resultant pas de son fait, la personne Responsable du marche peut décider de Ramener ce délai à qunze jours ou moins.

الصحف اليومية وذلك على النحو المستفاد من حكم المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى، والتى أوجبت الإعلان عن المناقصة العامة فى الوقت المناسب على مرتين فى صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار[١]، وذات الأمر يتعين اتباعه بشأن الإعلان عن الممارسة العامة بحسب الاحالة الواردة فى المادة ٤١ من اللائحة المشار إليها[٢].

وبالنسبة للمناقصة العامة الخارجية فإنه ولئن كان نص المادة ٣/١٢ من اللائحة التنفيذية المشار إليها قد جرى على أن يتم الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج باللغتين العربية والانجليزية، إلا أنه لا شك فى وجوب أن يتم الإعلان على مرتين فى صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار، ومما يؤكد هذا النظر أن المشرع استهل الفقرة المذكورة بالنص على أن يتم الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر، وبديهى أن الإعلان عن المناقصات العامة فى مصر يجب أن يتم بالأسلوب الذى حددته المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر، وهو ما يسرى على المناقصات العامة الخارجية أيضاً.

وقد أضاف المشرع إلى وسيلة الإعلان عن المناقصات الخارجية وسيلة أخرى مؤداها أن تطلب الجهة الإدارية من سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها اخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة فى تلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة.

وفيما يتعلق بمدة الإعلان، فقد أخذ المشرع المصرى - وحسناً فعل - بمعيار واضح هو تاريخ النشر حيث حددت المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر مدة ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاء فى المناقصة العامة الداخلية والخارجية، ويبدأ سريان تلك المدة اعتباراً من تاريخ أول إعلان فى الصحف اليومية.

---

(١) تنص المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية المشار إليها على أن: يتم الاعلان عن المناقصة العامة الوقت المناسب على مرتين فى صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار.

(٢) تنص المادة (٤١) من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر على أن: يجب الإعلان عن الممارسة العامة فى الوقت المناسب طبقاً لإجراءات النشر عن المناقصة العامة المبينة بهذه اللائحة.

وقد أجاز المشرع تقصير تلك المدة إلى ما لا يقل عن عشرين يوما بشرط موافقة السلطة المختصة، ولم يحدد المشرع الحالات التى يجوز فيها تقصير مدة النشر، وإن كان يمكن الاستهداء بما ورد فى الفقرة الثانية من المادة (٤١) من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر والتى أجازت تقصير مدة النشر عن الممارسة العامة إلى عشرة أيام فى حالة الاستعجال، وبالتالى يكون مناط تقصير مدة النشر عن المناقصة العامة إلى عشرين يوما هو توافر حالة الاستعجال التى تستدعى التقصير، وإن كان ذلك لا يمنع من ضرورة تدخل المشرع بالنص صراحة على الحالات التى يجوز فيها تقصير مدة النشر عن المناقصة العامة، حتى لا يكون ذلك ذريعة للتنصل من المدة اللازمة للنشر عن المناقصة العامة.

كما يعيب اتجاه المشرع فى شأن مدة النشر عدم إفراده مدة أطول للنشر عن المناقصة الخارجية إذ ساوى بينها وبين المناقصة الداخلية من حيث مدة النشر، دون مراعاة ما قد تحتاجه المناقصة العامة الخارجية من وقت أطول لتقديم العطاءات، واقترح أن تتضاعف مدة النشر إلى ستين يوما، لا سيما وأن المخاطبين دوما بالإعلان عن المناقصة الخارجية هم شركات أجنبية تحتاج إلى وقت أطول لإعداد العطاءات، وما يسبقه ذلك من طلب بعض المعلومات التى وإن كانت لا تتصل بموضوع المناقصة إلا أنها تؤثر بشكل مباشر على كيفية اعداد العطاء، ومن ذلك على سبيل المثال استقرار سعر العملة والمناخ الاقتصادى العام.

أما فيما يتعلق بمدة النشر عن الممارسة العامة فقد حددتها المادة (٤١) من اللائحة سالفة الذكر بثلاثين يوما شأنها شأن المناقصة العامة، إلا أن المشرع أجاز فى حالة الاستعجال تقصير تلك المدة إلى عشرة أيام من تاريخ أول إعلان عن الممارسة بعد موافقة السلطة المختصة.

الخطابات الموصى عليها: D'avis de Reception Postal

اعتنق المشرع المصرى هذه الطريقة لتوجيه الدعوة للتعاقد فى حالات

المناقصة المحدودة[١]، والمناقصة المحلية[٢]، والممارسة المحدودة[٣].

وتتسم هذه الطريقة بالسهولة وقلة التكلفة وضمان توافر العلم بموضوع التعاقد، بخلاف الإعلان فى الصحف اليومية الذى يقوم على قرينة العلم الافتراضى بموضوع المناقصة، بالاضافة إلى تكاليف الاعلان والتى تمثل ضغط على الانفاق العام.

وفيما يتعلق بمدة ارسال الخطابات الموصى عليها بعلم الوصول، فلم يتبع المشرع مدة واحدة إذ أوجب ارسال تلك الخطابات لأكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة المحدودة أو الممارسة المحدودة قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بخمسة عشر يوماً على الأقل، وعشرة أيام بالنسبة للمناقصة المحلية.

وفى حالة الاستعجال، أجاز المشرع ارسال الدعوة مع مخصوص قبل الموعد المحدد بخمسة أيام، وذلك بالنسبة للممارسة المحدودة فقط.

ولا شك أن المغايرة فى المدة اللازمة لتقديم العطاءات لمجرد اختلاف أسلوب التعاقد أمر منتقد لانتفاء العلة من المغايرة، اللهم إلا فى حالة الاستعجال، ومن الأفضل توحيد مدة توجيه الدعوة للتعاقد على مستوى أساليب التعاقد، لا سيما وأن المخاطبين بتلك الدعوة هم أصحاب العطاءات، وقد يؤدى المغايرة فى موعد تقديم العطاء إلى إحداث اللبس فى المدة التى يجب تقديم العطاء خلالها.

جزاء مخالفة الأحكام القانونية للدعوة للتعاقد:

كثيراً ما تقع الإدارة فى شرك المخالفة للأحكام القانونية المنظمة للدعوة للتعاقد، ولأن الغالب الأعم من تلك الأحكام يعد بمثابة القواعد الآمرة التى يتعين على الإدارة الالتزام بها، فإن القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر يواجه

---

(١) مادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٢) مادة (٣٧) من اللائحة - الاشارة السابقة.

(٣) مادة (٤٧) من اللائحة - الاشارة السابقة.

إخلال الإدارة بتلك القواعد بجزاء البطلان.

غير أنه ليس كل خطأ أو اخلال مهما كان وزنه أو نوعه من شأنه أن يؤدى إلى تقرير جزاء البطلان، بل إن الأمر يتوقف على مدى جسامة المخالفة، وأثرها على تحقق الغاية من الدعوة للتعاقد من عدمه.

وباستقراء اتجاهات القضاء فى هذا الشأن يمكن تقسيم المخالفات التى تقع فيها الإدارة إلى ثلاث حالات، نعرض لكل منها فيما يلى مع بيان الجزاء المترتب على وقوعها.

أ - أثر مخالفة النشر فى الصحف اليومية:

تلتزم الإدارة بالنشر عن المناقصة العامة أو الممارسة العامة فى النشرة الرسمية لاعلانات عقود الشراء العام فى فرنسا، وفى صحيفة يومية على مرتين، أو صحيفتين يوميتين فى مصر وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بالبطلان كجزاء على اهمال الإدارة النشر بهذه الوسيلة حيث قضى بأن اهمال النشر فى النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام أو فى صحيفة مرخص لها قانونا بنشر الاعلانات الرسمية وفقا لمقتضيات المادة (٣٨) من قانون عقود الشراء العام من شأنه أن يؤدى إلى عدم مشروعية العقد باعتبار أن هذه المخالفة من المخالفات الجوهرية(١).

وفى مصر اعتنقت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة معياراً غائياً يستند إلى مدى تحقق الغاية من النشر فى ظل وجود المخالفة من جانب جهة الإدارة، حيث قررت اللجنة بأن اهمال جهة الإدارة النشر عن المناقصة العامة فى الجرائد اليومية الواسعة الانتشار واغفالها لعدد مرات النشر تؤدى إلى حرمان عدد غير محدد من الأشخاص من الاشتراك فى المناقصة وبالتالى بطلان الاعلان(٢).

---

(١) C.E: 26-9-1994, commune de paut - à - Marq , Rec. N. 12987.

(٢) يراجع فى ذلك: تقرير هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة - رقم ١٢٢ بتاريخ ١٩٨٨/١/٣١ - سبق الاشارة إليه.

كما قررت بأنه إذا تحققت الغاية من النشر فلم تؤثر المخالفة التى وقعت فيها فى عدد العطاءات المقدمة فى المناقصة جاز التجاوز عن مخالفة النشر(١).

ب - أثر مخالفة المهلة المحددة للنشر:

اعتبر مجلس الدولة الفرنسى أن عدم احترام المدد القانونية للإعلان من شأنه أن يجعل المناقصة مشوبة بعيب جوهرى يؤدى إلى بطلانها(٢)، وسيراً فى ذات الاتجاه أكدت إدارة الفتوى لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية على أنه «لا يجوز بعد الإعلان عن المناقصة وما تضمنه من تحديد للمدة التى يجب أن يتقدم المتنافسين بعطاءاتهم خلالها، أن تقوم جهة الإدارة بتقصير تلك المدة لما ينطوى عليه مثل هذا الإجراء من اخلال بمبدأ المنافسة والمساواة بين المتنافسين، الأمر الذى يغدو معه الإعلان بالنشر قد وقع مخالفاً لأحكام القانون على نحو يبطل ذلك الإعلان ويبطل تبعاً لذلك ما اتخذته الإدارة من إجراءات فتح المظاريف قبل انقضاء المدة المحددة قانوناً للتقدم بالعطاءات فى تلك المناقصة»(٣).

جـ - أثر خلو الدعوة للتعاقد من بعض البيانات الجوهرية:

ذكرنا من قبل أنه ينبغى أن تكون الدعوة للتعاقد كاملة وفعالة، وهى لن تكون كذلك إلا إذا احتوت على الحد الأدنى من البيانات اللازمة قانونا، وأن تؤدى تلك البيانات الغاية من الدعوة للتعاقد، وعلى ذلك يكون البيان جوهريا كلما أدى تخلفه إلى تخلف الغاية من الدعوة للتعاقد، فإن خلت تلك الدعوة من البيانات اللازمة لتحقيق الغاية منها، كانت الدعوة غير مشروعة، ويترتب عليها بطلان الإجراءات اللاحقة عليها.

---

(١) يراجع: تقرير هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى - ملف رقم ٢٦/١/٦٧ - جلسة ١٩٨٩/٩/١١ - غير منشور.

(٢) C.E. 20-5-1998, commumauté des communes du piemaut de Barve, Rec. p. 429.

(٣) يراجع: افتاء إدارة الفتوى لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية رقم ٧٤٨ بتاريخ ١٩٨٩/٧/٢٧ - ملف رقم ٤٩٣/٢/٣ - سبق الاشارة إليه.

الفصل الثالث

الايجاب فى عقد التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

العقد بصفة عامة عبارة عن توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى معين، ويعد الايجاب الإرادة الأولى فى العقد.

ويقصد بالايجاب offre ou Pollicitation قانونا: العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى ابرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد(١).

والايجاب فى اطار العقود الإدارية - ومن بينها عقد التوريد الإدارى - يخضع للعديد من القواعد الشكلية التى لا يستقيم وجوده القانونى بدونها، بدءاً من تحديد محتواه، ومروراً بالاطار الزمنى الذي يجب أن يقدم خلاله، والأثر القانونى المترتب على تقديمه، مما يحد بشكل أو بآخر من المنطق الإرادى للايجاب وهو ما يؤدى إلى ايجاد ذاتية مستقلة له فى نطاق العقود الإدارية(٢).

وقد أطلق المشرع الفرنسى على الايجاب فى نطاق العقود الإدارية مصطلح le offre فى حين التزم المشرع المصرى فى كافة التشريعات المنظمة للعقود الإدارية بمصطلح العطاء.

ولكى يكون الايجاب معتبراً قانوناً ينبغى أن يكون جازماً أى ينطوى على إرادة الموجب فى ابرام العقد بمجرد اقتران القبول به، كما يجب أن يكون كاملا بأن تتوافر فيه العناصر الأساسية للعقد المراد ابرامه(٣).

---

(١) حكم محكمة النقض فى الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ - مجموعة أحكام النقض - ٢ لسنة ٢٠ القاعدة رقم ١٥٩، د.عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٢) د.مهند مختار نوح - المرجع السابق، ص ٤٥٦.

(٣) د.محمد السعيد رشدى، القوة الملزمة للايجاب، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة فرع بنى سويف، السنة الرابعة، العدد الثانى، يوليو ١٩٨٩، ص ١٧٩.

وعلى ضوء ما تقدم فإن هذا الفصل سينقسم إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: اعداد العطاء ومرفقاته.

المبحث الثانى: تقديم العطـــــــاء.

المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على تقديم العطاء.

المبحث الأول

اعداد العطاء ومرفقاته

تمهيد وتقسيم:

تتفق التشريعات المنظمة للعقود الإدارية فى فرنسا وفى مصر على ضرورة أن يتضمن العطاء الحد الأدنى من البيانات التى بدونها تنعدم قيمته القانونية، وهو ما يستلزم إعداد العطاء من جانب صاحبه بمراعاة مزيد من الدقة، كما يتعين على مقدم العطاء أن يرفق بعطائه كافة المستندات الدالة على صحة البيانات المدونة به، ونظراً لما تتمتع به عملية إعداد العطاء ومرفقاته من أهمية عملية بالغة، فإنه يمكن دراستها على ضوء التقسيم التالى:

المطلب الأول: الشكل القانونى للعطاء.

المطلب الثانى: مرفقـــــــات العطاء.

المطلب الأول

الشكل القانونى للعطاء

يتعين أن يكون العطاء متضمناً الحد الأدنى من البيانات التى تعبر عن الأهلية القانونية والفنية والمالية لمقدم العطاء، وقد أوجب المشرع الفرنسى[١]،

---

(١) Art. 87. Les offres sont placées sous double enveloppe cacheté, L'enveloppe extérieure, qui porte l'indication de l'adjudication a laquelle l'offre se Rapporte, contient les justifications visées ou 5° de l'article 138 bisi, l'enveloppe interieure, sur laquelle est inscrit le nom du candidat".

وكذلك المشرع المصرى ضرورة أن يوضع العطاء داخل مظروفين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى، على أن يوضع كلاهما داخل مظروف آخر مكتوب عليه اسم مقدم العطاء، وموضوع المناقصة أو الممارسة، والجهة الإدارية المقدم لها العطاء، وينبغى أن تكون تلك المظاريف مغلقة بإحكام ضماناً لسرية العطاءات المقدمة، وحفاظاً على أكبر قدر ممكن من نزاهة المنافسة، وعلى ذلك فإنه ولئن كان العطاء يعد تعبيراً عن إرادة صاحبة، إلا أنه لا يظهر إلى حيز الوجود القانونى إلا ضمن الاطار المادى المشار إليه.

والمستفاد من حكم المادة (٨٧) من تقنين عقود الشراء الفرنسى أن المشرع أخذ بنظام المظروفين، المظروف الأول للعرض الفنى، ويحتوى على الوثائق الدالة على الامكانيات الفنية والمالية لمقدم العطاء، أما المظروف الثانى فهو للعرض المالى ويحتوى على السعر ويجب ألا يحتوى على أية تحفظات أو مخالفات لشروط العقد، كما يجب ألا يكون السعر المقترح مخفضًا أو مبالغاً فيه مما يجعله مريباً أو مشكوكاً فيه[١].

كما أخذ المشرع المصرى بنظام المظروفين حيث أوجبت المادة (١٠) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى تقديم العطاءات فى مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى، على أن يكون ذلك وفقا للقواعد والإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية للقانون المذكور، غير أن اللائحة التنفيذية خلطت بين مصطلحات العطاء حينما أوردت النص فى المادة (٨) منها على أن وجوب تقديم العطاء ضمن مظروفين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى ثم أضافت... المظروف الفنى يحتوى على... ويحتوى المظروف المالى على... وبديهى أن المظروف فى ذاته لا يكون فنياً أو مالياً بل ان الذى يحمل هذه الصفة هو العرض وكان يتعين على اللائحة أن تنص على أن

---

(١) Loubadere - Deluolve et Maderne, Traite des contrats II. 1984, p. 613.

العـرض الفنى يحـتـوى على ... والعـرض المالى يحـتـوى على ... وذلك إحكاماً للصياغة وتوخياً للدقة.

محتويات العرض الفنى:

أشـارت كل من الفـقـرة الخـامـسـة من المادة (٣٨) مكرر من تقنين عـقـود الشـراء العـام الفـرنسى، والمادة (٨) من اللائحـة التنفـيـذية لقـانون تنظيم المناقـصات والمزايدات الحالى على ضرورة أن يحتوى العرض الفنى على جميع البيـانات الفنية عن العرض المقدم، وطريقة التنفيذ، والبرنامج الزمنى للتنفيذ ومدته، والكتالوجات والبيـانات الخاصة بمصادر ونوع المواد والمهمات والأجهزة التى سيتم توريدها، وقائمة بقطع الغيار ومستلزمات التشغيل مع بيان معدل استهلاكها، والمستندات الدالة على وجود مركز صيانة معتمد، إذا كانت الأجهزة التى سيتم توريدها من تلك النوع الذى يستلزم صيـانة دورية، وبيـانات القيد فى السجلات الخاصة بالنشاط موضوع التعاقد كالقيد فى السجل التجارى أو الصناعى أو سجل المستوردين، وكذلك شهادة التسجيل لدى مصلحة الضرائب على المبيعات، والبطاقة الضريبية، كما يجب أن يحتوى العرض الفنى على بيـان الشكل القـانونى لمقدم العطاء كعـقـد الشـركـة إذا كـان مـقـدم من شـركـة، والمستندات الدالة على قيامها قانوناً مع بيان الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة ومدى هذا الحق وحدوده، وأسماء المسئولين عن تنفيذ العقد.

هل يلزم تقديم سابقة الخبرة فى مجال التوريد:

أوجـبت المادة (٨) من اللائحـة التنفـيـذية لقـانون تنظيم المناقـصـات والمزايدات الحالى ضرورة تقديم سابقة الأعمال، ويقصد بها تلك الأعمال التى نفذها مقدم العطاء من قبل، وتكون مماثلة للأعمال المطروحة، وقد ورد النص بصيغة العموم دون قصره على نوع معين من الأعمال، مما أثار التساؤل عما إذا كان النص المشار إليه يصلح لتطبيقه فى مجال التوريد من عدمه، أو بمعنى آخر هل يلزم تقديم سابقة أعمال فى مجال التوريد بحيث يترتب على عدم تقديم هذا البيان استبعاد العطاء.

أجابت إدارة الفتوى لوزارة الصحة على هذا التساؤل حيث قررت ... أما فى عقود التوريد فيكون التوريد حسب عينات جهة الإدارة النموذجية والمواصفات والرسومات المعتمدة، وانه إذا كشفت سابقة أعمال مقدم العطاء عن أن الكفاية الفنية والمالية له محل شك كبير مما لا يمكن معه الاطمئنان إلى مقدم العطاء لضعف امكانياته بالنسبة إلى القيمة الكبيرة للعملية موضوع الممارسة، فإن قرار استبعاده يكون صحيحاً. ولما كانت الجهة الإدارية قد تطلب فى الشروط العامة للمناقصة تقديم سابقة أعمال فى مجال توريد الأغذية وما يثبت المقدرة المالية على التوريد، ومن ثم فإن العطاء المقدم من الجمعية التعاونية... يكون قد خالف كراسة الشروط والمواصفات بعدم تقديم سابقة أعمال فى مجال توريد الأغذية فضلا عن عدم الكفاية الفنية والمقدرة المالية(١).

والرأى عندى أن حق الجهة الإدارية فى التثبت من الكفاءة الفنية لمقدم العطاء هو أمر مقرر لها بحكم القانون، ويتعين عليها الاطمئنان إلى الكفاية الفنية لمقدم العطاء، فإن هى اشترطت تقديم سابق الخبرة، ولم يقدمها كان لها الحق فى استبعاده لمخالفته لشروط الطرح، وإن هى لم تشترط ذلك فلها الحق فى استبعاد مقدم العطاء غير الكفء فنياً شريطة أن يكون استدلالها على عدم كفايته مستنداً على أصول منتجة فى الأوراق، ومثال ذلك حداثة عهد مقدم العطاء فى العمل فى مجال التوريد، وما إلى غير ذلك من الأمور التى تشير إلى عدم الكافية الفنية لمقدم العطاء.

---

(١) فتوى الصحة رقم ٧١٥ ـ بتاريخ ١٩٩٣/٨/٢٦ ـ ملف رقم ٣٥٥/٢/٢ ـ غير منشور. وفى ذات المعنى: افتاء الجمعية العمومية - ملف رقم ٢٥٢/١/٥٤ - جلسة ٢٠/ ٣/ ١٩٨٥ - المجموعة - السنتان التاسعة والثلاثون والأربعون - من أول أكتوبر ١٩٨٤ إلى آخر ديسمبر ١٩٨٦ - ص ٢٧٥. حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٥٨٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/١١ ـ سبقت الاشارة إليه.

الالتزام بالتوريد طبقاً للمواصفات أو العينات:

يلتزم مقدم العطاء بتوريد الأصناف المزمع التعاقد بشأنها طبقاً للمواصفات أو الرسومات المعتمدة أو حسب العينات النموذجية للجهة الإدارية، وقدأقام المشرع فى المادة (٥٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات قرينة لا تقبل اثبات العكس مفادها أن مجرد تقديم العطاء يعد قرينة على إطلاع صاحب العطاء على العينات النموذجية لجهة الإدارة والمواصفات أو الرسومات المعتمدة، ويتعين عليه التوريد طبقاً لها ولو رافقت عطاءه عينات أخرى.

وفيما يتعلق بالمواد الغذائية والكيماوية فإن التوريد يتم حسب المواصفات المحددة لها، وإذا لم يكن لها مواصفات، فإن التوريد يكون على حسب العينات التى تطلب جهة الإدارة تقديمها مع العطاء، وإذا كانت تلك العينات مما يفسد ولا تبقى سليمة حتى التوريد، فيكون قبول التوريد على أساس مطابقة نتائج فحصها على نتائج فحص عينات التوريد.

أما فيما يتعلق بالمنتجات الهندسية والمعدنية والكهربائية، فإن التوريد يكون حسب المواصفات دون التقيد بالعينات، فى حين أن توريد منتجات الغزل والنسيج يتم وفقا للشروط والمواصفات والتجاوزات الفنية التى تقرها وزارة الصناعة.

محتويات المظروف المالى:

يحتوى المظروف المالى على بيان بأسعار الأصناف المزمع توريدها، ويحتل هذا البيان أهمية بالغة فى اعداد العطاء، وذلك نتيجة خضوع المناقصات العامة للمبدأ التقليدى الذى يقضى بترسية المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً، ومن ثم يتعين على مقدم العطاء اتباع القواعد والأحكام القانونية الوارد النص عليها فى اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

القواعد القانونية لتحديد سعر العطاء:

على مقدم العطاء مراعاة القواعد التالية فى اعداده لقائمة الأسعار (جدول الفئات):

١- كتابة أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة، رقماً وحروفاً وباللغة العربية ويكون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة. وإذا كان مقدم العطاء فى الخارج فيجوز كتابة الأسعار بالعملة الأجنبية، وتتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن عنه فى تاريخ فتح المظاريف(١).

وقد حظر المشرع المحو أو الكشط فى جدول الفئات، وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب اعادة كتابته رقما وحروفا وتوقيعه، كما حظر على مقدم العطاء شطب أى بند من البنود أو المواصفات الفنية أو إجراء أى تعديل فيه مهما كان نوعه.

وإذا تبين لمقدم العطاء حدوث خطأ فى عطائه، فإنه يتعين لفت نظر الجهة الإدارية إلى حدوث هذا الخطأ قبل فتح المظاريف الفنية، ولا يقبل هذا الادعاء منه بعد فتح المظاريف الفنية، وعلة ذلك واضحة وتتمثل فى أنه بعد فتح المظاريف الفنية يكون قد تم فض سرية المناقصة أو الممارسة، ويحظر تعديل الأسعار بزعم وجود خطأ.

---

(١) مادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية مع ملاحظة أن المشرع لم يحدد نوع المظاريف التى يعتد بتاريخ فتحها هل هى المظاريف الفنية أم المظاريف المالية على الرغم من أهمية هذا التاريخ، ونظراً للفاصل الزمنى الكبير بين تاريخ فتح المظاريف الفنية وتاريخ فتح المظاريف المالية، وهو نقص فى التشريع يتعين استكماله درءاً للخلاف، وأرى أن التاريخ المقصود هو تاريخ فتح المظاريف الفنية باعتبار أن هذا التاريخ هو الذى تبدأ منه إجراءات المناقصة أو الممارسة، كما أن هذا التاريخ هو الذى يكون معلوماً لمقدم العطاء فى الدعوة للتعاقد أو كراسة الشروط.

ويلتزم مقدم العطاء بإيضاح ما إذا كان الصنف المزمع التعاقد على توريده مصنوعاً فى مصر أو الخارج، ويترتب على عدم صحة هذا البيان رفض الصنف وشطب اسم مقدم العطاء من سجل الموردين.

أثر مكان تسليم الأصناف على السعر:

يؤثر مكان تسليم الأصناف على السعر تأثيراً جوهرياً، ويتعين على مقدم العطاء وضع أسعار عطائه على ضوء مكان تسليم الأصناف، ويستلزم ذلك التفرقة بين فرضين:

أ - وضع أسعار أصناف المزمع توريدها من الخارج(١):

إذا كان تسليم الأصناف سيتم بميناء الشحن على ظهر المركب (FOB) فيجب أن يشمل السعر المبين بالعطاء، العبوات بكافة أنواعها، وكذا مصروفات النقل إلى ظهر المركب.

أما إذا كان التسليم بميناء الوصول (CIF) فيجب أن يشمل السعر - علاوة على العبوات بكافة أنواعها، ومصروفات النقل إلى ظهر المركب - قيمة نولون الشحن البحرى أو الجوى ومصروفات التفريغ من المركب أو الطائرة، كما يشمل قيمة التأمين على تلك الأصناف.

والأصل أن يتحمل صاحب العطاء بمصاريف فتح الاعتماد إذا ما اشترط فى عطائه قيام الجهة الإدارية صاحبة الشأن بدفع الثمن بموجب اعتماد يفتح بواسطتها لحسابه أو لحساب فى الخارج أو فى الداخل، وعليه أن يبين مقدار المبالغ المطلوب تحويلها إلى الخارج مع بيان نوع العملة والجهة التى سيتم الاستيراد منها.

غير أنه وخروجاً على هذا الأصل يجوز للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت الموافقة على تحمل الجهة الإدارية بمصروفات فتح الاعتماد، إذا اشترط

---

(١) مادة ٦٦ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

مقدم العطاء ذلك، على أن يؤخذ هذا الشرط فى الاعتبار عند توحيد أسس المقارنة بين العطاءات.

ب - وضع الأسعار فى حالة تسليم الأصناف مخازن الجهة الإدارية:

إذا كان التسليم بمخازن الجهة الإدارية، فيجب أن يشمل السعر علاوة على السعر CIF رسوم الجمارك وجميع أنواع الرسوم الأخرى وضريبة المبيعات(١)، وغيرها من الضرائب السارية وقت تقديم العطاء، ومصروفات النقل الداخلى بحيث تسلم الأصناف لمخازن الجهة الإدارية خالصة جميع الرسوم والمصروفات، وذلك إعمالا للقاعدة المقررة فى هذا الشأن وهى وجوب حساب الأسعار على قاعدة تسليم الأصناف مخازن الجهة الإدارية خالصة جميع المصروفات والرسوم مع مراعاة أسعار النقد الأجنبى ومصاريف تحويل العملة وغيرها حتى يمكن إجراء مقارنة دقيقة بين العطاءات(٢).

وإجمالا ينبغى على مقدم العطاء وضع أسعار عطائه على أساس أن الفئات التى حددها بجدول الفئات تشمل وتغطى جميع المصروفات والالتزامات - أيا كان نوعها - التى يتكبدها بالنسبة لكل بند من البنود، كما تشمل القيام باتمام التوريد والتسليم للجهة الإدارية والمحافظة عليها أثناء فترة الضمان(٣).

---

(١) وقد ذهبت إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى إلى التزام جهة الإدارة بسداد ضريبة المبيعات إذا ما كان السعر المقدم من المورد لا يشمل هذه الضريبة، حيث قررت بأن الثابت من محضر الترسية للجنة البت في مناقصة توريد وتركيب ١٥٠٠ وحدة رى المسندة إلى شركة حلوان لمحركات الديزل والتى قدمت سعرها بمبلغ ... غير شامل لضريبة المبيعات وهو ما أخذت به الدراسة المالية الفنية في إجراء المقارنة بين العطاءات المقبولة فنياً - وبالتالى تكون الشركة المذكورة غير ملتزمة بتحمل الضريبة على المبيعات عن هذه العملية - انظر افتائها ملف رقم ١١٧/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٢/١١/٢ - لم ينشر بعد.

(٢) مستشار/ أحمد منصور - المرجع السابق - ص ١٠٤.

(٣) الفقرة (٦) من المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

حدود حق مقدم العطاء فى زيادة قيمة عطائه بقيمة فروق التعريفة الجمركية أو الضرائب:

يثور التساؤل عن مدى حق مقدم العطاء فى زيادة قيمة عطائه بمقدار فروق التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب التى تزيد بعد تقديم العطاء؟

أجابت الفقرة (د) من المادة ٦٦ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على هذا التساؤل بالنص على أنه: إذا حدث تغيير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد، وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المورد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة، أما فى حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المورد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل.

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى العقد وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد، فإن المورد يتحمل كل زيادة فى الرسوم والضرائب المشار إليها عن الكميات المتأخرة، إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى القوة القاهرة، أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد.

ويدق الأمر فى حالة ما إذا كان مرد الزيادة فى الرسوم الجمركية زيادة فى سعر صرف العملة الأجنبية، فهل يجوز لمقدم العطاء طلب الزيادة فى الرسوم الجمركية الناتج عن زيادة سعر صرف العملة الأجنبية؟

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - رداً على هذا التساؤل - إلى أن الجهة الإدارية المتعاقدة تتحمل بقيمة الفرق فى زيادة الرسوم والضرائب الجمركية عما كانت عليه خلال الفترة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد حتى ولو كانت الزيادة فى التعريفة الجمركية ناتجة عن زيادة سعر الصرف الذى كانت تحسب الرسوم الجمركية على أساسه، وعلة ذلك هى تأمين المتعاقد مع الإدارة ضد كل تغيير فى الضرائب والرسوم الجمركية يحدث بعد

تقديم العطاء وحتى تمام التوريد لما قد يترتب عليه خشية المتعاقد من ذلك التغيير احجامه وغيره من المتعاقدين عن التعاقد مع الجهات الإدارية، فيتعطل سير المرفق العام(١).

سكوت مقدم العطاء عن تحديد سعر الصنف:

إذا سكت مقدم العطاء فى مناقصات التوريد عن تحديد سعر أحد الأصناف المطلوب توريدها، فإن هذا السكوت يعد امتناعاً منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة لهذا الصنف.

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعطاءات المقدمة لابرام عقود الأشغال حيث أوجب المشرع - فى حالة سكوت مقدم العطاء عن وضع سعر بند أو أكثر من بنود الأشغال العامة - وضع أعلى سعر لهذا البند فى العطاءات المقبولة دون أن يكون له حق المنازعة(٢).

وفى رأينا أن العلة من ذلك تكمن فيما يلى:

أ - اختلاف محل عقد التوريد عن محل عقد الأشغال العامة، إذ بينما ينصب عقد التوريد على منقولات حيث يمكن لجهة الإدارة شراؤها من غير مقدم العطاء الذى سكت عن تحديد سعرها، فى حين ينصب عقد الأشغال العامة على بناء عقار(٣) أو ترميمه أو صيانته، وتستوجب الطبيعة الفنية لتنفيذ هذه الأشغال أن يتولى المقاول تنفيذ العمل كله لتداخل بنوده، مما لا يتصور معه تجزئة هذه البنود واسناد البند المسكوت عن تحديد سعره من جانب مقدم العطاء

---

(١) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ١٦٦ بتاريخ ١٩٨٧/٢/١٢ - جلسة ١٩٨٧/٢/٤ - ملف رقم ٣٥١/٢/٣٧ - المجموعة - السنتان الحادية والأربعون والثانية والأربعون - ص ٢٦٨.

(٢) المادة (٥٥/) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٣) Bloche, La Notion de travail public, thése 1965, p. 35.

ـ فيما لو رست عليه المناقصة ـ إلى مقاول آخر.

ب ـ ان التقييم المالى للعطاء فى عقود التوريد يتم بالنظر إلي سعر الصنف مضروبا فى الكمية، وبالتالى تستطيع جهة الإدارة إجراء هذا التقييم أيا كان عدد الأصناف المحدد سعرها أو تلك التى سكت مقدم العطاء عن تحديد سعرها، أما فى عقد الأشغال فإن سكوت مقدم العطاء عن تحديد سعر أحد البنود لن يمكن جهة الإدارة من إجراء التقييم المالى للعطاء على نحو دقيق ومقارنته بباقى العطاءات.

جـ ـ ان طبيعة عقد التوريد تسمح لجهة الإدارة بالتعاقد مع أكثر من مورد لاسيما إذا كانت الأصناف المطروحة لا توجد لدى مورد واحد، ومن ثم فإن سكوت المورد عن تحديد سعر الصنف يشير إلى عدم اشتغاله بهذا الصنف، في حين أن طبيعة عقد الأشغال تستلزم قيام المقاول بالعمل كوحدة واحدة لا تقبل التجزئة.

وجوب تحرير العطاء على النموذج المخصص له:

أوجبت المادة (٤٤) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسى أن تكون العروض مكتوبة ومحررة من أصل وحيد، ولا يلتزم مقدمى العطاءات فى فرنسا بتحرير عروضهم على نماذج مقدمة من الإدارة إلا إذا كانت دفاتر الشروط تلزمهم بتحرير عروضهم على ورقة مختومة أو مدموغة من جانب جهة الإدارة.

ويتشدد مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الشأن حيث قضى بعدم مشروعية العرض المقدم على نماذج غير مختومة من جهة الإدارة بالمخالفة لما ورد بكراسة الشروط، وأن التصحيح اللاحق على تقديم العرض لا يؤدى إلى مشروعية العرض(١).

---

(١) - C.E, 21 - 3 - 1962, sté nationale de chantiers de reconstruction Goutron, Rec. p. 200.

وفى مصر أوجبت المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى ضرورة تقديم العطاءات على نموذج العطاء المختوم بخاتم الجهة الإدارية والمؤشر عليه برقم وقسيمة تحصيل الثمن وتاريخها، وعلى جدول الفئات المرافق لها، وإذا كان العطاء مقدم من فرد أو شركة فى الخارج يجوز تقديمه على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط اثبات قيامه بسداد ثمن كراسة الشروط والمواصفات.

التوقيع على العطاء من جانب مقدمه:

يجب أن يكون العطاء موقع من مقدمه أو من يمثله قانونا، ولا يمكن لوكيل أو ممثل قانونى أن يمثل أكثر من مرشح واحد فى عملية تعاقد واحدة، ويمكن لعدد من الأفراد أو المشروعات تقديم عطاءً واحداً جماعياً وفقا للشروط المحددة من جانب الإدارة، وفى هذه الحالة يجب توقيع العطاء من جميع الأفراد أو المشروعات المشتركة، أو من يمثلهم قانونا(١).

ويحظى التوقيع على العطاء من جانب مقدمه بأهمية قانونية بالغة، إذ بدون هذا التوقيع لا يكتسب العطاء أية قيمة قانونية ولا يمكن الاحتجاج به.

وقديماً ذهب مجلس الدولة الفرنسى إلى امكانية التوقيع على العطاء بعد تقديمه(٢)، وقد كان هذا المذهب مثار انتقاد من جانب الفقه الفرنسى(٣) على أساس أن تأخر مقدم العطاء فى توقيع عطاءه يمنحه أفضلية فى امتلاكه زمنا أطول عن بقية منافسيه، ليقرر ارتباطه بالعطاء الذى قدمه، كما أن التوقيع المتأخر يساوى فى جوهره العطاء المتأخر، يضاف إلى ذلك امكانية انسحاب مقدم العطاء من المناقصة بحجة عدم توقيعه على العطاء.

وأمام هذه الانتقادات عدل مجلس الدولة الفرنسى عن هذا الموقف حديثا

---

(١) Art 46-I- Code des marchés publics.

(٢) C.E: 8-3-1912, Macpin - Rec. p. 343.

(٣) Quancard, op. cit., p. 156.

حيث قرر بأن عدم توقيع مقدم العطاء على عطائه يؤدى إلى وصم العطاء بعيب جوهرى، ويتحتم على الإدارة رفضه، فإذا قبلته أصبح الإجراء برمته غير مشروعا(١).

المطلب الثانى

مرفقات العطاء

عملية إعداد العطاء وافراغه فى الشكل القانونى على النحو المشار إليه فى المطلب السابق وإن كانت مسألة ضرورية للغاية، إلا أنها مع ذلك ليست كافية، إذ يتعين أن يكون العطاء مصحوبا بالتأمين الابتدائى، وصورة من عقد تأسيس الشركة والنظام القانونى لها إذا كان العطاء مقدم من شركة، وصورة من القيد فى السجلات ذات الصلة بموضوع المناقصة أو الممارسة، والملاحظات الفنية لمقدم العطاء.

ونظراً لأهمية تلك المرفقات وأثرها على قبول العطاء أو استبعاده فإنه يتعين دراستها بشئ من التفصيل على النحو التالى:

أولا: التأمين المؤقت La caution necment provisoire:

التأمين المؤقت هو مبلغ مالى يخصصه مقدم العطاء لمصلحة جهة الإدارة ضماناً لجدية العطاء وتعبيراً عن ملاءته المالية.

والعلة من ارفاق التأمين الابتدائى بالعطاء تكمن فى ضمان جدية صاحب العطاء، وحتى لا يسهل عليه سحب عطائه أو التعديل فيه فى غير صالح الجهة الإدارية، إذ سيصبح التأمين المؤقت المقدم منه فى هذه الحالة أو تلك حقاً للجهة الإدارية دون حاجة إلى انذار أو اللجوء إلى القضاء أو اتخاذ أية

---

(١) C.E; 3-11-1997, ste. prefét de lo Morne/C/commune de frondcheville - B.O.A.M.P. - p. 28.

إجراءات أو حتى اقامة الدليل على حدوث الضرر(١).

وفى فرنسا ألغى المشرع الفرنسى نظام التأمين الابتدائى بموجب المرسوم رقم ٥٩-١٦٧ بتاريخ ١٩٥٩/١/٧، فى حين أبقى قانون الشراء العام على هذا النظام فى العقود التى تبرمها وحدات الإدارة المحلية حيث تنص المادة (١٥٣) مكرر من القانون المشار إليه على مجانية دفاتر الشروط وكافة الوثائق التى تسلم إلى مقدمى العروض للتعرف على العقد المزمع ابرامه من قبل الإدارة، ولكن يحق للوحدات الإدارية المحلية أن تشترط فى دفاتر الشروط أن يدفع مقدمو العروض تأمينا ماليا عند استلامهم وثائق العقد المزمع ابرامه، على أن يرد هذا التأمين إلى الموردين الذين يتقدمون بعروضهم، فى حين يتم مصادرته لمن حصل عل هذه الوثائق ولم يتقدم بثمة عرض.

أما فى مصر، فقد أوجبت المادة (١٧) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى أن يقترن كل عطاء بتأمين مؤقت، وبما لا يجاوز ٢٪ من القيمة التقديرية.

وقد استحدث المشرع بموجب النص المشار إليه قيمة التأمين المؤقت بما لايجاوز ٢٪ من القيمة التقديرية بخلاف ما كان عليه الوضع فى القانون الملغى والذى كان يتخذ من قيمة العطاء معياراً لتحديد قيمة التأمين المؤقت(٢).

---

(١) المادة (٦٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى تنص على أنه: إذا سحب مقدم العطاء عطائه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف الفنية فيصبح التأمين المؤقت حقا للجهة الإدارية دون حاجة إلى انذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أخرى أو اقامة الدليل على حدوث ضرر.

- لمزيد من التفاصيل انظر: د.زين بدر فراج - الأحكام العامة للتأمينات وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ - ص ١١٧.

(٢) كانت المادة (١٩) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى تنص على أنه يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال، ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك....».

وقد انتقد جانب من الفقه اتجاه المشرع فى القانون الحالى استناداً إلى أن تحديد التأمين الابتدائى أو المؤقت على أساس القيمة التقديرية للعملية «يمكن أن يقود إلى أن يتعرف المتناقصون على القيمة التقديرية لها، فتبنى العطاءات على أساسها، وبالتالى فإن ما هو سرى ومحفوظ لدى جهة الإدارة أضحى معلوما لمن قصد المشرع أن يخفيه عنهم»(١)، لاسيما إذا ما أخذ فى الاعتبار أن الجهة القائمة على أمر تحديد القيمة التقديرية والتأمين الابتدائى ستأخذ دائما بالحد الأقصى لهذا التأمين وهو ٢٪ من القيمة التقديرية للعملية، وذلك درءاً للمسئولية، والتزاما بجانب الأمان فى هذا التحديد»(٢).

والحقيقة أن هذا النقد غير سديد، آية ذلك أن النص على ألا تتجاوز قيمة التأمين الابتدائى ٢٪ من القيمة التقديرية يمنح الجهة الإدارية المرونة الكاملة لتقدير مبلغ التأمين المناسب فيما لا يجاوز النسبة المشار إليها بين حديها الأدنى والأقصى، ومن ثم تبقى القيمة التقديرية للعملية أمراً غير معلوم، ومن ناحية أخرى، فإن النقد المشار إليه يمكن الاعتداد به فيما لو كان معيار السعر بمفهومه الرقمى هو المعيار الوحيد للارساء، لكن مع تبنى المشرع لمفهوما جديدا لمبدأ السعر الأقل على ضوء المعايير الفنية التى باتت تلعب دوراً حاسماً فى تقدير العطاء الأفضل، فإن النقد المشار إليه يغدو غير صحيح.

ولا شك أن فى تحديد مبلغ مقطوع فيما لا يجاوز ٢٪ من القيمة التقديرية للعطاء كمعيار لتحديد التأمين الابتدائى قد قضى على العديد من المشاكل العملية التى كانت قد تمخضت عن تطبيق المعيار الذى اعتنقه القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى، ومن أبرز تلك المشاكل تلافى ما ينجم عن الأخطاء الحسابية فى حساب قيمة العطاء، وكيفية احتساب التأمين الابتدائى فى حالة تقديم عطاء مرادف للعطاء الأصلى، وما إذا كان حساب التأمين يتم على أساس الكميات المطروحة أم على أساس الكميات الواردة بالعطاء، وكذلك كيفية

---

(١) د. صلاح الدين فوزى - قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ـ المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ص ١٦٤.

(٢) مستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب - المرجع السابق ص ١٦١.

حساب التأمين فى حالة احتواء العطاء على بنود اختيارية، والحق أن تلك المشكلات العملية قد أجهدت الفقه والقضاء فى سعيهما لايجاد حلول لها، وحسناً فعل المشرع بسلوكه هذا النهج إذ قضى بذلك على المشكلات المشار إليها.

مشكلة تبعيض التأمين:

وفيما يتصل بالاتجاه التشريعى فى أسلوب تقدير التأمين الابتدائى انتقد بعض الفقه هذا الاتجاه على أساس أن من شأن الأخذ به القضاء على التنافس، وقصر العمليات الكبيرة على كبار الموردين لاسيما إذا ما كانت المناقصة تضم عدة بنود، وأراد أن يدخل أحد المتناقصين فى واحد منها أو بعضها فقط، فإن البادى من سياق النص لأول وهلة أنه يلتزم بدفع التأمين المحدد عن العملية بأكملها(١).

والحقيقة أن هذا النقد مردود عليه بأن الجهة الإدارية صاحبة المناقصة تستطيع أن تطرح المناقصة - التى تقبل التجزئة - على شكل بنود، وتضع لكل بند من هذه البنود التأمين الابتدائى الخاص به، ويستطيع مقدم العطاء أن يرفق بعطائه التأمين الابتدائى عن كل بند من البنود المطروحة، أما المناقصة التى لا تقبل التجزئة فلا مناص من تقديم التأمين الابتدائى عن كامل العملية، باعتبار أنها لا تتناسب مع صغار الموردين.

وفيما يتعلق بتحديد قيمة التأمين الابتدائى فقد أناط المشرع باللجنة الفنية المختصة بوضع المواصفات الفنية والقيمة التقديرية للعملية بوضع قيمة التأمين الابتدائى ووضعها فى مظروف مغلق بطريقة محكمة يوقع عليه رئيس اللجنة وأعضاؤها ولا يفتح إلا بمعرفة رئيس لجنة البت عند دراسة العروض المالية(٢).

---

(١) مستشار/ عليوة مصطفى فتح الباب - المرجع السابق - ص ١٦١.

(٢) مادة (٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

كيفية تقديم التأمين الابتدائى:

أوجبت المادة (١٧) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى فى عبارات صريحة وقاطعة الدلالة ضرورة أن يقدم التأمين الابتدائى مع كل عطاء، وحددت المادة (٨) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه موضع التأمين المؤقت فى العطاء بالنص على أن يكون داخل المظروف الفنى[١]. والغاية من ذلك تكمن فى أن فتح المظاريف يبدأ بالمظاريف الفنية، ويتعين ثبوت جدية العطاء كمسألة أولية قبل الخوض فى فحصه من الناحية الفنية.

ولا يشفع لمقدم العطاء أن يتضرر من استبعاد عطائه بسبب عدم ايداع التأمين المؤقت إذا كان قد أودعه على سبيل الخطأ ضمن المظروف المالى، باعتبار أن فتح المظاريف المالية يأتى فى مرحلة لاحقة على بحث العطاءات من الناحية الفنية ويقتصر فتح المظاريف المالية على العطاءات المقبولة فنيا فقط.

صور سداد التأمين الابتدائى:

اتسم اتجاه المشرع المصرى فى تحديد كيفية أداء التأمين الابتدائى بالوضوح والمرونة، حيث أورد النص على أساليب عديدة، يمكن لمقدم العطاء أن يختار من بينها ما يناسبه، وتنحصر هذه الأساليب فى الآتى:

١- أداء التأمين نقداً:

يؤدى التأمين الابتدائى نقداً بإيداعه خزينة الجهة الإدارية صاحبة العلاقة التعاقدية بموجب ايصال رسمى يثبت رقمه وتاريخه فى العطاء[٢].

٢- أداء التأمين عن طريق شيكات مقبولة الدفع:

وفى هذه الحالة إذا كان الشيك مسحوباً على أحد المصارف المحلية يجب

---

(١) تنص المادة (١٧) على أن «يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه، كما تنص المادة (٨) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على أن «... يحتوى المظروف الفنى على التأمين المؤقت المطلوب....».

(٢) مادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

أن يكون مؤشراً عليه بالقبول من هذا المصرف، أما إذا كان مسحوباً على أحد المصارف بالخارج، وجب أن يكون مؤشراً عليه بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بالداخل(١).

٣- خصم قيمة التأمين من المبالغ المستحقة لمقدم العطاء لدى الجهة الإدارية:

يجوز لمقدم العطاء فى هذه الحالة تقديم التأمين الابتدائى عن طريق المقاصة بين ما هو مستحق له لدى جهة الإدارة من مبالغ وبين قيمة التأمين الابتدائى، ويشترط فى هذه الحالة أن تكون المبالغ المستحقة له صالحة للصرف وقت تقديم العطاء، وتكون المبالغ صالحة للصرف متى كان لا يوجد مانع قانونى من صرفها، حتى ولو لم تتم إجراءات الصرف بعد، أى تحرير الفاتورة الحسابية أو اعتمادها(٢).

٤- أداء التأمين المؤقت عن طريق خطاب ضمان:

خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى (المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب، ودون اعتداد بأية معارضة من الآمر(٣).

ومؤدى ذلك أن البنك الذى أصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمة هذا

---

(١) مادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٢) المستشار/ أحمد منصور - المرجع السابق ص١٥٤ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٧٥١ لسنة ٤٥ ق - جلسة ٢٠٠١/١١/٢٠ - المجموعة من ٢٠٠١/١٠/١ حتى ٢٠٠١/١٢/٣١.
وفى ذات المعنى افتاء إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى ملف رقم ٧٨/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٢/٥/٢٥ - غير منشور.

الخطاب نقداً عند أول طلب للجهة الإدارية المستفيدة خلال الأجل المحدد لسريان هذا الخطاب، بصرف النظر عن أية معارضة من العميل (الشخص الآمر)، مادامت المطالبة بدفع القيمة نقدا قد وقعت خلال مدة سريان مفعول الخطاب.

الطبيعة القانونية لخطاب الضمان(١):

حسمت المحكمة الإدارية العليا الخلاف فى الرأى حول الطبيعة القانونية لخطاب الضمان حيث قضت بأن خطاب الضمان يعد طبقاً للتكييف القانونى السليم - كفالة شخصية من البنك للمدين الأصلى وهو المورد لصالح الدائن وهو الجهة الإدارية المتعاقدة، وبهذه المثابة فإن البنك فى التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلا قبل المستفيد، لا بوصف كونه نائبا عن عميله، ولذا فإن البنك يلتزم بما تعهد به دون تأخير بغض النظر عن سائر العلاقات السابقة، سواء تلك التى نشأت بين العميل ودائنه المستفيد، أو التى بين البنك وعميله - ومن المقرر فى هذا الخصوص أن خطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين النقدى، إلا أنه ليس أداة وفاء كالشيك أو بقية الأوراق التجارية، وإنما هو أداة ضمان فقط(٢).

شروط قبول خطاب الضمان كتأمين ابتدائى:

يتعين لقبول خطاب الضمان كتأمين ابتدائى توافر الشروط الآتية:

أ - أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة والمرخص لها فى إصدار خطابات الضمان أو أحد فروعها، وأن يعطى المصرف أو الفرع اقراراً على خطاب الضمان بأنه لم يتجاوز الحد الأقصى لمجموع خطابات الضمان المرخص للمصرف فى اصدارها.

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول الطبيعة القانونية لخطاب الضمان والخلاف الفقهى بشأنها يراجع: د. على جمال الدين عوض - خطابات الضمان المصرفية - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩١ ص ١٢٩ ومابعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٩٥/٨/٢٤ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق، ص ٣٧٩.

فإذا ما تبين للجهة الإدارية عند مراجعة الاخطارات بوزارة الاقتصاد أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له، يحق لها مطالبة المصرف بأن يؤدى إليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة خطاب الضمان نقداً(١).

ب - استقلال التزام البنك: والمقصود باستقلال التزام البنك (فى خطاب الضمان) عن التزام المدين أن يعبر البنك عن أنه يتعهد بالدفع لدى الطلب بالرغم من معارضة المدين، أو أيا كان مصير التزام المدين، فإن هذه العبارة تقطع الصلة بين التزام كل منهما، وتجعل التزام البنك مستقلا عن التزام المدين، لا بحكم استقلال المحل ولكن بإرادة البنك وحدها. فاستقلال البنك معناه انفصاله أو استقلاله عن كل أو أى علاقة أخرى غير علاقة البنك بالمستفيد من الخطاب(٢).

جـ - شرط الكفاية الذاتية: ويعنى ذلك أن لا يتوقف مضمون الالتزام الثابت به أو مقداره أو استحقاقه على عنصر خارج عن الخطاب، أى أن يكون الخطاب كافيا بذاته، بحيث يطمئن المستفيد منه عندما يتلقاه وكأنه قد تلقى نقودا، فإذا ما فقد الخطاب شرط الكفاية الذاتية بسبب توقف استحقاق المبلغ الثابت فيه على حدوث واقعة خارجية، فإن الخطاب يفقد صلاحيته كتأمين ابتدائى.

وبناء على ما تقدم فإن اقتران خطاب الضمان بأى قيد أو شرط يؤدى إلى أن يفقد هذا الخطاب كفايته الذاتية، ومن ثم يفقد صلاحيته كصورة من صور سداد التأمين الابتدائى، مع ما يترتب على ذلك من آثار سيرد ذكرها فيما بعد.

مدة خطاب الضمان:

إذا كان خطاب الضمان - بحسب الأصل - محدد المدة، فينبغى ألا تقل

---

(١) مادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٢) راجع فى ذلك: د. على جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ١٤٠.

مدة سريانه كتأمين ابتدائى عن ثلاثين يوما تالية على انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء[١].

والحاصل عملا أن مدة سريان خطاب الضمان تكون دائما أقل من المدة المحددة لسريان العطاء، والرأى عندى أن ذلك لا ينتقص من قيمة خطاب الضمان كتأمين ابتدائى، وكأداة ائتمان، إذ تستطيع جهة الإدارة دوما أن تطلب من البنك مصدر الخطاب تجديد مدة سريانه إلى حين انتهاء الغرض من تقديم خطاب الضمان كتأمين ابتدائى شريطة أن يتضمن الخطاب النص علي حق المستفيد في طلب التجديد دون موافقة العميل (الآمر)[٢].

جواز استبدال التأمين الابتدائى المسدد من صاحب الشأن بإحدى صور السداد الأخرى:

لإضفاء مزيد من المرونة على كيفية سداد التأمين الابتدائى استحدث المشرع فى المادة (٧٣) من اللائحة التنفيذية للقانون الحالى امكانية استبدال التأمين الابتدائى المسدد من صاحب الشأن بإحدى صور السداد الأخرى المنصوص

---

(١) الفقرة الخامسة من المادة (٧٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٧٥١ لسنة ٤٥ ق - جلسة ٢٠٠١/١١/٢٠ - سبقت الاشارة إليه - حيث قضت المحكمة بأن الثابت من الأوراق أن البنك المطعون ضده أصدر خطاب الضمان رقم ... يضمن بمقتضاه شركة ... بخصوص عملية توريد طلمبات رأسية ومحركات كهربائية، ويبين من صيغة خطاب الضمان أنه لم يتضمن أحقية المستفيد فى تجديد خطاب الضمان دون موافقة العميل (الأمر) وعليه فإن حق الجهة الإدارية المستفيدة من ذلك الخطاب يقف عند حد طلبها تسييل خطاب الضمان خلال مدة سريانه، وليس لها الحق في طلب تجديده بدون موافقة الآمر، إذ لابد من موافقة الآمر علي التجديد، ولا يملك البنك التجديد دون الرجوع إليه وموافقته على التجديد، فإذا كان الثابت أن الجهة الإدارية طلبت من البنك تسييل خطاب الضمان بعد انتهاء مدته ورفض البنك تسييل الخطاب لورود الطلب بعد انتهاء المدة، يكون رفض البنك طلب تسييل خطاب الضمان قائما على سند صحيح من القانون.

عليها والمشار إليها سلفا، ومن ثم يجوز لصاحب الشأن أن يستبدل بالتأمين النقدى المسدد منه خطاب ضمان أو شيك مقبول الدفع، أو أن يستبدل بشيك مقبول الدفع خطاب ضمان، غير أنه لا يجوز استبدال وسيلة سداد غير منصوص عليها فى اللائحة بأخرى غير منصوص عليها، حتى ولو كانت تلك الوسيلة غير المنصوص عليها فى اللائحة من شأنها توفير العلة من التأمين الابتدائى(١).

ويشترط لجواز الاستبدال موافقة السلطة المختصة حتى تقدر مدى ملاءمة ذلك على ضوء ما تقتضيه المصلحة العامة، وألا تنقطع مدة سريان التأمين، أى لا يكون هناك فاصل زمنى بين سحب التأمين المسدد ثم تقديمه بصورة سداد أخرى.

جزاء عدم ارفاق التأمين المؤقت بالعطاء:

رتب المشرع الجزاء على عدم ارتفاق التأمين الابتدائى بالعطاء، حيث قرر فى المادة (١٧) من القانون الحالى صراحة بوجوب استبعاد العطاء غير المصحوب بكامل التأمين المؤقت، ونزولا على مبدأ المساواة بين المتنافسين، فإن الاستبعاد جزاء مقرر لأى عطاء غير مصحوب بكامل التأمين المؤقت دون النظر لشخص مقدمه حيث ألغى المشرع الاعفاء الذى كان مقررا لبعض الجهات فى ظل العمل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى(٢).

ثانيا: مستندات العطاء:

إذا كانت المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية قد أوجبت ضرورة احتواء العرض الفنى على كافة البيانات الفنية عن العرض المقدم وذلك على النحو

---

(١) عكس ذلك: د. رفيق محمد سلام - المرجع السابق- ص ١٥٧.

(٢) حيث كانت المادة (٢١) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى تنص على أن: تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها.

السالف بيانه، فإن المادة (٥٧) من ذات اللائحة أوجبت تضمين المظروف الفنى كافة المستندات الدالة على مصداقية البيانات الفنية المدونة بالعرض، ومن ذلك المستندات الدالة على الكيان القانونى لمقدم العرض، والمستندات الدالة على سابقة الخبرة فى مجال التوريد والقيد فى المكاتب والسجلات أو النقابات أو الاتحادات التى يكون القيد فيها واجبا قانونا، وكذا المستندات التى قد تطلب الجهة الإدارية تقديمها.

وجدير بالذكر أن تحرير البيانات الفنية فى العرض الفنى لا يغنى عن تقديم المستندات الدالة على صحتها، باعتبار أن عبء اثبات صحة تلك البيانات يقع على عاتق مقدم العطاء.

ثالثا: الملاحظات الخاصة بالنواحى الفنية:

إذا كان لمقدم العطاء ثمة ملاحظات فنية على طريقة التنفيذ من شأنها أن تجعل التنفيذ أقل تكلفة أو بطريقة أفضل مما هو وارد فى كراسة الشروط والمواصفات، فإنه يتعين عليه بحسب صريح نص المادة (٣/٥٧) من اللائحة التنفيذية أن يدون كافة ملاحظاته الفنية فى كتاب مستقل يرفقه بالمظروف الفنى(١).

ولعل فلسفة المشرع من هذا النص تكمن فى النظرة الحديثة للمورد على أنه معاوناً للإدارة وليس فى موقف الضد أو الخصم منها.

رابعا: التحفظات:

إذا كان لمقدم العطاء أية تحفظات مالية، فيجب عليه أن يرفقها بالمظروف المالى حتى تستطيع لجنة البت تقييم تلك التحفظات، وترتيب عطائه

---

(١) تنص المادة (٣/٥٧) من اللائحة التنفيذية للقانون الحالى على أن: إذا رغب مقدمو العطاءات فى ابداء أى ملاحظات بالنواحى الفنية تثبت فى كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى.

على ضوء هذا التقييم، ومثال هذه التحفظات ما سمح به المشرع فى المادة (٦٩) من اللائحة التنفيذية، والتى أجازت لمقدم العطاء طلب دفعة مقدمة، ويكون الترخيص بصرفها بموافقة السلطة المختصة مقابل خطاب ضمان مصرفى معتمد بذات القيمة والعملة وغير مقيد بشرط وسارى المفعول حتى تاريخ الاستحقاق الفعلى.

ويتم تقييم شرط الدفعة المقدمة بإضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن عنه فى البنك المركزى وقت البت فى المناقصة مضروبا فى باقى مبلغ الدفعة المقدمة ثم ضرب الناتج فى المدة من تاريخ أدائها حتى تاريخ استحقاقها، ويضاف الناتج إلى سعر العطاء، ويكون سعر العطاء على هذا النحو هو المعول عليه عند المفاضلة بين العطاءات ومقارنتها(١).

ولكن ما الحكم إذا ما طلب مقدم العطاء دفعة مقدمة يتفق عليها؟ أى دون تحديد القيمة أو النسبة المطلوب سدادها مقدماً.

انتهت إدارة الفتوى لشئون الأزهر إلى أنه يتعين الالتفات عن التحفظ الخاص بالدفع المقدم دون تحديد نسبته، ويعتبر مقدم العطاء شأنه فى ذلك شأن من لم يتحفظ بالنسبة للدفعة المقدمة، وبالتالى لايؤثر هذا التحفظ فى ترتيب العطاء، ويعتبر العطاء فى هذه الحالة غير مقترن بشرط دفع مبالغ مقدما ويعامل على هذا الأساس(٢).

وإذا رغب مقدم العطاء فى اضافة قيمة مشال إلى جملة عطائه فيجب عليه تحديد قيمة هذا المشال، ولا تكفى عبارة «مشال يتفق عليه» إذ لا يجوز هذا الاتفاق بعد فتح المظاريف الفنية.

وإذا وردت أغلب العطاءات أو كلها مقترنة بتحفظات مالية، فلا يجوز لجهة الإدارة مفاوضة أصحابها للنزول عن تحفظاتهم، وإنما يتعين عليها تقييم

---

(١) المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٢) ملف فتوى الأزهر رقم ٣٣/١/٦٧ - بتاريخ ١٩٩١/١/١٨ - غير منشور.

تلك التحفظات ماليا، واضافة نتيجة التقييم إلى سعر العطاء، وإذا كان التقييم غير ممكنا، فإنه يجوز لجهة الإدارة الغاء المناقصة لهذا السبب.

على أن الواقع العملى أثبت دوما أنه كلما اقترنت العطاءات بتحفظات مالية كثيرة، كان ذلك دليلا على افتقار الدراسات السابقة على اعداد كراسة الشروط والمواصفات للأسس الفنية والعلمية، وأرى أنه يتعين على الجهات الإدارية توخى الدقة عند اعداد كراسة الشروط والمواصفات وذلك لغلق الباب أمام اقتران العطاءات بأية تحفظات.

المبحث الثانى

تقديم العطاء

إذا ما انتهى صاحب العطاء من اعداده بالشكل القانونى، فإنه - وحتى ينتج العطاء أثره - لابد من تقديمه للجهة الإدارية المعنية وفق أسلوب محدد قانونا، وفى موعد محدد أيضا.

وقد حظيت مسألة تقديم العطاءات باهتمام المشرع الفرنسى، وكذلك المشرع المصرى لعدة أسباب أهمها على الاطلاق الآثار المترتبة على تقديم العطاء، ومن ناحية أخرى فإن تقديم العطاءات هو بداية التعامل الحقيقى والمباشر بين جهة الإدارة، وبين أصحاب تلك العطاءات. وأوضح فيما يلى بيان الأسلوب القانونى لتقديم العطاءات، ثم موعد تقديمها مع مناقشة مشكلة العطاءات المتأخرة.

أولا: الأسلوب القانونى لتقديم العطاءات:

أوضحت الفقرة الثانية من المادة (٨٧) من قانون عقود الشراء الفرنسى[١] كيفية تقديم العروض، ويتم ذلك بأحد أسلوبين: إما عن طريق

---

(١) Art: 87 "... les plis contenant les offres sont envoyés par lettre Recommandée avec demande d'avis de reception postal, ou Remis en séance publique, ou Remis ou service contre Recepissé.

البريد برسالة موصى عليها بعلم الوصول d'avis de Reception Postal أو عن طريق تقديمها إلى الإدارة المعنية مباشرة بموجب ايصال أو عند انعقاد المجلس العام للمناقصة.

ويتمسك مجلس الدولة الفرنسى بضرورة تقديم العطاءات بالطريق الذى رسمه القانون حيث قضى بعدم جواز تقديم العروض بغير الطرق التى حددها القانون صراحة(١).

وبحسب نص المادتين ٩٤، ٩٦ مكرر من قانون عقود الشراء الفرنسى المشار إليه فإن العروض تسجل عند ايداعها فى سجل خاص، ويشمل هذا التسجيل كل أجزاء العرض، ويقوم الموظف المختص وعلى مسئوليته بتسجيل بيانات العروض وتواريخ ورودها.

كذلك حدد المشرع المصرى(٢) ثلاثة أساليب لتقديم العطاء، وهى إما عن طريق ارساله بالبريد الموصى عليه خالصة الأجر، وإما عن طريق وضعه داخل الصندوق المخصص لوضع العطاءات بالجهة الإدارية، أو عن طريق تسليمه لقلم المحفوظات بها بموجب ايصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته.

ثانيا: موعد تقديم العطاءات:

يتضمن الاعلان عن المناقصة الموعد المحدد لتقديم العطاءات، ويعد هذا الموعد بحدوده القصوى أساسى وجوهرى، ومراعاته شرط لسلامة إجراءات المناقصة، إذ يجب على الأفراد - من ناحية - تقديم عطاءاتهم خلاله، بحيث

---

(١) C.E. 26-7-1985, ste nouvelle clinique beau soleil, A.J.D.A., 1985, p. 744.

(٢) تنص المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن «... ويكون تقديم العطاءات إما بإرسالها بالبريد الموصى عليه خالصة الأجر، أو وضعها داخل الصندوق المختص لوضع العطاءات بالجهة، أو تسليمها لقلم المحفوظات بها بموجب ايصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته.

يسقط حقهم فى الاشتراك فى المناقصة بعد فوات هذا الموعد، ومن ناحية أخرى، يتعين على جهة الإدارة استلام كافة العطاءات التى ترد إليها خلال هذا الموعد(١).

ويثور التساؤل عن مصير العطاء الذى يرد بعد الموعد المحدد لتقديم العطاءات (الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد لفتح المظاريف الفنية) وقبل انعقاد لجنة فتح المظاريف الفنية؟

إن إعمال صريح نص المادة (٦٣) من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر يقتضى القول بعدم الاعتداد بهذا العطاء، فى حين أن مقتضى توسيع دائرة المنافسة، وعدم اهدار المصلحة العامة يؤدى إلى القول بالاعتداد بهذا العطاء، والرأى عندى أنه طالما لم تنكشف سرية المناقصة بفتح المظاريف الفنية، فإن توسيع دائرة المنافسة وتحقيق المصلحة العامة أولى بالرعاية، وأجدر من التطبيق الجامد للنصوص، إذ قد يكون هذا العطاء أقل العطاءات وأفضلهم شروطا، ومن ثم فإنه يمكن القول بالاعتداد بهذا العطاء شريطة عدم الاخلال بمبدأ المنافسة، وأن يكون باعث الإدارة على الاعتداد بذلك العطاء هو المصلحة العامة فقط(٢).

وقاعدة وجوب تقديم العطاء قبل الساعة الثانية عشرة ظهراً من اليوم المحدد لفتح المظاريف تنطبق على التعديلات فى العطاءات، إذ ينبغى أن تقدم

---

(١) وقد حددت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى موعد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد لفتح المظاريف موعدا لتقديم العطاءات، حيث تنص المادة (٦٣) من اللائحة المشار إليها على أن: يجب أن تصل العطاءات إلى الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة فى ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالإعلان لفتح المظاريف الفنية.

(٢) انظر عكس ذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٦ ق - المجموعة - السنة الثامنة، ص ١٠٦.

هذه التعديلات فى موعد أقصاه الموعد المشار إليه، وإلا كان مصيره عدم الاعتداد به، غير أن المشرع قد استثنى من ذلك التعديل المقدم من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات على أن يكون هذا التعديل فى صالح الجهة الإدارية ولا يؤثر على أولوية العطاءات.

ثالثا: مشكلة العطاءات المتأخرة:

مفهوم العطاء المتأخر:

يكون العطاء متأخراً إذا ورد إلى الجهة الإدارية بعد الموعد المعين لفتح المظاريف الفنية. وتكمن مشكلة العطاء المتأخر فى كيفية تحديد مصيره هل تتسلمه جهة الإدارة أم لا، وإن هى تسلمته هل يعتد به أم لا، وما أثر الاعتداد به على مشروعية إجراءات المناقصة؟

لقد تصدى مجلس الدولة الفرنسى لهذه المشكلة وقضى بقبول العطاء المتاخر تأخيرا طفيفا شريطة ألا يؤثر ذلك على السير الطبيعى لعملية المناقصة، ولا يمس بمبدأ المساواة بين المتنافسين، وأن توجد ظروف استثنائية قد دفعت إليه(١). أما إذا انتفى أى شرط من هذه الشروط فلم يتردد المجلس فى القضاء بعدم مشروعية إجراءات التعاقد إذا قبلت جهة الإدارة عطاء متأخر عن الميعاد المحدد لاستلام العطاءات(٢).

أما فى مصر فقد جاء موقف المشرع من المشكلة قاصراً على بيان مصير العطاء المتأخر حيث اكتفت المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه بالنص على تقديم العطاء المتأخر إلى رئيس لجنة فتح المظاريف الذي يقوم بفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم ادراجه فى كشف العطاءات المتأخرة، دون الاعتداد به وهو المستفاد من حكم المادة (٦٣) من اللائحة سالفة الذكر والتى قررت بعدم الاعتداد بالعطاء الذى يرد بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية.

---

(١) C.E. 17-12-1971, Ville de cayenne, Rec, p. 1104.

(٢) C.E. 11-1996, Departement da la Dordogue, A.J.D.A., 1997, p. 185.

غير أن مما يثير التساؤل هو أن المشرع وقد قرر عدم الاعتداد بالعطاء المتأخر، فلماذا النص على قيام رئيس لجنة فتح المظاريف بفتحه، إذ ليس هناك ثمة مبرر قانونى لفتح عطاء محكوم عليه مقدما بعدم الاعتداد به. وفى رأى أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد ترديداً لحكم المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ التى أجازت قبول العطاء المتأخر إذا توافرت شروط معينة[١]، أما وأن نص المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية للقانون الحالى لم يوضح العلة من فتح العطاء المتأخر، فإن هذا النص يكون فاقداً لعلة وجوده والغاية منه، ويحتاج الأمر إلى تدخل تشريعى لحذف عبارة «فتح العطاء المتأخر» لعدم جدواه، وأن يفصح المشرع عن مآل ومصير العطاء المتأخر بالنص صراحة على عدم الاعتداد به وفى ذات المادة التى تعالج مشكلة العطاء المتأخر.

---

(١) نصت المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغاة على أن «لا يلتفت إلى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ولو كان مرسلا من مقدم العطاء فى تاريخ سابق لفتح المظاريف على أن يراعى فى تقديمه فور وصوله إلى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة، ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت النظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيها العطاءات المرسلة بطريق البريد قبل انتهاء لجنة فتح المظاريف من عملها وبشرط أن يكون التأخير لأسباب خارجة عن إرادة صاحب العطاء، وأن يكون العرض المتأخر فى صالح الخزانة، أما إذا ورد العطاء بعد انفضاض لجنة فتح المظاريف فلا يجوز قبوله.

المبحث الثالث

الآثار القانونية المترتبة على تقديم العطاء

يترتب على تقديم العطاء على النحو الوارد فى المبحث السابق آثاراً قانونية فى غاية الأهمية تكمن فى أن العطاء يعتبر ايجابا ينبغى أن يصادفه قبولا من الجهة الإدارية[١]، ويضحى مقدم العطاء موجباً، ويظل ملتزما بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول دون تعديل فيه إلا فى الاطار الذى رسمه القانون، كما لا يمكنه العدول عنه، وأوضح فيما يلى الآثار القانونية المترتبة على تقديم العطاء.

١- تقديم العطاء يعد ايجابا:

يترتب على ايداع العطاء موقعا من صاحبه أو ذى الصفة فى ايداعه، كافة الالتزامات التى تقع على عاتق الموجب، ولكن لا يعنى ذلك انعقاد العقد[٢]. إذ يتعين أن يصادف هذا الايجاب قبولا من جانب الإدارة، كما يلقى هذا الايجاب التزاما على عاتق الإدارة مؤداه ضرورة البت فيه خلال الأجل المحدد للبت، واخطار الموجب بقبوله إذا كان هو صاحب العطاء الأفضل[٣].

٢- التزام مقدم العطاء بعطائه بمجرد تقديمه:

القاعدة المسلم بها فى فرنسا ومصر هى التزام مقدم العطاء بعطائه بمجرد

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٤٨٠ لسنة ٤٦ ق - جلسة ٢٠٠٥/٢/١ سبقت الاشارة إليه - حيث قضت بأن الإعلان عن إجراء مناقصة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة إلى التعاقد وأن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الايجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنده قبول الإدارة المطابق له لينعقد العقد. وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٢٠٠٥/٢/١، سبقت الاشارة إليه، وحكمها فى الطعن رقم ٣٦٨٢ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٦/٢/١٧ - الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩ - ص ٧٣.

(٢) جيز، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٣) د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل - المرجع السابق - ص ٢٤٠.

تقديمه وحتى تنقضى المدة المحددة لسريانه، فإذا انتهت تلك المدة دون قبوله أصبح العطاء لاغياً، وجاز لمقدمه استرداده بكافة مرفقاته بما فى ذلك التأمين الابتدائى المسدد منه.

وقد خلا تقنين عقود الشراء الفرنسى من نص صريح على تلك القاعدة، وإن كان مجلس الدولة الفرنسى قد أقرها، حيث قضى بالتزام العارضين بشكل قطعى تجاه الإدارة بمجرد تقديمهم لعروضهم(١).

ولا يمكن للعارض الاحتجاج بخلو عرضه من وثائق معينة لأجل سحب هذا العرض(٢).

وفى مصر تنص المادة (٥٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى صراحة على أن يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية، وحتى نهاية مدة سريان العطاء المحدد باستمارة العطاء المرافقة للشروط.

وقد حدد المشرع المدة اللازمة لسريان العطاء فى صدر نص المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر والذى ينص على أن: ويراعى تضمين شروط الطرح المدة المناسبة لسريان العطاء بحيث لا تزيد على ثلاثة أشهر، على أنه فى حالات الضرورة التى تحتمها طبيعة وظروف موضوع التعاقد فيجوز بموافقة السلطة المختصة تضمين الشروط مدة تجاوز ذلك، وتحسب مدة صلاحية العطاءات اعتباراً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية، على أن يتم البت فى المناقصة والاخطار فى حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات.

والنص المتقدم يوحى بأن مدة الثلاثة أشهر التى يتعين على الإدارة

---

(١) C.E. 8-3-1996, R.M.P. 1996, p. 25.

(٢) C.E. 21-3-1962, Sté nationale des chantiers de Reconstruction Goutron, Rec. p. 200.

تضمينها شروط الطرح هى الحد الأقصى المسموح به لجهة الإدارة النص عليه فى تلك الشروط، إلا أن المشرع وقد منح لجهة الإدارة فى حالات الضرورة التى تحتمها طبيعة وظروف التعاقد حق تضمين شروط الطرح مدة تجاوز الأشهر الثلاثة المشار إليها، وهو أمر منتقد لما يتضمنه استطالة مدة صلاحية سريان العطاء من حدوث تقلبات حادة فى الأسعار قد تجعل من تنفيذ العقد أمراً غاية فى الصعوبة، لا سيما وأن المشرع بموجب النص المشار إليه قد أسقط الفترة الواقعة بين تقديم العطاء وبين فتح المظاريف الفنية من المدة المقررة لصلاحية سريان العطاء، وأرى أنه من الأفضل النص على تقليص مدة سريان العطاء، وحث الجهة الإدارية على سرعة البت فى أقصر وقت ممكن تجنبا للتقلبات الاقتصادية وأثرها على تنفيذ العقد، وقد كانت مدة سريان العطاءات فى ظل اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغاة لا تزيد عن شهر واحد إلا فى حالة الضرورة القصوى التى تحتمها طبيعة وظروف المناقصة، ومدة الشهر القابلة للتجديد فى حالة الضرورة هى مدة معقولة وأكثر اتساقا مع ما تشهده الظروف الاقتصادية من عدم استقرار.

وإذا كانت القاعدة أن مقدم العطاء يلتزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة فى شروط العطاء، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناءان، الاستثناء الأول: هو جواز تعديل العطاء بشرطين أولهما أن يكون موضوع التعديل هو خفض أسعار العطاء، وثانيهما أن يصل التعديل جهة الإدارة قبل الموعد المحددلفتح المظاريف. والاستثناء الثانى هو جواز العدول عن العطاء بسحبه ويشترط فيه كذلك أن يتم قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف وفى هذه الحالة يوقع على مقدم العطاء جزاء يتمثل في مصادرة التأمين المؤقت المودع عن عطائه(١).

---

(١) يراجع فى ذلك افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣١٨ بتاريخ ١٩٦٥/٣/١٨ المستشار أحمد سمير أبو شادى، مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة معلقا عليها في عشر سنوات من يناير ١٩٦٠ حتى يناير ١٩٧٠ ـ الجزء الثانى ـ ص ١٩٢٤.

وينقضى التزام الموجب بالبقاء على ايجابه بانتهاء المدة المقررة لسريان العطاء دون البت فيه من جانب الجهة الإدارية، وإن أرادت تلك الجهة مد فترة سريان العطاء فإنه يتعين عليها أن تطلب من مقدم العطاء الموافقة على هذا المد(١).

ويجد مبدأ التزام الموجب بالبقاء على ايجابه أساسه القانونى في الالتزام بالإدارة المنفردة بحسب المستفاد من حكم المادة ٩٣ من القانون المدنى(٢).

---

(١) يراجع فى ذلك: افتاء إدارة الفتوي بوزارة الموارد المائية والرد - ملف رقم ١٨٦/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٢١ - لم ينشر بعد - وانتهت فيه إلى عدم جواز الترسية على شركة صاحبة العطاء رقم ٣/١ الأقل سعراً لعدم مد سريانها فى الميعاد استنادا إلى عدم موافقة الشركة المذكورة على مد سريان عطائها، ومن ثم يكون عطاء الشركة قد سقط ولا يجوز الترسية عليه، ولا يغير من ذلك قيام الشركة بارسال كتاب آخر يفيد موافقتها على مد سريان عطائها بشرط أن تحصل على قيمة توريد ١٠٠٠ طن بودرة بلاستيك، و١٠ طن بودرة منظف بالدولار الأمريكى بما يوازى نفس السعر المقدم منها بعطائها، إذ فضلا عن أن هذه الموافقة قد وردت بعد انتهاء مدة صلاحية العطاء وانقطاع العلاقة التى كانت بين الشركة والجهة الإدارية، فإن هذه الموافقة مقترنة بتعديل فى العطاء وأن هذا التعديل بمثابة عطاء جديد.

(٢) تنص المادة (٩٣) من القانون المدنى على أنه: (١) إذا عين ميعاد للقبول التزام الموجب بالبقاء على ايجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد.

الفصل الرابع

القبول فى عقد التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

إذا كان الايجاب يمثل الإرادة الأولى فى عقد التوريد، فإن القبول يمثل الإرادة الثانية فيه، ويلزم لانعقاد العقد صحيحاً منتجاً لآثاره أن يحصل التوافق بين هاتين الإرادتين أى بين الايجاب والقبول.

والقبول على هذا النحو هو ارتضاء الايجاب ممن وجه إليه، ولكى ينتج القبول أثره يلزم أن يكون متطابقاً مع الايجاب، وأن يتصل بعلم الموجب حالة كون الايجاب باقياً لم يسقط(١).

ويمر القبول في عقد التوريد الإدارى بمراحل عديدة لا تختلف عن المراحل التى يمر بها القبول في العقود الإدارية الأخرى(٢)، وتعنى هذه الدراسة ببيان تكوين القبول، وضوابطه القانونية، والآثار المترتبة عليه. وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تكوين القبول.

المبحث الثانى: الضوابط القانونية للقبول.

المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على القبول.

---

(١) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ص ٢٥٥، د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، عام ٢٠٠٥، المرجع السابق ص ٢٤٨، د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٢٥٥، د. مهند مختار نوح، المرجع السابق ص ٤٧٧.

إلى أن المشرع لم يعلق صحة عمل لجان فتح المظاريف على ضرورة حضور كل العناصر الصادر بها قرار تشكيلها، وأنه لو أراد تعليق سلامة عمل تلك اللجان وصحة انعقادها على ضرورة حضور كل العناصر لما أعوزه النص على ذلك(١).

والرأى عندى هو صحة انعقاد لجنة فتح المظاريف بتشكيل غير كامل بسبب غياب أحد أعضائها، ودليل ذلك أن النظر بعمق إلى اختصاص هذه اللجنة يشير إلى أن اختصاصها هو مجرد اثبات لحالة العطاءات والأوراق المرفقة بها دون أن يمتد هذا الاختصاص إلى حد اصدار توصيات نهائية أو غير نهائية، ولا يغير من ذلك القول بضرورة اجتماع اللجنة بالتشكيل المقرر فى القرار الصادر بتشكيلها استجابة لرغبة المشرع فى أن يكون محتوى اللجنة بشكل محدد قانوناً، آية ذلك أن المشرع حينما أورد نص خاص بتشكيل لجنة فتح المظاريف، فإن هذا النص إنما يقرر ضمانة خاصة بجهة الإدارة، ولا تثريب عليها إن هى أهملت إعمال مضمونها بشكل حرفى.

اختصاصات لجنة فتح المظاريف الفنية(٢):

حددت المواد أرقام ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢١ من اللائحة التنفيذية لقانون

---

(١) انظر افتاء اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة، جلسة ١٩٩١/٣/٢٥ - ملف رقم ١٧٨/٢/٤٧ - فتوى الصحة، غير منشور.

(٢) أوضحت المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية المشار إليها اختصاص لجنة فتح المظاريف الفنية بالنص على أن يقوم رئيس اللجنة بفتح صندوق العطاءات فى الساعة الثانية عشرة ظهراً فى اليوم المعين لفتح المظاريف الفنية كآخر موعد لتقديم العطاءات، وعليه القيام بإثبات حالة العطاءات بالحالة التى وردت عليها بعد التحقق من سلامتها، وحصرها وإثبات عددها فى محضر فتح المظاريف، ثم التحقق من وجود مظروفين منفصلين مقدمين عن كل عطاء أحدهما للعرض الفنى والأخر للعرض المالى، ثم ترقيم العطاءات على هيئة كسر اعتيادى بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة، واثبات رقم كل عطاء على المظروف الفنى=

المناقصات والمزايدات الحالى اختصاص لجنة فتح المظاريف على نحو تفصيلى. غير أنه ينبغى الاشارة إلى أن لجنة فتح المظاريف تباشر الاختصاصات المنوطة بها على مرحلتين لكل مرحلة المسمى الخاص بها، حيث تجتمع فى المرحلة الأولى تحت مسمى لجنة فتح المظاريف الفنية، فيما تجتمع فى المرحلة الثانية تحت مسمى لجنة فتح المظاريف المالية وذلك بعد انتهاء لجنة البت من فحص العطاءات فنياً، ويقتصر عمل لجنة فتح المظاريف المالية فى تلك المرحلة على فتح المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنياً.

= وعلى المظروف المالى الذى يتم التحفظ عليه مغلقاً، وإعادة المظاريف المالية بعد التوقيع عليها دون فتحها داخل صندوق العطاءات، وبعد ذلك يقوم رئيس اللجنة بفتح المظاريف الفنية بالتتابع وكل مظروف يفتح يثبت رقم العطاء عليه وعلى كل ورقة بداخله، مع ترقيم الأوراق بداخل كل مظروف واثبات عددها، ثم قراءة اسم صاحب العطاء وقيمة التأمين المؤقت ونوعه وغيرها من محتويات المظروف الفنية على الحاضرين من مقدمى العطاءات أو مندوبيهم، والتوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على المظروف الفنى وكل ورقة بداخله، والتأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح فى البيانات الواردة بالمظروف الفنى والتوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على هذه التأشيرات، ثم تحرير محضر بكافة الإجراءات السابقة والتوقيع عليها من رئيس اللجنة وأعضائها.

وبعد ذلك يقوم رئيس اللجنة بتسليم التأمينات المؤقتة لمندوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظاريف، كما يوقع رئيس الحسابات فى نفس اليوم أو فى اليوم التالى على الأكثر بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قيدت بالحسابات المختصة، ثم يقوم رئيس اللجنة بارفاق المظاريف الفنية وجميع الأوراق المقدمة بها بمحضر اللجنة وتسليمها لمدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم المختص لحفظها فى خزانة مقفلة.

وفى حالة ارفاق عينات بالعطاءات، يتعين على رئيس اللجنة مراجعة هذه العينات على الكشف الذى دونت به عند ورودها بعد التأكد من سلامة أختامها وغلافاتها والتوقيع منه ومن جميع أعضاء اللجنة على العينات بما يفيد ذلك، وذات الأمر بالنسبة للعينات التى ترد مع المظاريف الفنية بعد اثباتها فى كشف خاص، ويقوم رئيس اللجنة بتسليم العينات إلى مدير إدارة المشتريات بذات الطريقة التى سلمت بها العطاءات. وأخيراً، أوجب المشرع اتمام اللجنة عملها بأكمله فى الجلسة ذاتها.

مدى جواز حجب أى عطاء يقدم فى المناقصة عن لجنة فتح المظاريف؟

أوجبت المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية المشار إليها ضرورة تقديم أى عطاء أو تعديل فيه بعد الموعد المعين لفتح المظاريف الفنية فور وصوله إلى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم ادراجه فى كشف العطاءات المتأخرة. وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا العلة من ذلك بقولها ان البحث فى مدى مطابقة العطاءات لشروط المناقصة هو من اختصاص لجنة البت، بعد أن ترد إليها العطاءات من لجنة فتح المظاريف التى يجب أن تعرض عليها جميع العطاءات لتتولى مهمتها بشأنها ومن ثم فلا يجوز التقاعس عن عرض العطاء على لجنة فتح المظاريف بحجة أنه ورد عن عدد سيارات يزيد على العدد المطلوب فى المناقصة أو بحجة أنه جاء مصحوباً بشرط أداء دفعة مقدمة على خلاف شروط المناقصة(١).

مدى حق اللجنة فى استبعاد العطاءات المخالفة لشروط الطرح؟

لا يوجد خلاف على عدم أحقية لجنة فتح المظاريف فى استبعاد العطاءات المخالفة لشروط الطرح لأن الاختصاص بفحص العطاءات وبيان مدى مطابقتها لشروط الطرح معقود أصلا للجنة البت، ولم يخول المشرع لجنة فتح المظاريف سلطة فحص العطاءات بل حصر اختصاصها - على ما سبق القول - فى مجرد اثبات حالة العطاءات والأوراق المرفقة تمهيداً لعرضها على لجنة البت، ومن ثم فلا يجوز للجنة فتح المظاريف استبعاد أى من العطاءات المقدمة لأى سبب من الأسباب.

مدى جواز استيفاء المستندات بعد فتح المظاريف؟

قد يقدم العطاء غير مصحوب ببعض المستندات التى استلزم القانون تقديمها، فهل يجوز بعد فتح المظاريف مطالبة مقدم العطاء باستيفاء أوجه

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٤١٩ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٨٩/٤/٢ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق - ص ٢٥٣.

النقص أو الاستجابة لطلبه تقديم ما نقص من مستندات فى موعد لاحق على فتح المظاريف الفنية؟

انتهت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة إلى جواز استيفاء ما نقص من مستندات فى موعد لاحق على فتح المظاريف الفنية حيث قررت أن عدم تقديم استمارة القيد بسجل الوكلا التجاريين بجلسة فتح المظاريف وقبل فضها ليس مؤداه استبعاد العطاء برغم النص على ذلك مادام أن مقدم العطاء قد أثبت وجود الوكالة واستيفائها للشروط والإجراءات القانونية قبل الترسية عليه، إذ لا مصلحة من استبعاد عطاء يحقق وفراً مالياً للإدارة لمجرد عدم استيفاد إجراء غير جوهرى فى وقت معين مادام أن الإجراء قد تم تداركه بعد ذلك(١).

والحقيقة أن هذا الافتاء يحمل فى طياته الكثير من التساهل الذى قد يصطدم بالقواعد الأساسية التى تحكم المناقصة العامة، لاسيما فيما يتعلق بقواعد المنافسة الحرة والمساواة، وليس معنى ذلك المناداة بالتشدد البيروقراطي إلى حد ضياع فرصة عرض مناسب للمصلحة المالية والفنية لجهة الإدارة، وإنما الأمر مرده ضرورة أن يكون قبول ما نقص من مستندات بعد انتهاء لجنة فتح المظاريف من عملها مرهون بألا يكون من شأن قبول هذه المستندات كشف سرية المناقصة كما لو كان الأمر متعلق بتقديم كتالوجات، وألا يكون المستند الناقص من نوعية المستندات التى نص المشرع على جزاء الاستبعاد نتيجة عدم تقديمها مع العطاء كالتأمين الابتدائى، وألا يكون - أخيراً - من شأن تقديم هذا المستند اهدار مبدأ المساواة بين المتناقصين والافتئات على مبدأ المنافسة الحرة بينهما، وبالتالى يمكن لجهة الإدارة قبول ما نقص من المستندات اللازم تقديمها مع العطاء بعد انتهاء لجنة فتح المظاريف الفنية من عملها بمراعاة الضوابط المشار إليها.

اختصاصات لجنة فتح المظاريف المالية:

بعد انتهاء لجنة البت الفنى من عملها بقبول من ترى قبوله من العطاءات

---

(١) افتاء اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة ملف رقم ٣٧٣/٢٤/١٨ - إدارة فتوى التعليم - جلسة ١٩٨٤/٢/٢٢ - غير منشور.

المقدمة والمستوفاة للشروط والمواصفات المطروحة، واعتماد توصياتها من السلطة المختصة، تتولى إدارة المشتريات بالجهة الإدارية اخطار أصحاب العطاءات المقبولة فنيا بموعد ومكان انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية ليتسنى حضورهم أو مندوبيهم أعمال اللجنة(١).

وتجتمع لجنة فتح المظاريف المالية بذات تشكيلها السابق فى الموعد والمكان المحددين لفتح المظاريف المالية، وتتولى اللجنة المراجعة الحسابية للعطاءات واعداد كشف تفريغ الأسعار، وأعداد محضر بأعمال اللجنة توضح فيه كافة الإجراءات التى اتخذتها حيال المظاريف المالية للعطاءات المقبولة فنيا(٢).

٢ ـ لجنة البت:

لجنة البت هى لجنة إدارية تضطلع بعملية البت فى العطاءات وهى تقوم بعمليات حسابية مادية وتتخذ قرارات إدارية(٣)، إذ أنها تقوم بمباشرة اختصاصها فى الوصول إلى أنسب العطاءات من الناحية المالية والفنية، وذلك من خلال قيامها باتخاذ قرارات حول صحة العطاءات وأنسبها للترسية عليها(٤).

---

(١) تنص المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لاسنة ١٩٩٨ على أنه: ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل بين تاريخ اعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو استبعاد العروض الفنية فى لوحة الاعلانات المخصصة لهذا الغرض وبين تاريخ ارسال الاخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية، والعلة فى مراعاة انقضاء المدة المشار إليها تكمن فى اتاحة الفرصة أمام أصحاب العطاءات المستبعدة من التقدم بشكواه إلى مكتب متابعة التعاقدات الحكومية المنصوص عليه فى المادة (٤١) من القانون المشار إليه.

(٢) المادتين ٢٦، ٢٧ من اللائحة التنفيذية المشار إليها.

(٣) انظر: د. عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

(٤) انظر: د. محمد ماهر أبو العينين - العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات - الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

ويختلف الوضع فيما يتعلق بتشكيل لجان البت وطريقة عملها فى فرنسا، عنه فى مصر، غير أنه وأياً كان وجه الاختلاف بينهما، فإن الهدف واحد وهو الوصول إلى أفضل العطاءات المقدمة شروطاً وأقلهم سعراً وصولا للترسية على صاحبه والتعاقد معه.

لجان البت فى العطاءات فى فرنسا:

لجنة البت فى العطاءات فى فرنسا هى السلطة المختصة بعملية الارساء، ويطلق عليها اسم لجنة المناقصة la commission de l'adjudication ويختلف تشكيل هذه اللجان من شخص عام إلى آخر، ورغم هذا الاختلاف فإن هناك سمات معينة يتميز بها تكوين هذه اللجان، فهى دائما سلطة إدارية جماعية un organe collégial وتضم عناصر قانونية وفنية وتتمتع باختصاص الاسناد على العطاء الأفضل(١).

أولا: تشكيل لجنة مناقصات عقود الدولة ومؤسساتها العامة:

la commission d'appel d'offres de l'Etat et de ses etablissement publics:

أوجبت المادة (٨٣)(٢) من تقنين عقود الشراء العام تشكيل لجان المناقصات بقرار الوزير المختص بالنسبة للإدارة المركزية، وبقرار من المحافظ المختص بالنسبة للمرافق اللامركزية التابعة للدولة، إما بالنسبة للمؤسسات العامة الوطنية فيتم تشكيل لجنة المناقصة وفقا للقواعد الخاصة التى ينص عليها النظام الأساسى لكل مؤسسة.

---

(١) راجع: مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص ٤٧٨.

(٢) Are: 83: la composition et le fonctionnement des commissions d'adjudication du d'appel d'offres sont fixés:
1- En ce qui concerne les administrations centrales de l'etat. par le Ministre
2- En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat, Pax le prefet.
3- En ce qui concerne les établissements publics, par les Régles propres à chaque établissement.

وقد خلت المادة ٨٣ سالفة الذكر من تحديد عدد أعضاء اللجان ووظائفهم باستثناء ما أوجبته من ضرورة تمثيل المدير العام للمنافسة والاستهلاك ومكافحة الغش فى لجان المناقصة الخاصة بعقود الدولة والمؤسسات العامة، على أن تكون عضويته ذات طابع استشارى، ولا يكون له حق الاشتراك فى المداولة على القرارات التى تتخذها اللجنة وإن كان من حقه أن يطلب تدوين رأيه فى محضر اللجنة.

ثانيا: تشكيل لجان مناقصات عقود الجماعات المحلية:

أوجبت المادة ٢٧٩ من تقنين عقود الشراء العام ضرورة تشكيل هذه اللجان من أعضاء يتمتعون بسلطة اتخاذ القرار، وأعضاء آخرين دورهم استشارى بحت.

أما الأعضاء الذين يتمتعون بسلطة اتخاذ القرار فهم رئيس المجلس المحلى المعنى بالمناقصة أو من يمثله رئيساً، وعضوية خمسة عناصر من بين أعضاء المجلس يتم انتخابهم من جانب كل الأعضاء بالاقتراع السرى المباشر، وذلك فى البلديات التى يزيد عدد سكانها عن ٣٥٠٠ نسمة. أما البلديات التى يقل عدد سكانها عن ٣٥٠٠ نسمة، فإن العناصر المنتخبة هم ثلاثة فقط.

أما الأعضاء الذين يكون لهم دور استشارى فهم محاسبو الأقاليم والمحافظات والبلديات، وممثل عن مدير إدارة المنافسة والاستهلاك ومكافحة الغش، وممثل عن المرفق الفنى المختص، ويقصد بهذا المرفق كل فريق لا مركزى تابع للدولة والعامل فى نطاقة الأقاليم أو المحافظات أو البلديات في نفس موضوع المناقصة(١).

---

(١) لمزيد من التفاصيل، انظر:
Dominique legouge - la MEILLEULE offre Dans les marches publics. op. cit., p. 68.

ويتشدد مجلس الدولة الفرنسى فى ضرورة تشكيل لجان المناقصة على النحو المتقدم وذلك لصحة الإجراء الصادر عنها، فقد قضى بعدم مشروعية قرار اللجنة باستبعاد أحد المرشحين لأن تشكيل اللجنة التى أصدرت القرار لم يكن صحيحاً(١).

ثالثا: تشكيل لجان المناقصات الخاصة بالمؤسسات العامة المحلية:

وهى تتشكل من رئيس مجلس إدارة المؤسسة أو من يمثله رئيساً ومن عضوين من مجلس إدارة المؤسسة أعضاء، وهؤلاء لهم حق اتخاذ القرار، بالإضافة إلى أعضاء استشاريين هم ممثل إدارة المنافسة والاستهلاك ومكافحة الغش، ومحاسب الإدارة، ومندوب عن المرفق الفنى المختص.

ولكى تكون اجتماعات هذه اللجان صحيحة ومشروعة يجب توجيه الدعوة إلى جميع الأعضاء، وإذا تبين أن الدعوة لم توجه إلى عضو أو أكثر كان الاجتماع باطلا، ويستتبع ذلك بطلان القرارات الصادرة عنها، ولا يصحح هذا البطلان إبداء العضو لوجهة نظره فى وقت لاحق على الاجتماع الذى لم يدع إليه(٢).

اختصاصات لجان المناقصة:

متى انقضى تاريخ استلام العروض تقوم لجنة المناقصة بفتح أول مظروف داخلى لكل مظروف وتسجيل محتواه والذى يحتوى على إقرار مقدم العرض، والمستندات الدالة على كفاءته المالية، ثم تقوم اللجنة بدراسة كل مرشح على أساس هذه المستندات وتصدر قرارها بقبول أو رفض مقدم العرض وتضع فى اعتبارها الاعتبارات الآتية: صلاحية مقدم العرض للتنفيذ بألا يكون قد حكم عليه بعقوبة الاستبعاد، وألا يكون فى حالة تصفية قضائية، وأن يكون

---

(١) C.E. 2-12-1997 - Sté Ricard, M.T.P. 20-2-1998-p. 45.

(٢) C.E; 25-6-1985, S.A.R.L - d'entreprise et d'equipement et Rural, R.M.P. 1987, N°. 226. p. 8.

مستوفياً سداد ضرائبه حتى آخر يوم، وكذلك اشتراكاته فى الضمان الاجتماعى، بالاضافة إلى صلاحيته الفنية فى التنفيذ وكذا صلاحية مالية فى تحقيق تنفيذ سليم للالتزامات المطلوبة، ثم تقوم اللجنة بعد ذلك بفتح المظاريف الثانية الداخلية للعروض المقبولة فنياً وتسجيل محتواها إذ يحتوى على تعهد، وعرض أسعار، ثم دراسة ومقارنة العروض واختيار العرض الذى يبدو أنه الأهم على مستوى العلاقة النوعية بين الأداء المطروح وبين السعر المطلوب (أفضل عرض)(١).

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد أفضل عرض يتم بمعرفة الشخص المسئول عن المناقصة ويرمز له بالرمز PRM وذلك فى مناقصات الدولة ومؤسساتها العامة، فى حين تقوم لجنة المناقصة بهذا العمل فى مناقصات الجماعات المحلية أو إحدى مؤسساتها(٢).

وخلاصة ما تقدم أن لجان مناقصات الدولة ومؤسساتها العامة تقوم بعمليات شكلية تكفل تحقيق الشفافية إذ تقوم بفتح العروض وتسجيل مضمونها فى محضر ثم تحال الأوراق إلى الشخص المسئول عن الصفقة (P.R.M) الذى يقع عليه عبء اختيار أفضل عرض، أما لجنة المناقصات للجماعات المحلية ومؤسساتها العامة، فهى تلعب دور أهم وأوسع نطاقاً إذ أنها مكلفة بالقيام باختيار من سيتم التعاقد معه باعتباره أفضل العروض.

لجان البت فى العطاءات فى مصر:

أولا: تشكيل لجان البت:

أوجبت المادة (١٢) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ صدور قرار من السلطة المختصة بتشكيل لجان البت على أن تضم فى عضويتها عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد. ويجب أن يشترك فى عضوية لجان

---

(١)،(٢) لمزيد من التفاصيل راجع فى ذلك:

Dominique legauge: la meilleure offre, op. cit., p. 43.

البت ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة الف جنيه.

والنص المتقدم يسرى على المناقصة العامة والمحدودة والمحلية (بالنسبة لضرورة حضور ممثل المالية) كما يسرى على الممارسة العامة والمحدودة متى كان الأمر متعلق بمناقصة أو ممارسة تجرى فى داخل مصر، فى حين أورد المشرع حكماً مغايراً بشأن تشكيل لجان البت فى الممارسة العامة أو المحدودة التى تجرى بالخارج إذ تنص المادة (٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن: تتولى إجراءات كل من الممارسة العامة والممارسة المحدودة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة، تضم عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد.

وفى حالة الممارسة الداخلية يجب أن يشترك فى عضوية اللجنة ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين الف جنيه، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة الف جنيه، أما فى حالة الممارسة الخارجية، فيجب أن يشترك فى عضوية اللجنة ممثل لوزارة المالية وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة مليون جنيه.

ويلاحظ على هذا النص:

١- انه ورد بشأن الممارسة العامة أو المحدودة الخارجية، ولم يرد نص مماثل سواء فى القانون أو اللائحة بشأن المناقصة العامة أو المحدودة الخارجية، مما مفاده أن نصاب حضور ممثل وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى بمجلس الدولة فى لجان البت فى المناقصة العامة أو المحدودة الخارجية يظل كما هو على النحو الوارد فى المادة (١٢) سالفة الذكر أى مائتين وخمسون الف بالنسبة لممثل وزارة المالية وخمسمائة الف بالنسبة لعضو إدارة الفتوى بمجلس الدولة[١].

ودليل ذلك أن المشرع أخضع الممارسة العامة والممارسة المحدودة للأحكام

---

(١) انظر عكس ذلك: د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ٣٨٥.

الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا القانون. كما أن نص المادة (٦) سالف الذكر هو نص خاص بالممارسة العامة أو المحدودة الخارجية ولا ينسحب أثره على المناقصة العامة أو المحدودة الخارجية.

٢- أن المغايرة فى تشكيل لجنة البت فى الممارسة العامة أو المحدودة الخارجية عنه فى الممارسة العامة أو المحدودة التى تجرى بالداخل أمر منتقد بحسبان أنه يجب اشتراك مندوب المالية وعضو إدارة الفتوى بمجلس الدولة فى لجان البت الخارجية للممارسة العامة أو المحدودة فى جميع الأحوال لضمان صحة التعاقدات من جرائم النصب الدولى.

ويثور التساؤل عن كيفية تحديد النصاب المالى الذى يستوجب حضور ممثل وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى بمجلس الدولة هل يتم تحديده على أساس القيمة التقديرية للعملية أم على أساس قيمتها الفعلية؟ أوضحت المحكمة الإدارية العليا[١] أن المشرع عول بنص صريح فى تحديد النصاب الذى تبلغه قيمة المناقصة بوجوب حضور مندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة على القيمة التقديرية للمناقصة لا القيمة الفعلية بحسبان أن القيمة التقديرية التى يتم بسند منها تقدير الارتباط المالى وتحديد مصرفه، أما القيمة الفعلية للمناقصة فهى لا تتحدد إلا لدى الترسية على العطاء المناسب وهى لا تتكشف إلا فى مرحلة لاحقة على بدء اللجان عملها.

مدى صحة انعقاد لجان البت فى المناقصة حال تخلف ممثل المالية أو عضو إدارة الفتوى عن حضور اللجان حال اخطارهما بذلك:

ثمة خلاف فى الفقه حول مدى صحة انعقاد لجان البت فى المناقصة بدون حضور ممثل المالية أو عضو إدارة الفتوى عن حضور تلك اللجان حال اخطارهما بذلك.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٦ ق - جلسة ١٩٩١/٧/٢٠ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق، ص ٢٩٦.

وقد ساعد على هذا الخلاف اختلاف المعالجة التشريعية لتلك المشكلة فى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى عنه فى القانون الحالى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

فقد نصت المادة (٦) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى على أن تتولى إجراءات الممارسة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية حسب أهمية وطبيعة التعاقد، ويشترك فى عضويتها مندوب عن وزارة المالية إذا جاوز القيمة عشرين الف جنيه وعضو مجلس الدولة إذا جاوزت القيمة مائة الف جنيه.

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور مندوب عن وزارة المالية وعضو من مجلس الدولة حسب الأحوال ونصت المادة (١٣) من ذات القانون على أن يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة على أن يراعى فى تشكيلها أهمية وقيمة التعاقد، على أن تضم تلك اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية. ويجب أن تمثل وزارة المالية من تنيبه فى لجان البت إذا زادت القيمة التقديرية للمناقصة على خمسين الف جنيه، وأن يشترك فى عضويتها عضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى زادت القيمة عن ثلاثمائة الف جنيه.

ولا يكون انعقاد لجنة البت صحيحاً إلا بحضور مندوب المالية... وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة حسب الأحوال.

ومفاد ذلك أن المشرع فى القانون الملغى قد نص صراحة على بطلان انعقاد لجان البت فى الممارسة أو المناقصة حال غياب مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى بمجلس الدولة، فى حين خلا القانون الحالى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من نص مماثل يقرر صراحة جزاء بطلان انعقاد لجنة البت حال تخلف المذكورين عن حضور اجتماع اللجنة.

وقد انقسم الفقه حيال تلك المشكلة إلى فريقين:

الفريق الأول: ويذهب إلى بطلان انعقاد لجان البت حال تخلف المذكورين أو

أحدهما تأسيساً على ما يلى[١]:

١- أن تقرير بطلان انعقاد اللجنة فى هذه الحالة لا يحتاج إلى نص صريح، على اعتبار أن المقرر قانوناً أنه متى أوجب القانون انعقاد اللجنة بحضورهما، فإنه يتعين تقرير البطلان حال تخلفهما أو أحدهما عن الحضور بالرغم من الاخطار بذلك، وأن لفظ الوجوب الوارد بالنص يفيد أن القاعدة واجبة الاتباع، وبالتالي فهى قاعدة آمرة يترتب على مخالفتها بطلان العمل.

٢- ان من شأن تقرير صحة انعقاد لجان البت بدون حضور مندوب المالية أو عضو إدارة الفتوى المختصة فتح باب التحايل للبعض بانتهاز فرصة اخطارهما أو أحدهما فى وقت غير مناسب لاسيما أن عدم حضورهما سيرتب أثراً سلبيا على إجراءات التعاقد، على الأقل لكونهما غير خاضعين للجهة القائمة على أمر المناقصة أو الممارسة ويستقلان عنها ورقابتهما جادة ومثمرة فى إعمال صحيح حكم القانون وضمان تطبيقه، وبالتالى فإن تقرير صحة انعقاد لجان البت فى غيبتهما أو أحدهما يتنافى مع الحكمة من الحضور. وقد أيدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة هذا الرأى حيث انتهت إلى بطلان إجراءات المناقصة العامة إذا كانت لجنة البت قد اجتمعت دون حضور عضو إدارة الفتوى المختصة وكان نصاب المناقصة يستوجب حضوره[٢].

الفريق الثانى: ويذهب إلى صحة انعقاد لجنة البت حال تخلف مندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة أو أحدهما وبالتالي صحة القرارات الصادرة عن اللجنة فى هذه الحالة تأسيسا على أن: القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى كان يقرر أمران معا أولهما وجوب حضورهما، وثانيهما عدم صحة

---

(١) من هذا الرأى: مستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب، مرجع سابق، ص ١٨٨، مستشار/رفيق محمد سلام، مرجع السابق ص ٨٨. د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص١٢٨.

(٢) افتاء الجمعية العمومية الصادر بجلسة ٢٠٠٣/٦/٤ - ملف رقم ١٠٠-٢-١٤، لم ينشر بعد، وفى ذات المعنى افتاء إدارة الفتوى لوزارة الزراعة ملف رقم ١٤٤٢/١/٢٥ رقم ١٢٣ بتاريخ ٢٠٠٣/٢/٢٢ - لم ينشر بعد.

انعقاد اللجنة بدونهما، وجاء القانون الحالى وأبقى على الأمر الأول وأسقط الأمر الثانى، وهو ما يشير إلى أن المشرع لم يشأ ترتيب البطلان كجزاء على عدم حضورهما فأغفل النص عليه عن عمد. يؤيد ذلك ما ورد بتقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخطة والموازنة ومكتبى لجنتى الشئون الدستورية والتشريعية والشئون الاقتصادية عن مشروع القانون الحالى والذى أشار صراحة إلى أنه جرى إلغاء الفقرة الخاصة بألا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضورهما عن عمد.

كما يؤيد ذلك أن المسلم به أن إلغاء النص كما يكون صريحاً، يمكن أن يكون ضمنياً ومن أساليب النسخ الضمنى اعادة تنظيم الموضوع بقواعد تشريعية وتنظيمية مغايرة تسرى بأثر مباشر على المراكز القانونية القائمة.

٢- إن القول بأن تقرير صحة انعقاد لجان البت حال تخلف المذكورين أو أحدهما يتنافى مع الحكمة المقصودة من الحضور على ما ذهب إليه الفريق الأول مردود عليه بأن الاستهداء بحكمة التشريع لا يمكن اللجوء إليه إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه، فى حين أن إرادة المشرع فى القانون الجديد واضحة فى إسقاط النص على عدم صحة انعقاد لجنة البت إذا تخلف ممثل المالية وعضو إدارة الفتوى بمجلس الدولة أو أحدهما عن الحضور رغم اخطارهما(١).

والرأى عندى هو مشاطرة ما ذهب إليه الفريق الأول من بطلان انعقاد لجنة البت حال تخلف العضوين المذكورين عن الحضور رغم اخطارهما، إذ فضلا عن صحة الأسانيد التى استند إليها هذا الفريق، فإن المشرع حينما قرر اشتراكهما ضمن عضوية لجنة البت متي بلغت قيمة المناقصة أو الممارسة نصاباً معيناً، لم يقرر هذا الاشتراك على سبيل اللغو أو العبث، وإنما أوجب اشتراكهما تقديراً منه لأهمية المناقصة أو الممارسة إذا ما بلغت النصاب المالي المشار إليه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الواقع العملى أثبت أهمية حضور ممثل المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأعمال لجنة البت منذ بدايتها وحتى

---

(١) راجع فى ذلك: د. صلاح الدين فوزى، مرجع سابق، ص ١٠٩.

نهايتها لما فى حضورهما من تذليل عقبات كثيرة تعترض لجنة البت فى عملها، وأهم هذه العقبات - فى الغالب - عدم الملم أعضاء لجنة البت بالجهات الإدارية بالتفسير الصحيح لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، بالاضافة إلى أن تخوفهم الدائم من شبح المسئولية الإدارية والتأديبية يقف عائقاً أمام هؤلاء الأعضاء عند الفصل فى الشكاوى التى تقدم من المتناقصين، ووجود ممثل المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة ضمن أعضاء اللجنة يمنحهم الثقة فى الفصل فى تلك الشكاوى وبالتالى القاء مسئولية الفصل فيها على عاتقهما.

ثانيا: اختصاصات لجنة البت:

تضطلع لجنة البت بكافة إجراءات المناقصة أو الممارسة بقصد الترسية على صاحب العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً أو التوصية بإلغاء المناقصة أو الممارسة، كما يمتد دورها إلى تقرير حجم الكميات التى يتم التعاقد عليها فى حالة تساوى الأسعار بين مقدمى العطاءات، وذلك على التفصيل التالى:

١ - دراسة العروض من الناحيتين الفنية والمالية للتحقق من مطابقتها للمواصفات المطروحة:

أناط المشرع بلجنة البت دراسة العطاءات المقدمة من النواحى الفنية والمالية للتحقق من مدى مطابقتها للشروط المعلنة، والتحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة فى شأن مقدمى العطاءات[١]. ويجوز للجنة - فى سبيل انجاز هذه المهمة - أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها، أو من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة، على أن تقدم تلك اللجان الفرعية تقارير بنتائج أبحاثها وتوصياتها وتعرضها على لجنة البت لاتخاذ ما تراه مناسبا. كما يجوز للجنة البت أن تستوفى من مقدمى العطاءات ما تراه من بيانات ومستندات واستيضاح ما غمض من أمور فنية بما يعينها فى اجراء عملية التقييم الفنى الدقيق للعروض دون الاخلال بتكافؤ الفرص

---

(١) مادة ١٣ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

والمساواة بين مقدمى العطاءات. ويترتب على اختصاص لجنة البت بدراسة العطاءات من النواحى الفنية والمالية النتائج الآتية:

أ - قبول العطاءات المستوفاة للشروط المطروحة المعلن عنها.

ب - استبعاد العطاءات غير المستوفاة سواء لمخالفتها للشروط المطروحة المعلن عنها أو لعدم توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة فى مقدمى العطاءات المستبعدة، أو لتوافر أى حالة من حالات الاستبعاد السابق ذكرها من قبل.

٢- المفاضلة بين العطاءات المقبولة[١]:

تختص لجنة البت بإجراء المفاضلة بين العطاءات المقبولة بهدف تحديد العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً، ويقتضى إجراء المفاضلة على نحو دقيق توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية والمالية.

ويقصد بتوحيد أسس المقارنة بين العطاءات إعلاء مبدأ المساواة بين المتناقصين بوضع قواعد عامة تسرى عليهم جميعا، فإذا كان الطرح على أساس تسليم مشمول أمر التوريد مخازن الجهة الإدارية خالصة الرسوم الجمركية وتقدم أحد مقدمى العروض بعطاء اشترط فيه التسليم بمخازنه وأنه لا يتحمل الرسوم الجمركية، فإنه يتعين اضافة تلك التكاليف إلى اجمالى قيمة العطاء[٢].

وقد عبرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عن هذا المعنى بقولها انه يتعين إجراء المفاضلة والمقارنة بين المتناقصين على أساس موضوعى بما يحقق المساواة بين المتناقصين للوصول إلى صاحب أقل العطاءات وترتيب أولويته بين العطاءات تبعاً لذلك. وقد يكون هذا الأساس هو القيمة الرقمية لبنود العطاء حين تخلو جميع العطاءات من أى تحفظات أو اشتراطات

---

(١) مادة ١٦ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، مادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية.

(٢) مستشار عليوه مصطفى فتح الباب، مرجع سابق، ص ١٩٩.

يمكن تقييمها مالياً، بيد أن هذا الأساس لا يكفى وحده في حالة وجود تحفظات أو اشتراطات مالية مقترنة بكل العطاءات أو ببعضها دون البعض الآخر، وفى هذه الحالة يتعين اضافة قيمة التحفظات والشروط الخاصة التى يمكن تقييمها ماليا أو ذات الأثر المالى إلى قيمة العطاء الرقمية للوصول إلى القيمة الحقيقة والفعلية للعطاء مما يؤدى فى النهاية إلى تحديد صاحب العطاء الأقل سعراً[١].

٣- ارساء المناقصة:

تختص لجنة البت بإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، وذلك من أجل التوفيق بين اعتبارين هامين يتعين على جهة الإدارة مراعاتهما عند اختيار من تتعاقد معه وهما[٢]:

الاعتبار المالى: وهو يقتضى اختيار أقل العطاءات سعراً، حفاظاً على المالية العامة ومن أجل تحقيق أكبر وفر مالى للخزانة العامة.

الاعتبار الفنى: ويهدف إلى تحقيق مصلحة المرفق الفنية بتمكين الإدارة من التعاقد مع أكفأ المتقدمين.

٤- التوصية بقبول العطاء الوحيد:

لم يتضمن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حكماً يجيز لجهة الإدارة التعاقد مع صاحب العطاء الوحيد، بيد أن المادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه قررت جواز ذلك بالنص على أنه: يجوز بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت بقبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط الآتية: ١- أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها، ٢- أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من

---

(١) افتاء الجمعية رقم ٦٤ فى ١٩٨٨/١/١٢ - جلسة ١٩٨٧/١٢/٩ - ملف رقم ٥٤/ ١/ ٣٦٠ - المجموعة السنتان ٤١، ٤٢ ص ٥٨٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق، جلسة ١٩٥٩/٥/٩ - مجموعة السنة الرابعة - ص ١٢٥٢.

حيث السعر.

وبناء على هذا النص فإن لجنة البت توصى بقبول العطاء الوحيد بعدما تتحقق من توافر شروط قبوله وهى أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة ويتحقق ذلك بتوافر ظروف الاستعجال التى لا تسمح بإعادة الطرح، أو انعدام الفائدة من اعادته كأن يكون العطاء الوحيد مقدم من محتكر للأصناف المطلوب التعاقد بشأنها، أو حدوث زيادة فى الأسعار بما لا يضمن معه الحصول على السعر المتقدم به صاحب العطاء الوحيد.

كما يتعين على لجنة البت قبل اصدار التوصية بقبول العطاء الوحيد أن تتحقق من مطابقته للشروط المطروحة ومناسبته من حيث السعر.

وإذا كان الأمر على النحو المتقدم بالنسبة للعطاء الوحيد، فهل ينطبق ذات الأمر على العطاء الواحد حالة خلو القانون واللائحة من نص يجيز التعاقد مع صاحبه؟

الرأى عندى هو تطبيق نص المادة (٢٩) بجواز التعاقد مع صاحب العطاء الواحد بذات ضوابط وشروط قبول العطاء الوحيد لاتحاد العلة فى الحالتين.

٥- الموافقة على تحمل الجهة الإدارية بمصروفات فتح الاعتماد:

الأصل أن مصاريف فتح الاعتماد لاستيراد البضاعة من الخارج يتحملها مقدم العطاء طبقاً لحكم المادة ٦٦ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، فإذا أراد أن تتحمل بها جهة الإدارة واشترط ذلك فى عطائه، فإنه يجوز للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت الموافقة على تحمل الجهة بمصروفات فتح الاعتماد على أن يؤخذ هذا الشرط فى الاعتبار عند المقارنة والمفاضلة بين مختلف العروض من حيث الأسعار والشروط المقدمة.

٦- جواز تجزئة المقادير بين مقدمى العطاءات:

أجازت المادة (٦٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها فى حالة تساوى الأسعار، كما أجازت

تجزئة المقادير أيضا فى حالة ما إذا كان صاحب العطاء الأقل سعراً يشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب مع حالة العمل بالمرفق، إذ يجوز فى هذه الحالة التعاقد مع صاحب أنسب العطاءات التالية لتوريدأقل كمية لازمة لسد حاجة المرفق خلال الفترة الواقعة بين تاريخى التوريد، ومع صاحب العطاء الأقل لتوريد باقى الكمية، وذلك بشرط ألا يكون المتعهدان قد اشترطا عدم جواز التجزئة وأن يكون موضوع المناقصة أو الممارسة قابلا لذلك، تلتزم لجنة البت فى هذه الحالة أن تثبت فى تقريرها المرفوع إلى السلطة المختصة الباقى من الصنف بالمخزن ومتوسط الاستهلاك.

المطلب الثانى

كيفية تكوين القبول

سبقت الاشارة إلى أن المشرع قد أناط بلجنة البت فى العطاءات الاختصاص بدراسة العطاءات من الناحيتين الفنية والمالية، على ضوء هذه الدراسة تستطيع لجنة البت إجراء المفاضلة بين العطاءات المقبولة لتحديد أقل العطاءات سعراً وأفضلهم شروطاً بهدف التوصية بالارساء عليه.

وعلى ذلك فإن تكوين القبول يبدأ بتقييم العطاءات وإجراء المفاضلة بينها لتحديد العرض الأفضل، ثم التوصية بالارساء على صاحبه، وعندئذ ينتهى دور لجنة البت فى تحديد صاحب العطاء الجدير بالتعاقد معه، وبالتالى فإن دراسة كيفية تكوين القبول تقتضى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول: تحديد أفضل العطاءات والارساء.

الفرع الثانى: اعتماد المناقصة أو الممارسة.

الفرع الأول

تحديد أفضل العطاءات والارساء

تختلف عملية تحديد أفضل العطاءات بحسب المعيار الذى يتخذ أساساً لإجراء المفاضلة بين العطاءات، فقد يكون هذا المعيار هو معيار السعر، وقد يكون مزيج بين السعر والجودة، وقد يكون أخيراً مزيجاً بين السعر والعينة المطلوب التعاقد على أساسها. وعلى ضوء هذه المعايير تستطيع لجنة البت تقييم العطاءات من الناحيتين الفنية والمالية وإجراء المفاضلة بينهما، وتتقيد فى ذلك باعتبارات عديدة ينبغى عليها الأخذ بها حال توافرها. وذلك بهدف الارساء على أفضل العطاءات.

أولا: تحديد أفضل العطاءات:

١ ـ معايير المفاضلة بين العطاءات:

إن المعيار الذى يتم على أساسه تحديد أفضل العطاءات المقدمة لا يمكن أن يكون تعسفياً أو تحكمياً بل ينبغى أن يكون من الوضوح بمكان حتى يتمكن مقدم العطاء من التعامل مع جهة الإدارة على أساسه، وقد يكون السعر التقديرى للمناقصة أو الممارسة هو معيار التفضيل، وقد يكون مزيجاً بين السعر والجودة، وقد يكون على أساس التناسب بين السعر والعينة.

أ - معيار السعر التقديرى:

السعر التقديرى هو السعر الذى تضعه اللجنة الفنية المختصة بإعداد كراسة الشروط والمواصفات[١]. وعلى ضوء هذا المعيار يكون أفضل العطاءات المقدمة هو أقلهم سعراً دون النظر للعنصر الفنى فى العطاء.

ويعد معيار السعر التقديرى لاختيار العطاء الأفضل من المعايير الأساسية التى يعتمد عليها المشرع الفرنسى[٢] فى نطاق العقود على أساس

---

(١) مادة (٤) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع:

Dominique legauge: Le meillieure offre, op. cit., p. 115.

المناقصة. وقد أشار مجلس الدولة الفرنسى بوضوح إلى هذا المبدأ إذ قضى ببطلان كل شرط يشير إلى امكانية الاختيار من جانب الإدارة دون الارتكان إلى عامل السعر، ولو كانت هذه الاشارة غير مباشرة[١]. ويعيب الاعتماد على معيار السعر وحده كأساس لاختيار أفضل العطاءات أنه قد يسيئ إلى مصلحة الإدارة لاسيما من الناحية الفنية إذ قد تضطر جهة الإدارة تحت وطأة جمود هذا المعيار إلى شراء أشياء تفتقر للجودة الفنية، وتمثل عبئاً على جهة الإدارة بدلا من استعمالها فى تسيير المرفق العام، وهو الأمر الذى انتقده جانب من الفقه الفرنسى منادياً بضرورة منح الإدارة حرية أكبر فى سبيل البحث عن أفضل عطاء والذى لا يكون بالضرورة أفضل سعر[٢].

ب - معيار الموازنة بين السعر والجودة:

ويرتكن هذا المعيار على أساس منح لجنة البت حرية أوسع فى اختيار أفضل العطاءات المقدمة استناداً إلى عدة عوامل فنية. ويتحدد مفهوم العطاء الأقل سعراً على أساس مقارنة سعر العطاء بالجودة الفنية، ومن ثم يكون أقل العطاءات سعراً هو أكثرهم جودة فنية، كما يكون العطاء أفضل شروطاً متى كان منسجماً مع شروط المناقصة ومحققاً للمصلحة العامة. وبذلك تضمن جهة الإدارة شراء أشياء تساعدها على تسيير المرفق العام بكفاءة عالية.

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا المعيار لتحديد العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً وذلك بأن اشترط تقديم العطاءات فى مظروفين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى[٣]. كما أجاز لمقدمى العطاءات إبداء أية ملاحظات فنية

---

(١) C.E. 10-4-1965, Syndicat du bâtiment et des travaux publics, A.J.D.A. 1965- p. 223.

(٢) Jacqueline Morand - Deviller - Cours de Droit administratif op. cit., p. 401.

(٣) مادة (١٠) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

خاصة بالنواحى الفنية على أن يثبت ذلك في كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى كاقتراح أساليب فنية لتنفيذ الأداء محل المناقصة، كما أجاز تقييم العروض من الناحية الفنية بنظام النقاط على ما سنرى.

وتطبيقاً لذلك ذهبت إدارة الفتوى لوزارة الزراعة إلى أن المشرع فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أوجب ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة الفنية والمالية وهو الأمر الذى يمكن لجنة البت من عدم التعويل فحسب على سعر العطاء كأساس للمفاضلة بين المتناقصين، وإنما خولها سلطة الموازنة بين العطاءات وفقاً لشروطها وفنياتها بالاضافة إلى أسعارها وصولا إلى الأفضل شروطاً والأقل سعراً(١).

وبذلك يكون المشرع المصرى قد تلافى العيوب التى تشوب الأخذ بمعيار السعر وحده كأساس لتحديد أفضل العطاءات.

جـ - معيار الموازنة بين السعر والعينة:

يقوم معيار الموازنة بين السعر والعينة على أساس جودة العينة ومقدار السعر معاً، حتى ولو لم يكن هذا العطاء هو الأقل سعراً(٢)، وعلى ذلك يتحدد أفضل العطاءات على ضوء الموازنة بين جودة العينة والسعر المقدم.

وقد تقدم جهة الإدارة العينة وتطلب من المتناقصين تقديم عروض الأسعار بناء على هذه العينة ويكون الاسناد فى هذه الحالة لمن يقدم أقل سعر، وفى هذه الصورة لا تعدو جودة العينة إلا شرطاً من شروط المناقصة يجب أن يلتزم بها مقدمو العطاءات(٣).

---

(١) افتاء فتوى وزارة الزراعة ملف رقم ٨٩٢/١/٢٥ برقم ٢٦٢ فى ٢٠٠٠/٥/٦ـ غير منشور.

(٢) انظر د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٣) د.ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص ٦٦٨.

أما الصورة المثالية لتطبيق معيار الموازنة بين السعر والعينة فتكون فى حالة تقديم العينة من جانب مقدم العطاء، حيث يتم اختيار أفضل العطاءات على أساس التناسب بين جودة العينة والسعر. وقد أخذ المشرع الفرنسى بهذا المعيار لأول مرة بالمرسوم الصادر فى ٦ أبريل ١٩٤٢ على أساس أن الإدارة تحدد تاريخاً محدداً لتقديم العينة، وتاريخاً آخر لتقديم السعر، ويجب أن يحدد السعر قبل تحليل العينة واختبار جودتها، وبعد تحليل العينات ترتب حسب جودتها ترتيباً تنازلياً الأجود ثم الأقل جودة وبعد ذلك تبين أسعار كل عينة، ويتم الترسية على أساس الموازنة بين السعر والعينة(١).

كما أخذ المشرع المصرى بهذا المعيار فى المواد ١٧ - فقرة ١٤، ١٩، ٢٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨(٢). وكانت المحكمة

---

(١) M.Marcel Waline, L'adjudication des marchés publics, op. cit., p. 238.

(٢) تنص المادة (١٧) على أن يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بـ ... فقرة ١٤ - مراجعة العينات السابق تقديمها من مقدمى العطاءات على الكشف الذى دونت به عند ورودها بعد التأكد من سلامة أختامها وغلافاتها ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها كما يوقعون على العينات التى ترد مع المظاريف الفنية بعد اثباتها فى كشف خاص وتسلم جميع العينات إلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم المختص حسب الأحوال أسوة بأوراق العطاءات. وتنص المادة ١٩ من ذات اللائحة على أن تتولى إدارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدها بالسجل الخاص بالعينات ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها وعلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم أن يرسل فوراً أو فى خلال اليومين التاليين لتاريخ فتح المظاريف الفنية ما يقتضى ارساله منها إلى الجهة الفنية المختصة حتى يتسنى إجراء الفحص الفنى المطلوب على وجه السرعة وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور أمام كل عينة يعرض على لجنة البت. وتنص المادة (٢٠) من ذات اللائحة على أن : يجب التحقق من مطابقة العينات المقدمة مع العطاءات للمواصفات أو العينات النموذجية ومدى ملاءمتها للغرض المطلوبة من أجله وذلك بالفحص النظرى أو الفنى أو بالتحليل المعملى أو بالتجربة العملية بحسب الأحوال وذلك بمعرفة الجهة الإدارية أو بأى من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات. . . . ».

الإدارية العليا قد أجازت الأخذ بهذا المعيار حيث قضت بأنه إذا كان التعاقد قد تم بين الشركة المدعية والقوات البحرية على أن يكون توريد البويات على أساس العينات التى قدمتها الشركة وقبلتها الجهة الإدارية فهو من قبيل البيوع بالعينة التى لا تتعارض مع التنظيم القانونى للعقود الإدارية(١).

وبناء على المعايير المتقدمة تستطيع لجنة البت تقييم العطاءات وتحديد أفضلهم الذى يكون دوما هو ذلك العطاء الذى يحقق تطبيقاً مثاليا لأى من المعايير المشار إليها.

٢ - تقييم العطاءات:

تتولى لجنة البت تقييم العطاءات المقدمة من الناحية الفنية بعد توحيد أسس المقارنة بينها، ثم تقوم بالتقييم المالى للعطاءات المقبولة فنياً، ويقتضى التقييم المالى لتلك العطاءات تقييم التحفظات المالية المقترنة بها حتى يكون التقييم مستوفياً ومعبراً عن حقيقة القيمة الفعلية للعطاءات لتحديد أفضلها.

أ - التقييم الفنى للعطاءات:

يهدف التقييم الفنى للعطاءات إلى بيان مدى جودة الأشياء المطلوب التعاقد بشأنها ومدى قدرتها على الوفاء باحتياجات الإدارة من تلك الأشياء، كما يهدف إلى بيان مدى مطابقة العطاء للاشتراطات الفنية المطروحة، ويستلزم التقييم الفنى للعطاءات توحيد أسس المقارنة بينها.

فقد استلزم المشرع المصرى ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية والمالية، ومؤدى ذلك أن المشرع مراعاة منه لمبادئ المساواة وتكافؤ الفرص والمنافسة الشريفة بين المتناقصين أوجب توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٧ مجموعة الـ ١٥ سنة ص ٢٧٤.

جميع النواحى الفنية والمالية، إلا أنه لم يرسم لذلك سبيلا محدداً وإنما ترك ذلك للجنة البت التى لها - وصولا لتحقيق هذه الأهداف - أن تحدد سبيلا معينا لتوحيد أسس المقارنة الفنية والمالية فى كل مناقصة على حدة ووفقا لظروف وطبيعة كل منها طالما أن ذلك لا يخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتناقصين أو يتضمن اخلالا بالشروط والمواصفات المطروحة على أساسها العملية سواء بإهدار شرط قائم أو بإضافة شرط لم يكن موجود، وللجنة - وهى فى سبيلها لتوحيد أسس المقارنة - أن تتخذ أساساً واضحاً لا غموض فيه ولا ابهام، وأن يكون هذا الأساس عاماً مجرداً لا يتضمن تمييز متناقص على آخر وأن يتفق وطبيعة وظروف المناقصة وشروطها ومواصفاتها. وقد خول المشرع للجنة البت سلطة الموازنة بين العطاءات وفقاً لشروطها وفئاتها بالإضافة إلى أسعارها وصولا إلى الأفضل شروطاً والأقل سعراً(١).

وتستطيع لجنة البت أن تقوم بالتقييم الفنى للعطاءات على النحو المتقدم سواء بمعرفتها أو بتشكيل لجنة فرعية فنية من بين أعضائها تقوم بهذا التقييم، ولها أن تضم إلى عضوية تلك اللجنة من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة، وتقدم تلك اللجنة تقارير بنتائج أبحاثها وتوصياتها إلى لجنة البت لاتخاذ ما تراه مناسباً فى هذا الشأن. وعلى ضوء التقييم الفنى للعطاءات تصدر لجنة البت توصياتها بقبول العطاءات المستوفاة للشروط المطروحة، واستبعاد كافة العطاءات المخالفة لتلك الشروط، ويتعين عليها تحرير محضر بما اتخذته من إجراءات واحالة ملف العملية إلى لجنة فتح المظاريف المالية لاتخاذ شئونها حيال تلك المظاريف حتى يتسنى للجنة البت النظر فى العروض المالية للعطاءات المقبولة فنياً.

---

(١) راجع: افتاء إدارة الفتوى بوزارة الزراعة واستصلاح الأراضى - ملف رقم ٨٩٢/١/٢٥ - صادر برقم ٢٦٢ فى ٢٠٠٠/٥/٦ - سبقت الاشارة إليه.

ب- التقييم المالى للعطاءات المقبولة فنيا:

تجرى لجنة البت عملية التقييم المالى للعطاءات المقبولة فنياً بهدف الوقوف على السعر الحقيقى للعطاء، ذلك أن القيمة الرقمية للعطاء لم تعد هى المعيار الحاسم فى تحديد أفضل العطاءات باعتبار أن الموازنة بين الجانب الفنى وبين الجانب المالى أضفت مفهوماً جديداً للعطاء الأقل سعراً، كما قد تقترن العطاءات باشتراطات مالية حيث يجب اضافة قيمتها المالية إلى قيمة العطاء لتحديد سعر العطاء تحديداً معبراً عن قيمته الحقيقية، علاوة على ذلك فإن ثمة اعتبارات ينبغى على لجنة البت وضعها فى الحسبان عند تحديد العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، ومن ثم فإنه ينبغى على لجنة البت مراعاة القواعد الآتية عند إجراء عملية التقييم المالى المقبولة فنياً.

- تقييم العروض بنظام النقاط:

يتم تقييم العروض بنظام النقاط فى حالات التعاقد التى تتطلب الطبيعة الفنية تقييم العروض باستخدام هذا النظام[1]، وإذا ما قررت جهة الإدارة اللجوء إلى تقييم العروض بنظام النقاط، فإنه يجب النص عليه فى شروط الطرح، وأن تتضمن هذه الشروط عناصر وأسس التقييم بعد اعتمادها من السلطة المختصة، ومن ناحية أخرى، يجب أن تحدد نقاط التقييم أى الدرجة المحددة لكل عنصر من عناصر التقييم، والحد الأدنى للقبول الفنى، وأن يعتمد هذا التحديد من السلطة المختصة قبل فتح المظاريف الفنية، حتى يكون بمثابة قاعدة مجردة تنطبق بعد ذلك على العروض عند فحصها فنيا، وهذا تطبيق وانعكاس لمبدأ المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص، فإذا ما تضمنت شروط الطرح تقييم العروض على هذا النحو أى بنظام النقاط، فيكون ترتيب العطاءات بقسمة القيمة المالية للعطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها.

---

(١) مادة (٩) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٨.

- تقييم التحفظات:

المقصود بالتحفظات الواجب تقييمها مالياً هى تلك الشروط ذات القيمة المالية التى يجب اضافتها إلى القيمة الرقمية للعطاء والتى تتفق بقدر الامكان مع شروط المناقصة، أما التحفظات التى تخالف القواعد الأساسية والأحكام الجوهرية لشروط المناقصة فلا يمكن قبولها فى جميع الأحوال سواء كانت قابلة للتقييم مالياً أو غير قابلة للتقييم(١).

وقد سمح المشرع المصرى لمقدم العطاء بتقديم بعض التحفظات المالية رفق عطائه، ومن أبرز التحفظات ذلك التحفظ الخاص بالدفعة المقدمة، وكذلك التحفظ الخاص بتحمل جهة الإدارة مصروفات فتح الاعتماد.

تقييم التحفظ الخاص بالدفعة المقدمة:

تنص المادة ٢٢ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن: يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد، وذلك بالنسب وفى الحدود ووفقاً للشروط والقواعد التى تبينها اللائحة التنفيذية.

وتنص المادة ٢/٦٩ امن اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على أن يراعى عند المفاضلة والمقارنة بين العطاءات إضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت البت فى المناقصة إلى قيمة العطاء المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدما وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلى.

والمقصود بالدفع المقدم هو الدفع الذى يتم قبل تنفيذ أى التزام فى العقد، ذلك على أساس أنه يعد جزءاً من الثمن يطلبه المتعاقد مع الجهة

---

(١) افتاء إدارة الفتوى لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية مجلس الدولة رقم ٩٤٥ بتاريخ ١٩٨٨/٩/١١ ملف رقم ١٤٥/٢/٨ - غير منشور.

الإدارية وهو سابق على تنفيذ العقد ويمنح وفقاً للضوابط والشروط التى حددتها لائحة المناقصات والمزايدات، ومن ثم فإن اشتراط الدفع قبل تسليم المورد للأصناف المتعاقد عليها هو مما ينطبق عليه تعريف الدفع المقدم(١).

وتحسب الفائدة على الدفعة المقدمة عن المدة المحددة من مقدم العطاء لسدادها، فإذا سكت عن تحديد مدة السداد تحسب عن مدة تنفيذ العقد بأكملها، تستنزل بأقساط متساوية على مدار مدة تنفيذ العقد(٢).

وتجدر الاشارة إلى أنه إذا طلب مقدم العطاء دفعة مقدمة يتفق عليها، فإنه يتعين الالتفات عن هذا التحفظ لأن الجهة الإدارية لن تستطيع حساب الفائدة عن المبالغ المطلوب دفعها مقدماً ويعتبر مقدم العطاء - شأنه فى ذلك شأن من لم يتحفظ بالنسبة للدفعة المقدمة - وبالتالى لا يؤثر هذا التحفظ فى ترتيب العطاء(٣).

تقييم التحفظ الخاص بتحمل جهة الإدارة مصروفات فتح الاعتماد:

الأصل أن الفئات التى حددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطى جميع المصروفات والالتزامات أياً كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة إلى كل بند من البنود وكذلك تشمل القيام باتمام التوريد. وتشمل هذه الالتزامات مصروفات فتح الاعتماد، غير أن المادة (٦٦) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أجازت لمقدم العطاء اشتراط تحمل الجهة بمصروفات فتح الاعتماد، على

---

(١) افتاء اللجنة الثانية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ملف رقم ٢/٥/٦٧ - جلسة ١٩٩١/١١/١١ - لم ينشر بعد.

(٢) افتاء إدارة الفتوى الأزهر بمجلس الدولة رقم ٩٩٢ بتاريخ ١٩٩١/١١/٢٠ - ملف رقم ٤٢/١/٦٧ - لم ينشر بعد.

(٣) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٣٣٢ فى ٢٤/ ٤/ ١٩٩٣ - جلسة ١٩٩٣/٣/٢٨ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق - ص٢٦٤.

أن يؤخذ هذا الشرط فى الاعتبار عند المقارنة والمفاضلة بين مختلف العروض من حيث الأسعار والشروط المقدمة.

ونزولا على هذا النص ينبغى تقييم هذا الشرط مالياً وذلك بإضافة قيمة مصروفات فتح الاعتماد التى تتحملها الجهة الإدارية إلى اجمالى قيمة العطاء لتحديد قيمته الفعلية.

٣ - الاعتبارات التى يتعين مراعاتها عند تحديد أفضل العطاءات:

يتعين على لجنة البت وهى بصدد تحديد العطاء الأقل مراعاة الاعتبارات الآتية:

- أفضلية المنتج المحلى:

يعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أقل سعراً إذا لم تتجاوز الزيادة فيها ١٥٪ من قيمة أقل عطاء أجنبى(١).

والمنتج المحلى بحسب صريح نص المادة ٢٣ من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن تنظيم الصناعة وتشجيعها هو الذى لا تقل نسبة التكاليف المضافة إليه عن طريق التصنيع فى مصر عن ٢٥٪ من جملة تكلفته النهائية.

وعند المقارنة بين عطاء محلى وعطاءات أجنبية يتمتع العطاء المحلى بأفضلية السعر الأقل ولو زاد عن قيمة أقل عطاء أجنبى بنسبة لا تتجاوز ١٥٪.

وقد حددت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة(٢)

---

(١) مادة ٣/١٦ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٢) افتاء الجمعية رقم ٩٩٢ - ملف رقم ٣٩٢/١/٥٤ - جلسة ٢٠٠٢/٧/٢٢ - مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة من فبراير ٢٠٠٢ حتى يولية ٢٠٠٢ ص ١٥٤.

مجال إعمال حكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٦ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بأنه إذا تقدم للمناقصة عطاءات عن توريدات محلية وعطاءات أخرى عن توريدات أجنبية، فيصير كل عطاء محلى بالمفهوم المشار إليه متمتعا بميزة أو أفضلية السعر الأقل ولو زاد على سعر أقل عطاء أجنبى بنسبة لا تتجاوز ١٥٪ من قيمة ذلك العطاء الأجنبى، وإعمالا لهذه الأفضلية يتم استبعاد العطاءات الأجنبية، فضلا عن العطاءات الأخرى التى لا يتحقق فيها وصف العطاء المحلى، أى لا تبلغ فيها القيمة المضافة بطريق التصنيع فى مصر نسبة ٢٥٪ من اجمالى تكلفتها النهائية، وتضمن بالتالى المفاضلة بين العطاءات المتبقية وكلها عن توريدات محلية وفقاً للأصل العام للمقارنة وهو الترسية على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، بصرف النظر عن مقدار الزيادة فى حجم القيمة عن طريق التصنيع فى مصر بكل عطاء من هذه العطاءات.

وتجدر الاشارة إلى أنه قد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٢٦ لسنة ٢٠٠٠ بترشيد الانفاق الحكومى بوجوب الشراء من المنتج المحلى دون سواه، وكذلك قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٦٦٤ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقرار رقم ١٧٧٣ لسنة ٢٠٠٠ بحظر الشراء إلا من المنتج المحلى، وقد أثير التساؤل بمناسبة تنفيذ تلك القرارات عما إذا كان قد قدم عطاء عن منتج أجنبى فى إحدى المناقصات أقل من العطاءات المقدمة عن منتج محلى بأكثر من ١٥٪ هل يتم الترسية على المنتج المحلى وفقاً لقرارات رئيس مجلس الوزراء أم يتم الترسية على العطاء الأجنبى الأقل سعراً وفقاً للقانون؟ استظهرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع أن الخطاب الوارد فى قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٢٦ لسنة ٢٠٠٠ موجه للجهات الإدارية حتى تستعين به فى اشتراطات طرح العمليات، فإذا لم يرد بهذه الاشتراطات قيد وجوب تقديم العطاءات عن المنتج المحلى تعين ترسية العطاء على الأقل سعراً وفقاً لنص القانون إلا إذا رأت الجهة الإدارية العدول عن العملية برمتها بالغائها(١).

---

(١) افتاء الجمعية رقم ٦٩٢ ملف رقم ٣٩٢/١/٥٤ - الاشارة السابقة.

- العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية:

تنص المادة (٦٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن تكون العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية محل اعتبار عند البت فى أولوية العطاءات وطبقاً لهذا النص فإنه يتعين على لجنة البت أن تأخذ فى اعتبارها أن العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية تكون لها أولوية على غيرها من العطاءات التى لا تقترن بتلك التسهيلات.

ومن المقرر أن التسهيلات الائتمانية هى عبارة عن ائتمان يقدمه المورد إلى الجهة الإدارية المتعاقدة عن قيمة المبالغ المستحقة له بمقتضى العقد بدلاً من أدائها فور تنفيذ العقد، وليس من شأن ذلك أن يقلب عقد التوريد إلى عقد قرض بالنسبة لباقى الثمن المؤجل سداده(١).

- الميزات الفنية الاضافية التى يتضمنها العطاء:

يتعين على لجنة البت عند إجراء المفاضلة والمقارنة بين العروض الأخذ فى الاعتبار شروط توفير الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التى تؤثر فى تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظروف وطبيعة موضوع التعاقد(٢). على اعتبار أن من شأن توافر العوامل المشار إليها اكتساب العطاء ميزة اضافية تجعله جديرا بالتفضيل على غيره من العطاءات التى لا تحتوى على تلك الميزة.

وخلاصة ما تقدم أن لجنة البت تستطيع تحديد العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً من خلال اتباع معايير تحديد العطاء الأفضل على النحو سالف

---

(١) راجع فى ذلك: افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٦٩ فى ١٩٨٥/١/١٧ جلسة ١٩٨٥/١/٩ - ملف رقم ٣٦/١/٨٨ - المجموعة - السنتان التاسعة والثلاثون والأربعون - ص ١٣٢ ولمزيد من التفاصيل مستشار أحمد منصور، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

(٢) مادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

الذكر، وإجراء التقييم الفنى والمالى للعطاءات مع مراعاة الاعتبارات التى من شأن توافرها تفضيل عطاء على آخر، وإذا ما انتهت لجنة البت من تحديد العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً فإنها تحرر محضراً بالإجراءات التى اتخذتها للوصول إلى تحديد هذا العطاء وتوصى فيه بالترسية على صاحبه والتعاقد معه.

ثانيا: الارساء L'attribution :

يقصد بالارساء: التزام جهة الإدارة بالترسية على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً[١]، حيث تقوم لجنة البت بترتيب العطاءات المستوفاة للشروط والمواصفات ترتيباً تصاعدياً ثم تختار على أثره العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للتعاقد مع صاحبه.

وقد أورد المشرع المصرى النص على هذا المبدأ فى المادة (١٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سالف الذكر والتى تنص على أن: يجب .... ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من الناحية الفنية والمالية، ويجب أن يتضمن قرار ... ارساء المناقصة على الأسباب التى بنى عليها.

وقد حرصت المحكمة الإدارية العليا فى مصر على تطبيق هذا المبدأ حيث قضت بأنه يتعين على لجنة البت بحسب الأصل إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل[٢].

الخصائص القانونية لمبدأ الارساء:

يتميز مبدأ الارساء على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعدة

---

(١) راجع فى ذلك: مستشار أحمد منصور - المرجع السابق - ص ٣٣٧ - د.زين بدر فراج، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٢) حكمها فى الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٧٣/١/٢٧ - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى أربعين عاما - المرجع السابق ص ٢٦٠.

خصائص قانونية تتمثل فى أنه يتم بصورة تلقائية، وينطوى على عنصر الاجبار، كما أنه يتسم بصفة النهائية. وتفصيل ذلك فيما يلى:

أ - تلقائية الارساء:

التلقائية automatique تعنى أن لجنة البت لا تمارس أية سلطة تقديرية حيال تحديد المتناقص الذى يجب التعاقد معه، بل تلتزم بالترسية على صاحب العطاء الأقل سعراً. لذلك فإن المشرع الفرنسى حرص على النص على حظر اقتران العطاءات بأية تحفظات (مادة ٨٨ من تقنين عقود الشراء العام) على اعتبار أن اقتران العطاءات بتحفظات ما من شأنه المساس بمبدأ تلقائية الارساء الذى يعتمد على عامل السعر وحده، والذى يمثل المنطق الجوهرى للمناقصة، كما أن السماح باقتران العطاءات بتحفظات معينة يعنى وجود عامل أو عوامل أخرى إلى جانب السعر تلعب دور المعيار لإرساء المناقصة من جهة، وترك هذه المعايير لتقدير أصحاب العطاءات من جهة أخرى وهذا يخالف منطق المناقصة الذى يقوم على تماثل العطاءات فى كل المعطيات عدا السعر(١).

كما أكد مجلس الدولة الفرنسى على هذا المبدأ حينما قضى ببطلان كل شرط يشير إلى امكانية الاختيار من جانب الإدارة دون الارتكان إلى عامل السعر، ولو كانت هذه الاشارة غير مباشرة(٢).

ب - اجبارية الارساء:

ويعنى ذلك أن لجنة البت لا يمكن لها الامتناع عن ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل حتى ولو كان لديها مبرر مشروع، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسى بأنه يجب على لجنة البت أن تعلن الارساء على العرض الأفضل، ولو كان محتوياً على الخطأ فى تقدير السعر من جانب العارض، ولا

---

(١) Quancard. M.L'adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures, sirey, 1945, p. 152.

(٢) C.E. 10-4-1965, A.J.D.A. 1965, p. 223.

يكون للجنة البت فى هذه الحالة سوى تنبيه سلطة الاعتماد إلى عدم استحسان نتائج المناقصة(١).

غير أنه يمكن للجنة البت التحرر من هذا الالتزام إذا ما توافرت إحدى حالات الغاء المناقصة كأن لم يتقدم سوى عرض وحيد ولم يتوافر فيه شروط قبوله، أو كان أقل العطاءات المقدمة يزيد عن القيمة التقديرية للمناقصة.

أ - الارساء يكون نهائيا: L'attribution est Definitive

ويعنى ذلك أنه متى تم الارساء فإنه يكون باتاً غير جائز الرجوع فيه، ولا يجوز لجهة الإدارة استبدال من رست عليه المناقصة بآخر.

وقد اعتنقت المحكمة الإدارية العليا هذا النظر حيث قضت بأنه يتعين على الجهة الإدارية المختصة إذا رأت ابرام العقد أن تتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل الذى عينته لجنة البت ولا تملك أن تستبدل به غيره(٢).

مدى التزام جهة الإدارة بالتعاقد مع صاحب العطاء الذى عينته لجنة البت:

إذا كان اختصاص لجنة البت بالترسية على صاحب العطاء الأقل سعراً اختصاصاً مقيداً يجد مضمونه فى امتناع السلطة المختصة بالتعاقد عن ابرام العقد مع غيره، فإن هذا الاختصاص المقيد يقابله سلطة تقديرية تتمتع بها السلطة المختصة فى رفض اعتماد المناقصة أو العدول عن ابرام العقد.

وقد استقر القضاء والفقه فى فرنسا منذ زمن بعيد على هذا الاتجاه حيث قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الوزير برفضه اعتماد ارساء المناقصة لم يفعل إلا مباشرة سلطاته المستمدة من القوانين واللوائح(٣)، وأن الحاكم العام للهند

---

(١) C.E., 12/5/1912 - Rec - p. 589.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨١٢ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٦٩/٢/١ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق - ص ٢٥٧.

(٣) C.E., 16/3/ 1894, Rec. p. 218.

الصينية برفضه اعتماد المناقصة الراسية على المدعى، لم يفعل إلا مباشرة سلطاته الإدارية التى يملكها[١].

وتبريراً لهذه السلطة ذهب البعض من الفقه الفرنسى إلى أن الإدارة لاتستطيع أن تتحمل فرض متعاقد عليها لاسيما وأنه يعتبر معاوناً لها فى إدارة المرفق، ويكون لها حق الاعتراض عليه، وتقدير مدى ملاءمة العقد ذاته، إذ قد تتغير مقتضيات المرفق العام مع الوقت، ويصير التعاقد غير متفق مع مصلحة المرفق أو المصلحة المالية للإدارة[٢].

وفى مصر استقر الفقه[٣] والقضاء على حق الإدارة فى عدم اتمام التعاقد والعدول عنه حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس إلا إجراء تمهيدياً فى عملية العقد المركبة ثم بعد ذلك يأتى دور السلطة المختصة بابرام العقد فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذى عينته لجنة البت واختصاصها فى هذه الحالة اختصاص مقيد حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص ولا تستبدل به غيره، إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة فى عدم إتمام العقد والعدول عنه إذا ثبت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة[٤].

---

(١) C.E., 17/11/1895, Rec. p. 424.

(٢) Quancard M.op. cit., p. 175.

(٣) راجع فى ذلك: د. فؤاد العطار - المرجع السابق ص ٣٢٥، د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٢٧٩، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ١٧٧، د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ١٥٦.

(٤) حكمها فى الطعن رقم ٣١٣ لسنة ٤ ق - جلسة ١٣/٢/١٩٦٠ مجموعة أحكام السنة الخامسة ص ٣٣٩.

ضوابط ممارسة الإدارة حقها فى عدم التعاقد مع صاحب العطاء الذى عينته لجنة البت:

إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فى عدم اتمام العقد مع صاحب العطاء الذى عينته لجنة البت على النحو السالف بيانه، فإن هذه السلطة ليست مطلقة، بل يتعين استعمالها بضوابط معينة تتمثل فى الآتى:

١- أن يكون رائد الإدارة فى استعمالها لتلك السلطة هو المصلحة العامة أو الاستغناء نهائيا عن المناقصة أو الممارسة.

٢- ألا تستبدل من عينته لجنة البت باعتباره صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا بغيره من أصحاب العطاءات الأخرى إذا ما رأت ابرام العقد.

وإذا ما باشرت الإدارة سلطتها التقديرية دون مراعاة الضوابط المشار إليها فإنها بذلك ترتكب الخطأ الموجب لمسئوليتها، ويحق لصاحب الشأن طلب التعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء هذا الخطأ(١).

وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا فى هذا الشأن على أنه وإن كان من حق الجهة الإدارية الامتناع عن اعتماد توصية لجنة البت أو إلغاء المناقصة إلا أنها إذا ما رأت ابرام العقد، فإنها تلتزم بإبرامه مع المتناقص الذى عينته لجنة البت واختصاص جهة الإدارة فى هذا الشأن اختصاص مقيد حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا الشخص ولا تستبدل به غيره، إذ كان ذلك وكان الثابت أن جهة الإدارة قد تعاقدت بالأمر المباشر مع أحد المتناقصين رغم أن عطائه لم يكن أفضل العطاءات ورغم توصية لجنة البت بالترسية على الشركة المطعون ضدها بل ورغم اعتماد محضر لجنة البت من وكيل الوزارة المفوض فى سلطات المحافظ فى الاعتماد وهو ما يشكل مخالفة جسيمة لأحكام

---

(١) يراجع فى ذلك: د. حمدى حسن الحلفاوى، المرجع السابق ص ٢٠٣.

القانون، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى الغاء قرار المحافظ بإلغاء قرار لجنة البت المعتمد من وكيل الوزارة المفوض فى الاختصاص والتعاقد بالأمر المباشر، فإنه يكون قد صادف صحيح القانون، كما أن ما قضى به الحكم المطعون فيه من الزام الجهة الإدارية بأداء التعويض الجابر للضرر الذى أصاب الشركة المطعون ضدها يضحى مصادفاً لصحيح حكم القانون(١).

الطبيعة القانونية لقرار لجنة البت بالترسية:

أوضحت المحكمة الإدارية العليا الطبيعة القانونية لقرار لجنة البت بالترسية على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بأن قرار لجنة البت يعتبر فى حقيقته قراراً إدارياً نهائياً شأنه شأن أى قرار إدارى نهائى تنطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ومن بينها وجوب الطعن عليه خلال الميعاد المقرر قانوناً وهو ستون يوماً من تاريخ النشر والاعلان(٢). كما قضت بأنه ينبغى التمييز فى مقام التكييف بين العقد الذى تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التى يمهد بها لابرام العقد، فإن مثل هذه الإجراءات ما يتم بقرار إدارى كقرار لجنة البت بإرساء المناقصة، وهو قرار إدارى منفصل عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالا(٣).

وخلاصة ما تقدم أنه متى انتهت لجنة البت من تحديد أفضل العطاءات شروطاً وأقلهم سعراً فإنها تلتزم بالترسية على صاحب هذا العطاء، ويمتنع على

---

(١) يراجع فى ذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ فى الطعنين رقمى ١٢٦٦ و ١٢٨٦ السنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٥/٨/٣، مجموعة المكتب الفنى، السنة الأربعون، ص ٩٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٦٦٨ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٩٤/١/٤. وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٤٥٦ لسنة ١٧ ق - جلسة ١٩٧٥/٤/٥ - مجموعة السنة ٢٠ ص ٣٠٦.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٤٤٥ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٩٣/١/٣١ - المجموعة - السنة ٣٧، ص ٢٣٥.

السلطة المختصة التعاقد مع غيره، ويكون الارساء على هذا النحو باتاً غير جائز الرجوع فيه، وإذا ما أرادت جهة الإدارة استعمال سلطتها فى عدم التعاقد مع صاحب العطاء الذى عينته لجنة البت، فإنه يتعين علي جهة الإدارة أن تستعمل تلك السلطة فى اطار الضوابط القضائية المقررة فى هذا الشأن، وإلا ارتكبت خطأ يستوجب تعويض المضرور منه، إذ أن قرار لجنة البت بالترسية على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً هو بحسب طبيعته القانونية قرار إدارى نهائى ومنفصل عن العقد مما يتعين الطعن عليه بالإلغاء فى خلال المواعيد القانونية المقررة للطعن بالإلغاء.

وتجدر الاشارة إلى أنه يتعين على لجنة البت تحرير محضر بأعمالها متضمناً التوصية بالترسية على صاحب العطاء الذى عينته اللجنة، وعرض الأمر على السلطة المختصة لاعتماد المناقصة واتخاذ إجراءات تحرير العقد وهو موضوع الفرع التالى.

الفرع الثانى

اعتماد المناقصة او الممارسة

سبقت الاشارة إلى أن قبول الإدارة لا يتم بمجرد الارساء وإنما يتعين صدور قرار من السلطة المختصة بابرام العقد باعتماد قرار إرساء المناقصة أو الممارسة.

وجدير بالذكر أن ثمة قواعد تتعلق بتحديد السلطة المختصة باعتماد المناقصة أو الممارسة، وبالتالي فإن دراسة قرار اعتماد المناقصة أو الممارسة يقتضى بحث المقصود بالسلطة المختصة بالاعتماد. وتفصيل ذلك فيما يلى:

أولا: المقصود بالسلطة المختصة بالاعتماد:

يقصد بقاعدة الاختصاص تلك القاعدة التى تقرر تخويل الرخصة القانونية لأشخاص معينين أو هيئات معينة حتى تتمكن من ممارسة أنشطة معينة أو تصرفات معينة على نحو يضمن شرعية هذه التصرفات وتؤكد صحتها[١]. وتعتبر قواعد الاختصاص فى ابرام العقود الإدارية من المسائل التى ينفرد المشرع بتحديدها[٢]، ومن ثم فإنه لا يملك اعتماد المناقصة أو الممارسة وابرام العقد باسم الإدارة، إلا الأشخاص الذين عينهم المشرع أو من يفوضهم إذا جاز لهم ذلك وفى الحدود والقيود التى ينظمها المشرع.

وقد حدد القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المقصود بالسلطة المختصة باعتماد المناقصة أو الممارسة واصدار قرار الترسية وذلك بالنص - صراحة - فى المادة الثانية من قانون الاصدار على أن يقصد «بالسلطة المختصة» فى تنفيذ أحكام القانون المرافق، الوزير - ومن له سلطاته - أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل فى نطاق اختصاصه، كما حظر المشرع على السلطة المختصة التفويض فى أى من اختصاصاتها الواردة بتلك الأحكام إلا لشاغل الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواه.

---

(١) د. طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون، دار النهضة العربية، ص١١٨.

(٢) د. زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق، ص ٢٨١.

وقد تعرضت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع لتحديد مفهوم الوظيفة الأدنى مباشرة التى يمتنع تفويض غير شاغلها فى الاختصاصات المقررة للسلطة المختصة بموجب أحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه فاستظهرت أنه يبين من استقراء قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ أن المحافظ هو رئيس جميع الأجهزة والمرافق المحلية فى دائرة اختصاصه، ويتولى السلطات والاختصاصات التنفيذية المقررة للوزراء بالنسبة للمرافق العامة التى تدخل فى اختصاص وحدات الإدارة المحلية، ويجوز له أن يفوض بعض سلطاته واختصاصاته إلى نوابه، كما يجوز له أن يفوض بعض تلك السلطات والاختصاصات إلى السكرتير العام أو السكرتير العام المساعد بالنسبة لديوان عام المحافظة، أو إلى رؤساء المصالح والهيئات العامة بالمحافظة بالنسبة لشئون المرافق والهيئات التى يشرفون عليها أو إلى رؤساء المراكز والمدن والأحياء والقرى فيما يتعلق بالوحدات التى يرأسونها بما مفاده تعدد الوظائف الأدنى مباشرة من وظيفة المحافظ بتعدد الجهات التابعة له، ومن ثم فإنه إعمالا للتفويض المنصوص عليه فى المادة الثانية من مواد اصدار القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ آنف البيان يكون للمحافظ أن يفوض بعض اختصاصاته المقررة بموجب هذا القانون لنوابه والسكرتير العام ورؤساء الوحدات المحلية الأخرى باعتبارهم الوظيفة الأدني مباشرة كل فى نطاق اختصاصه أخذاً فى الاعتبار أن يأتى قرار التفويض واضحاً ومحدداً لا يترك للسلطة المفوضة مجالا للتقدير عند إعمال الاختصاصات المفوضة فيها(١).

وبناء على ما تقدم، فإنه يتعين صدور قرار اعتماد المناقصة أو الممارسة من السلطة المختصة أو من شاغل الوظيفة الأدنى بناء على تفويض السلطة المختصة له، فإذا صدر قرار الاعتماد من موظف غير مختص فإنه يكون غير مشروع، مما يشكل ركن الخطأ فى جانب الإدارة يستوجب مسئوليتها إذا ثبت أن

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع جلسة ١٩/١/٢٠٠٠ - ملف رقم ٣٦٠/١/٥٤ - وذات الجلسة ملف رقم ٣٦٥٨/٥٤ - غير منشور.

هناك ضرراً لحق بالمتعاقد معها من جراء ابطال العقد الذى يعتبره صحيحا لحسن نيته ببدئه فى تنفيذ شروطه وتقديم الأداءات إلى الإدارة جاهلا أن الموظف الذى اعتمد المناقصة ووقع العقد لم يكن له اختصاص فى القيام بذلك(١).

المبحث الثانى

الضوابط القانونية للقبول

يتعين لكى ينتج قبول الإدارة أثره فى انعقاد عقد التوريد الإدارى أن يكون قد صدر بمراعاة ضوابط قانونية محددة تتمثل في مطابقة القبول للايجاب، وعلم الموجب بهذا القبول عن طريق اخطاره بذلك، وأن يتم هذا الاخطار خلال مدة سريان الايجاب، وتفصيل ذلك فيما يلى:

أولا: مطابقة القبول للايجاب:

يلزم لقيام التراضى فى عقد التوريد الإدارى ضرورة تطابق إرادتين إرادة الموجب والتي تمثل الايجاب، وإرادة جهة الإدارة والتى تمثل القبول. وقد يتوافر الايجاب والقبول ولكنهما إن لم يتطابقا فلا ينعقد العقد. وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا(٢) عن هذا المعنى بقولها إن التراضى يعنى أن يكون القبول

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى - جلسة ١٩٦٦/١١/٢٧ فى الدعوى رقم ١٥٥ لسنة ١٢ ق - مشار إليه فى د. زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٤٨٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ٢٠٠٥/٢/١ - سبقت الاشارة إليه. ويتحصل موضوع النزاع فى أن الجهة الإدارية طرحت مناقصة توريد عدد ١٠٠٠ طن قش أرز مكبوس كبس بخارى خالى من الشوائب، وعدد ١٣٥٠ طن برسيم مستاوى أخضر طازج، وتقدم المورد بعطائه وتحفظ بشأن الكمية بأن قرر قبوله توريد كمية ٣٥٠ طن قش أرز ورغم ذلك أخطرته الجهة الإدارية بقبولها قيامه بتوريد كامل الكمية، ورفض المورد توريد كامل الكمية فقامت الجهة الإدارية بالشراء على حسابه، وانتهت المحكمة إلى بطلان إجراء الشراء على الحساب استناداً إلي أن المورد وضع سعره قرين الكمية التى قبل توريدها وسكت عن توريد باقى الكمية من الأصناف محل المناقصة فيعتبر ذلك امتناعا عن الدخول فى هذه المناقصة بالنسبة لباقى الكميات المطلوب توريدها وبالرغم من ذلك أخطرته جهة الإدارية بتوريد كامل الكمية ومن ثم يكون القبول قد خالف الايجاب الصادر من المورد مما لا ينعقد معه العقد بالنسبة للكمية الزائدة عن ٣٥٠ طن.

مطابقا لايجاب مطابقة تامة وأن يكون متفقا مع الموجب فى جميع المسائل التى تناولها الايجاب فلا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن العقد. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى ولو أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة وعلي ذلك إذا كان غير مطابق له اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فإن العقد لايتم، ويعتبر مثل هذا القبول ايجابا جديدا وفقا لحكم المادة ٩٦ من القانون المدنى.

وبناء علي ما تقدم يتعين علي الجهة الإدرية توخى الدقة فى التعبير عن إرادتها بحيث يشكل هذا التعبير قبولا مطابقا لايجاب المورد على نحو يؤدي إلي انعقاد العقد وتحديد التزامات وحقوق طرفيه.

غير أن القبول بوصفه تعبيرا عن إرادة الجهة الإدارية لا يتحقق وجوده ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه(١).

ثانيا: علم الموجب بالقبول:

يتم علم الموجب بقبول الإدارة بموجب اخطاره بهذا القبول، ويتضمن هذا الاخطار الكمية المطلوب توريدها، ومكان التوريد، وموعده.

ويقصد بالاخطار notification إعلام الشخص الذى أرسيت عليه المناقصة أو الممارسة بقرار ابرام العقد معه وبضرورة البدء فى تنفيذ العقد.

وقد نص قانون عقود الشراء الفرنسى سالف الذكر فى المادتين ٣٩، ٢٥٠ منه صراحة على وجوب إخطار مقدم العطاء الذى أرسيت عليه المناقصة قبل البدء فى التنفيذ.

وفى مصر أوجبت المادة رقم (٣١) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على مدير إدارة المشتريات إخطار الذين أرسيت عليهم المناقصة بأوامر التوريد فى خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل ابتداء من اليوم التالى

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٧٦٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٠٠٥/٤/١٩ ـ لم ينشر بعد.

لانقضاء عشرة أيام من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بالارساء فى لوحة الاعلانات.

ومؤدى ذلك أن تعلن القرارات الخاصة بالارساء فى لوحة الاعلانات والمخصصة لذلك لمدة عشرة أيام يبدأ بعدها اخطار مقدمى العطاءات الذين أرسيت عليهم العملية بأوامر التوريد وذلك خلال مدة أقصاها أسبوع، ويطلب مدير المشتريات من هؤلاء سداد قيمة التأمين النهائى.

ثالثا: الاخطار بالقبول خلال مدة سريان الايجاب:

ولكى ينتج الاخطار أثره فى تحقيق الوجود القانوني للتعبير عن إرادة جهة الإدارة ينبغى أن يصل إلى علم المورد فى موعد أقصاه نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط(١)، ويجوز الاخطار بعد هذا الميعاد فى حالة عدم طلب مقدم العطاء استرداد التأمين الابتدائى المقدم منه(٢).

ويحرص المحكمة الإدارية العليا على إعمال رقابتها(٣) بشأن إجراء الاخطار والمواعيد التي يتم فيها بغية استظهار الموعد الذى ينعقد فيه العقد.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة أنه إذا كان الثابت من الأوراق أن مورث المطعون ضدهم تقدم بعطائه فى الممارسة التى أعلنت عنها الهيئة الطاعنة لتوريد خمسة الاف شريط آلة كاتبة وقرر أنه مرتبط بعطائه لمدة أسبوعين من تاريخ إجراء الممارسة فى ١٩٨٨/٨/٢٧ وأن الهيئة قامت بالبت فى العطاءات وترسية العملية على مورث المطعون ضدهم فى ١٩٨٨/٩/١٠ أى فى اليوم

---

(١) المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٢) المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية المشار إليها.

(٣) يراجع فى ذلك أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١، وحكمها في الطعن رقم ١٢٤٢ لسنة ٤٥ ق - جلسة ٢٠٠١/١/٩، وحكمها فى الطعن رقم ٣٨٩٤ لسنة ٤٤ ق - جلسة ٢٠٠١/٣/٢٧ - مجلة المحاماة - العدد الثانى - عام ٢٠٠٢ - ص ٥٢٢ ومابعدها.

الأخير لارتباطه بعطائه، ووصله اخطار الهيئة بالترسية بتاريخ ١٩٨٨/٩/١٣ فمن ثم كان عليه الالتزام بالتوريد واتمامه باعتبار أنه لم يطلب استرداد التأمين المؤقت الذى سدده عن العملية ولم يطلب سحب عطائه فور انتهاء مدة ارتباطه(١). كما قضت بأنه إذا كانت الأوراق قد خلت من وصول الاخطار إلى المطعون ضدهما فى موعدهما وقبل قيامهما فى ١٩٨٩/٤/١٦ بطلب سحب التأمين المؤقت المودع منهما، ومن ثم يكون قيام الجهة الإدارية بمصادرة هذا التأمين بعد انتهاء مدة سريان العطاء قد تم بالمخالفة للقانون ولشروط المناقصة(٢).

المبحث الثالث

الآثار القانونية المترتبة على القبول

يترتب على قبول الإدارة للايجاب المقدم من صاحب العطاء واخطار الأخير بذلك انعقاد العقد، ويبدأ المورد فى تنفيذ أولى التزاماته وهى سداد التأمين النهائى، ثم تحرير عقد التوريد متي بلغت قيمته نصاباً معيناً.

أولا: انعقاد العقد:

تختلف الآثار القانونية المترتبة على الاخطار فى فرنسا عنها فى مصر:

١- ففى فرنسا:

لا يعتبر الاخطار قراراً إداريا يمكن أن توجه ضده دعوى الالغاء، كما أنه لايترتب عليه تمام الرابطة التعاقدية، ذلك أن تاريخ العقد يحدد من يوم صدور قرار ابرامه، فى حين أن مدة تنفيذ العقد لا تبدأ إلا من اليوم الذى يصل فيه الاخطار إلى المتعاقد.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٧٢٥٩ لسنة ٤٧ ق - جلسة ٢٠٠٥/٤/١٩ - لم ينشر بعد.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٨٥٦ لسنة ٣٨ ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٢ - لم ينشر بعد، وحكمها فى الطعن رقم ٤٧٦٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٠٠٥/٤/١٩ - لم ينشر بعد.

وبحسب صريح نص المادة (٤٤) فقرة رقم (٤) من قانون عقود الشراء العام الفرنسى يتم الاخطار بعد توقيع العقد بالنسبة لعقود الدولة ومؤسساتها العامة، فى حين يتم الاخطار بالنسبة لعقود الجماعات المحلية ومؤسساتها العامة - وفقا لنص المادة رقم ٢٥٤ فقرة رقم (٣) من قانون عقود الشراء الفرنسى المشار إليه - بعد تحويل العقد إلى المحافظ. ويجب أن يتم الاخطار خلال المدة المحددة فى دفتر الشروط الخاصة، فإذا انقضت هذه المدة دون الاخطار بابرام العقد والبدء فى تنفيذه، فيمكن للمتعاقد أن يتحلل من التزامه دون الاخلال بحقه فى التعويض[١].

٢- أما فى مصر:

فقد استقر قضاء وإفتاء مجلس الدولة على انعقاد العقد بين جهة الإدارة ومقدم العطاء بمجرد اخطاره بقبول عطائه[٢]. فالأصل أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانونى إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، وبالتالى لا يعتبر التعاقد تاما إلا إذا علم الموجب بقبوله[٣]. غير أن ثمة خلاف فى الفقه حول هذا الموضوع، إذ ذهب البعض إلى أن الرابطة التعاقدية لا تقوم إذا لم يتم اخطار من رست عليه المناقصة بقرار الابرام[٤]. فى حين ذهب البعض[٥] إلى

---

(١) C.E. 19-3-1958. Syndicat intercommunal d'adduction d'eau de levet. Rec. p. 181.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٠٧٣ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٩٠/١/١٦ - مجموعة السنة ٣٥ ق ص ٨٨. وبذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٦٨٨ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٧٣/١١/٢٤ - المجموعة - السنة ١٩ - ص ٢٠.

(٣) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٢٨٧ جلسة ١٩٦١/٢/٢١ مجموعة السنة ١٥ - ص ١٧٦.

(٤) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٣١٥، د. صلاح الدين فوزى، المرجع السابق ص١٢٦.

(٥) د. محمد سعيد حسين أمين - العقود الإدارية - ١٩٩٩ - المرجع السابق، ص ٢٦٤.

أن التزامات الإدارة تبدأ من لحظة اعتماد نتائج المناقصة. وذهب رأى ثالث إلى أن العقد ينعقد بإعتماد قرار الارساء من الجهة المختصة بابرام العقد(١).

والرأى عندى هو وجوب التفرقة بين وجود التعبير عن الإرادة وجودا فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً. فالتعبير يكون له وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه، ولا يكون له وجود قانونى إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، والعبرة فى تحقق القبول الذى يتم به العقد بوجوده القانونى، لأن هذا الوجود وحده هو الذى تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير، ومن ثم فإن العقد الإدارى ينعقد بعلم صاحب العطاء بقبول الإدارة لعطائه عن طريق اخطاره بذلك.

ويجد هذا الرأى سنده فيما استقر عليه قضاء مجلس الدولة(٢) أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانونى ولا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، وبالتالى لا يعتبر التعاقد قائما إلا إذا علم الموجب بقبوله، فإذا لم يثبت علم مقدم العطاء بقبول عطائه فإنه لا يجوز التحدى فى مواجهته بانعقاد العقد ويمتنع تبعا لذلك إعمال أثره والاستناد إلي أحكامه لطرح العملية على حساب مقدم العطاء ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك.

---

(١) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق ص ١٧٢.

(٢) يراجع فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى بالمنصورة فى الدعوى رقم ١٣١٨ لسنة ١٨ ق جلسة ٢٠٠١/٧/١ ـ لم ينشر بعد، وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١١١٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٠٠٥/٣/٨ ـ لم ينشر بعد، وفيه قررت المحكمة أن الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية أعلنت عن مناقصة عامة لتوريد عدد (٢) سيارة بيك اب ٤ سلندر جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦ وتقدم المطعون ضده بعطاء فى هذه المناقصة وقد تضمن العطاء أن مدة سريانه عشرة أيام من تاريخ تقديم عطائه فى ١٩٨٧/٣/٢٦ .. وبناء على طلب الجهة الإدارية وافق على مد الارتباط حتى ١٩٨٧/٤/١٥ فكان يتعين حتى يتم التوافق بين إرادة الجهة الإدارة وإرادة مقدم العطاء أن يعلم بقبول عطائه قبل تحلله من الارتباط بعطائه، ومتى ثبت من الأوراق أن أمر التوريد أرسل إلى الطاعن بتاريخ ١٩٨٧/٤/٢٨ وبالتالي يكون القبول لم يصادف محلا لسقوط الايجاب ولا تكون له أية قيمة قانونية.

وبناء على ما تقدم، فإن اعتبار العقد منعقداً يعد أول وأهم الآثار المترتبة على اخطار مقدم العطاء الذى أرسيت عليه المناقصة أو الممارسة بقبول عطائه بشرط توافر علمه بهذا الإخطار(١).

ثانيا: تقديم التأمين النهائى:

الأثر الثانى المترتب على الاخطار بقبول العطاء هو التزام صاحب العطاء المقبول بأداء قيمة التأمين النهائى بما يساوى ٥٪ من قيمة العقد وذلك خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالى لاخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه، فإذا كان مقدم العطاء فى الخارج فيتعين عليه أداء هذا التأمين خلال عشرين يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول.

وقد أجاز المشرع للسلطة المختصة مد المهلة المحددة للأداء فى هاتين الحالتين بما لا يجاوز عشرة أيام(٢).

ويسدد التأمين النهائى بأى صورة من صور سداد التأمين الابتدائى السابق ذكرها، وإذا كانت صورة السداد خطاب ضمان يجب أن يكون سارياً لمدة تبدأ من وقت اصداره إلى ما بعد انتهاء مدة التنفيذ.

---

(١) يراجع فى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٧٦٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٠٠٥/٤/١٩ ـ سبقت الاشارة إليه حيث قضت المحكمة بأنه متى كان الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية أعلنت عن مناقصة عامة لتوريد وتركيب عدد (٢) عدايه مياه أسفل شريط السكة الحديد بالأقصر، وتحدد لجلسة فتح المظاريف يوم ١٩٨٨/١٢/٢٨ وأن مدة سريان المناقصة ستون يوما من تاريخ فتح المظاريف أى تنتهى مدة التزام كل مقدم عطاء بعطائه فى ١٩٨٩/٢/٢٧ ... وأنه متى ثبت أن الطاعن لم يقم بعد انقضاء مدة سريان العطاء باسترداد التأمين المؤقت وبذلك يعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه ويظل ملزما بايجابه وأعلنته جهة الإدارة بقبولها عطائه ووصل هذا القبول إلى علم الموجب وبذلك يكون العقد قد انعقد ومن ثم تكون الجهة الإدارية على حق إذا لجأت إلى تنفيذ العقد على حساب الطاعن بعد تقاعسه عن أداء التأمين النهائى فى المدة المحددة له.

(٢) مادة (١٨) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

ويجوز بناء على طلب صاحب العطاء المقبول أن تخصم قيمة التأمين النهائى من المبالغ المسددة على ذمة التأمين المؤقت المقدم عن ذات العملية، وإذا جاوزت تلك المبالغ قيمة التأمين المستحق فيتم رد الزيادة بغير طلب خلال فترة لا تجاوز سبعة أيام عمل من تاريخ اتمام التسوية اللازمة.

ولا يحصل التأمين النهائى إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية المتعاقدة نهائيا خلال المدة المحددة لايداع التأمين النهائى(١).

أما إذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف المشار إليها وكان ثمنه يغطى قيمة التأمين النهائى فيخصم من ثمن الجزء المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة العطاء وتحتفظ به الجهة الإدارية المتعاقدة بمثابة تأمين نهائى حتى تمام التنفيذ(٢).

أثر عدم ايداع التأمين النهائى:

أوضحت المادة (٢١) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أثر عدم ايداع التأمين النهائى بالنص على أنه: إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى فى المهلة المحددة، جاز للجهة الإدارية - بموجب اخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أى إجراء آخر - إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها، ويصبح التأمين المؤقت فى جميع الحالات من حقها . . . . ».

ومن حيث أن المستفاد مما تقدم أن عدم ايداع التأمين من شأنه أن يجعل الجهة الإدارية بين خيارين إما مصادرة التأمين الابتدائى أو تنفيذ العقد على حساب صاحب العطاء المقبول بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها.

---

(١) مادة (١٩) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

(٢) مادة (٧١) من اللائحة التنفذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه فى حالة عدم التزام المتعاقد بسداد التأمين النهائى يكون للإدارة أن تفسخ العقد مع مصادرة التأمين المؤقت، أو تقوم بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد، ويشترط لاتخاذ أى من الاجراءين السابقين اخطار المتعاقد بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول حتى يكون على بينة من الاجراء الذى اتخذته فى مواجهته، وأن عدم الاخطار يتعارض مع حسن النية فى العقود الإدارية(١).

كما استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على حظر الجمع بين جزاء مصادرة التأمين المؤقت وبين جزاء التنفيذ على الحساب إذ قررت بأن المشرع منح الإدارة سلطة تقديرية فى حالة تخلف صاحب العطاء المقبول عن أداء التأمين النهائى بحيث يكون لها اتخاذ أحد الاجرائين هما: الغاء العقد مع مصادرة التأمين المؤقت ٢- تنفيذ العقد على حسابه، وغنى عن البيان أن اختيار الإدارة لأحد الإجرائين يحول دون اتخاذ الإجراء الآخر نظراً لأنه لا يجوز للإدارة الجمع بينهما(٢).

والعلة من حظر الجمع بين إجراء إلغاء العقد ومصادرة التأمين المؤقت وبين التنفيذ على الحساب تكمن فى أن التنفيذ على الحساب يعد من قبيل التنفيذ العينى للالتزام الذى يفترض بقاء العقد قائما، ومن ثم لا يستقيم عملا إجراء التنفيذ العينى للالتزامات المتولدة عن عقد انقضى بفسخه ومصادرة التأمين المؤقت.

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٤/٣/٢٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣٩ - الجزء الثانى، ص ١١١٣.

(٢) حكمها فى الطعن رقم ٤٨٢٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٩/١/٥، غير منشور، وبذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٢٧١٤ لسنة ٤٠ ق، جلسة ١٩٩٩/٤/٦ - غير منشور.

ثالثا: تحرير عقد التوريد الإدارى :

تقضى المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بوجوب تحرير عقد متى بلغ مجموع ما رسا توريده خمسين ألف جنيه، أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ العقد. ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منه لإدارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعاقد وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ، ويجب أن يبين على كل نسخة قيمة التأمين النهائى ونوعه وتاريخ وروده.

فالقاعدة العامة التى انتهجها المشرع فى هذا الشأن هى ضرورة تحرير عقد بين جهة الإدارة وصاحب العطاء المقبول - متى بلغ قيمة ما رسا توريده خمسين الف جنيه - يتضمن كافة الشروط والالتزامات التى تحدد حقوق والتزامات الطرفين تفصيلية لضمان تنفيذ الالتزام بطريقة واضحة ومحددة حتى يمكن لجهة الإدارة اقتضاء حقوقها قبل المتعاقد إذا نكل عن تنفيذ التزاماته التعاقدية. ويتعين تطبيق هذه القاعدة حتى فى حالة التوريد الفورى، بحسبان أن النص ورد مطلقاً دون استثناء.

ويتعين تحرير العقد باللغة العربية إعمالا لقرار رئيس الجمهورية رقم ١١٥ لسنة ١٩٥٨ بوجوب استعمال اللغة العربية فى المستندات الحكومية.

وتجدر الاشارة إلى أن العقد لا يعدو أن يكون تسجيلا لما تم الاتفاق عليه بمجرد رسو العطاء، فإذا كان التعاقد قد تم على أساس قبول الإدارة للشروط أو التحفظات التي أرفقها المتعاقد بعطائه، فإن تلك الشروط أو التحفظات تغدو ضمن ما تم الاتفاق عليه ولو خلا العقد من النص عليها(١).

---

(١) راجع فى ذلك افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٤٧ فى ١٩٨٤/١/١٧ - ملف رقم ١٤/٢/٧٨ - مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية - السنتان ٣٧، ٣٨ ص٣٧٣ - مبدأ رقم ١٥٥.

العقد غير المكتوب ودوره:

العقد غير المكتوب وسيلة غير مألوفة فى المجال الإدارى بسبب جنوح الإدارة عادة إلى اثبات روابطها العقدية بالكتابة، إلا أن العقد غير المكتوب لايزال يؤدى دوراً مكملا لبعض أنواع العقود الإدارية باعتبار أنه فى معظم الحالات تتضمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة ولو لم يفرغ العقد فى النهاية إلى وثيقة مكتوبة ويستند القضاء أحياناً إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الأفراد والإدارة لاثبات قيام الرابطة التعاقدية حتى ولو كانت طبيعة العقد تستلزم الكتابة(١).

مراجعة العقد بمجلس الدولة:

أسقط المشرع فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى النص على وجوب أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة قبل ابرام عقودها الإدارية، وذلك على خلاف ما كان عليه الوضع فى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى(٢)، ورغماً عن ذلك لازال على الجهة الإدارية الالتزام بمراجعة مشروعات عقودها بناء على ما تنص عليه المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٣٢ والتى تنص على أنه.... ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠ مجموعة السنة ٣٥ ص ١٤٢١.

وفى ذات المعنى انظر: افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ١١٠ - ملف رقم ٥٣/٢/٧٨ - جلسة ٢٠٠٠/١٢/٦ - مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية فى المدة من يولية ٢٠٠٠ إلى ديسمبر ٢٠٠٠، ص ٩٢. وفى ذات المعنى حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩١٩٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٩ - لم ينشر بعد.

(٢) حيث نصت المادة (٣٥) من القانون الملغى على أن لا يجوز ابرام عقد تزيد قيمته على ٥٠٠٠٠ جنيه دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة إلا إذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل...».

مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة. وعلى ذلك تختص إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بمراجعة عقود التوريد التى تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين الف جنيه، أما إذا زادت قيمة العقد عن هذا المبلغ فينعقد الاختصاص بمراجعتها للجنة المختصة بقسم الفتوى نزولا على حكم المادة ٦١ من قانون مجلس الدولة المشار إليه والتى تنص على أنه «لرئيس إدارة الفتوى أن يحيل إلى اللجنة المختصة . . . وعليه أن يحيل إلى اللجنة المسائل الآتية: عقود التوريد والأشغال العامة، وعلى وجه العموم كل عقد يرتب حقوقاً أو التزامات مالية لدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو عليها إذا زادت قيمته على خمسين الف جنيه.

واعتقد أنه قد حان الوقت للتدخل التشريعى لإجراء تعديل على النصاب المالى للعقود الواجب مراجعتها وذلك لمواجهة الانخفاض الذى طرأ على القوة الشرائية للنقود.

نطاق المراجعة وطبيعتها القانونية:

أوضحت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع طبيعة المراجعة وحدودها بأن قررت أن المراجعة هى نوع من الرقابة القانونية التى تتولاها إدارة الفتوى ثم اللجنة المختصة وهى رقابة لمطابقة مشروع العقد للقوانين دون أن تتطرق إلى مسائل الملاءمة والتقدير التى ينفرد القضاء برقابتها، فهى رقابة مشروعية لا ملاءمة وتمتد هذه الرقابة إلى مشروع العقد وكل ما أصبح جزء منه من مستندات سابقة على ابرامه أدت إليه، وعلى جهة الإفتاء التى تتولى هذه المراجعة أن تفصل فى سلامة كل ذلك وتبدى رأيها فى مراجعة نصوص العقد ذاته ثم تبلغ الجهة طالبة الرأى بكافة ما ارتأته فى هذا الشأن، وبذلك تضع جهة الإدارة المتعاقدة أمام مسئوليتها القانونية كاملة والتى لا يصبح لديها عذر بعد ايضاح الموقف القانونى لها كاملا، ثم تتحمل مسئوليتها إذا لم ترد الأخذ

بالرأى القانونى، ومهما بلغت المخالفات التى تشوب الإجراءات السابقة فلا يجوز الامتناع عن المراجعة بسببها لأن المراجعة هى التى تكشفها[١].

وغنى عن البيان أن هذه المراجعة لا تضفى على إجراءات وبنود العقد الشرعية والصحة إذا كانت قد فقدتها، ولا تطهره من المخالفات التى شابت ابرامه أو بنوده أو تجيزها، إنما تكشف عنها، وتضعها تحت بصر الجهة الإدارية وبما يستوجبه ذلك من اعادة النظر فى العقد بالتحلل منه كله أو بعضه على ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة[٢].

---

(١) افتاء الجمعية العمومية بجلسة ١٩٨٥/٣/٢٠ - ملف رقم ٢٥٢/١/٥٤ مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية - السنتان ٣٩ - ٤٠ ص ٢٧٨.

(٢) افتاء الجمعية بجلسة ١٩٩٨/١/٢١ - ملف رقم ٣٤٤/١/٥٤ - سبقت الاشارة إليه.

الباب الثانى

تنفيذ عقد التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

الواقع أن ابرام عقد التوريد الإدارى ليس هدفاً فى ذاته، ذلك أن عقد التوريد الإدارى - شأنه شأن كافة العقود الإدارية - يستهدف دوماً تحقيق المصلحة العامة وهى تسيير المرفق العام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردى، ويتوقف تحقيق هذه المصلحة على حسن تنفيذ عقد التوريد الإدارى.

غير أنه ولئن كانت القاعدة العامة فى العقود أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه يجب أن ينفذ وفقاً للشروط التى ارتضاها أطرافه، ويمتنع على أحد المتعاقدين أن يتحلل من التزامه، أو تعديل نصوص العقد بإرادته المنفردة، إلا أن هذه القاعدة لا تنطبق على اطلاقها فى مجال العقود الإدارية، ومرد ذلك إلى الطبيعة الذاتية لهذه العقود.

فالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ومن بينها عقد التوريد الإدارى هى التى تبرر اختلال المساواة بين الإدارة والمورد فى مجال الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، فالإدارة صاحبة السلطة العامة تتمتع بحقوق وامتيازات فى مواجهة المورد تفوق بكثير ما له من حقوق فى مواجهتها، لأنها تعمل من أجل المصلحة العامة فى حين يسعى المورد لتحقيق مصلحته الخاصة.

غير أن السلطات والامتيازات التى تتمتع بها الإدارة لا تعنى بطبيعة الحال اهدار حقوق المورد، فهو أيضاً يتمتع بحقوق لا مثيل لها فى القانون الخاص، باعتبار أن عقد التوريد الإدارى هو بحسب الأصل عقد رضائى ملزم للجانبين، وبالتالى فهو يولد التزامات على عاتق الإدارة فى مواجهة المورد.

وإذا كان عقد التوريد الإدارى يولد حقوقاً والتزامات متبادلة بين طرفيه على النحو المتقدم، إلا أن ثمة مبادئ عامة تحكم تنفيذ هذا العقد، وتسرى تلك المبادئ على هذا العقد دون حاجة للنص عليه، باعتبار أنها تمثل القواعد

الحاكمة لتنفيذ عقد التوريد الإدارى.

وعلى ذلك ينقسم هذا الباب إلى فصول أربعة هى:

الفصل الأول: المبادئ العامة التى تحكم تنفيذ عقد التوريد الإدارى.

الفصل الثانى: التزامـــات المـــورد فـــى عقد التوريد الإدارى.

الفصل الثالث: امتيـــازات الإدارة فـــى عقد التوريد الإدارى.

الفصل الرابع: حقـــــــــــــوق المـــــــــــــورد.

الفصل الاول
المبادئ العامة التى تحكم
تنفيذ عقد التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

يستهدف عقد التوريد الإدارى مصلحة عامة هى تسيير المرافق العامة، ومن أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة وضمان سيرها وانتظامها واستمرارها، على ذلك يعد مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد أحد المبادئ الهامة الحاكمة لتنفيذ عقد التوريد الإدارى.

وتخضع العقود بصفة عامة - مدنية أو إدارية - لأصل عام من أصول القانون وهو مراعاة حسن النية فى تنفيذها، ومن مقتضى إعمال هذا الأصل ألا يتعسف أى طرف فى العقد فى المطالبة بحقوقه الناشئة منه والمنبثقة عنه.

ونظراً لكون فكرة المصلحة العامة هى الفكرة المهيمنة والمسيطرة على عقد التوريد الإدارى، فقد أدى ذلك إلى اختلاف التكييف القانونى للمورد واعتباره معاوناً للإدارة وليس فقط متعاقد معها، ونزولا على هذا التكييف استقر القضاء على وجوب قيام المورد بالتنفيذ شخصياً وبنفسه على أساس قاعدة التنفيذ الشخصى فى العقود الإدارية، وقد أصبحت تلك القاعدة من المسلمات الواجب إعمالها ولو لم ينص عليها فى العقد صراحة(١).

وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد.

المبحث الثانى: مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية.

المبحث الثالث: مبدأ التزام المورد بالتنفيذ الشخصى للعقد.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٩٨ لسنة ١١ ق - جلسة ١٩٥٧/١/٢٧ - مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإدارى - السنة ١١ ص ١٧٤.

المبحث الأول

مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد

يؤدى عقد التوريد الإدارى دوراً هاماً فى تسيير المرافق العامة بطريق غير مباشر، ومؤدى مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، ضرورة تعاون المورد مع جهة الإدارة علي القيام بكل ما من شأنه دوام سريان المرفق العام المتصل به العقد بانتظام واطراد، وترتيباً على ذلك فإنه وعلى الجانب الشخصى، فإن المورد يلتزم ببذل أقصى ما فى وسعه لتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، فإن هو قصر أو تراخى فى التنفيذ بما يهدد بالاخلال بالسير المنتظم للمرفق، فإن الإدارة تواجه هذا التقصير أو التراخي بحزم وصرامة غير مألوفة فى نطاق العلاقات بين أطراف عقود القانون الخاص[١]. كما وأنه وعلى الجانب الموضوعى فإن المورد لا يلتزم فحسب بتنفيذ التزاماته العقدية كما هو الحال فى عقود أشخاص القانون الخاص، وإنما تمتد هذه الالتزامات بحيث تشمل كل ما هو ضرورى لضمان السير المنتظم والمستمر للمرفق العام[٢].

وقدأصبح مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد قاعدة أساسية لا خلاف عليها فى تنفيذ عقد التوريد الإدارى، ويهيمن على عملية تنفيذ العقد دون حاجة لنص تشريعى صريح، ولا شرط خاص يدرج فى العقد، فهذا المبدأ يستنتج ضمنياً وبالضرورة من فكرة المرفق العام.

وقد حرص المشرع على ابراز هذا المبدأ حيث تنص المادة (٢٥) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سالف الذكر على أن: «يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأى شرط من شروطه كما تنص المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على أنه «... وفى حالة عدم قيام المورد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد، وخلال المهلة الاضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين طبقا لما تقرره السلطة المختصة

---

(١) يراجع فى ذلك: د. عادل عبد الرحمن خليل - المبادئ العامة فى آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٤ - ١٩٩٥ ص ١٠٤.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٣٨٩.

وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل... (أ) شراء الأصناف التى لم يقم بتوريدها على حسابه..... (ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة ـ منذ زمن ـ علي أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد(١).

النتائج المترتبة على المبدأ:

يترتب على هيمنة مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد على عملية تنفيذ العقد، نتائج بالغة الخطورة، ذلك أن هذا المبدأ هو الذى يفسر السلطات الخطيرة التى تتمتع بها الإدارة فى مواجهة المورد من ناحية، وحقوق المورد مع الإدارة والتي لا نظير لها فى القانون الخاص من ناحية أخرى(٢). وتتجلى نتائج هذا المبدأ فيما يلى:

١- عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ:

الأصل طبقاً لحكم المادة (١٦١) من القانون المدنى أنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.

غير أن هذا الأصل لا يسرى فى نطاق العقود الإدارية، ومن بينها عقد التوريد، إذ لا يجوز للمورد أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه إذا لم توف الجهة الإدارية بالتزاماتها.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسى(٣) مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ من جانب المورد بصرامة شديدة ولم يسمح للمتعاقد بإيقاف التنفيذ أيا كان

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٥٢٠ السنة ٢ ق، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ - المجموعة - السنة الثانية - ص ٩٣٧. وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ١٠٣١٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٩ ـ لم ينشر بعد، وحكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٤٦١٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/١٨ ـ لم ينشر بعد.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٣٨٨ ومابعدها.

(٣) C.E: 23-7-1931.
مشار إليه د. هارون عبد العزيز الجمل - النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة، رسالة، عين شمس - ١٩٧٩ ـ ص ٤٢٠.

العذر وأيا كانت الظروف ماعدا حالة القوة القاهرة التى يمكن أن تنهض مبرراً لذلك، بل انه وحتى فى هذه الحالة تطلب من المتعاقد بذل أقصى جهد لاستمرار سير المرفق العام.

كما استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا[1] على أن من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإدارى يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الاخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن اخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى، ومن ثم فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى.

الاتجاه الحديث نحو التخفيف من مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ:

ثمة اتجاه حديث اعتنقته المحكمة الإدارية العليا يتضمن التخفيف من حدة مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ، وذلك بكفالة التوازن بين طرفى العقد من خلال اقرار حق المتعاقد مع الجهة الإدارية فى الامتناع عن تنفيذ التزامه مادامت هى لم تقم بذلك، حيث قضت بأن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ فى نطاق العقود الإدارية لا يؤخذ على اطلاقه إذ أن تقاعس الجهة الإدارية واهمالها فى تنفيذ التزام جوهرى فى العقد بعدم سداد مستحقات المتعاقد معها بدون مبرر، والتى بلغت مبلغاً كبيراً ومن شأن عدم صرفها أن يجعل المتعاقد

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ ق - جلسة ١٩٦٩/٧/٥ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق ص ٦٥٧. وبذات المعنى أحكامها فى: الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ١٥ ق - جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ - مجموعة العقود - الاشارة السابقة ص ٦٥٩، وحكمها فى الطعن رقم ٢٦٠٦ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٩٠/٤/٢٤ - مجموعة العقود - الاشارة السابقة ص ٦٦١.

فى موقف يتعذر معه الاستمرار فى التنفيذ، فإن توقفه عن التنفيذ واستكمال الأعمال إنما يرجع إلى خطأ جهة الإدارة وهو السبب الجوهرى فى توقف الأعمال وتأخرها ولا يصلح ذلك سببا لسحب الأعمال من المقاول(١).

وغنى عن البيان أن الحكم المتقدم قد صدر بشأن عقد مقاولة، مما يثور معه التساؤل عن مدى امكانية تطبيقه على عقد التوريد الإدارى؟

الحق أن الاتجاه نحو التخفيف من حدة مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ يمكن تطبيقه على عقد التوريد الإدارى، ولكن بمراعاة ضوابط معينة أهمها أن يقع إخلال جسيم من الجهة الإدارية بالتزاماتها التعاقدية فإن كان المورد قد قبل التعاون مع الجهة الإدارية فى تسيير المرفق العام، إلا أنه يجب عدم إغفال أن الجهة الإدارية هى القوامة على المرفق العام، وأن حسن إدارتها له هو من أخص التزاماتها، ويتعين عليها - بالتالى - توفير كل ما من شأنه كفالة تنفيذ المورد لالتزاماته التعاقدية، فإن أخلت بذلك، فإن القاضى الإدارى إذا ما اطمأن وجدانه إلى عدم حرص جهة الإدارة على استدامة سير المرفق العام، فإنه يعفى المورد من مظنة ارتكابه لخطأ عقدى يستوجب توقيع أى من الجزاءات المقررة فى هذا الشأن، واجمالا فإن الاتجاه نحو التخفيف من مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ فى نطاق عقود التوريد يجد حده فى ضرورة استغراق خطأ الجهة الإدارية المتعاقدة لخطأ المورد إذا ما امتنع عن التنفيذ، ومسألة تقدير أى من الخطأين قد استغرق الآخر هي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضى العقد فى كل حالة على حدة.

وفى مقام الموازنة بين خطأ جهة الإدارة بعدم تنفيذ التزاماتها التعاقدية وبين خطأ المورد إذا ما امتنع عن التنفيذ بسبب خطأ الإدارة، ذهبت محكمة

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٧٣٨ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٩٣/٨/٢٤ .
وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٦١٨ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٩٩/٢/٩ - غير منشور.

القضاء الإدارى[١] - فى حكم حديث لها - إلى أن عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها - ومنها المقابل النقدى كأهم حقوق المتعاقد معها باعتباره من ثوابت العقد وذلك بما يجاوز الحد المعقول وبما يهدد التوازن المالى للعقد ويخل باقتصادياته بدعوى عدم كفاية الاعتمادات المالية فإن هذا الامتناع يعد اخلالا من جانبها بما التزمت به رضاء، وهو ما أدى إلى توقف المتعاقد عن التنفيذ لمدة جاوزت أضعاف مضاعفة لمدة العقد، مما كان يتعين معه اعادة النظر فى الأسعار المتعاقد عليها أصلا وذلك على ضوء الأسعار السائدة عند استكمال التنفيذ وذلك حتى لا تجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد معها على النهوض بتنفيذ التزاماته، ومن ثم فإن الخطأ العقدى للجهة الإدارية ينال من صحة ما اتخذته من إجراءات سحب العمل من الشركة المدعى عليها وتنفيذه على حسابها.

وقد طعنت الجهة الإدارية على الحكم المتقدم أمام المحكمة الإدارية العليا والتي قضت[٢] بالغائه للخطأ فى تطبيق القانون وشيدت حكمها على أسباب حاصلها أنه ولئن كان تراخى الجهة الإدارية بتدبير المبالغ اللازمة للتنفيذ مما أدى إلى توقف العمل - يشكل خطأ فى جانبها يسوغ معه للشركة المطعون ضدها المطالبة بالتعويض ان تحققت أسبابه، أو حتى المطالبة بفسخ العقد، إلا أنه لا يعطى لها الحق فى الامتناع عن التنفيذ بعد ورود الاعتمادات أو أن تربط ذلك بزيادة الأسعار أولا طالما كان فى مقدورها القيام بتلك الأعمال ثم تطالب بما تراه حقا لها من التعويض، وآية ذلك أن احتياجات المرفق الذى يهدف العقد تسييره - فى ظل ما هو ثابت بورود معدات وتجهيزات مصنع الأعلاف - تتأبى تعليق وفاء الشركة المطعون ضدها بالتزاماتها بالتنفيذ على استجابة الجهة الإدارية للزيادة المطلوبة فى الأسعار.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٤٦١٧ لسنة ٤٨ ق - جلسة ٢٠٠٠/٦/١٨ - لم ينشر بعد.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٠٣١٣ لسنة ٤٦ ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٩ - لم ينشر بعد.

٢- مبدأ دوام سير المرفق العام هو أساس نظريات التوازن المالى:

اقتضى إعمال مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد النظر إلى المورد على أنه متعاون مع الإدارة على نحو ما سلف القول، وحتى يتم الحفاظ على هذا المبدأ لا يجوز للجهة الإدارية أن تتخلى عن المورد فى ظل وجود ظروف تجعل تنفيذ التزامه مرهقاً أو عسيراً بالنسبة له بل يجب أن تقف بجواره حتى يقوم بتنفيذ التزاماته ضماناً لسير المرافق العامة التى يقوم العقد الإدارى بمهمة الحفاظ على سيرها. ومن أجل ذلك ابتدع مجلس الدولة الفرنسى العديد من النظريات التى تكفل التوازن المالى للعقد ومن هذه النظريات نظرية الظروف الطارئة، ونظرية عمل الأمير(١).

٣- اهدار مبدأ المساواة بين المتعاقدين:

فالعقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد، إذ بينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متوازية ومتساوية، فإنها فى العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هى التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإدارى. ويترتب على ذلك أن جهة الإدارة تتمتع بامتيازات وسلطات لا مثيل لها في القانون الخاص، حيث تتمتع الإدارة بسلطة الاشراف والتوجيه فى تنفيذ العقود، ولها دائما حق تغيير شروط العقد واضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يتحدى المورد بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كل ذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد نسخ العقد كلية، وتملك الجهة الإدارية توقيع الجزاء المناسب على المورد إذا ما تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه العقد أو إذا استعمل الغش أو التلاعب فى معاملته معها، وتوقيع الجزاء المناسب على المورد من جانب جهة الإدارة لا يستهدف فى الواقع تقويم

---

(١) راجع: د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - الجزء الثانى، ص ١٥.

اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما يتوخى تأمين سير المرافق العامة، ويترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها أن الإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها فى العقد، بمعنى أن جهة الإدارة لا تستمد امتيازاتها فى نطاق العقود الإدارية من نصوص العقد، وإنما من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة واشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة(١).

وبناء على ما تقدم فإنه يبدو من الطبيعى عدم تساوى المركز القانونى للمتعاقدين، حيث تشغل الإدارة مركزاً متميزاً عن الأفراد، ومن ثم فهى تتمتع بسلطات استثنائية وخطيرة، وذلك بحكم سهرها على تحقيق الصالح العام لضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

٤- تفسير نصوص العقد على أساس مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد:

ثمة قاعدة أساسية جوهرية تسود قواعد تفسير العقود الإدارية، هى أن هذه العقود تقوم أولا وقبل كل شئ على فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإذا ما دعت الحاجة إلى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فإنه يجب أن يتجه الرأى الأول إلى أن هذه النية ليست إلا تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق، ومن أجل ذلك وصفت العلاقة بين طرفى العقد الإدارى بأنها علاقة تعاضد وتساند ومعاونة لتنفيذ العقد على أحسن وجه، وحين تتعارض المصلحة الشخصية للمتعاقد مع الإدارة مع المصلحة العامة، فإنه ينبغى أن يكون التفسير إلى جانب المصلحة العامة، أى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد(٢).

---

(١) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٥٤٧ بتاريخ ١٩٦٢/٨/١٥ - مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية، السنتان ١٦، ١٧ - ص ٣٧٠.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق - جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ - سبقت الاشارة إليه. وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٠١٣ لسنة ٦ ق - جلسة ١٩٦١/١٢/١٦ - مجموعة مبادئها - السنة السابعة ص ١٠٢.

وبناء على ما تقدم فإن إعمال مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد قد أدى إلى مغايرة فى منهج تفسير العقود الإدارية عن ذلك المنهج المعمول به فى قواعد القانون الخاص.

المبحث الثانى

مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية

يعد مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية أصل عام من أصول القانون، وهذا الأصل يطبق فى العقود الإدارية، شأنها فى ذلك شأن العقود المدنية، وقد ورد النص عليه فى القانون المدنى الفرنسى فى المادة (١١٣٥) التى توجب عدم قصر الالتزامات المتولدة عن العقد على ما ورد صراحة، ولكن تشمل كل ما تقضى به العدالة والعرف أو القانون حسب طبيعة العقد، كما تنص المادة ١٤٨ من القانون المدنى المصرى صراحة على أن:

١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

وقد ورد النص المتقدم بصيغة العموم، مما يقتضى معه القول بأن مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية يخاطب طرفى العقد، وكلاهما ينبغى عليه إعمال موجبات هذا المبدأ وفى نطاق العقود الإدارية استقر قضاء مجلس الدولة وافتائه على تطبيقه حيث قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بأن: تنفيذ العقد بحسن نية، هو أصل من أصول القانون يشمل العقود جميعا سواء تلك التى تبرم بين الأفراد فيما بينهم أو بين الجهات الإدارية بعضها البعض، ومن مقتضى إعماله ألا يتعسف أى طرف فى العقد فى المطالبة بحقوقه الناشئة منه والمنبثقة عنه(١).

---

(١) يراجع افتاء الجمعية رقم ٣٠٩ في ١٩٩٢/٣/١٨ - جلسة ١٩٩٢/٣/١ - مجموعة =

غير أن هذا المبدأ رغم أهميته لم يجد اهتماماً من غالبية فقهاء القانون الإدارى، وقد يكون مرد ذلك، هو النص عليه فى القانون المدنى، ومجال البحث فيه محجوز دوماً لفقه القانون الخاص، أو لأن المبدأ ذاته قد غدا أصل من أصول النظام القانونى بحيث لا يحتاج إلى بحث، أو لكلا الأمرين معاً.

والحقيقة أن فكرة حسن النية ليست فكرة بسيطة يمكن تحديدها بشكل دقيق، ومكمن صعوبتها هو اختلاط الأخلاق فيها بالقانون، كما تختلط بعناصر أخرى تنبع من داخل الإنسان كالجهل، والغلط، والخطأ، والقصد، وكلها عناصر كامنة فى النفس البشرية وهى فى تفاعل مستمر(١)، كما أنها تتعارض - إلى حد بعيد - مع الطبيعة الاعتبارية للشخص العام.

ونظراً لكون القاضى الإدارى هو المعنى دوما باستظهار حسن أو سوء نية طرفى العقد الإدارى، فإن غموض الفكرة وفى ظل غياب معيار محدد لحسن النية يلقى على كاهله المزيد من الأعباء نحو البحث والتقصى عن مدى التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بحسن نية، الأمر الذى يستلزم معه وضع معيار أو ضابط محدد يتحقق بتوافره حسن النية فى تنفيذ العقد، مع ما يترتب على ذلك من آثار تؤدى بلا شك إلى إنزال صحيح حكم القانون على النزاع المطروح.

ويقتضى تحديد معيار حسن النية فى تنفيذ العقد بيان المقصود بالنية،

= المبادئ التى قررتها الجمعية - السنة ٤٦ ص ٦٣١ . ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا فى ذات المعنى يراجع على سبيل المثال:

- حكمها فى الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ - مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثانية - ص ٩٣٧.

- حكمها فى الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١١ - مجموعة المبادئ - السنة ١٥ - ص ٢٦٤.

(١) يراجع فى ذلك: د.السيد بدوى - حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - عام ١٩٨٩ - ص ٧٤.

ثم بيان حسن وسوء النية فى تنفيذ العقد، واستخلاص مضمون مبدأ حسن النية من قضاء وافتاء مجلس الدولة فى هذا الصدد.

١- المقصود بالنية:

يقصد بالنية La foi فى نطاق العقود - ودون الدخول فى تفاصيل الخلاف حول تعريفها[١] لخروج ذلك عن نطاق البحث - اتجاه[٢] إرادة المتعاقد[٣] عن علم[٤] إلى إحداث نتيجة معينة[٥]. وعلى ضوء هذا التعريف يمكن أن تتحدد خصائص النية فى الخصائص الآتية:

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول المقصود بالنية يراجع: عبد الجبار ناجى الملا صالح - مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود - رسالة ماجستير عام ١٩٧٤ - مطبعة اليرموك - بغداد - ص٢٢، د.الهادى السعيد عرفه - حسن النية فى العقود - مجلة كلية الحقوق - جامعة المنصورة - عام ١٩٨٦ - ص ١٥٤، د.السيد بدوى - المرجع السابق- الاشارة السابقة، د.نبيل مدحت سالم - الخطأ غير العمدى، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٤، ص ١٢٩.

(٢) ويعنى مدلول لفظ «الاتجاه» إلى أن المتعاقد كان بين خيارات فضل منها ما يناسبه بما لديه من قدرة على الاختيار.

(٣) ويعنى مدلول «الإرادة» القوة النفسية والذهنية التى تحرك السلوك وتسيطر عليه لتحقيق غاية معينة.

(٤) ويقصد بالعلم فى هذا الإطار وجود التصور عن حقيقة الأشياء والعلاقة بينها، وتعتمد الإرادة على هذا العلم فى أنها تتزود منه بالتصور اللازم، هذا التصور حينما يرقى إلى حد العزم والاستقرار على أمر معين، فإنه يشكل بذلك القوة النفسية والذهنية داخل المتعاقد، وبذلك تتكون إرادته، وكما أنه لا يمكن وجود نية بغير إرادة، فإنه لا يتصور وجود إرادة بغير علم.

(٥) استلزام إحداث نتيجة معينة فى تعريف النية يشير إلى أن النية موقف عمدى، بغيره تبقى هذه النية مجرد تصورات تجول داخل الإنسان بغير هدف تسعى إليه، كما يشير إلى أن الإرادة بغير هدف يمكن أن تشكل مجرد خطأ، فى حين أن الإرادة المقترنة بهدف هى إرادة عمدية تشكل قصداً وهو ما يشير إلى أن النية ذات مدلول غائى سبقه باعث لتحقيق الغاية.

أ - أن النية موقف ايجابى:

لأنها تعتبر بمثابة قرار اتخذه المتعاقد، بعدما استعرض فى ذهنه جملة الخيارات المتاحة له واختار منها ما يناسب تحقيق الغرض الذى يسعى إلى تحقيقه.

ب - أن النية موقف داخلى:

فعلى الرغم من أنها اتجاه إرادى للمتعاقد، إلا أنها تظل عنصراً نفسياً وذهنياً تؤثر على تصرفاتها وأفعاله، ويتعين على القاضى استظهار ما ترمى إليه.

جـ - أن النية موقف عمدى:

لأنها تعنى القصد وانعقاد العزم على إحداث نتيجة معينة اتجهت الإرادة إلى تحقيقها، وبغير هذا الموقف العمدى تظل النية مجرد تصور بغير هدف تسعى إليه.

وعلى ضوء التحليل السابق لمفهوم النية وبيان خصائصها، يمكن تحديد حسن وسوء النية، ومتى تكون نية المتعاقد حسنة، ومتى تكون غير ذلك.

٢- معيار حسن النية وسوء النية:

يتحدد حسن أو سوء النية بالنظر إلى الزاوية التى سيتم التعرف من خلالها على نية المتعاقد، إما من الزاوية الشخصية، أو من الزاوية الموضوعية(١).

معيار حسن وسوء النية الشخصى:

ومدخل حسن أو سوء النية الشخصى هو دائما ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء، ويعنى ذلك ضرورة البحث فى تلك الذات

---

(١) د. السيد بدوى، المرجع السابق، ص ٧٥.

عن حقيقة الاتجاه الإرادى لبيان تحقق أحد الوصفين تبعاً لما تشير إليه القرائن الدالة عليه.

ويتحدد حسن النية الشخصى أو الذاتى فى أنه الاعتقاد المخالف للحقيقة، ويفترض حسن النية بهذا المعنى أن غلطا وقع فيه الشخص حسن النية، كأن يعتقد - على خلاف الحقيقة - بأنه يتلقى الحق عن صاحبه الفعلى.

فى حين يتحدد سوء النية وفقاً لهذا الاتجاه فى الغش وسوء القصد وهو بذلك مرادفاً ومطابقاً للخطأ الأخلاقى.

والحق أن أهم ما يعيب هذا المعيار أنه لا يصلح لأن يكون ضابطاً للعقود الإدارية بحسبان أن قوامه الذاتى و الشخصى وبما يوجبه من خوض فى النفس البشرية إدراكاً لحقيقة نواياها، بالاضافة إلى تعارضه مع الطبيعة الاعتبارية للشخص العام الذى لا يتسم بما تتمتع به النفس البشرية من خصائص.

معيار حسن أو سوء النية الموضوعى:

يتحدد معيار حسن أو سوء النية الموضوعى لطبقا لهذا المعيار بمدى مراعاة مقتضيات حسن النية أو عدم مراعاتها، وتقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية ثابتة ومبادئ دينية راسخة يؤمن بها المجتمع تتصف بالعمومية والتجريد، وتقوم مقام القواعد القانونية دون حاجة لنص تشريعى.

وقد أورد الفقه عدة أمثلة تعد من مقتضيات حسن النية كالوفاء بالعهد، والأمانة، والثقة المشروعة، والاخلاص، وشرف التعامل ونزاهته، والتعاون، وحسن الأداء.... الخ.

وعلى ذلك يكون المتعاقد حسن النية كلما جاء تصرفه متفقاً مع تلك المقتضيات، فيما يكون سيئ النية إذا كان تصرفه مخالفاً لها(١).

---

(١) وتجدر الاشارة إلى أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى قد اعتمد كلا المعيارين الذاتى والموضوعى كضابطين لحسن النية. يراجع فى ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - الالتزامات - مطبعة الكتاب العربى - ص ٢٨٨.

٣- مضمون مبدأ حسن النية:

إن التطبيقات القضائية فى خصوص هذا المبدأ تشير إلى أن المبدأ فى مجال التطبيق يعنى محاولة تأكيد معرفة الإرادة الحقيقية للطرفين والوصول إلى الإرادة المشتركة بينهما فى تنفيذ العقد الإدارى من ناحية، ومن ناحية أخرى الوصول إلى الحل الأمثل بافتراض أن الدائن فى موقف المدين أى أنه يفترض أحسن الحلول للوفاء بالتزاماته، ومثال ذلك فإنه عندما لا يتم الاتفاق على نوعية معينة من السلعة المراد توريدها فإن المبدأ يوجب توريد أحسن النوعيات فى حدود السعر المتفق عليه(١).

وقد اعتمد مجلس الدولة - فيما يبدو - المعيار الموضوعى فى استظهار مضمون المبدأ ومدى توافر حسن النية لدى المتعاقدين حيث قررت المحكمة الإدارية العليا بأنه ما كان يجوز للإدارة وقد تراخت فى مباشرة إجراءات فسخ العقد حتى أخطرها الطاعن برغبته في التوريد مع تحديد ميعاد تشغيل الأجهزة وبالتالى التسليم أن تتخذ من واقعة عدم استكمال الطاعن للتأمين النهائى كمبرر لفسخ العقد وإلا كان فى ذلك مخالفة لمبدأ حسن النية الواجب مراعاته وخاصة أنه كان يمكن للإدارة خصم قيمة التأمين من القيمة المستحقة له بعد التوريد، الأمر الذى يستتبع توافر خطأ الإدارة فى فسخ العقد(٢).

كما استظهرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أن مقتضى إعمال مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد ألا يتعسف أى طرف فى العقد فى المطالبة بحقوقه الناشئة منه والمنبثقة عنه(٣).

كما استبان للجمعية أيضا أن العقود تخضع لأصل من أصول القانون

---

(١) د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - الكتاب الثانى - ص ٢٧.

(٢) حكمها فى الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٤/٣/٢٢ - مجموعة مبادئها - السنة ٣٩ - الجزء الثانى - ص ١١١٣.

(٣) افتاء الجمعية العمومية رقم ٣٠٩ فى ١٩٩٢/٣/١٨ - سبقت الاشارة إليه.

يظلها جميعا يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وأن هذا الأصل لا مندوحة من التقيد به فى العقود الإدارية شأن العقود المدنية، بل إن التقيد به فى العقود الإدارية أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة الذى تنطبع به هذه العقود ولا تنفك عنها - مقتضى ذلك ولازمه أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام، فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمنى، وإنما يتعين أن يتم فى مدد معقولة وفقاً للمجرى العادى للأمور وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذى يرنو إليه(١).

وفى عبارات أكثر دلالة على تحديد مضمون مبدأ حسن النية قررت الجمعية أنه بمقتضى هذا المبدأ يلتزم كل طرف من طرفى العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه، ومن ناحية أخرى فإنه فى مجال استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإن الأمر لا يقتصر على نصوص العقد وحدها وقت ابرامه، وإنما ينبئ عنها ما جرى عليه تنفيذ العقد من إرتضاء طرفيه تفسيراً معيناً لأحكامه وبما يفصح عن نية الطرفين الحقيقية وما انصرفت إليه إرادتهما المشتركة(٢).

---

(١) افتاء الجمعية العمومية رقم ١٠٠٧ فى ١٩٩٢/١١/١١ - جلسة ١٩٩٢/١١/١١ - سبقت الاشارة إليه.

(٢) افتاء الجمعية رقم ٢٦٣ فى ١٩٩٤/٤/٤ - جلسة ١٩٩٤/٣/٢٣ - ملف رقم ١٧٧/١/٤٧ - المجموعة - السنتان ٤٧، ٤٨ - ص ٦٧٥.
وفى ذات المعنى انظر افتاء إدارة الفتوى لوزارات التعليم والتعليم العالى والبحث العلمى والجامعات رقم ٦٩٩/٣/١ بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٠ - لم ينشر بعد - حيث استخلصت الإدارة المذكورة النية الحقيقية لطرفى العقد واستظهرت من خلالها ما يتعارض مع حسن النية فى تنفيذ العقود بأن قررت بأنه وإن كان التعاقد بين مستشفيات جامعة المنوفية وشركة أمبكس ميديكال على توريد مستلزمات تشغيل وحدة الجاما كاميرا كان على أساس أن يكون التوريد على دفعات حسب احتياج المستشفيات إلا أنه ليس معنى ذلك أن يكون قد قصد أن يكون التزام الشركة بالتوريد بمنأى عن كل قيد زمنى وإلا كان معنى ذلك أن يصير التزام الشركة بالتوريد قائما ونافذا لحين استيفاء كامل الكمية المتعاقد عليها ولو حدث ذلك بعد مرور العديد من السنوات وبدون حد أقصى زمنى وهو ما لا يكون قد اتجهت إليه إرادة=

كما اعتمدت المحكمة الإدارية العليا عنصر المقتضيات العامة للتعامل كعنصر من عناصر المعيار الموضوعى لحسن النية إذ قررت بأن طبيعة الالتزام وهو توريد زجاج فارغ تقتضى أن يكون هذا الزجاج معبأ على نحو يضمن جمعه وسلامته لأنه من المواد القابلة للكسر، ولا شك أن المقتضيات العامة للتعامل تفرض أن يسلم المورد سلعته على الوجه المناسب لطبيعة السلعة ولظروف المعاملة(١).

وخلاصة ما تقدم أن افتاء مجلس الدولة وقضائه قد اعتمد المعيار الموضوعى لحسن النية واتخذ من عناصر هذا المعيار دليلا ومرشدا لاستظهار حُسن وسوء نية أى من طرفى العقد ورتب على ذلك آثاراً هامة تتمثل فى انعقاد مسئولية الطرف سيئ النية بإعتباره مرتكباً لخطأ تعاقدى يستوجب مسئوليته، وأن مجرد اخلال أى من المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد - أو ما يعد من مستلزماته - يقيم قرينة على سوء نية هذا الطرف، ويتوافر بشأنه ركن الخطأ الموجب للمسئولية التعاقدية.

= الشركة المتعاقدة كما لم تتجه إليه أيضا إرادة الجهة الإدارية باعتبار أن التعاقد مع الشركة المذكورة قد تم على أساس تغطية احتياجات المستشفيات لمدة عام واحد، ولم تتجه إرادتها إلى ابرام التعاقد لمدة تجاوز هذا العام، ومن ثم فإن القول بأحقية الجهة الإدارية فى المطالبة بتنفيذ هذا العقد بعد مرور عام ونصف على صدور أمر التوريد يتعارض مع مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود.

(١) حكمها فى الطعن رقم ٢٤٥٣ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٢/٧/٢٨ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق ص ٧٦٣.

المبحث الثالث

التزام المورد بالتنفيذ الشخصى للعقد

يسود العقود الإدارية مبدأ عام مؤداه التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصى للعقد ويقوم هذا المبدأ على دعامة أساسية وهى فكرة الاعتبار الشخصى l'intuitu personae.

ويترتب على مبدأ الاعتبار الشخصى نتائج هامة تكمن فى حظر التنازل عن العقد، وحظر التعاقد من الباطن. ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول: مضمون مبدأ الاعتبار الشخصى ونطاقه.
المطلب الثانى: أحكام التنازل عن العقد.
المطلب الثالث: أحكام التعاقد من الباطن.

المطلب الأول

مضمون مبدأ الاعتبار الشخصى ونطاقه

المقصود بالاعتبار الشخصى[١] هو أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصراً جوهرياً فى التعاقد، ويعبر الفقيه «جيز» عن هذا المعنى بقوله إن الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد يجب أن ينفذها بنفسه وليس عن طريق شخص آخر، فالإدارة تختار شريكها فى التعاقد بسبب صفاته الشخصية، لأنه يتعاون معها فى إدارة مرفق عام، وهذا التعاون له طابع شخصى.

---

(١) جيز - المرجع السابق ص ١٩٢ ويقول حرفياً:
La Regle est que les obligations mises à la charge du contractant doivent être exécutées par lui-même et non par un autre. c'est à Raison de ses qualités personnelles que l'Administration a choisi son cocontractant. ce dernier collabore à un service public. cette collabortion a un caractére personnel.

بيد أن الاهتمام بالاعتبار الشخصى يمكن أن يتفاوت فى أنواع العقود الإدارية المختلفة حيث يتوقف ذلك على مدى اتصال العقد الإدارى بالمرفق العام أو النفع العام[١]، وهو الأمر الذى يدعو للتساؤل عن دور الاعتبار الشخصى وأهميته فى مجال عقود التوريد؟

لاخلاف فى الفقه على أن الاعتبار الشخصى يلعب دوراً هاماً فى مجال عقود التوريد لاسيما تلك التى يكون محلها توريدات متعددة وبصفة مستمرة لعدة أشهر أو عدة سنوات كتوريد غاز، مياه، كهرباء، أو مواد غذائية للمدارس أو السجون أو الثكنات العسكرية حيث يكون المورد فى هذه الحالات شريكاً فى إدارة المرفق بصورة واسعة، ويترتب على عدم تنفيذ المورد لالتزاماته نتائج خطيرة على سير المرفق العام[٢]. كذلك الأمر فى عقود التوريد الحربية تكون شخصية المورد محل اعتبار بحكم اتصال هذا النوع من العقود بأمن وسلامة الدولة.

وقد حرص المشرع المصرى على تأكيد فكرة الاعتبار الشخصى فى مجال العقود الإدارية عامة حيث تنص المادة (١٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن:

تمسك كل جهة من الجهات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون، سجلاً لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين والفنيين. وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلا لقيد الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة، سواء كان المنع بنص فى القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقاً لأحكامه وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية ويحظر التعامل مع المقيدين فى هذا السجل.

كما تنص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على

---

(١) يراجع فى ذلك: د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق ص ١٥٠.

(٢) جيز - المرجع السابق، ص ١٩١.

أن: تمسك إدارة المشتريات بكل جهة من الجهات التى تسرى عليها أحكام هذه اللائحة السجلات والنماذج الآتية:

سجل (١) مشتريات:

لقيد الموردين والمقاولين والاستشاريين والفنيين والخبراء والاخصائيين فى داخل الجمهورية وخارجها.

سجل (٢) مشتريات:

لقيد الموردين والمقاولين والاستشاريين والفنيين والخبراء والاخصائيين المحليين الذين يتم التعامل معهم بطريق المناقصة المحلية.

ويثبت بكل من السجلين المشار إليهما البيانات الآتية:

- اسم صاحب النشاط واسم الشهرة إن وجد. - الاسم التجارى.
- أنواع النشاط. . . . رقم القيد فى السجل التجارى أو الصناعى أو سجل المستوردين أو سجل الوكلاء التجاريين.
- البيانات الخاصة بالكفاية الفنية والمالية.
- أية بيانات أخرى تتطلبها طبيعة نشاط الجهة الإدارية.

نطاق فكرة الاعتبار الشخصى فى مجال عقود التوريد:

يتحدد نطاق فكرة الاعتبار الشخصى فى هذا الشأن بمجموعة الصفات الجوهرية التى تكون محلا للاعتبار فى التعاقد، ويتسع هذا النطاق ليشمل كافة الصفات المتعقلة بما يشتمل عليه العقد ويقتضيه حسن النية فى تنفيذه ومن أمثلة هذه الصفات:

أ - المقدرة الفنية: حيث تكون خبرات المورد وسابقة أعماله ومؤهلاته الفنية محل تقدير الإدارة عند اختيارها له، لا سيما إذا كان محل التوريد يستلزم تقنية عالية فى التشغيل والصيانة.

ب - الكفاية المالية: حيث تضع الإدارة فى اعتبارها دائما مدى يسر المورد وملاءته من الناحية المالية، وهو ما تطمئن معه إلى ضمان تنفيذ العقد من ناحية، ومقدرته على التغلب على عوارض التنفيذ من ناحية أخرى.

جـ - **حسن السمعة:** تهتم الإدارة كثيراً بحسن خلق المورد وسمعته، وبالذات فيما يتعلق بمدى حرصه على الوفاء بالتزاماته بسهولة ويسر ودون مماطلة.

د- **جنسية المورد:** حيث تكون جنسية المورد محل اعتبار لا سيما فى عقود التوريد الحربية لاتصالها بأمن وسلامة الدولة.

وجدير بالذكر أن هذه الصفات غير مطلوبة لذاتها بقدر ما هى وسيلة لتحقيق هدف المرفق وخدمة المنتفعين به(١).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا المعنى حيث قضت بأن المشرع تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة أكد علي الجانب الشخصى للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية والفنية بحيث إذا حدث ما يمس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد الإدارى، فإذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره إذ أنه لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره فى تنفيذ التزاماته، وإذا حصل التنازل عن العقد الإدارى اعتبر باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ(٢).

الأساس القانونى لفكرة الاعتبار الشخصى فى مجال عقود التوريد:

يستهدف عقد التوريد - شأنه شأن كافة العقود الإدارية - تحقيق الصالح العام وذلك عن طريق المساهمة فى تسيير المرفق العام، فالصالح العام هو غاية الإدارة وسر وجودها، لذلك فإن فكرة الاعتبار الشخصى تجد أساسها القانونى فى تلك الغاية، ذلك أن التنفيذ الشخصى للعقد لا يعنى التنفيذ المادى من جانب المورد بقدر ما يعنى مسئوليته الشخصية عن حسن تنفيذ العقد بالقدر اللازم لتحقيق الغاية منه.

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ١٥٢.

(٢) حكمها فى الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ - مجموعة مبادئها - السنة ٤٣ - ص ٣٤١.

ويترتب على ارتباط فكرة الاعتبار الشخصى بالصالح العام نتيجة حتمية مباشرة، وهى التزام المورد بأن ينفذ بشخصه الالتزامات المترتبة على العقد، ويمنعه - فى ذات الوقت - من إحلال غيره فى تنفيذ العقد كله (التنازل عن العقد) أو بعضه (التعاقد من الباطن) إلا بموافقة جهة الإدارة[١].

نتائج فكرة الاعتبار الشخصى فى مجال تنفيذ عقود التوريد:

يتفرع عن مبدأ التزام المورد بتنفيذ العقد بنفسه نتيجتان:

الأولى: عدم جواز التنازل عن العقد إلا بموافقة الإدارة.

الثانية: عدم جواز التعاقد فى شأن العقد من الباطن إلا بموافقة الإدارة.

وفيما يلى نلقى الضوء على الأحكام القانونية للتنازل عن العقد والتعاقد بشأنه من الباطن.

المطلب الثانى

أحكام التنازل عن العقد

التنازل عن العقد la cession هو التصرف القانونى الذى يبرمه المورد مع الغير بقصد إحلال ذلك الغير محله فى أداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة[٢].

والمسلم به - فقهاً وقضاء[٣] - أن مؤدى تطبيق فكرة الاعتبار الشخصى فى تنفيذ العقد هو حظر التنازل عن العقد بدون ترخيص سابق من جهة الإدارة،

---

(١) د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

(٢) يراجع: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(٣) يراجع: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٣٩٨، د. عبد المجيد فياض - نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، الطبعة الأولى ١٩٧٥، ص ١٢٧، وفيما يتعلق بالاتجاهات القضائية: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٠٩٤ لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥ - المجموعة السنة ٣٠، ص ١٣٥٠.

حتى ولو خلا العقد من نص يستلزم الحصول على هذا الترخيص، فهو أمر تفرضه طبيعة العقد وما يحمله من خصائص ذاتية تكمن فى ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وهذا الحظر منصوص عليه تشريعياً فى مصر، حيث تنص المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أنه: لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكتفى فى هذه الحالة بتصديق البنك دون الاخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد.

وقد ذهب جانب من الفقه[١] إلى أن المشرع حظر التنازل عن العقد أو المبالغ المستحقة للمتعاقد لدى الجهة الإدارية وأجاز استثناء أن يتنازل عن هذه الأموال لأحد البنوك دون الاخلال بمسئوليته عن تنفيذ العقد.

وأعتقد أن المشرع قرر مبدأ حظر التنازل عن العقد دون أن يقرر ثمة استثناء عليه باعتبار أن التنازل عن المبالغ المستحقة للمتعاقدلأحد البنوك لا يعد تنازلا عن العقد وفق المدلول القانونى للتنازل، فالمتعاقد مع الإدارة رغم تنازله عن المبالغ المستحقة له لأحد البنوك يظل قائماً على تنفيذ العقد بنفسه دون أن يحل البنك محله فى التنفيذ، حيث يقتصر دور البنك المتنازل إليه على تمويل المتعاقد مع الإدارة بالسيولة النقدية اللازمة لتنفيذ عقده مع الإدارة، فى مقابل حصول البنك على المبالغ المستحقة للمتعاقد قبل الإدارة.

ومما يؤكد هذا الطرح أن النص قد ورد صريحاً بحظر التنازل عن العقد أو عن المبالغ المستحقة عن العقد، وقصر المشرع التنازل عن تلك المبالغ المستحقة دون جواز النزول عن العقد. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لم يشترط المشرع موافقة جهة الإدارة على هذا التنازل وكل ما استلزمه هو التصديق من جانب البنك المتنازل إليه.

---

(١) د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الكتاب الثانى، ص ٩٤ ومابعدها.

كما أكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة على هذا النظر بما استظهرته من أن المشرع بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات... وتغليباً لمبدأ الاعتبار الشخصى فى تنفيذ العقد الإدارى، فقد حظر على المتعاقد مع جهة الإدارة التنازل عن العقد حتى لا تكون العقود الإدارية مجالا للوساطات والمضاربات، وإزاء خلو نصوص القانون المشار إليه ولائحته التنفيذية من ثمة اشارة إلى اباحة التنازل عن العقد، فقد وجب النظر إلى هذا الأمر لا من منظور قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإدارى، ومدى تلاؤمها مع هذا التنازل، وما هى شرائط الأهلية وأوضاع الولاية التى تحمل هذا التنازل على وجه المشروعية من عدمه. وخلصت الجمعية إلى عدم جواز التنازل عن العقد المعروض عليها(١).

آثار التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة:

يعد تنازل المورد عن العقد المبرم مع جهة الإدارة اهداراً كاملا لفكرة الاعتبار الشخصى فى التعاقد، ويترتب على هذا التنازل دون موافقة جهة الإدارة نتائج هامة يمكن اجمالها فى قاعدتين أساسيتين هما:

أ - عدم سريان هذا التنازل فى مواجهة الإدارة، ولا يحتج به عليها، ولا تنشأ عنه أية رابطة تعاقدية بين المتنازل إليه Le cessionnaire وبين جهة الإدارة، بل يبقى المتعاقد الأصلى وحده مسئولا تماما عن تنفيذ العقد.

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسى(٢) بأن المتنازل إليه لا يستطيع أن يتمسك بأى حق قبل الإدارة، ولا يمكنه مطالبتها على أساس عقدى بأن تدفع له قيمة الأعمال التى نفذها. وهو ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها حيث قضت بأن التنازل عن العقد دون موافقة الجهة

---

(١) افتاء الجمعية رقم ٥٢٨ بتاريخ ٢٠٠٣/٨/١٦ - ملف رقم ٢٩٣/١/٥٤ - غير منشور.

(٢) C.E: 5-11-1958, Chambre de commerce de calais, R.D.P. 1959, p. 327.

الإدارية يصم التنازل بالبطلان ولا يحتج به فى مواجهة الجهة الإدارية، فلا تنشأ بين المتنازل إليه وبين جهة الإدارة أى علاقة تعاقدية تخول له المطالبة بأى حقوق شخصية قبل الإدارة(١).

ورغم ذلك، يجوز للمتنازل إليه الرجوع على جهة الإدارة على أساس آخر لاسيما فكرة الاثراء بلا سبب، كما أنه يستطيع كدائن للمتعاقد الأصلى أن يطالب الإدارة بحقوق مدينه وفقاً للقواعد المدنية المقررة فى هذا الشأن(٢).

ب- أن تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده دون ترخيص سابق من الإدارة، يعتبر بذاته خطأ عقدياً منه يرتب مسئوليته عن الأضرار الناجمة عنه، كما يبرر توقيع أقسى الجزاءات عليه أى فسخ العقد. وذلك سواء نص على هذا الجزاء فى العقد أم لم ينص عليه، باعتبار أن حق الإدارة فى الفسخ فى هذه الحالة ينتج من طبيعة العقد ذاته(٣).

آثار التنازل عن العقد بموافقة جهة الإدارة:

تكون جهة الإدارة - فى أحوال كثيرة - مدفوعة للموافقة على إجراء التنازل من جانب المتعاقد الأصلى بعوامل شتى يربط بينها جميعاً وحدة الهدف الذى تسعى الإدارة لتحقيقه من تنفيذ العقد، كما تتفق تلك العوامل وحكمة الاعتداد بفكرة الاعتبار الشخصى. وعلى ذلك فإذا اتضح للإدارة فى أثناء تنفيذ العقد اختلال فى الكفاية الفنية أو المالية للمتعاقد معها مع استعداده لإجراء التنازل عن العقد لشخص آخر يتمتع بصفات تكفل الاطمئنان لحسن التنفيذ، فلا يوجد ما يمنع جهة الإدارة من الموافقة على هذا التنازل تحقيقاً للنفع العام(٤).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٨٥/٢/٢٥ - سبقت الاشارة إليه.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ٤٠١.

(٣) جيز - المرجع السابق - ص ١٩٥.

(٤) د. محمد سعيد حسين أمين - المرجع السابق - ص ١٦٠، وفى ذات المعنى، افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٥١٤ فى ١٩٩٦/٧/١٦ - جلسة ١٩٩٦/٦/١٩ - ملف رقم ٣٣٦/١/٥٤ - مجموعة السنة الخمسون - ص ٥١٠.

ويترتب على موافقة الإدارة على تنازل المورد عن العقد المبرم معها الآثار الآتية:

- **فيما يتعلق بعلاقة الإدارة والمتنازل إليه:**

تعد موافقة الإدارة على إجراء التنازل بمثابة عقد جديد بينها وبين المورد الجديد، وعلى أثر ذلك يصبح هو الوحيد المسئول أمامها عن تنفيذ العقد، حيث يتلقى وحده تعليمات الإدارة وتوجيهاتها، كما يكون له الحق فى الحصول على المقابل المالى المنصوص عليه فى العقد.

- **وفيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالمورد الأصلى:**

إذا كانت علاقة جهة الإدارة بالمورد المتنازل إليه هى بمثابة عقد جديد، فإن المنطق يقتضى القول بتحرر المتعاقد الأصلى من كافة التزاماته تجاه الإدارة، وبالتالى يحق له استرداد ما دفعه من تأمين غير متنازع عليه. ومع ذلك يمكن أن ينص فى العقد على بقاء المورد الأصلى ضامنا للمورد الجديد(١).

ويثور التساؤل عما إذا كان ثمة إجراءات معينة يمكن أن تتبعها جهة الإدارة للتعبير عن موافقتها على التنازل عن العقد.

الأصل أن جهة الإدارة تتحرر من القواعد الشكلية فيما يتعلق بالتعبير عن إرادتها وبالتالى فإن لها أن توافق على التنازل عن العقد في أى شكل تشاء، وقد تكون هذه الموافقة صريحة، كما قد تكون ضمنية، وعلى ذلك فإن جريان المكاتبات بين جهة الإدارة وبين المتنازل إليه يعتبر قبولا ضمنيا للتنازل، فشرط الحصول على القبول الكتابى إنما شرع رعاية لمصلحة جهة الإدارة المتعاقدة، فإن هى تنازلت عنه فلا جناح عليها فى ذلك(٢).

---

(١) جيز: المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٧٨ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٦٥/١١/٢١.

المطلب الثالث

أحكام التعاقد من الباطن

يقصد بالتعاقد من الباطن la sous traitance أن يتفق المورد مع الغير بهدف تنفيذ جزء من محل العقد.

وبطبيعة الحال يستلزم التعاقد من الباطن أن يكون محل العقد قابلا للتجزئة أصلا وقد كان مؤدى تطبيق مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصى هو أن التعاقد من الباطن كان يتم بصورة استثنائية وفى أضيق الحدود، إلا أن اعتبارات التقدم الفنى وما يتبعه من التخصص وتقسيم العمل، جعلت من مساهمة أكثر من شخص فى تنفيذ موضوع العقد أمراً ضرورياً ومن ثم السماح بالتعاقد من الباطن كحقيقة لا مراء منها[١].

التمييز بين التعاقد من الباطن وما قد يختلط به من صور:

يختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد، من حيث كون التعاقد من الباطن لا يشكل اخلالا كاملا بفكرة الاعتبار الشخصى، إذ يقتصر دور المتعاقد من الباطن على تنفيذ جزء من العقد، تحت اشراف المتعاقد الأصلى الذى يظل ضامناً ومسئولاً شخصياً عن تنفيذ العقد بالكامل فى مواجهة الإدارة، أما التنازل فعلى العكس يؤدى إلى الاطاحة بفكرة الاعتبار الشخصى لما يترتب عليه من حلول شخص جديد حلولاً كلياً محل المتعاقد الأصلى.

وفى مجال عقود التوريد الصناعية[٢] les marchés industriels

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول التطور التاريخي للتعاقد من الباطن يراجع: وليد فاروق جمعة - حماية المقاول من الباطن فى إطار الأشغال العامة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - عام ٢٠٠٠، ص ٨٦.

(٢) لمزيد من التفاصيل يراجع:
Jacques Daumard, le sous-traitants dans les marchés industeriels - A.J.D.A. - Janvier - 1962, p. 7.

يوجد طائفتان من الاتفاقات يبرمها المورد مع الغير، الطائفة الأولى عبارة عن اتفاق بين المورد والغير يتولى الأخير بمقتضاه تصنيع وتجهيز المواد الأولية للسلع محل التوريد، وتتعلق الطائفة الثانية باتفاق المورد مع مورد ثانوى أو فرعى le fournisseur secondaire يحصل بمقتضاه المورد الأصلى على المؤن والسلع البسيطة اللازمة لعملية التوريد.

ولا تعد أى من الطائفتين المشار إليهما من قبيل التعاقد من الباطن، حيث يقتصر دور الغير على تزويد المورد الأصلى بالمواد اللازمة لعملية التوريد، دون أن يصل الأمر إلى حد التنفيذ الجزئى للعقد.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا النظر إذ قضت بأنه لا يسوغ بالنسبة لعقود التوريد وما تقتضيه من توريد أصناف متعددة لجهات متفرقة وعلى فترات دورية لا يسوغ القول أن يقوم المتعهد الأصلى بتنفيذ التزاماته وحده من غير الاستعانة بمجهودات غيره، وإلا وضع أمام استحالة مطلقة(١).

التطور الحديث لفكرة التعاقد من الباطن فى مجال التوريد:

شهد التطور الحديث لفكرة التعاقد من الباطن ظهور نوعين من النماذج لهذه الفكرة، النوع الأول هو التعاقد من الباطن المفروض imposé، وفى هذه الصورة لا يكون للمورد الأصلى الحرية فى التعاقد من الباطن طواعية واختيار، وإنما تفرض عليه الإدارة شركة معينة للتعاقد معها من الباطن.

ويستفيد المورد الأصلى من هذا التعاقد إلى حد بعيد لاسيما فيما يتعلق بحدود المسئولية عن التأخير فى تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد، حيث تخفف مسئوليته وتتحمل الإدارة القدر الأكبر من هذه المسئولية، ويستطيع المورد الأصلى أن يدرأ مسئوليته عن التأخير إذا ثبت أن مرده يرجع إلى المتعاقد من الباطن المفروض.

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧١/١/١٦ - المجموعة - السنة السادسة عشر - ص ١٥٠ - المبدأ رقم ٢٣.

وتجد فكرة التعاقد من الباطن المفروض مجالا خصباً للتطبيق فى اطار عقود التوريد الصناعية[١]، وذلك لما يتميز به هذا النوع من العقود والتى تنصب على توريدات معقدة التصنيع ومخصصة لاستعمال الإدارة فقط، كعقود تصنيع الأسلحة والمعدات الحربية.

أما النوع الثانى من التعاقد من الباطن فهو ذلك الذى يطلق عليه التعاقد من الباطن المعين أصلا Le sous traitont principal nomé، وأهم ما يميز هذا النوع أن المتعاقد من الباطن يظهر فى عقد التوريد المبرم مع المورد الأصلى بوصفه مشاركاً فى التوقيع على هذا العقد، ويلتزم بالتضامن مع المورد الأصلى بتنفيذ العقد.

وتستعين الإدارة بهذا النوع من التعاقد من الباطن على وجه الخصوص فى مرفق الدفاع، حيث يسمح لها بالتوفيق بين اعتبارات عديدة أهمها مبدأ وحدة الضمان والذى يجسد حرص الإدارة على أن يتولى تنفيذ العقد شخصاً واحداً يكون مسئولاً أمامها عن حسن التنفيذ، وكذلك حاجتها للاستعانة بمجهود وخبرة أكثر من شخص فى مجال التنفيذ، ورغبتها أيضاً فى نفس الوقت فى أن تكون على صلة دائمة ومباشرة بهؤلاء الأفراد.

ومادام أن المتعاقد من الباطن الأصلى المعين قد ظهر فى العقد وشارك فى التوقيع عليه، فإنه يكون ملزماً تجاه الإدارة بتسليم المنتج الذى قام بتصنيعه للمورد الأصلى فى الموعد المحدد، وإلا تعرض لتوقيع غرامات التأخير عليه من جانب الإدارة. كما تلتزم الأخيرة بأن تدفع له مباشرة ثمن الجزء الذى قام بتنفيذه من محل العقد، دون الاخلال بمبدأ وحدة الضمان وما يستتبعه ذلك من بقاء المورد الأصلى مسئولا بصفة شخصية عن تنفيذ موضوع العقد كاملا فى مواجهة جهة الإدارة المتعاقدة[٢].

---

(١) J.Daumard, op. cit., p. 7.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ١٧٨.

موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن:

المسلم به أن المورد الأصلى لا يستطيع أن يفرض على الإدارة مورداً آخر من الباطن، وإلا كان التعاقد من الباطن غير مشروعاً، فالشرط الأساسى لمشروعية ابرام ذلك التعاقد هو الموافقة السابقة التى تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد الأصلى تجيز له بمقتضاها ابرام التعاقد من الباطن.

وفى فرنسا، عالج المشرع الفرنسى الأحكام الخاصة بموافقة الإدارة على التعاقد من الباطن فى عقود التوريد العادية(١)، وفى عقود التوريد الصناعية(٢)، وقد تضمنت تلك الأحكام القواعد التالية:

١- إذا كان محل التوريد يقبل التجزئة إلى موضوعات متجانسة فلا يجوز التعاقد من الباطن بشأن احداها أو بعضها إلا بعد حصول المورد الأصلى على الموافقة المسبقة من جهة الإدارة.

٢- يكون للمتعاقد الأصلى حرية ابرام اتفاقات مع الغير بقصد الحصول على المواد الأولية اللازمة للسلع محل التوريد، على أنه في بعض الحالات يجوز للإدارة إخضاع تلك الاتفاقات لموافقتها السابقة.

٣- فى الأحوال التى يكون فيها الحصول على موافقة الإدارة المسبقة ضرورياً، فإن مخالفة المورد الأصلى لهذا الالتزام يوقعه تحت طائلة جزاء الفسخ، وحظر التعاقد معه مستقبلا.

٤- رغم موافقة الإدارة على مشاركة الغير للمورد الأصلى فى تنفيذ العقد، يظل هذا الأخير مسئولا فى مواجهة الإدارة فيما يتعلق بموضوع العقد كاملا.

---

(١) Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de fournitures courantes 1965, Art. 28.

(٢) Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels 1971, Art. 28.

وتجدر الاشارة إلى أن سلطة الإدارة فى منح الموافقة أو رفضها في الحالات التي تكون فيها تلك الموافقة ضرورية إنما هي محض سلطة تقديرية لا يحدها في ذلك سوى عدم اساءة استعمال تلك السلطة(١).

أما فى مصر فقد خلا قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى ولائحته التنفيذية من ثمة أحكام تتيح لجهة الإدارة الموافقة على التعاقد من الباطن، وفى ظل غياب النصوص التشريعية المنظمة لهذا النوع من التعاقد ذهب بعض الفقه(٢) إلى أن الأصل هو اباحة التعاقد من الباطن ما لم يرد نص صريح يحظره فى أحد بنود العقد الأصلى إعمالا للقواعد العامة التى تقضى بأن الأصل فى الأشياء الاباحة وأخذاً بمبدأ الحرية التعاقدية - والحق أن هذا الرأى غير سديد، آية ذلك أنه لا يمكن الاستناد إلى فكرة الأصل فى الأشياء الاباحة، ومبدأ الحرية التعاقدية فى مجال العقود الإدارية، فالإدارة تتقيد فى عقودها بصفة عامة بمبدأ المشروعية، أى أن يكون تصرفها مطابق لصحيح حكم القانون، كما أنه وحتى فى مجال الحرية التعاقدية فإن الإدارة تخضع لقيود عديدة عند اختيارها للمتعاقد معها، والصحيح فى رأينا أن فكرة التعاقد من الباطن تعاني من فراغ تشريعى، وفى ظل وجود هذا الفراغ لا تستطيع جهة الإدارة الموافقة للمورد الأصلى على ابرام تعاقد من الباطن مع الغير(٣)، وأن الأمر يحتاج إلى تدخل تشريعى لسد هذا الفراغ.

---

(١) يراجع فى ذلك: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ١٨٣.

(٢) د. نجم حمد الأحمد - التعاقد من الباطن فى نطاق العقود الإدارية - رسالة - كلية الحقوق - جامعة عين شمس، عام ٢٠٠١ - ص ١٠٤.

(٣) فى ذات المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٠٦٠ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٩٥/١١/٢١ - الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق ص ٣٢١، افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - ملف رقم ٣٣٥/١/٥٤ - جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٣ - الموسوعة - المرجع السابق - ص ٣٢٦.

الآثار القانونية للتعاقد من الباطن:

يتولد عن التعاقد من الباطن عدة روابط قانونية تجمع بين ثلاثة أطراف هم جهة الإدارة، والمورد الأصلى، والمورد من الباطن، وتتفرع هذه العلاقة الثلاثية من خلال عقدين، العقد الأول وهو العقد الأصلى Marché Principal الذى يربط جهة الإدارة بالمورد الأصلى، والعقد الثانى من الباطن sous traité وهو العقد الذى يبرمه المورد الأصلى مع المورد من الباطن.

١- أثر التعاقد من الباطن على طرفى العقد الأصلى:

لازال مبدأ الاعتبار الشخصى فى تنفيذ العقد يلقى بظلاله على العلاقة بين جهة الإدارة والمورد الأصلى فى حالة التعاقد من الباطن، إذ يبقى هذا المورد مسئولا مسئولية شخصية عن تنفيذ العقد، كما تنعقد مسئوليته عن أخطاء المورد من الباطن أو تأخيره فى التزاماته المتولدة عن التعاقد من الباطن، ولا يحد من هذه المسئولية أو يخفف منها إلا فى حالة التعاقد من الباطن المفروض على النحو المشار إليه سلفاً.

٢- أثر التعاقد من الباطن على علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن:

لا يرتب التعاقد من الباطن بدون موافقة مسبقة من جهة الإدارة ثمة آثار في علاقة تلك الجهة بالمتعاقد من الباطن، ومن ثم فلا يجوز الاحتجاج به فى مواجهة الإدارة(١).

أما التعاقد من الباطن الذي يتم بموافقة الإدارة، فليس من شأن هذه الموافقة قيام علاقة تعاقدية مباشرة بين جهة الإدارة وبين المورد من الباطن، ورغم ذلك تملك جهة الإدارة - استثناء - فى عقود التوريد الصناعية سلطة الرقابة الفنية علي هذا المورد فى مصانعه للتأكد من مطابقة البضائع محل التوريد

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ - المجموعة - السنة التاسعة - ص ٣٢٤ حيث قررت أنه لا علاقة بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة، ولهذا فإن الغش الحاصل منه والمنسوب إليه يظل مسئولية المتعاقد الأصلى مع الإدارة.

للمواصفات الفنية المتفق عليها، كما تفرض عقود التصنيع الحربى التزاماً قانونياً على المورد من الباطن مؤداه الخضوع لما تجريه الإدارة من اختبارات للمواد المستخدمة فى التصنيع الحربى.

وعلى صعيد الرقابة المالية فإن دفاتر الشروط الحاكمة لعقود التوريد الصناعية تجيز للإدارة ممارسة نوعاً من الرقابة المحاسبية على المورد الأصلى، وتمتد تلك الرقابة تلقائيا لكى تشمل المورد من الباطن.

وفى إطار الإجراءات الأمنية يقع على المورد من الباطن التزاماً قانونياً بعدم افشاء الأسرار المتعلقة بعمله فى مجال الانتاج الحربى، وتمارس جهة الإدارة رقابتها فى هذا الشأن من خلال التزامه بتنفيذ ما تصدره من منشورات تحذره فيها من افشاء تلك الأسرار، بالاضافة إلى الضغط عليه عن طريق المورد الأصلى(١).

وفى مقابل السلطات المشار إليها والتى تتمتع بها جهة الإدارة فى علاقتها بالمورد من الباطن، فإن القانون الصادر عام ١٩٧٥ فى فرنسا أعطى الحق للمورد من الباطن فى الحصول على المقابل المالى مباشرة من جهة الإدارة وذلك بموافقة المتعاقد الأصلى، ويقتصر أثر هذه العلاقة على تسوية الثمن دون أن تمتد إلى غير ذلك تطبيقاً لقاعدة انتفاء العلاقة التعاقديه المباشرة بين جهة الإدارة والمورد من الباطن(٢).

٣- أثر التعاقد من الباطن على طرفيه:

القاعدة المسلم بها فى هذا الشأن أن العقد المبرم بين المورد الأصلى والمورد من الباطن هو الذى ينظم الحقوق والالتزامات المتبادلة فيما بينهما. وهو عقد من عقود القانون الخاص يخضع لأحكام هذا القانون سواء فى طريقة ابرامه أو فى ترتيب الآثار الناجمة عنه غير أن تبعية التعاقد من الباطن للعقد الأصلى

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: Dumard. op. cit., p. 10.

(٢) د. عزيزة الشريف، المرجع السابق ص ١٣٨.

المبرم بين جهة الإدارة وبين المورد الأصلى تثير التساؤل عن أثر النصوص الواردة فى دفاتر الشروط التى تحكم العلاقة بين الإدارة والمورد الأصلى على العقد المبرم بين الأخير وبين المورد من الباطن، وبمعنى آخر هل يجوز للمورد الأصلى استدعاء القواعد الحاكمة للعقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة (وهو عقد إدارى) وتطبيقها على العلاقة بينه وبين المورد من الباطن (وهى علاقة يحكمها القانون الخاص).

يمكن استنتاج اتجاهات الفقه فى هذا الشأن إلى أن القول الفصل فى مدى امكانية تطبيق قواعد العقد الإدارى على العقد المبرم بين المورد الأصلى والمورد من الباطن مرده إلى الاتفاق الصريح بين طرفى التعاقد من الباطن، وتطبيقا لذلك يلزم الاتفاق صراحة على التزام المورد من الباطن بتقديم ضمان مالى للمورد الأصلى على غرار علاقة الأخير بجهة الإدارة، كما يمكن للمورد الأصلى تضمين عقده مع المورد من الباطن شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص وذلك إذا ما خشى المورد الأصلى لأسباب معقولة تتصل بالصالح العام احتمال تقاعس المورد من الباطن عن الوفاء بالتزاماته فى الموعد المحدد، وستكون تلك الشروط منتجة لآثارها طالما أنها صادفت قبولا من المورد من الباطن عند ابرام الاتفاق(١).

وبناء على ما تقدم يعد الاتفاق الصريح بين المورد الأصلى والمورد من الباطن شرطاً أساسيا لتطبيق ما ورد بدفتر الشروط العامة أو العقد الأصلى من أحكام على المورد من الباطن فى علاقته بالمورد الأصلى.

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ٢٠٢ ومابعدها.

الفصل الثانى

التزامات المورد فى عقد التوريد الإدارى

يهدف عقد التوريد الإدارى إلى حصول الإدارة على احتياجاتها اللازمة لتسيير مرافقها العامة، تلك المرافق التى تخضع فى سيرها وإدارتها للقاعدة الأصولية التى تحتم ضرورة سيرها بانتظام واستمرار بغية تحقيق النفع العام من خلال توفير خدمة دائمة ومنتظمة للمنتفعين بالمرفق.

ومن ثم فإن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد تفرض على المورد بذل أقصى جهد ممكن لتنفيذ العقد، حيث يتعين عليه انجاز التوريد فى خلال المدة المحددة، وأن يتم التوريد طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها. وهو ما يعد ترجمة فعلية لقاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وتطبيقاً لذات القاعدة وضع المشرع تنظيماً محكماً تستطيع معه جهة الإدارة فحص الأصناف الموردة للتأكد من مدى مطابقتها للمواصفات وقدرتها على تحقيق اشباع حاجة الإدارة من هذه الأصناف.

وعلى ذلك فإن الدراسة فى هذا الفصل تنقسم إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الالتزام بالتوريد فى المواعيد المحددة.

المبحث الثانى: الالتزام بالتوريد طبقا للمواصفات المتفق عليها.

المبحث الثالث: كيفية تحقق الإدارة من تنفيذ المورد لالتزاماته.

المبحث الأول

الالتزام بالتوريد فى المواعيد المحددة

يعد التزام المورد بالتوريد فى المواعيد المحددة التزاما جوهريا وأساسياً، باعتبار أن تحديد ميقات للتنفيذ يفترض أن حاجة المرفق تستلزم أداءه فى هذا الوقت دون تباطؤ. وهو ما ينعكس أثره على تأمين وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

من أجل ذلك فإن التزام المورد بالتوريد فى المواعيد المتفق عليها يعد التزاما بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ويعنى ذلك أنه لا يجديه نفعاً لكى يتخلص من مسئوليته عن عدم التوريد فى المواعيد المحددة أن يثبت أنه قد بذل كل ما فى وسعه - وفقاً لمعيار الشخص العادى - لانجاز ما اتفق عليه فى المواعيد المحددة، ولكنه لم يتمكن من ذلك لعدم كفاية المدة المحددة، ولا تنتفى مسئوليته في هذه الحالة إلا باثبات وجود سبب أجنبى أدى إلى استحالة التنفيذ بشكل مطلق(١).

وعلى الصعيد التشريعى فقد حرص المشرع المصرى على التأكيد على أهمية التزام المورد بالتوريد فى المواعيد المحددة، حيث أورد النص فى المادة (٢٣) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات على أنه: إذا تأخر المتعاقد فى تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعى المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة اضافية لاتمام التنفيذ، وكذلك المادة (٩٠) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه تنص على أن: يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة...».

المقصود بمدة التوريد:

يقصد بمدة توريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد التى

---

(١) يراجع فى ذلك: د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٧٤.

يحددها العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به لتنفيذ التوريد وفقا لطبيعة محل العقد.

وفيما يتعلق بالموعد أو المواعيد التى يحددها العقد ودفاتر الشروط الملحقة به فقد يتضمن العقد النص على أن يكون التوريد خلال مدة معينة (أيام - أسابيع - أشهر) وقد ينص على أن يكون التوريد فى تاريخ محددDate Précise.

أما فيما يتعلق بطبيعة محل العقد حيث يوجد نوعان من العقود:

أ - عقود يكون محلها أداء واحد: les marchés à fourniture unique ويقصد بمدة التنفيذ فى هذا النوع من العقود المدة التى يلتزم خلالها المتعاقد بتسليم السلع محل العقد.

ب - العقود التى يكون محلها أداءات متعددة ويتم تنفيذها بصورة متعاقبة:

Les marchés à fournitures multiples livrables sur commandes successives.

ومثال ذلك عقود التوريد الصناعية، وتشمل مدة التنفيذ فى هذا النوع من العقود معنيين:

الأول: ويقصد بها المدة التى يلتزم خلالها المورد بإعداد وتصنيع السلع محل التوريد. الثانى: ويقصد به الموعد المحدد لتسليم تلك السلع لجهة الإدارة المتعاقدة بمجرد طلبها(١).

وتجدر الاشارة إلى أن مدة تنفيذ العقد يجب ألا تختلط بمدة العقد، آية ذلك أن مدة تنفيذ العقد على النحو المشار إليه تنتهى بتسليم الأصناف المتعاقد عليها، فى حين أن مدة العقد تعنى مدة سريانه بين أطرافه بحيث يتحدد بداية ونهاية نشاط المورد بأجل معين(٢)، ومثال ذلك أن مدة تنفيذ عقد

---

(١) يراجع فى ذلك: جبز، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ٢٩١.

(٢) د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٧٩.

توريد ماكينات تصوير للجهة الإدارية تنتهى باستلامها لتلك الأجهزة، فى حين تستمر مدة العقد سارية لحين انتهاء فترة الضمان المتفق عليها.

وقد أعملت المحكمة الإدارية العليا هذه التفرقة بين المدتين بأن قضت بأنه ولئن كانت مدة الضمان محددة نصاً فى العقد المبرم بين جامعة أسيوط وشركة أدولف ايريل الالمانية لتوريد جهاز ... إلا أن هذه المدة تدور وجوداً وعدماً مع مدة سريانه فلا تنتهى إلا بانتهاء المدة المحددة لتمام تنفيذه، ومن الواضح أن الضمان قد امتد بموجب تعهد الشركة لمدة سنة من تاريخه الذى يعد تعديلا للعقد، وبالتالى فإن مدة التأمين تمتد باتفاق طرفى العقد إلى سنة تالية لتاريخ قيد التعهد من جانب الشركة بامتداد مدته(١).

أساليب تحديد مدة تنفيذ عقد التوريد:

يتولى عقد التوريد عادة تحديد مدة التنفيذ، وذلك باتباع أحد أسلوبين:

الأول: ويقضى بالتزام المورد بالتنفيذ خلال مدة معينة قد تكون بضعة أيام أو أسابيع أو أشهر.

الثانى: تحديد تاريخ محدد يتم فيه التوريد والتسليم.

والأسلوب الثانى أفضل حسما لأية خلافات قد تنشأ بين جهة الإدارة والمورد حول بداية ونهاية مدة التنفيذ إذا تم اتباع الأسلوب الأول.

وفى عقود التوريد الصناعية يمكن أن ينص العقد على تجزئة مدد التنفيذ، كما يمكن النص على ميعاد محدد يلتزم فيه المورد بالتنفيذ الكامل لالتزاماته الناشئة عن العقد(٢).

نقطة بداية مدة التنفيذ:

حددت المادة (٧٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٥٨٠ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨ - مجموعة مبادئها - السنة ٣٤ - الجزء الثانى، ص ٨٠٠.

(٢) جيز - المرجع السابق - الاشارة السابقة.

والمزايدات الحالى نقطة بداية تنفيذ عقد التوريد بالنص على أن تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالى لاخطار المورد بأمر التوريد، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، ويكون اخطار الموردين فى الخارج بموجب برقيات تؤيد بكتاب لاحق.

وعلى ذلك تبدأ مدة تنفيذ عقد التوريد اعتباراً من اليوم التالى لاستلام المورد الاخطار بأمر التوريد، سواء كان المورد بالداخل أو فى الخارج(١).

أما إذا تضمن العقد الاتفاق على غير ذلك بأن يكون التنفيذ خلال مدة معينة دون تحديد بداية تلك المدة، فإن الأمر لا يخلو من أحد فروض ثلاثة:

الفرض الأول: أن يتم تحديد بداية مدة التوريد فى تاريخ معين فى العقد، وفى هذه الحالة لا تثور أدنى مشكلة حيث يكون التاريخ المعين هو بداية مدة التنفيذ.

الفرض الثانى: ارتباط تاريخ بداية مدة التوريد بتحقق واقعة معينة، وفى هذه الحالة لا تبدأ مدة التوريد إلا بعد تحقق تلك الواقعة، ومثال ذلك تعليق بدء التوريد على الحصول على إذن الاستيراد من الخارج، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن تعليق جريان الميعاد المحدد للتوريد من تاريخ الحصول على إذن الاستيراد يستتبع بحكم اللزوم تعليقه على الحصول على التصريح بتحويل العملة من الخارج ويصبح هذا التصريح مرتبطاً بإذن الاستيراد ويكمله ولا ينفك عنه(٢).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٧٦٦ لسنة ٤٧ ق - جلسة ٢٠٠٥/٤/١٩ - سبقت الاشارة إليه. وحكمها فى الطعن رقم ١١١٤ لسنة ٤٧ ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٨ - سبقت الاشارة إليه، وبذات المعنى افتاء إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى ملف رقم ١٦٣/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٣/٥/١٢ - لم ينشر بعد.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ - المجموعة - السنة ١٥ - ص ٢٢٢. وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٩٧٠ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٤/١/٤ - المجموعة - السنة التاسعة - ص ٣٧٦.

الفرض الثالث: سكوت العقد عن تحديد بداية مدة التوريد، فإن ذلك لا يعنى أن المورد يستطيع التنصل من التنفيذ وتأجيله إلى ما لا نهاية، بل يمكن لجهة الإدارة بما تملكه من حق الاشراف والرقابة على التنفيذ أن تحدد مدة معقولة للتنفيذ. ويثور التساؤل عن كيفية تحديد المدة المعقولة للتنفيذ؟

لقد وضع مجلس الدولة الفرنسى الضوابط التى من شأنها جعل مدة التنفيذ التى تحددها جهة الإدارة مدة معقولة حيث قضى بأنه: إذا لم يحدد العقد صراحة به مدة لاتمام التنفيذ، فليس معنى هذا أن مدة التنفيذ لا حد لها. ومن الصواب التقرير بأن الإدارة قدرت تاريخ التنفيذ بما يتفق مع المدة المعقولة للتنفيذ، وتحسب هذه المدة بحسب مقدرة الشركة المتعاقدة ومدة تنفيذ الأعمال المماثلة(١).

وعلى ذلك تكون مدة التنفيذ معقولة متى استندت جهة الإدارة فى تحديدها إلى مراعاة ظروف وقدرات المورد، وما يجرى عليه العرف فى تحديد مدة تنفيذ التوريد المماثل، دون اغفال النية الحقيقية للطرفين.

وجدير بالذكر أن الإدارة لا تستطيع أن تفرض بإرادتها المنفردة مددا للتوريد لا يقبلها المورد إلا إذا كان العقد يعطيها هذا الحق صراحة(٢).

أثر الغلط فى تحديد بدء ميعاد التوريد:

ثمة تساؤل يفرض نفسه على بساط البحث مؤداه هل يجوز للمورد طلب إبطال العقد لوقوعه فى غلط بشأن بدء ميعاد التوريد.

أجابت المحكمة الإدارية العليا على هذا التساؤل بقولها: إن تحديد ميعاد التوريد في العقود الإدارية يعتبر ولا شك من العناصر الضرورية للتعاقد التى

---

(١) C.E. 7-2-1952. Ville de Paris p. 76.

أشار إلى هذا الحكم د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص ٣٩٩.

(٢) راجع فى ذلك: د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٨٢.

تقتضيها النزاهة فى التعامل، ذلك أنه على أساس هذا الميعاد تتحدد امكانية صاحب الشأن فى توريد الأشياء المطلوب توريدها فى الميعاد المضروب لذلك بالشروط والمواصفات المطروحة، وتتاح له بذلك فرصة تقدير احتمالات التقدم بإيجابه فى العطاء المطروح أو الامتناع عنه، وتحديد سعر التوريد الذى يراه مناسباً، ويبدى ما قد يكون لديه من شروط وتحفظات فى هذا الشأن. وترتيباً على ذلك فإن المتعاقد إذا ما توهم على غير الواقع من الظروف والملابسات التى أحاطت بالتعاقد أن التوريد كان محدداً له أن يتم خلال أيام أو أسابيع قليلة من تاريخ التعاقد وليس شهوراً ذات عدد، واستبان من الظروف والملابسات أن المتعاقد كان سيمتنع عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط الذى شاب إرادته، فإنه يكون على حق فى طلب ابطال هذا العقد للغلط الجوهرى إذا ما اتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر(١).

وترتيباً على ما تقدم يتضح جلياً أهمية تحديد بدء ميعاد التوريد على نحو يضحى معه هذا التحديد من العناصر الجوهرية للتعاقد، ومادام الأمر كذلك، فإنه يبدو طبيعيا - استكمالا للدراسة - بيان أهمية تحديد بدء ميعاد التوريد من الناحيتين القانونية والعملية.

القيمة القانونية والعملية لتحديد بدء ميعاد التوريد:

١- يتجلى أثر تحديد بدء ميعاد التوريد فى أنه يمنح المورد القدرة على اتخاذ قراره بالدخول فى المناقصة أو الممارسة المطروحة للتوريد من عدمه، فعلى ضوء تحديد ميعاد التوريد يستطيع مقدم العطاء تحديد سعره، ويبدى ما قد يكون لديه من شروط وتحفظات، أو الامتناع عن التقدم بعطائه لعدم توافر الأصناف المطلوبة لديه وقت بداية ميعاد التوريد.

٢- كما تبدو أهمية تحديد بدء ميعاد التوريد فى أن المشرع قد سمح

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ مجموعة العقود فى أربعين عاما - المبدأ رقم ٤٦٦، ص ٧٣٣.

لجهة الإدارة التعاقد مع صاحب العطاء الأنسب وذلك فى حالة ما إذا كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مددا بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بها، على أن يقتصر التعاقد على شراء أقل كمية تلزم لتموين المخازن فى الفترة الواقعة بين تاريخى التوريد أى بين التاريخ الذى حدده صاحب العطاء الأسبق، والتاريخ الذى حدده صاحب العطاء الأقل سعراً(١).

٣- وأخيراً تبدو الأهمية القانونية لتحديد بدء ميعاد التوريد فى استنفار أحكام نظرية الجزاءات فى عقد التوريد، لاسيما توقيع غرامات التأخير إذا ما توافرت شروطها، كما أن احتساب قيمة تلك الغرامة يتوقف على حجم التأخير فى التنفيذ محسوباً من يوم البدء فى التنفيذ(٢).

جزاء عدم الالتزام بمدد التوريد:

يعتبر تخلف المورد عن أداء التزامه بالتوريد فى المواعيد المحددة خطأ عقدياً يبرر توقيع الجزاء عليه، وقد يأخذ هذا الجزاء صورة عقوبات مالية كفرض غرامات تأخير أو مصادرة خطاب الضمان المقدم من المورد وفسخ العقد

---

(١) تنص المادة (٦٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أنه إذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها إذا كان ذلك فى صالح العمل ويجوز ذلك أيضا إذا كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مددا بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية، وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسب العطاءات التالية على أقل كمية تلزم لتموين المخازن فى الفترة الواقعة بين تاريخ التوريد، ومع صاحب العطاء الأقل عن باقى الكميات.

(٢) تنص المادة (٩٤) من اللائحة المشار إليها على أن: إذا تأخر المورد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد - ويدخل فى ذلك الأصناف المرفوضة، فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة اعطاء مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع ١٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون قد تأخر فى توريدها وبحد أقصى ٢٪ من قيمة الأصناف المذكورة.....».

وذلك على نحو ما ورد النص عليه فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى[١] ولائحته التنفيذية[٢]، وقد يأخذ الجزاء شكل عقوبات جنائية قد تصل إلى حد السجن[٣].

وتشير الجزاءات المشار إليها إلى مدى أهمية التزام المورد بتنفيذ التزاماته فى المواعيد وذلك لتأثير الاخلال به على دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

المبحث الثانى
الالتزام بالتوريد طبقا للمواصفات المتفق عليها

من المبادئ المسلم بها فى العقود عامة ومنها العقود الإدارية أنه بانعقاد العقد يصير كل من أطرافه ملتزما بتنفيذ ما اتفق عليه، ولا يكون لأى منهم التحلل من التزاماته بإرادته المنفردة أو تعديل ما اتفق عليه ما لم يكن هناك نص قانونى يقضى بذلك التعديل، وأنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية[٤].

وفى عقد التوريد يأتى التزام المورد بالتوريدطبقاً للمواصفات المتفق

---

(١) المادتين (٢٣)، (٢٥) من القانون.

(٢) المادتين (٩٤)، (٩٥) من اللائحة التنفيذية.

(٣) حيث تنص المادة (١١٦) مكررا أ من قانون العقوبات والتى تنص على توقيع عقوبة السجن على كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التى يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة.... وترتب على ذلك ضرر جسيم.

(٤) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٢١٨ بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٩ - ملف رقم ٢٢٠/١/٤٧ - جلسة ٢٠٠٢/٤/٣ مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية خلال المدة من فبراير سنة ٢٠٠٢ إلى يولية سنة ٢٠٠٢ - ص ٦٧.

عليها على رأس الالتزامات المتولدة عن هذا العقد[١]، ويحظى تنفيذ هذا الالتزام بأهمية بالغة باعتباره محل التزام المورد واتصاله بأحد أركان العقد وهو ركن المحل، وتأثيره المباشر على المرفق العام من خلال مساهمته فى تسيير هذا المرفق وضمان سيره بانتظام واطراد.

وتقتضى دراسة هذا الالتزام تحديد نطاق الالتزام بالتوريد طبقا للمواصفات المتفق عليها، وطبيعة التزام المورد بهذا الالتزام، وأثر مخالفة المورد لهذا الالتزام، وذلك على التفصيل التالى:

نطاق الالتزام بالتوريد طبقا للمواصفات:

لا يقتصر الالتزام بالتوريد على تنفيذ التوريد طبقا للمواصفات المتفق عليها فحسب، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام[٢].

وعلى ذلك يتحدد نطاق ومضمون الالتزام بالتوريد بضرورة تنفيذ الالتزامات الآتية:

١- الالتزام بالتوريد طبقا للمواصفات.

٢- الالتزام بالتوريد يشمل مستلزمات العقد.

وأوضح بشئ من التفصيل أحكام هذين الالتزامين:

١- الالتزام بالتوريد طبقا للمواصفات:

المواصفة لغة تعنى: صفة الشئ المطلوب شراؤه وعمله، وصفة الشئ تعنى

---

(١) وقد ورد النص على هذا الالتزام فى المادة (٩٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى والتى تنص على أن: يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة.... ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات....».

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٤٥٣ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٢/٧/٢٨ سبقت الاشارة إليه.

الحالة التى يكون عليها الشئ ويتميز بها، أما وصف الشئ فيعنى ذكر أوصافه(١).

والمواصفة اصطلاحا تعنى: ما يتمتع به الشئ من سمات لا تتوافر فى غيره. ويتحدد التزام المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها على أساس مواصفات تلك الأصناف، وما تتمتع به من سمات لا تتوافر فى غيرها من الأصناف. ويأخذ التوريد المخالف للمواصفات حكم عدم التوريد أصلا مع ما يترتب على ذلك من آثار.

ويحظى تنفيذ الالتزام بالتوريد طبقاً للمواصفات بأهمية بالغة سواء من جانب المورد أو من جانب الإدارة، وهو ما يستلزم بيان أساليب تنفيذ هذا الالتزام على النحو الذى تبرأ معه ذمة المورد من التزاماته التعاقدية من ناحية، ويكفل للإدارة الاستفادة القصوى من الأصناف الموردة من ناحية أخرى.

أساليب تنفيذ الالتزام بالتوريد طبقا للمواصفات:

يختلف أسلوب تنفيذ هذا الالتزام بحسب طبيعة الأصناف محل التعاقد، وبحسب أسلوب تحديد مواصفات تلك الأصناف.

أ - المواصفات المنصوص عليها فى العقد:

غالباً ما تتضمن كراسة الشروط والمواصفات النص على تحديد مواصفات الأصناف المطلوب توريدها(٢) وذلك من خلال وصف دقيق لهذه الأصناف أى ذكر أوصافها بدقة، وذكر صفة هذه الأصناف بتحديد الحالة التى تكون عليها

---

(١) المعجم الوجيز - باب الواو - المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية - عام ١٩٩٧ - ص ٦٧١.

(٢) تنص المادة (٩) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن يكون الطرح على أساس مواصفات كافية، وكذلك تنص المادة (٣) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على أن يكون الطرح على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة.

وتتميز بها بما لا يسمح بأن تختلط بغيرها، وهو ما يشكل فى مجموعه مواصفات الأصناف المطلوب شراؤها.

وقد يرد النص على مواصفات تلك الأصناف فى العقد، وفى هذه الحالة لا توجد أدنى مشكلة فى هذا الشأن، وقد يخلو العقد من النص على تلك المواصفات ويكتفى بالاحالة بشأنها إلى ما ورد بكراسة الشروط والمواصفات. كما قد يرد النص عليها فى أمر التوريد الصادر من جهة الإدارة إلى المورد.

وفى كافة الأحوال يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها طبقا للمواصفات الوارد النص عليها فى كراسة الشروط والمواصفات أو فى العقد أو فى أمر التوريد، باعتبار أن كافة هذه الوثائق تشكل فى مجموعها العقد المبرم مع المورد.

أما إذا خلا العقد ووثائقه من تحديد مواصفات التوريد على نحو دقيق، فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين: الأول: أن تتضمن وثائق العقد وجوب التوريد طبقا لعينة الأصناف المطلوب توريدها، الثانى: خلو العقد من ثمة اشارة إلى مواصفات تلك الأصناف.

ب - التوريد طبقا للعينة[1]:

فى هذا الفرض غالباً ما تتضمن شروط الطرح أن يكون التوريد على حسب العينة، وقد اعتمد المشرع أسلوب تنفيذ التوريد بالمطابقة للعينات وذلك فى الحالات التى يتعذر فيها توصيف الأصناف المطلوبة توصيفا دقيقاً.

وقد أشارت المادة (٥٨) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إلى التزام المورد بالتوريد طبقا للعينات النموذجية للجهة الإدارية، كما أقامت

---

(١) المادة (٣) من اللائحة التنفيذية المشار إليها حيث تنص على أن «... ويكون الطرح على أساس العينات النموذجية الخاصة بالجهة الإدارية فى الحالات التى يتعذر فيها توصيف موضوع التعاقد توصيفاً دقيقاً....».

قرينة لا تقبل اثبات العكس مفادها أن تقديم العطاء من جانب المورد يعد اقرارا منه بالاطلاع على تلك العينات، والتزاما بالتوريد طبقا لها.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن التعاقد تم على أساس العينة ومن ثم فهو من قبيل البيوع بالعينة التى نظمتها المادة (٤٢٠) من القانون المدنى... وينبنى على ذلك أنه يجب أن تكون الأصناف الموردة للعينة مطابقة لها من حيث التركيب والمواصفات(١).

وقد أجاز المشرع تقديم العينة من جانب المورد وذلك فى حالة التعاقد على توريد منتجات غذائية أو كيماوية ليس لها مواصفات محددة، بشرط أن تكون العينة من حجم أو مقاس أو وزن يسمح بالفحص.

ويلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها طبقا للعينة المقدمة منه(٢)، وإذا كانت العينة مما يفسد ولا تبقى سليمة حتى التوريد، فإن معيار التوريد المطابق للعينة يتحدد على أساس مطابقة نتائج فحص الأصناف الموردة على نتائج فحص عينات التوريد عند تقديمها.

جـ - التوريد طبقا للمواصفات القياسية:

فى هذا الفرض حيث تخلو وثائق العقد من تحديد المواصفات تحديداً دقيقاً اكتفاء بالاشارة إلى أن يتم التوريد وفقا للمواصفات القياسية المصرية، وذلك بالنسبة للتعاقد على توريد منتجات هندسية ومعدنية وكهربائية أو منتجات الغزل والنسيج(٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٧١ لسنة ١٥ ق - جلسة ١٩٧٣/٤/٢٨ - المجموعة - السنة ١٨ - ص ٨٥.

(٢) تنص المادة (٢/٥٨) من اللائحة التنفيذية المشار إليها على أن: بالنسبة إلى المنتجات الغذائية والكيماوية يكون التوريد حسب المواصفات المحددة لها، وإذا لم يكن لها مواصفات يكون التوريد حسب العينات.

(٣) تنص المادة (٥٨) من اللائحة التنفيذية المشار إليها على أنه.. وبالنسبة إلى المنتجات=

وتجدر الاشارة إلى أن الهيئة المصرية العامة للتوحيد القياسى الصادر بتنظيمها القرار الجمهورى رقم ٣٩٢ لسنة ١٩٧٩ هى الجهة المختصة بوضع واصدار المواصفات القياسية للخامات والمنتجات الصناعية.

ولا تعتبر المواصفات قياسية إلا بعد اعتمادها من الهيئة المشار إليها ونشرها فى السجل الرسمى للمواصفات المصرية القياسية(١).

وبناء على ما تقدم فإن خلت وثائق العقد من تحديد مواصفات الأصناف المطلوب توريدها فإنه يتعين على المورد الالتزام بالتوريد طبقاً للمواصفات القياسية المصرية حتى تبرأ ذمته من تنفيذ هذا الالتزام.

٢- الالتزام بالتوريد يشمل مستلزمات العقد:

تنص المادة (٢/١٤٨) من القانون المدنى على أن «لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

ومؤدى هذا النص أن مضمون العقد لا يقف عند حد الأحكام التى يجئ بها عاقداه، وتلك التى يقضى بها القانون فى شأنه، وإنما يتسع ليشمل ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته(٢).

والمقصود بمستلزمات العقد الأمور التى تحتمها طبيعته والغاية التى يستهدفها، وفقا للقانون والعرف والعدالة، مع مراعاة مقتضيات حسن النية وشرف التعامل.

= الهندسية والمعدنية والكهربائية يكون التوريد حسب المواصفات دون التقيد بالعينات، ويجوز تقديم عينات للاسترشاد بها فقط، أما منتجات الغزل والنسيج فيكون قبولها وفقا للشروط والمواصفات والتجاوزات التي تقرها وزارة الصناعة.

(١) المادة الأولى من القانون رقم (٢) لسنة ١٩٥٧ فى شأن التوحيد القياسى.

(٢) يراجع فى ذلك: د. عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق، ص ٥٣٥.

وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة القضاء الإدارى إلى أن ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدنى من أحكام فإن المحكمة ترى تطبيقها فى نطاق الروابط العقدية باعتبارها من الأصول العامة فى تحديد ما يعتبر من مستلزماته مع الاسترشاد فى هذا الشأن بطبيعة الالتزام والقوانين واللوائح التى تخضع لها العقود الإدارية، وكذلك العرف والعدالة إذا اقتضى الأمر ذلك. وترتيباً على ذلك فإن الأحكام التى تضمنتها لائحة المناقصات والمزايدات تفصح عن أن المرافق العامة منظمة على وجه يقتضى أن تورد المهمات اللازمة لها معبأة فى أوعيتها، بحيث يمكن القول أن طبيعة الالتزام بالتوريد فى العقود الإدارية تقتضى شموله لتلك الأوعية(١).

كما قضى بأن المقتضيات العامة للتعامل تفرض أن يسلم البائع أو المورد سلعته على الوجه المناسب لطبيعة السلعة ولظروف المعاملة، وحيث تكون السلعة مكونة من مثليات عديدة، أو وحدات يبلغ عددها حداً ملحوظ الكبر، فإنه يلزم توريدها فى تعبئة تضم شتاتها وتجمع عددها، إذ لا يستقيم مع طبيعتها فى تعدادها الكبير أن تورد أحاداً منفرطة بغير تعبئة تضمنها وتجمعها وما لم يشترط العقد أو الاتفاق تعبئة محددة، فإنها تصح على أى وجه مناسب، وكذلك فإنه ما لم يشترط العقد أو الاتفاق التزام المشترى برد وسيلة التعبئة للمورد، فإن الأصل ألا يلتزم بردها باعتبارها من مستلزمات التوريد فى هذه الحالة بحسب طبيعة الالتزام(٢).

كما اعتبرت محكمة النقض من مستلزمات العقد تحميل وزارة الداخلية بالالتزام بحفظ أدوات ومعدات وأوانى مورد تعاقد معها على تقديم أغذية ساخنة لأفراد اعتقلتهم فى معتقل الهاكستب، برغم أن هذا الالتزام لم يذكر

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٧١٦ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٦٣/٤/٢ - مجموعة أحكام المحكمة - المكتب الفنى - السنة ١٥- ص ١٨٩ - المبدأ رقم ١٣٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٤٥٣ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٢/٧/٢٨ - سبقت الاشارة إليه.

صراحة فى العقد[١].

وخلاصة ما تقدم فإن التزام المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها لا يقتصر على القيام بالتوريد طبقاً للمواصفات المتفق عليها، وإنما يتسع ليشمل ما هو من مستلزمات العقد بحسب طبيعة العقد والغاية منه وفقا للقانون والعرف والعدالة ومراعاة مقتضيات حسن النية وشرف التعامل.

طبيعة التزام المورد بالتوريد طبقا للمواصفات:

إن هيمنة فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد على العقود الإدارية بصفة عامة جعلت العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها علاقة تعاضد وتساند ومعاونة لتنفيذ العقد على أحسن وجه، وترتيباً على ذلك فإنه يتعين على المورد أن يبذل أقصى ما فى وسعه لتنفيذ التزامه بالتوريد طبقا للمواصفات، لا على أساس معيار الرجل المعتاد، وإنما على أساس معيار الرجل الحريص، مادام أنه قد ارتضى المساهمة فى تسيير مرفق عام.

وليس معنى ذلك أن التزام المورد فى هذا الصدد هو التزام ببذل مجهود، بل هو التزام بتحقيق نتيجة يستلزم تحقيقها بذل مجهودات الرجل الحريص، ويمثل عدم بلوغ تلك النتيجة اخلالا بهذا الالتزام، وهو ما يثير مسئوليته التعاقدية على أساس الخطأ العقدى.

وقد أكدت محكمة القضاء الإدارى[٢] ـ فى حكم حديث لها ـ على هذا المعنى حيث قضت بأن اعمال العقد الأصلية لا تنتهى بمجرد تجربة المصاعد لمرة واحدة لأن التزام الشركة الموردة ليس مجرد التزام ببذل عناية وإنما التزام بتحقيق

---

(١) حكم محكمة النقض فى الطعن رقم ٢٣٧ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٨/٥/٢٨ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ - ص ١٠١٤ - المبدأ رقم ١١٥، وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ - المجموعة - السنة ٢٨ - ص١٢١٤ - المبدأ رقم ٢٠٩.

(٢) حكمها فى الدعوى رقم ٩١٥٨ لسنة ٥٧ ق ـ جلسة ٢٠٠٥/١/١٦ ـ لم ينشر بعد.

نتيجة حاصلها أن يتم توريد وتركيب المصاعد وتشغيلها وصيانتها وأن تعمل هذه المصاعد بصورة منتظمة دون عطب أو أعطال وهو الغرض النهائى من الأعمال، فإذا ما كشف التشغيل الفعلى للمصاعد عن العيوب الجسيمة التى شابت الأعمال وعدم جدوى اصلاحها فإنه يحق للجهة الإدارية أن تقوم بالتنفيذ على حساب الشركة المدعية ومصادرة التأمين النهائى.

المبحث الثالث
كيفية تحقق الإدارة من تنفيذ المورد لالتزاماته

تمهيد وتقسيم:

إذا كان جوهر التزام المورد يتحدد فى ضرورة توريد الأصناف المتعاقد عليها فى المواعيد المحددة وطبقاً للمواصفات المتفق عليها، فإن هذا الالتزام لا ينقضى بمجرد التوريد، بل تبقى مرحلة هامة وفاصلة وهى مرحلة استلام الأصناف محل عقد التوريد.

وقد نظم المشرع - فى فرنسا ومصر - عملية الاستلام على نحو دقيق ومحكم، بما يكفل تحقق الإدارة من تنفيذ المورد لالتزاماته من ناحية، وتمهيداً لحصول المورد على حقوقه من ناحية أخرى.

وقد تتم عملية الاستلام على مرحلة واحدة، وقد تتم على مرحلتين:

الأولى: وهى مرحلة الاستلام المؤقت للأصناف بمعرفة أمين المخزن المختص،

والثانية هى مرحلة الاستلام النهائى لتلك الأصناف بعد فحصها.

وتستوجب أهمية كلتا المرحلتين القاء مزيداً من الضوء عليهما، ومن ثم فإنه يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مرحلة الاستلام المؤقت للأصناف.

المطلب الثانى: مرحلة الاستلام النهائى للأصناف.

المطلب الأول

الاستلام المؤقت للأصناف

يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة[١]. ويلتزم أيضاً بتقديم فاتورة بالأصناف الموردة من أصل وصورتين، وكذلك المستندات الدالة على سداد الضرائب والرسوم المستحقة على الأصناف أو المهمات المستوردة من الخارج[٢].

وقد حرصت دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود التوريد في فرنسا على بيان الإجراءات التى تلجأ إليها الإدارة لاستلام الأصناف الموردة، كما أشارت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على بيان هذه الإجراءات، وذلك فى المادتين ٩٠، ٩١ من تلك اللائحة.

ويتم الاستلام المؤقت la Reception Provisoire للأصناف بمعرفة أمين مخزن الاستقبال، والذى يختص باستلام ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس فى حضور المورد بنفسه أو مندوبه، ويقوم باعطائه ايصالا مؤقتاً بما يفيد الاستلام المؤقت.

ويقوم المورد[٣] بتسليم الأصناف المتعاقد عليها فى المكان المنصوص عليه فى العقد، أو بحسب ما تشير إليه أوامر جهة الإدارة فى هذا الشأن - والأصل أن يتم التسليم بمخازن جهة الإدارة، ويجوز الاتفاق على أن يتم بمخازن المورد، أو بمخازن جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة.

---

(١) المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية المشار إليها.

(٢) المادتين ٩١، ٥٦ من اللائحة التنفيذية المشار إليها.

(٣) لمزيد من التفاصيل يراجع:
JULIEN LE CLERE, Les marchés de fournitures et de travaux publics - charles - lavauzelle- Paris, 1949, p. 93.

الآثار المترتبة على الاستلام المؤقت:

لا يترتب على الاستلام المؤقت أى أثر فيما يتعلق بإنتهاء مسئولية المورد عن الأصناف الموردة، بل تبقى تبعة الهلاك على عاتقه، ولا تنتقل إلى جهة الإدارة، كما أنه يظل ضامناً كافة ما يصيب الأصناف الموردة من فساد أو تلف Déterioration أو عيوب أخرى حتى بعد التسليم المؤقت وإلى أن يتم التسليم النهائى(١)، وإن كان ذلك لا ينفى مسئولية الإدارة عن الحفاظ على الأصناف المسلمة إليها وتسلمتها استلاماً مؤقتاً(٢).

وينحصر أثر الاستلام المؤقت للأصناف فى عدم جواز تطبيق غرامات التأخير على الأصناف التى تم استلامها مؤقتاً(٣).

---

(١) يراجع فى ذلك: JULIEN LE CLERE, op. cit., p. 94.
وأيضا: افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٣٠٣ فى ١٩٦٠/٤/١٢ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق - ص ٧٤٥.

(٢) جيز - المرجع السابق - ص ٤٤٤.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩١٥٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ٢٠٠٥/١/١٦ - سبقت الاشارة إليه.

المطلب الثانى

مرحلة الاستلام النهائى للأصناف

مرحلة الاستلام النهائى Reception définitive هى المرحلة التى تتولى فيها لجنة الفحص اتخاذ إجراءات فحص الأصناف المتعاقد عليها واصدار توصياتها بقبول تلك الأصناف، ويترتب على الاستلام النهائى للأصناف الموردة تحرر المورد من كافة الالتزامات التى كانت ملقاة على عاتقه مثل نقل تبعة هلاكها أو ما يصيبها من عيوب بعد ذلك إلى جهة الإدارة المتعاقدة، فلا يجوز لها أن تسأله عن عيوب تظهر بعد الاستلام النهائى، إلا إذا أثبتت أن هذه العيوب نشأت قبل ذلك، إما لاحتواء الأصناف على عيوب خفية كان من الصعب اكتشافها وقت الفحص، وإما لوجود غش أو تلاعب من جانب المورد(١).

ويجيز مجلس الدولة الفرنسى لجهة الإدارة أن تبدى كافة الملاحظات، وتشترط جميع التدابير اللازمة لكى يكون التوريد مطابقاً للمواصفات، كما جاز لها ابداء كافة التحفظات عند الاستلام النهائى، حتى ولو كان الاستلام المؤقت قد تم بدون تحفظات(٢).

وفى المقابل، يلقى المجلس بعبء اصلاح العيوب التى قد تشوب الأصناف الموردة على عاتق جهة الإدارة إن هى لاحظت - بعد فوات الأوان - وجود هذا العيب أو أهملت اثباته خلال المدد وبالإجراءات المنصوص عليها فى العقد(٣).

لذلك، فقد حرص كل من المشرع الفرنسى والمشرع المصرى على تنظيم إجراءات الاستلام النهائى على نحو دقيق ومحكم على نحو كفل قيام توازن بين مصلحة الجهة الإدارية ومصلحة المتعاقد بما لا يدع مجالا لافتئات طرف على

---

(١) - C.E: 12-7-1929, Vesin, Rec. p. 716.

(٢) - C.E: 18-11-1925, Société des forges, Rec. p. 909.

(٣) - C-E: 14-3-1928, Sagné, Rec. p. 358.

آخر وصونا لحقوقهما بغير انقاص، فأتى بقواعد يتعين اتباعها فى تسليم الأصناف المتعاقد عليها، وتتمثل هذه القواعد فى الآتى:

فحص الأصناف:

يتم فحص الأصناف الموردة بمعرفة لجنة يطلق عليها لجنة فحص الأصناف ويتم تشكيل تلك اللجنة بموجب قرار تصدره السلطة المختصة برئاسة مدير المخازن أو مسئول الجهة المطلوبة لها الأصناف بحسب الأحوال، وأمين المخزن المختص.

ويجب أن تجتمع اللجنة خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لوصول الأصناف(١).

وتضطلع لجنة الفحص بمهمة فحص الأصناف الموردة كماً وكيفاً بهدف التأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها(٢). وقد حددت المحكمة الإدارية العليا اختصاص لجنة الفحص على نحو محدد ودقيق بقولها ان اختصاص لجنة الفحص والاستلام ينحصر فى بيان ما إذا كان الصنف الذى تم توريده يطابق ما ورد بأمر التوريد أم لا. وقد ورد النص علي اختصاص تلك اللجنة صراحة فى المادة ٥٠/١ من دفتر الشروط العامة لعقود التوريد الصناعية فى فرنسا الصادرة عام ١٩٧١ والتى تنص على أن التوريدات المقدمة من المتعاقد تخضع لاختبارات كيفية وكمية بهدف التأكد من مطابقتها للمواصفات المحددة فى العقد(٣).

---

(١) بالنسبة للصفقات التى لا تزيد قيمتها عن مائتى جنيه للصنف الواحد فى العقد الواحد، فيجوز فحصها واستلامها بمعرفة مدير المخازن.
المادة (٩٧) من اللائحة التنفيذية المشار إليها.

(٢) حكمها فى الطعون أرقام ١٨١٦، ٢٠٥٥، ٢٠٨٤، ٢٠٨٧ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٩٦/١١/٢٦ - المجموعة - السنة ٤٢ ق - ص ٢٥٠.

(٣) Cahier des clauses administratives generales applicables ou marchés industriels. Art 50-1: les fournitures présentées par le titulaire sont somises à des verifications qualitatives et quantitative destinées à constater q'elles Repondent aux specifications du marché".

كما تنص المادة (٩٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن تقوم لجنة الفحص بفحص نسب مئوية مختلفة تحدد بمعرفتها وتحت مسئوليتها حسب أهمية الصنف، وبحيث تكون العينة ممثلة له، وتعتبر اللجنة مسئولة عن مطابقته من جميع الوجوه للمواصفات وللعينة المختومة وتحرر محضر الفحص (نموذج ١٢ مخازن حكومة) من أصل وصورتين تبين فيه النسب المئوية لمقادير الفحص التى فحصتها وأسماء ومواصفات ومقادير الأصناف وأسباب التوصية بالقبول أو الرفض ثم يقدم المحضر إلى السلطة المختصة للتصرف. والمستفاد من هذا النص أن لجنة الفحص تقوم بانتقاء نسبة مئوية[١] من الصنف كعينة لإجراء اختبارات عليها لبيان مدى مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتفق عليها، وفى مقابل منح اللجنة هذه السلطة فإنها تعتبر مسئولة عن مطابقة الصنف من جميع الوجوه للمواصفات، ومسئولية اللجنة فى هذا الصدد مسئولية جماعية[٢].

وتلتزم اللجنة بتحرير محضر فحص على النموذج رقم ١٢ حكومة تثبت فيه ما قامت بفحصه وتوصياتها بالقبول أو الرفض وأسباب ذلك.

والواقع أن استلزام المشرع لتسبيب قرارات لجنة الفحص بقبول الأصناف أو رفضها، يدعم مبدأ الشفافية الذى اعتنقه قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى ولائحته التنفيذية، كما أنه ييسر مهمة القاضى فى الفصل فى المنازعات التى قد تثور بين جهة الإدارة والمورد حول مدى مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتفق عليها.

ويرفع محضر الفحص المشار إليه للسلطة المختصة، فإذا اعتمدته يقبل

---

(١) جدير بالذكر فى هذا الصدد أن المادة (٢٢١) من لائحة المخازن والمشتريات تنص على أنه يجب أن تفحص اللجنة نسب مئوية على حسب أهمية الصنف على أن لا تقل النسبة عن ٥٪ من كل صنف.

(٢) حكم المحكمة التأديبية لمستوى الإدارة العليا فى الدعوى التأديبية رقم ٩٦ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٩٢/٤/٨ - غير منشور.

الصنف المورد وترسل الأوراق إلى الحسابات توطئة لصرف الثمن.

وفى حكم خاص يتصل بطبيعة عقود التوريد الصناعية قررت الفقرة السادسة من المادة (٥٠) من دفتر الشروط العامة لعقود التوريد الصناعية المشار إليها إلى حق السلطة المنوط بها الرقابة على تنفيذ العقد أن تلجأ إلى وسائل أخرى غير منصوص عليها فى العقد وذلك على نفقة الدولة لكى تتحقق فى أثناء التنفيذ من مدى مطابقة التوريدات للمواصفات المتفق عليها.

إجراءات استلام وفحص الأصناف الواردة من الخارج:

إذا انصب التعاقد على توريد أصناف من الخارج، فإن العقد يتولى تحديد مكان التسليم وطريقته، فقد يكون هذا التسليم فى ميناء الشحن F.O.B أو فى ميناء الوصول C.I.F وفى الحالة الأولى يكون التسليم نهائيا فى ميناء الشحن وبمجرد وضع البضاعة على السفينة وتسلم المستندات الناقلة للملكية، وينقضى بذلك عقد التوريد وتنتهى مسئولية المورد فى ميناء الشحن، وفى الحالة الثانية لا يقع التسليم النهائى إلا فى ميناء الوصول حتى ولو كان المورد قد سلم مستندات الشحن الناقلة للملكية إلى الجهة الإدارية المتعاقدة(١).

وعند ورود أصناف مباشرة من الخارج تقوم لجنة الفحص باتخاذ الإجراءات التالية حيال فحصها(٢):

١- مراجعة تلك الأصناف على الوارد بالفاتورة بعد التأكد من سلامة الأختام والعلامات أو الصناديق الواردة بداخلها الأصناف، ويحرر محضر فحص على نموذج ١٢ مخازن تثبت فيه ما قد تجده من نقص أو كسر أو تلف ثم تحرر

---

(١) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣٠٣ ـ جلسة ١٩٦٠/٤/١٢ ـ سبقت الاشارة إليه.
وحكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٦١٩ لسنة ٤٥ ق ـ جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٥ ـ غير منشور.

(٢) مادة (١٠٤) من اللائحة التنفيذية المشار إليها.

عنه محضر خاص على طلب خصم الأصناف التالفة أو المفقودة (نموذج ٩ مخازن حكومة)، وذلك لاتخاذ الإجراءات اللازمة نحوه مع مراعاة المواعيد التى تحددها شركات التأمين - فى حالة التأمين علي البضاعة - حفظاً لحق الجهة الإدارية فى استيفاء قيمة التأمين.

٢- اضافة الأصناف بالمخازن حسب الوارد بالفاتورة بغض النظر عما تجده فيها من نقص أو كسر أو تلف.

٣- يتم خصم مقدار العجز أو التلف من العهدة بموجب طلب وإذن صرف (نموذج ٢ مخازن) وتجرى التسويات الحسابية اللازمة وفقا للقواعد المالية المعمول بها.

وفى حالة تعذر فتح الصناديق واضافتها حسب الوارد بالفاتورة لأسباب اضطرارية تقرها السلطة المختصة كتابة تضاف تلك الصناديق بإذن اضافة مؤقت بالحالة التى هى عليها إجمالا بعهدة موظفين مسئولين بعد ختمها بخاتم مدير المخازن بطريقة تضمن سلامة الأختام، وعند استخراج أذون الاضافة المؤقتة السابق الاشارة إليها ترافق صورة منها مستندات الصرف لإمكان ازالة المبالغ السابق الخصم بها من الحساب المختص.

ولكن هل يجب حضور المورد أو من ينيبه أعمال لجنة الفحص؟

أوجبت الفقرة الثالثة من المادة (٥٠) من دفتر الشروط العامة لعقود التوريد الصناعية فى فرنسا المشار إليها على السلطة المنوط بها إجراء الفحص أن تخطر المورد بيوم وساعة الفحص حتى يتسنى له حضور عملية الفحص أو ينيب عنه من يمثله فى ذلك، ومع ذلك فإن غياب المتعاقد لا يشكل عقبة فى سبيل إجراء الفحص(١).

---

(١) Art 50-4: L'autorite qui effectue les verifications avise au prealable le titulaire des jous et Heures fixés pour celles - ci afin le lui permettre d'y assiter ou de se faire valablement Representer. Toutefais son absence ne fait pas obstacle à l'execution des epreuves.

ويستفاد من النص المتقدم ضرورة اخطار المورد بموعد إجراءات الفحص ليتسنى له أو مندوب عنه حضور إجراءات الفحص، وقد كان المشرع الفرنسى موفقا فى النص صراحة على انتفاء أثر غياب المورد عن عملية الفحص.

أما فى مصر فقد أشارت المادة (٩٠) من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر إلى اخطار المورد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور إجراءات الفحص والاستلام النهائى، ويجب أن يتم ذلك الاخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الايصال المؤقت. ورغم صراحة النص على ضرورة إخطار المورد لحضور إجراءات لجنة الفحص إلا أن المحكمة الإدارية العليا قررت انتفاء أثر عدم اخطار المورد حيث قررت بأن لائحة المناقصات والمزايدات وإن كانت أوجبت إخطار المتعهد بموعد اجتماع لجنة الفحص ليتسنى له حضور إجراءات الفحص فإن اللجنة لم تقرر ثمة حقاً للمتعهد فى حضور عملية الفحص فى ذاتها، وأن الغرض من الاخطار هو أن يحضر المتعهد على حسابه العمال اللازمين لفتح الطرود وتسليمها إلى أمين المخزن أو لجنة الفحص بحضور مندوبه... وحاصل ذلك أن عملية الفحص فى حد ذاتها منفصلة عن الإجراءات السابقة عليها، ولم تقرر اللائحة ثمة حقا للمتعهد في حضورها بل أوجبت سريتها بما يؤيد أن الأصل هو عدم حضور المتعهد عملية الفحص فى ذاتها، وإذا كان الأمر كذلك وكان الثابت أن الأجهزة الموردة هى التى عرضت على لجنة الفحص دون ثمة منازعة فى هذا الشأن، فإن إغفال إخطار المدعى لحضور إجراءات الفحص فى الحدود سالفة البيان عديم الأثر على صحة قرار رفض الميكروسكوبات الموردة[1].

تحليل العينات Analyse d'echantillons:

فى حالة ما إذا تضمن الاتفاق بين الجهة الإدارية والمورد على أن يتم

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٧٠/٦/٢٠ - المجموعة - السنة ١٥ - ص٤٣٢.

التوريد طبقا لعينة، فإن المادة ١٠١ من اللائحة التنفيذية المشار إليها قد نظمت عملية تحليل العينات بهدف التأكد من مطابقة الأصناف الموردة للعينة المتخذة أساساً للتوريد بالنص على أنه عند ورود أصناف للمخازن ويكون قد سبق ارسال عينات عنها عند تقديم العطاءات للفحص بالجهات المختصة فتؤخذ عينة منها وتقسم - إن أمكن تقسيمها - إلى قسمين وإلا فتختار عينتان من هذه الأصناف بحضور لجنة الفحص والمورد أو مندوبه ويحتفظ بإحداها لدى رئيس لجنة الفحص بعد ختمها بخاتم الجهة الإدارية وخاتم المورد، أما العينة الأخرى فتختم بخاتم الجهة الإدارية ويوقعها عضوان من أعضاء لجنة لجنة الفحص ويعمل محضر توقعه اللجنة والمورد أو مندوبه بأن هذه العينة مطابقة للعينة المحفوظة لدى رئيس لجنة الفحص ثم ترسل إلى الجهة الفنية المختصة بعد اعطائها رقماً سرياً مع ذكر رقم وتاريخ نتيجة الفحص للعينة الأصلية للاسترشاد بها عند الفحص وعند ورود نتيجة الفحص لعينة التوريد ترفق مع مستندات الصرف.

ونزولا على الأحكام التى تضمنها النص المتقدم فإنه إذا ما وردت أصناف لمخازن جهة الإدارة يكون قد سبق وأن أرسلت عينات عنها عند تقديم العطاءات للفحص بالمعامل أو الجهات المختصة، فإنه يتم أخذ عينة تقسم إلى قسمين إذا كانت طبيعتها تقبل التقسيم أو تأخذ عينتان من تلك الأصناف إذا كانت طبيعتها لا تقبل التقسيم وذلك فى حضور لجنة الفحص والمورد أو مندوبه، وتختم العينة الأولى بخاتم الجهة الإدارية وخاتم المورد وتحفظ لدى رئيس لجنة الفحص، أما العينة الثانية فتختم بخاتم الجهة الإدارية ويوقعها عضوان من أعضاء اللجنة، ويحرر محضر يثبت فيه مطابقة هذه العينة لمثيلتها المحفوظة لدى رئيس اللجنة ويوقع على هذا المحضر من جانب اللجنة والمورد أو مندوبه، ويتم ارسال العينة إلى الجهة الفنية المختصة بعد اعطائها رقماً سرياً وذكر رقم وتاريخ العينة الأصلية السابق ارسالها لدى البت في العطاءات وترفق نتيجة العينة بعد فحصها مع مستندات الصرف توطئة لدفع الثمن.

وإذا تلفت العينة نتيجة الفحص وكانت مطابقة للمواصفات فإن الجهة

الإدارية تتحمل قيمتها، أما إذا كانت غير مطابقة فلا يكون للمورد الحق فى طلب قيمتها.

ولكن ما الحكم فى حالة فقد العينة أو هلاكها وهى فى يد جهة الإدارة؟

إن مؤدى فقد العينة أو هلاكها فى يد جهة الإدارة هو انتقال عبء اثبات عدم مطابقة الأصناف الموردة للعينة على عاتق جهة الإدارة، ولها أن تستعين فى ذلك بكافة طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا كانت العينة المقبولة قد فقدت أو هلكت وهى فى يد جهة الإدارة دون أن يكون ذلك بخطأ من المورد، وادعت هذه الجهة أن التوريد غير مطابق للعينة فإنه يقع عليها فى هذه الحالة عبء اثبات ذلك، ويكون الاثبات بجميع الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن(١).

وإذا فقدت العينة وعرض المورد عينة أخرى تحل محلها، ولاقى هذا الايجاب قبولاً من جهة الإدارة، فإذ ذلك يعد اتفاقا بين الطرفين على احلال العينة التى قدمها المورد محل العينة المقبولة التى فقدت(٢).

ويثور التساؤل عن مدى أحقية المورد فى طلب تحليل العينات فى معامل أخرى غير المعامل الحكومية؟ أجابت المحكمة الإدارية العليا على هذا التساؤل حيث قررت بأن الأصل فى عقود التوريد للقوات المسلحة أن يجرى التحليل المعملى فى معاملها المركزية المنشأة للوفاء باحتياجات القوات المسلحة وذلك طالما لم يتضمن العقد المبرم مع المورد نصاً يوجب التحليل المعملى فى جهة أخرى(٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٧ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق ص ٧٥٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٦١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٧ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق ص ٧٥٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٠٠ لسنة ٢٤ ق - جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣١ ص ٦٩٨.

ويقر جانب من الفقه الفرنسى بحق المورد فى طلب تحليل مضاد- contre analyse كضمانة له، ولهذا الغرض يُحتفظ بباقى العينات لمدة ٦ شهور اعتباراً من تاريخ اعلان نتيجة التحليل بمعرفة الجهات الفنية المكلفة بذلك، وبعد فوات هذه المدة يسقط حق المورد فى طلب التحليل[١].

كيفية قبول الأصناف التى بها نسبة نقص فى المواصفات:

تنص المادة (١٠٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن يجب على الجهات التى تقوم بفحص الأصناف أن تبين فى تقارير الفحص ما أسفر عنه عملها مقارناً بما هو مدون بالشروط والمواصفات المتعاقد على أساسها، وتلتزم الجهة الإدارية بالأخذ دائما بهذه النتائج ورفض الأصناف التي لا تطابق المواصفات أو العينات المتعاقد على أساسها.

على أنه يجوز قبول الأصناف غير المطابقة إذا كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد على ٢٠٪ عما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها بشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة وأن يكون السعر بعد الخفض مناسبا لمثيله فى السوق ويجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها وأنه لن يترتب علي قبولها ضرر بالجهة - كما تحدد اللجنة مقدار الخفض فى الثمن المقابل للنقص أو المخالفة. ويجوز للجنة الفحص الاستعانة بفنى أو أكثر من الجهات الفنية المختصة إذا رأت ضرورة لذلك ويراعى الآتى:

١- الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها لغاية ٣٪ يكون قبولها مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة.

٢- الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ٣٪ لغاية ١٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا إليه غرامة مقدارها (٥٠٪) من هذا المقدار.

---

(١) جيز - المرجع السابق ص ٤٤٧.

٣- الأصناف التي تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ١٠٪ لغاية ٢٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الفخض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا إليه غرامة مقدارها ١٠٠٪ من هذا المقدار على أن يكون القبول بموافقة لجنة البت والسلطة المختصة وبشرط أن يقبل المورد كتابة هذا الخصم وإلا فيرفض الصنف وتطبق اللائحة.

ويشير النص المتقدم إلى شروط قبول الأصناف التى بها نقص فى المواصفات والسلطة المختصة بهذا القبول، وأحكام قبول هذه الأصناف، وذلك على التفصيل التالى:

أ - شروط القبول:

الأصل هو رفض الأصناف التى تحتوى على نسبة نقص فى المواصفات، واستثناء من ذلك فقد أجاز المشرع قبول الأصناف غير المطابقة بموافقة لجنة البت والسلطة المختصة، مقابل الخفض فى ثمنها وهو ما يعرف بمبدأ تخفيض السعر la quantité ou le prix وفقا لما تقدره لجنة الفحص مع توقيع غرامة قانونية إذا زادت نسبة النقص فيها على ٣٪ وبنسب تختلف باختلاف نسبة النقص على النحو المشار إليه، ويشترط لقبول هذه الأصناف ألا تزيد نسبة النقص أو المخالفة للمواصفات على ٢٠٪، وأن تكون الحاجة ماسة لقبول هذه الأصناف، وأن يكون السعر بعد الخفض مناسبا مثيله فى السوق وأن يقبل المورد كتابة هذا الخصم وإلا فيرفض الصنف وتطبق اللائحة، كما يجب أن تكون هذه الأصناف صالحة للوفاء باحتياجات الإدارة، وألا يسبب قبولها أى ضرر للجهة الإدارية.

وتطبيقاً لذلك فقد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا[1] على أن المشرع

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٣٤ ق - جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢ - لم ينشر بعد، وكان مقطع النزاع فى هذا الطعن - حسبما أشارت المحكمة - يتمثل فى وجود خلاف فى حقيقة مطابقة الوحدات الموردة للمواصفات الواردة بالعقد المبرم بين وزارة الدفاع وشركة .. لتوريد=

اعتبر قرار لجنة الفحص بقبول أو رفض الأصناف نهائيا بمجرد اعتماد من السلطة المختصة، وإذا رفضت اللجنة صنفا أو أكثر لوجود نقص به أو لمخالفته للمواصفات المتعاقد على أساسها وجب اخطار المتعهد بأسباب الرفض، ويجب عليه فى هذه الحالة سحب الأصناف المرفوضة، وأجازت اللائحة قبول الأصناف غير المطابقة للمواصفات إذا كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد عن ٢٠٪ عما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها وبالشروط الواردة فى المادة .. وذلك إذا قررت لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة وحددت مقدار الخفض فى الثمن المقابل للنقص أو المخالفة فى المواصفات على أن يكون الأصناف المشار إليها بموافقة لجنة البت وسلطة الاعتماد وبشرط أن يقبل المورد هذا الخصم وإلا رفض الصنف وطبقت أحكام اللائحة ... وأنه متى كان الثابت من الأوراق أن إجراءات الفحص اللازمة لم تتبع هذا فضلا عن أن عدم اتباع شروط قبول الأصناف غير المطابقة للمواصفات مع خفض الثمن بما يعادل نسبة النقص ومن بين تلك الشروط ضرورة قبول المورد هذا الخصم كتابة، ومن ثم لا يجوز للجهة الإدارية خصم نسبة النقص فى المواصفات.

ويرى جانب من الفقه الفرنسى(١) أن مبدأ تخفيض السعر فى أغلب الأحيان يكون وارداً فى العقد، ولكن حتى فى حالة سكوت العقد تمارس الإدارة تخفيض السعر.

= وحدات ديب فريزر، واستبان للمحكمة أن الجهة الإدارية لم تتبع إجراءات الفحص المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية وذلك بأن قامت بإجراءات الفحص بعد مرور سبعة أشهر من تمام التوريد، وقبلت الجهة الإدارية الأصناف الموردة بعد خصم نسبة النقص فيها والذى قدرته بنسبة ١٩ر٧٧٪ وقامت باخطار المورد لقبول خصم هذه النسبة إلا أنه لم يوافق وأخطر الجهة الإدارية برفضه الخصم مما حدا بها إلى حجز قيمة عدد (٣٠) وحدة استيفاء لنسبة الخصم والغرامة، وقد انتهت المحكمة إلى عدم مشروعية الإجراء الذى اتخذته الجهة الإدارية.

(١) يراجع فى ذلك: جيز، المرجع السابق، ص ٤٤٩ حيث يقول حرفياً:
le plus souvent, le principe de la réfaction est inscrit dans le contrat, Mais l'amême au cas de silence du contrat, la Réfaction est pratiquée par ladministration.

ب - الاختصاص بقبول هذه الأصناف:

ينعقد الاختصاص بقبول الأصناف المشار إليها لكل من لجنة البت والسلطة المختصة بالاعتماد حيث أوجب المشرع ضرورة موافقة لجنة البت ثم موافقة السلطة المختصة على ما انتهت إليه لجنة البت. والواقع أن إقحام لجنة البت فى هذا الصدد أمر محل نظر، فإذا كانت العلة من اشتراط موافقة لجنة البت على قبول الأصناف المشار إليها يمثل أحد الضمانات للحيلولة دون قبول أصناف قد لا تستفيد منها جهة الإدارة، فإن الواقع العملى يشير إلى غير ذلك، لا سيما إذا كان الأعضاء الفنيون فى لجنة البت هم ذات أعضاء لجنة الفحص، حيث يستحيل عليهم بهذه الصفة قبول الأصناف التى بها نقص فى المواصفات، ورفضها بصفتهم أعضاء لجنة بت، وبالتالى انتفاء الجدوى من اشتراط موافقة لجنة البت، هذا بالاضافة إلى عدم وضوح الأساس القانونى الذى سيتم على هديه تشكيل تلك اللجنة، فالأصل - كما سلف القول[1] - أن يتم تشكيل تلك اللجنة على أساس القيمة التقديرية للعملية وذلك لدى مباشرتها لاختصاصها الأصيل فى اختيار المتعاقد مع الإدارة، أما فى حالة قبول الأصناف التى بها نقص، فإننا نكون أمام معيار القيمة الفعلية فإذا كانت القيمة التقديرية للمناقصة أو الممارسة أكثر من خمسمائة ألف جنيه ويستلزم ذلك حضور عضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، وممثل وزارة المالية، فإذا بلغت القيمة الفعلية للأصناف المتعاقد عليها مبلغ أقل من مائتين وخمسون الف جنيه، فهل يلزم حضور عضو إدارة الفتوى المختصة وممثل وزارة المالية فى اللجنة المشار إليها.

وفى ظل عدم جدوى موافقة لجنة البت وصعوبة تشكيلها نقترح إسناد أمر قبول الأصناف التى بها نقص إلى لجنة فحص عليا تقوم بتشكيلها السلطة المختصة برئاسة الرئيس المباشر لرئيس لجنة الفحص وتضم فى عضويتها أعضاء فنيين ذو مستوى وظيفى أعلى من المستوى الوظيفى لأعضاء لجنة الفحص

---

(١) راجع ما سبق ص ٢٩٨.

العادية. ويسمح هذا الاقتراح بتحقيق ضمانة رقابية تتمثل فى رقابة المسئول الأعلى لمن هم أدنى منه وظيفياً، ومن الناحية العملية تستطيع هذه اللجنة أن تقرر مدى حاجة الجهة الإدارية لقبول تلك الأصناف من عدمه.

جـ - أحكام قبول هذه الأصناف:

إذا قبلت جهة الإدارة هذه الأصناف، فإن هذا القبول مشروط بإجراء خصم فى الثمن مع توقيع غرامة تتفاوت قيمتها بحسب نسبة النقص فى المواصفات، متى زادت هذه النسبة على ٣٪، ويتم تحديد نسبة الخصم على أساس السعر المتفق عليه وليس على أساس سعر السوق Les prix du marché[١].

الإجراءات الواجبة فى حالة رفض الأصناف الموردة:

إذا لاحظت لجنة الفحص أن الأصناف الموردة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها أو العينات، فلها الحق فى رفضها، ويلزم أن تعبر الإدارة عن رفضها للأصناف المشار إليها من خلال إجراءات محددة.

ففى فرنسا، تصدر جهة الإدارة أوامرها إلى المورد بسحب الأصناف المرفوضة فى الحال، كما تأمره - إذا كان هناك محل لذلك - باستبدالها بأخرى مطابقة للمواصفات فى المواعيد المحددة فى العقد.

ولا تستطيع جهة الإدارة اصدار مثل هذه الأوامر للمورد إذا ما انصب الرفض على أصناف مصنوعة من مواد أولية كانت قد سلمتها له لتصنيعها ثم اعادة توريدها[٢].

---

(١) ويقصد بسعر السوق هو السعر الذى يمكن للجهة الإدارية أو غيرها أن يتحصل به على الأشياء المطلوبة لها مباشرة ودون حاجة إلى أية اجراءات خاصة، سواء كان تحديد السعر قد تم بطريق التسعير الجبرى أو كان نتيجة لما أسفر عنه العرض والطلب للسلعة فى السوق. يراجع: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٢١ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١١/ ١٢/ ١٩٨٢.

(٢) يراجع فى ذلك: جيز، المرجع السابق، ص ٤٤٨.

وقد أجاز المشرع الفرنسى أن يشترط العقد وضع ملصقات أو علامات لا تمحى على الأصناف المرفوضة حتى لا يتسنى للمورد اعادة توريدها مرة أخرى للجهة الإدارية المتعاقدة أو لجهة إدارية أخرى، وإذا اشترط العقد ذلك، فإن أى محاولة من جانب المورد لمحو هذه العلامات أو تزييفها أوتحريفها تواجه بعقوبات جنائية صارمة هى السجن من سنتين إلى خمس سنوات، وذلك بحسب صريح نص المادة ١٤٢ من قانون العقوبات الفرنسى(١).

أما فى مصر فقد نظمت المادة (٩٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى الإجراءات الواجب اتباعها فى هذه الحالة وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلى(٢):

١- فى حالة رفض لجنة الفحص لصنف أو أكثر من الأصناف الموردة تلتزم الجهة الإدارية بإخطار المورد بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول توضح فيه أسباب الرفض ووجوب سحب الأصناف وتوريد بدلا منها(٣). ويجب أن يتم الاخطار فى ذات يوم صدور قرار اللجنة أو فى اليوم التالى دون تأخير من جانب

---

(١) لمزيد من التفاصيل يراجع فى ذلك: جيز - المرجع السابق - ص ٤٤٩ ومابعدها.

(٢) تنص المادة (٩٢) من اللائحة التنفيذية المشار إليها على أنه: إذا رفضت لجنة الفحص صنف أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة يخطر المورد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلا عنها ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر، ويلتزم المورد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لاخطاره. فإذا تأخر فى سحبها فيكون للجهة الإدارية الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع وبعد انتهاء هذه المدة تتخذ إجراءات بيعها لحساب المورد وتخصم من الثمن ما يكون مستحقاً لها ويكون البيع وفقاً لأحكام اللائحة.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٤٤٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ٢٠٠٥/١/١٦ - لم ينشر بعد.

الجهة الإدارية، فإن هى تأخرت وترتب على هذا التأخير حدوث ضرر للمورد جاز له المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر.

وقد عولت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع على ضرورة اخطار المورد بسحب الأصناف المرفوضة بحيث يمتنع على جهة الإدارة اتخاذ إجراءات التنفيذ على الحساب قبل اخطار المورد بسحب الكميات المرفوضة، وقررت الجمعية العمومية بأنه وأياً كان الرأى فى شأن ما شاب العقد من تأخير وتراخى حتى تمام التوريد واثارة عدم مطابقة الكميات بعد توريدها بالكامل وكذا الاختلاف بشأن العينات التى يعاد تحليلها، فإنه ما كان يجوز للجهة الإدارية اتخاذ إجراءات التنفيذ على الحساب قبل اخطار المورد بسحب الكميات المرفوضة، وإلا فما فائدة اخطار المتعهد بتوريد كمية بديلة للكمية المرفوضة(١).

٢ - يلتزم المورد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لاخطاره، وإذا تأخر عن تلك المدة تتحصل منه مصاريف تخزين لصالح الجهة الإدارية بواقع ٢٪ من قيمة هذه الأصناف عن كل أسبوع أو جزء منه، ولمدة أقصاها أربعة أسابيع. فإن انتهت تلك المدة دون سحب الأصناف المرفوضة تتولى الجهة الإدارية بيعها لحساب المورد مقيدة فى ذلك بإتباع إجراءات اللائحة، وتخصم من ثمن البيع ما يكون مستحقاً لها من مصروفات تخزينية وخلافه باعتبار أن اللفظ ورد عاماً غير قاصر على مصروفات التخزين فقط.

وقد قضى فى هذا الصدد بأنه إذا قررت لجنة الفحص رفض صنفا من الأصناف يتم اخطار المتعهد بذلك كتابة ليتولى سحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اخطاره وإذا تأخر فى سحبها فإنه يكون ملزما

---

(١) افتاء الجمعية العمومية - ملف رقم ٢٧٤٤/٢/٣٢ - جلسة ١٩٩٧/٤/٣٠ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - الجزء ٤٩ - ص ٤٠٨.

بأن يؤدى للجهة الإدارية مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف المرفوضة عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولمدة أقصاها أربعة أسابيع، وإذا كان الثابت من الأوراق أن الشركة المدعى عليها قد امتنعت عن سحب الأصناف المرفوضة والتى مازالت موجودة بمخازن الهيئة المدعية ولم تتصرف فيها فإنه يتعين الزام الشركة المدعية بسحبها وأداء مصاريف التخزين المستحقة عنها بالنسبة وبالحدود المقررة قانوناً[١].

ولا يدخل فى حساب مدة التأخير مدة الأيام السبعة المقررة لسحب الأصناف المرفوضة بغير حساب مصروفات التخزين.

الفصل فى الخلافات حول نتيجة الفحص:

أناطت المادة (١٠٠) من اللائحة التنفيذية المشار إليها[٢] بالسلطة المختصة مهمة الفصل فى الخلافات التى تنشأ بين الموردين ولجان الفحص من جهة، أو بين أعضاء لجنة الفحص أنفسهم، ولهذه السلطة فى سبيل الوصول إلى ذلك أن تسترشد برأى لجنة فحص أخرى أو الرجوع إلى الجهة التابع لها المندوب الفنى.

ويقصد بلجنة الفحص الأخرى اللجنة التى يتم تشكيلها بمعرفة السلطة المختصة لهذا الغرض.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٤٤٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ٢٠٠٥/١/١٦ - الاشارة السابقة، وفى ذات المعنى حكمها فى الدعوى رقم ٧٩٥٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ٢٠٠٥/١/١٦ - لم ينشر بعد، وحكمها فى الدعوى رقم ٩٦٢٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ٢٠٠٥/١/١٦ - لم ينشر بعد.

(٢) تنص المادة (١٠٠) من اللائحة التنفيذية المشار إليها على أنه: تفصل السلطة المختصة فى الخلافات التى تنشأ بين الموردين ولجان الفحص أو بين أعضاء لجان الفحص أنفسهم، ولها أن تسترشد فى ذلك برأى لجنة فحص أخرى أو الرجوع إلى الجهة التابع لها المندوب الفنى.

وفى الواقع فإن مسئولية السلطة المختصة فى هذا الصدد ذات أهمية قصوى لأنها تتعلق بمدى قبول الأصناف الموردة من حيث مدى مطابقتها الكاملة للمواصفات ومدى تحقيقها للغرض المطلوب من أجله، أو قبولها بنسبة خصم أو رفضها.

الخلاصة:

وخلاصة ما تقدم فإن دور لجنة الفحص ينتهى بانتهاء إجراءات فحص الأصناف على النحو المتقدم والتوصية بقبول الأصناف الموردة. كما تنتهى عملية الاستلام النهائى للأصناف المشار إليها بصدور قرار من السلطة المختصة بالموافقة على ما أوصت به لجنة الفحص، ويترتب على صدور هذا القرار آثار هامة[1] أخصها تحمل الإدارة تبعة هلاك تلك الأصناف، وأحقية المورد فى اقتضاء ثمنها وذلك على نحو ما سيرد تفصيلا فى الفصل الرابع من هذا الباب.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١١٧٤ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٦١/٦/٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥. ص ٢٥٤.

الفصل الثالث

امتيازات الإدارة فى مواجهة المورد

تمهيد وتقسيم:

يتميز العقد الإدارى عن العقد المدنى بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. ومن أجل ذلك فإن الإدارة تتمتع تجاه المتعاقد معها بمجموعة فريدة من الامتيازات والسلطات من خلال أكثر العناصر المميزة للعقد الإدارى وهو عنصر الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى مجال روابط القانون الخاص.

ومن أبرز الامتيازات والسلطات التى تتمتع بها جهة الإدارة فى مجال عقد التوريد سلطة الرقابة والتوجيه فى تنفيذ العقد، كما تنفرد بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، وتتمتع أيضاً بسلطة توقيع الجزاء على المورد فى حالة اخلاله بتنفيذ العقد.

ولإيضاح مضمون كل سلطة من هذه السلطات، نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وذلك على النحو التالى:

المبحث الأول: سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد.

المبحث الثانى: حق الإدارة فى تعديل عقد التوريد.

المبحث الثالث: سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المورد.

المبحث الأول

سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد

تمهيد وتقسيم:

تعد سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المتعاقد من أهم سلطاتها فى العقد الإدارى بصفة عامة، فالإدارة تعمل دوماً على مراقبة المتعاقد معها والتحقق من مدى التزامه بتنفيذ شروط العقد، ومن ثم فهى تصدر له من التوجيهات والأوامر والتعليمات ما هو ضرورى لحسن التنفيذ، ويعبر الأستاذ/ لوبادير عن هذا المعنى بأن الإدارة تظل دائماً سيدة العقد بفرض توجيهاتها على المتعاقد معها(١).

وتبرز أهمية تلك السلطة بحسب درجة اتصال العقد بالمرفق العام، حيث يتحدد مضمونها ومجال مباشرتها على ضوء مدى صلة العقد بالمرفق العام.

وإذا كانت صلة عقد التوريد بالمرفق العام تتمثل فى المساهمة فى تسيير هذا المرفق، فما هو مفهوم سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد، وما هى حدود تلك السلطة، وما هو الأساس القانونى الذى ترتكز عليه هذه السلطة.

والاجابة على هذه التساؤلات تستلزم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم وحدود سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد.

المطلب الثانى: الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد.

---

(١) A.DE LAUBADERE - traite elementaire de droit administratif- 1953 - op. cit., p. 438.

ويقول حرفيا:
l'administration qui lui permet de Rester toujours le maitre du contrat en imposant ses directives à son cocontractant.

المطلب الأول

مفهوم وحدود سلطة الإدارة

فى رقابة وتوجيه المورد

أولا: مفهوم سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد:

يتخذ مفهوم هذه السلطة معنيان:

الأول: وهو المعنى الضيق حيث يتحدد مفهوم سلطة الرقابة فى مجرد التحقق من قيام المورد بتنفيذ العقد طبقاً للشروط المتفق عليها، ووفقا لهذا المعنى تكون سلطة الرقابة مرادفة لمعنى الاشراف surveillance، وتمارس الإدارة هذه السلطة عن طريق إيفاد مندوبيها إلى مقر المورد لإجراء الاختبارات اللازمة على المواد التى يقوم بتوريدها للتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها، وإلى أن كل شئ يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام، ويكون تدخل الإدارة فى هذه الحالة مكملا لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم. أما الثانى وهو المعنى الواسع للرقابة فهو أوسع بكثير من المعني الضيق وغير مألوف فى عقود القانون الخاص، حيث يتجاوز مجرد الاشراف ويسمح للإدارة بالتدخل فى أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض تلك الأوضاع وذلك فى غير الحالات المنصوص عليها فى العقد. ومن ذلك مثلا تدخل الإدارة وطلب استعمال طريقة فى التنفيذ غير تلك التى يلجأ إليها المتعهد وذلك على نحو تصبح معه الرقابة بمثابة توجيه direction للمتعاقد(١).

وفى هذا الاطار يجب ألا تختلط سلطة الرقابة والتوجيه بسلطة الإدارة فى تعديل العقد بإرادتها المنفردة، فالإدارة تمارس سلطتها فى الرقابة بالتدخل فى مجال مسكوت عنه فى العقد كتحديد المواد المستخدمة فى التنفيذ إذا لم ينص عليها فى العقد، فى حين تمارس سلطتها فى التعديل لتغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها فى العقد(٢).

---

(١) يراجع: د. محمد سعيد حسين أمين - رسالة - المرجع السابق - ص ٣١٢.

(٢) يراجع: د. عادل عبد الرحمن خليل - المرجع السابق، ص ٢٨٨.

كما يجب ألا تختلط سلطة الإدارة فى الرقابة والتوجيه بسلطتها فى الضبط الإدارى، حيث تباشر الإدارة سلطتها الأخيرة بهدف المحافظة على النظام العام ويقترن تطبيقها بفرض جزاءات جنائية على من يخالفها. وبالتالى لا يجوز للإدارة - كمبدأ عام - أن تستفيد من سلطتها فى اتخاذ إجراءات الضبط الإدارى لتفرض على المورد اجراءات وتدابير بوليسية مصحوبة بجزاءات جنائية.

ثانيا: حدود سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد:

تتفاوت سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد بحسب نوع عقد التوريد، فالرقابة فى عقود التوريد العادية لا تكون بذات القوة والصرامة كما هو الحال فى عقود التوريد الصناعية أو عقود التوريد الحربية وذلك بالنظر لتفاوت أهمية تلك العقود من ناحية، وعلى ضوء حجم تدخل المورد فى عملية التصنيع ذاتها من ناحية أخرى، وذلك على التفصيل التالى:

١- حدود سلطة الإدارة فى الرقابة والتوجيه فى عقود التوريد العادية:

الأصل فى هذا النوع من العقود أن المورد يستقل بطريقة التنفيذ ما لم ينص على خلاف ذلك. ويترتب على ذلك أن رقابة الإدارة تقتصر على مجرد فحص الأصناف الموردة لبيان مدى مطابقتها للمواصفات المتفق عليها ثم استلامها نهائياً. وهى رقابة لاحقة تستمدها جهة الإدارة من حقها فى التأكد من تنفيذ المورد لالتزامه بالتوريد طبقا للمواصفات.

غير أن الإدارة تستطيع أن تحتفظ لنفسها بالحق فى الاشراف على المورد أثناء فترة التنفيذ بشرط النص على ذلك صراحة فى العقد أو دفاتر الشروط الملحقة بها(١).

وأهم ما يمكن ملاحظته فى هذا الصدد أن رقابة الإدارة على المورد فى

---

(١) جيز - المرجع السابق، ص ٤٣٢.

عقود التوريد العادية لا تتجاوز معنى الاشراف، كما أنها رقابة ذات مصدر تعاقدى حيث ينبغى النص عليها فى العقد.

٢- حدود سلطة الإدارة فى الرقابة والتوجيه فى عقود التوريد الصناعية:

تمارس الإدارة سلطتها فى الرقابة والتوجيه فى هذا النوع من العقود علي نحو دقيق وصارم، حيث تعتبر سلطة الرقابة والتوجيه هى جوهر هذا العقد، أو كما أشار الأستاذ André Homont إلى أن عقود التوريد الصناعية تستدعى الرقابة الدائمة من الإدارة على التصنيع ذاته بسبب تقنيتها الخاصة(١) خاصة إذا ما كان العقد مرتبطاً بالجهود الحربية.

وفى فرنسا حرصت كراسة الشروط العامة المتعلقة بتوريدات الحرب على تنظيم سلطة الإدارة فى هذه العقود بالنص فى المادة (١٦) منها على حق الإدارة فى مراقبة كافة تفاصيل تصنيع المواد أو الأشياء أو تصنيع المعدات، من خلال من ينتدبهم الوزير المختص لهذا الغرض، ويكون لهم الحق فى دخول مصانع المورد صباحا أو ليلا للقيام بكافة المراجعات والاختبارات التي يرونها لازمة، كما يحق لهم أخذ عينات أو أشياء مصنوعة فى أى وقت كان وفى الوضع الذى تكون عليه هذه الأشياء ما لم يتعلق الأمر بمنتجات مسجلة باسم المورد، ويلتزم المورد فى كافة الأحوال بتقديم جميع المعلومات التى يطلبها رجال الإدارة بخصوص تنفيذ العقد(٢).

كذلك الأمر بالنسبة لتوريدات البحرية، حيث تنص المادة ٤٧ من كراسة

---

(١) André Homont: op. cit., p. 12.

(٢) Le C.C.G (fournisseur) de la guerre, Art 16: "L'administration a le droit de faire surveiller tous les détails de la fabrication des matiéres ou objets et de la confection des effets toutefois, ... cette surveillance est exercée par les personnes que le Ministre commet à cet effet. Celles - ci ont libre accés de jour et de nuit dans les usines et les ateliers de l'entrepreneur - elles peuveut procéder à toutes les vérifications et a toutes les expériences qu'elles jugent nécessaires...

الشروط العامة السارية على عقود التوريد للقوات البحرية على أن تمارس الإدارة هذه الرقابة بالدخول إلى ورش ومواقع المورد بمعرفة ضباط وموظفين مهمتهم التأكد من النوعية الجيدة للمواد المستخدمة والعناية بالتصنيع، ورغم ذلك، يظل المورد مسئولا عن تنفيذ التوريد فيما يتعلق بالمتانة وحسن التصنيع وحسن التشغيل، وإذا تبين عند الاستلام أن الأصناف الموردة غير مطابقة للمواصفات فإن المورد لا يستطيع أن يحتج بسبق ممارسة القوات البحرية للرقابة حال تصنيع الأصناف المرفوضة(١).

كما أشارت المادة ٤٩ من كراسة الشروط العامة المشار إليها إلى اتخاذ ذات الإجراءات والوسائل بخصوص رقابة ضباط البحرية وموظفيها على عمليات التصنيع التى تتم بمعرفة المورد من الباطن(٢).

سلطة الرقابة فى عقود التحويل:

فى هذا النوع من العقود تقوم الإدارة بتسليم المورد مواد أولية لتحويلها إلى مادة أخرى وتباشر الإدارة سلطتها فى الرقابة على عقود التحويل من خلال إجراءات مغايرة إلى حد بعيد للوسائل والإجراءات السابق ذكرها، حيث تخشى الإدارة اختلاس المورد للمواد المسلمة إليه بقصد تحويلها، لذلك فإنها تلجأ إلى أسلوب الكفالة le versement حيث تلزم المورد بدفع كفالة تساوى قيمة الحد

---

(١) Les C.C.G de la Marine Art. 47: citte sur veillance est exercée dans les ateliers et chantiers du fournisseur par un officier et des agents placés sous ses ordres, qui s'assurent de la bonne qualité des matériaux employés et des soins apportés à la Fabrication.... le fournisseur conserve la Responsabilité de l'exécution de la fourniture pour tout ce qui concerne la solidité, la bonne confection et le bon fonctionnement. Les Parties de la fourniture, Reconnues défectueuses au moment de la recette peuvent, en consequence, être Rebutées sans que le fournisseur ait le droit d'invoquer, pour leur maintien la surveillance exercée par la Marine.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: جيز - المرجع السابق ص ٤٣٧.

الأقصى لكمية المواد المسلمة إليه، وفى حالة فسخ العقد يلتزم المورد برد هذه المواد أو دفع قيمتها محسوبة على أساس سعر السوق[١]. كما تحرص الإدارة على النص فى عقود التحويل على عدم جواز رهن المواد المشار إليها أو التنازل عنها أو استعمالها فى أغراض أخرى سوى تنفيذ العقد.

وإذا كان ما تقدم هو نوع من الرقابة الفنية فى مراقبة عمليات التصنيع والاشراف الفنى على المواد المستخدمة فيها، فإن الإدارة تمارس رقابتها المالية على المورد في عقود التوريد الصناعية بهدف التأكد من سلامة اقتصاديات المشروع حيث يتولي مندوبو الإدارة المختصين الاطلاع على كافة الدفاتر والمستندات التى يمسكها المورد. وعلى الصعيد الإدارى تمارس الإدارة سلطتها فى الرقابة على النواحى الإدارية على المورد سواء فيما يتعلق باستخدامه لموظفين أو عمال فى مصانعه[٢]، أو مراقبة سير العمل وذلك بهدف متابعة مدى التزام المورد بالتنفيذ خلال المدد المتفق عليها.

وأياً ما كان الأمر، فإنه ينبغى الاشارة إلى أن سلطة الإدارة فى رقابة المورد ليست سلطة مطلقة، بل لها حدود لا تتجاوزها، إذ مهما اتسعت هذه السلطة فى مواجهة المورد، فإنه لا يجوز استعمالها لتحقيق غرض لا صلة له بتسيير المرفق العام، وإلا كان تصرفها مشوباً بإساءة استعمال السلطة[٣].

---

(١) جيز - المرجع السابق - ص ٤٤٠.

(٢) JULIEN LE CLERE, op. cit., p. 106.

(٣) انظر: د. عادل عبد الرحمن خليل - المرجع السابق ص ٢٨٧.

المطلب الثانى
الاساس القانونى لسلطة الإدارة
فى رقابة وتوجيه المورد

ثمة حقيقة ينبغى الاشارة إليها ابتداء هى أن ممارسة الإدارة لسلطتها فى رقابة وتوجيه المورد ليست هدفاً فى ذاته، بل هى مجرد وسيلة أو أداة من الأدوات التى تتسلح بها جهة الإدارة وهى بصدد تنفيذ عقد التوريد بغرض الوفاء بمتطلبات النفع العام.

وعلى ضوء تلك الحقيقة، يبدو من الأهمية بمكان تحديد الأساس القانونى الذى تستند إليه الإدارة عند ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه فى مواجهة المورد.

يشير الفقه[١] فى هذا الصدد إلى أن الأساس القانونى لتلك السلطة يتمثل فى ثلاثة مصادر هى المصدر العقدى، والمصدر التشريعى، وأخيراً المصدر الذى ينتمى إلى فكرة النفع العام.

ويقتضى البحث القاء المزيد من الضوء على المصادر المشار إليها، وبيان موقف القضاء من هذه المصادر.

أولا: العقد كمصدر لسلطة الإدارة فى الرقابة والتوجيه:

ومضمون هذا المصدر أن العقد يعد أساساً قانونياً تستند إليه جهة الإدارة عند ممارستها لسلطتها فى رقابة وتوجيه المورد، حيث تحرص على تضمين عقد التوريد أو دفاتر الشروط الملحقة بها نصوص تنظيم هذه السلطة. فالأصل فى عقود التوريد العادية أن المورد يستقل بتحديد طريقة التنفيذ، وإن أرادت جهة الإدارة الاحتفاظ لنفسها بالحق فى الاشراف على المورد أثناء فترة التنفيذ فإنه يتعين عليها تضمين العقد نصا يسمح بذلك[٢].

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين - رسالة، المرجع السابق، ص ٣١٧.

(٢) جيز: المرجع السابق - ص ٤٣٢، وفى ذات المعنى جولين لكلير، المرجع السابق، ص ١٠٤.

وبالنسبة لعقود التوريد الصناعية فقد سبق وأن أشرنا إلى أن دفاتر الشروط العامة السارية فى فرنسا على عقود التوريد الحربية وعقود توريد القوات البحرية قد تضمنت العديد من النصوص المنظمة لسلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد علي نحو دقيق وصارم، الأمر الذى يستفاد منه أن درجات الرقابة على المورد تتفاوت بحسب نوع العقد وما إذا كان من عقود التوريد العادية أو عقود التوريد الصناعية.

ويشير بعض الفقه إلى أنه ولئن كان عقد التوريد يعد مصدراً أساسياً لالتزام المورد بالخضوع لرقابة الإدارة وتوجيهها، فإن ذلك يعد مظهراً واضحاً من مظاهر الرضائية فى مجال تنفيذ العقد الإدارى، دون أن تؤثر تلك الرضائية على استقلال جهة الإدارة بتحرير نصوص العقد وخاصة النصوص المتضمنة لسلطات الرقابة على المورد واقتصار دور هذا الأخير على قبولها[١].

ثانيا: التشريع كمصدر لسلطة الإدارة فى الرقابة والتوجيه:

قد يتدخل المشرع فى أحوال كثيرة بدافع المصلحة العامة ويمنح الإدارة سلطات واسعة فى الرقابة على المورد أثناء تنفيذ العقد، وفى هذه الحالة يعد التشريع المنظم لهذه الرقابة هو الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى رقابة المورد وتوجيهه.

وعلى سبيل المثال فقد نظم المشرع الفرنسى فى تقنين عقود الشراء الصادر عام ١٩٩٦ كيفية ممارسة جهة الإدارة لسلطتها فى الرقابة والتوجيه حيث رخصت المادة ٢٠٢ من هذا التقنين للوزراء كل فى حدود اختصاصه اصدار القرارات اللازمة لممارسة سلطة الرقابة على المتعاقد[٢]. كما تناولت المادة

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

(٢) Art 202: Les marchés, Avenants et décisions de poursuivre sont soumis, en dehors des contrôles institués par le présent titre, à des contrôles fixés par chaque ministre soit par un arrêté général, soit par des décisions prises pour chaque service ou chaque catégorie de marché portant sur une même nature de... fournitures ou de service et concernant la préparation, la passation et l'exécution des marchés.

٢٢٣ من ذات التقنين أحكام الرقابة المالية على المورد فيما يتعلق بسعر التكلفة حيث ألزمته بتقديم الوثائق والمستندات الفنية والمحاسبية الخاصة بسعر تكلفة الأداءات محل العقد، وألزمته كذلك بتسهيل مهمة مندوبى جهة الإدارة فى فحص تلك المستندات بهدف التأكد من سلامتها(١).

وفى مصر خلا القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية من ثمة نص يتعلق بتنظيم سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد أثناء تنفيذ العقد، واقتصرت اللائحة المشار إليها على بيان الرقابة اللاحقة على التوريد المتمثلة فى الفحص والاستلام(٢).

ثالثا: فكرة المرفق العام كأساس قانونى لسلطة الرقابة والتوجيه:

يدق الأمر حينما يخلو عقد التوريد والنصوص التشريعية المنظمة له من ثمة نص يجيز لجهة الإدارة ممارسة سلطتها فى رقابة وتوجيه المورد، فهل تستطيع جهة الإدارة فى هذه الحالة ممارسة تلك السلطة، وإذا كانت الاجابة على هذا التساؤل بالايجاب فما هو الأساس القانونى الذى تستند إليه جهة الإدارة فى ممارستها لتلك السلطة؟ ذهب الأستاذ لوبادير(٣) فى معرض الاجابة على

---

(١) Art 223:
Les entreprises titulaires de marchés fournissent au service contractant, si celui-ci en fait la demande, tout renseignement sur les éléments techniques et comptables du prix de Revient des prestations qui font l'objet du marché. Lesdites entreprises ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification eventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude de ces renseignements par les agents de l'administration.

(٢) راجع ما سبق ص ٣٩٥ من الرسالة.

(٣) انظر:لوبادير - المرجع السابق - ص ٤٣٩ حيث يقول:
L'administration est seule juge de l'intérét général et par conséquent de la maniére dont le contrat doit être exécuté pour que soient Réalisées au mieux les exigences du service public. existe de plein droit même s'il n'y est pas fait allusion dans le contrat.

هذه التساؤلات إلى أن الإدارة تستطيع ممارسة هذا الحق حتى إذا لم يشر إليه فى العقد، فهو حق مقرر لها بقوة القانون، وأن الأساس القانونى لهذا الحق هو الصالح العام، باعتبار أن الإدارة هى وحدها قاضى المصلحة العامة juge de l'intérêt général وبالتالى هى التى تقرر الطريقة التى يجب تنفيذ العقد بها لكى تتحقق بأحسن وجه اشتراطات المرفق العام.

والاتجاه الغالب فى الفقه يميل - وبحق - إلى الاعتراف بسلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد فى حالة عدم وجود نص صريح فى العقد أو التشريع يقضى بذلك، فاتصال العقد بالمرفق العام يعد مظهراً من مظاهر الخصائص الذاتية للعقود الإدارية فى مجال تنفيذها، وتكفل هذه الخصائص لجهة الإدارة ممارسة سلطة الرقابة دون حاجة إلى نص عقدى أو تشريعى(١).

موقف القضاء من الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى الرقابة والتوجيه:

اعتنق قضاء مجلس الدولة فى مصر - منذ زمن بعيد - الاتجاه الغالب فى الفقه والذى يشير إلى أن الخصائص الذاتية للعقود الإدارية تكفل لجهة الإدارة ممارسة سلطة رقابة وتوجيه المورد دون حاجة إلى نص فى العقد أو القانون.

وقد عبّرت محكمة القضاء الإدارى عن هذا المعنى بقولها أن كفتى المتعاقدين فى العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شئ تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين فى تطبيقه وتفسيره وفى إنهائه، ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى مراقبة تنفيذ العقد... طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك، وقد استقر الرأى على أن علاقة المتعاقدين فى

---

(١) د. سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٤١٣، د. محمد سعيد حسين أمين - رسالة - المرجع السابق ص ٣٤٠، د. عادل عبد الرحمن خليل - المرجع السابق - ص ٢٨٦.

العقود الإدارية لا تستند إلى شروط العقد فقط وإنما تخضع للسلطة العامة فى توجيه المرفق وتنظيمه(١).

كما قررت فى حكم آخر إلى أن فكرة الصالح العام هى التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإدارى، ويترتب عليها أن للإدارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقد(٢). بل ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك حيث قضت بأن شروط العقد الموضوعة هى مظهر لإرادة لها سلطة الزام من يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها، وهذا القانون - وهو دستور العقود الإدارية - يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد، وسلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، وهى تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام(٣).

وخلاصة ما تقدم أن القضاء الإدارى فى مصر اعترف بحق جهة الإدارة فى ممارسة سلطتها فى رقابة وتوجيه المتعاقد معها دون حاجة إلى نص أو تشريع يقرر لها هذا الحق، وتجد هذه السلطة أساسها القانونى فى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية بصفة عامة، وهى سلطة أصيلة تتمتع بها جهة الإدارة ولاتملك التصرف فيها باختيارها أو التنازل عنها، وكل ما فى الأمر أن درجات الرقابة تتفاوت وفقاً لمدى صلة العقد بالمرفق العام.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق - جلسة ١٩٥٢/١٢/٢ - سبقت الإشارة إليه.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢١٣ لسنة ٤ ق - جلسة ١٩٥١/١٢/٢٦ سبقت الاشارة إليه. وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٥/١/٢٤ سبقت الاشارة إليه.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق - جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ - سبقت الإشارة إليه.

المبحث الثانى

حق الإدارة فى تعديل عقد التوريد

إن جوهر الرابطة التعاقدية هو التزام المتعاقد بكل ما ينص عليه العقد، فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ والاذعان له فى كل ما يحتويه. فالعقد بالنسبة لهما وفى حدود تنظيم العلاقات التى يحكمها كالقانون، فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه ولا تعديله، ما لم يصرح له الاتفاق أو القانون بذلك، وهذا هو المبدأ الأساسى العام فى مجال عقود القانون الخاص والذى يطلق عليه القوة الملزمة للعقد[١] effet obligatiore du contrat.

بيد أن ارتباط العقد الإدارى بالمصلحة العامة أدى إلى التضييق من نطاق هذا المبدأ، فالمصلحة العامة هى دائما دافع الإدارة للتعاقد، تلك المصلحة تتميز بعدم الثبات حيث تتغير مع تغير الوقت ومع تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية فى المكان، ومع الاكتشافات المستمرة فى مجال العلم والاختراعات الحديثة، ومن ثم فإن تعديل العقود الإدارية يبدو ضرورة لإمكان مواصلة تحقيق أغراض المصلحة العامة[٢].

وبين التمسك بحرفية مبدأ القوة الملزمة للعقد، وبين الدفاع عن فكرة المصلحة العامة، انقسم الفقه الإدارى[٣] - قديما - بين منكر لحق الإدارة فى

---

(١) وقد ورد النص على هذا المبدأ فى المادة ١/١٤٧ من القانون المدنى والتى تنص على أن: العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون»، أما القانون المدنى الفرنسى فقد جاءت المادة ١١٣٤ بالنص على أن: الاتفاقات المبرمة على نحو شرعى تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أجروها.

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤١٤.

(٣) لمزيد من التفاصيل حول مدى جواز تعديل العقد الإدارى - بصفة عامة - بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة: راجع البحث القيم للأستاذ A.DE LAUBADERE بعنوان:- Du Pou-voir de l'Administration d'imposer unilatérale ment des change ments Aux dispositions des contrats. المنشور بمجلة R.D.P. - يناير -=

تعديل العقد الإدارى وبين مؤيد له، وحتى أولئك المؤيدون لهذا الحق أنكروا حق الإدارة فى تعديل عقد التوريد على وجه الخصوص، استناداً إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد والذى لم يقر بهذا الحق لجهة الإدارة، على أساس التفرقة بين العقود التى تتضمن مساهمة المتعاقد مباشرة فى تسيير المرفق، وتلك التى يكون محلها مجرد توريد وسائل المرفق، وفى الأولى للإدارة تعديل التزامات المتعاقد لأنها لا تفعل سوى استعمال سلطاتها بالنسبة للمرفق، أما فى الثانية فليس لها هذه السلطة إلا عندما يكون التوريد نتيجة لاستعمال اختصاصها فى اعادة تنظيم المرفق(١). كما قرر الفقيه «جيز» بأنه ليس هناك ما يدعو فى عقود التوريد إلى أن تكون سلطة الإدارة فى التعديل بمثل الاتساع أو القوة كما هو الشأن بالنسبة لعقود الامتياز أو عقود الأشغال(٢). وقد انضم بعض الفقه المصرى إلى هذا الاتجاه حيث قرر الأستاذ الدكتور مصطفى كمال وصفى أن الإدارة لا تملك حق تعديل عقد التوريد بصفتها متعاقدة، ولكنها تملك هذا الحق بصفتها سلطة عامة فى مواجهة فرد من الأفراد(٣).

على أنه ودون الدخول فى تفاصيل الخلاف الذى أثير قديما حول حق الإدارة فى تعديل العقد الإدارى بإرادتها المنفردة يمكن القول بأن الفقه الغالب فى فرنسا

= مارس ١٩٥٤ - ص ٢٣. وراجع أيضاً: جيز - المرجع السابق ص ٢١٩ ومابعدها. وفى الفقه العربى راجع د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق ص ٦٢ ومابعدها، د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٤١٥ ومابعدها.

(١) C.E. 10-1-1902 Compagnie nouvelle du gaz de deville- les - Rouen, Rec. p. 5.

وفى التعليق على هذا الحكم انظر مارسون لون - بروسبيرفى - جى بريبان - أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى - ترجمة د. أحمد يسرى - المرجع السابق ص ٥٧.

(٢) انظر فى عرض هذا الرأى: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٤١٦.

(٣) د. مصطفى كمال وصفى: حول سلطة الإدارة فى تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة - مقال منشور بمجلة العلوم الإدارية - السنة الثالثة عشر - العدد الأول - ابريل سنة ١٩٧١ - ص١٥٨.

ومصر يؤيد سلطة الإدارة فى التعديل الانفرادى لعقودها الإدارية، على أساس صلة العقد بالمرفق العام(١).

وفيما يتعلق بهذه السلطة فى نطاق عقود التوريد فقد كان الشائع حتى وقت قريب أن الإدارة تمارسها فى أضيق نطاق على أساس أن صلة التوريد بالمرفق العام ليست بذات قوة صلة عقدى الالتزام والأشغال العامة به، إلا أنه مع ظهور عقود التوريد الصناعية وانتشارها، كما هو الشأن فى عقود توريد التسليح الحربى وغيرها، فقد اعترف الفقه الحديث بحق الإدارة فى تعديل عقود التوريد بإرادتها المنفردة(٢).

وقد اعترف المشرع الفرنسى بهذا الحق للإدارة وهو المعني المستفاد من حكم المادة ٢٨ من المرسوم الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٥٣ والتى تنص على أنه: إذا ما حدث أثناء التنفيذ أن حجم الأشغال أو التوريد قد عدل بأمر مصلحى وبصورة تتعدى الحدود المذكورة فى العقد.....».

أما فى مصر فقد ورد النص صراحة على هذا الحق فى المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتى تنص على أنه:

«يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود (٢٥٪) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض ويجوز فى حالة الضرورة الطارئة بموافقة المتعاقد تجاوز النسبة المقررة.....».

كما كان - ومازال - قضاء مجلس الدولة المصرى أكثر وضوحاً فى الاعتراف بحق جهة الإدارة فى تعديل عقود التوريد بإرادتها المنفردة حتى فى حالة خلو العقد من ثمة نص يتيح لها مباشرة هذا الحق. وقد عبرت محكمة القضاء الإدارى عن هذا المعنى بقولها: إن سلطة الإدارة فى تعديل العقد

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر: د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق ص ١٢٣.

(٢) د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ٤٦٤.

الإدارى هى من أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنيـة، ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها(١) على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن حق الإدارة فى تعديل عقود التوريد بإرادتها المنفردة من أخطر الامتيازات المقررة لها فى مواجهة المورد، وهو ما يستلزم تحديد مضمون هذا الحق وحدوده، والأساس القانونى الذى يستند إليه، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مضمون حق التعديل وحدوده.

المطلب الثانى: الأساس القانونى لحق التعديل.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/١٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - ص ٩٠. وفى ذات المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق - جلسة ١٩٦٨/٣/٢ - مجموعة المكتب الفنى السنة ١٣- ص٦٢٥ - وحكمها فى الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ - المجموعة - السنة الثانية - ص ٩٣٧، وحكمها فى الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨ - المجموعة - السنة ٣٧ ص ١٣٢٧.

المطلب الأول

مضمون حق التعديل وحدوده

أولا: مضمون حق التعديل:

تمارس الإدارة حقها فى تعديل عقد التوريد بإرادتها المنفردة كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، ويرد هذا الحق على كميات أو حجم العقد، كما يرد على طرق ووسائل التنفيذ، أو مدة التنفيذ، وذلك بحسب طبيعة العقد ذاته، وبحسب طبيعة الأداءات المطلوب تنفيذها.

١- التعديل فى كميات أو حجم العقد:

تستطيع الإدارة أن تزيد أو تخفض من الكميات المتعاقد على توريدها، وتمارس الإدارة تلك السلطة حتى فى حالة سكوت العقد، فتفرض ما تراه فى تنفيذ العقد محققاً للمصلحة العامة، على أن تكون تلك التعديلات من ذات طبيعة الأداءات الأصلية المتفق عليها، فالأمر لا يعدو سوى أن يكون تعديلا فى مظهر الكم وحده(١).

وهكذا يجد المورد نفسه ملتزماً بالاستجابة دائماً لأوامر الإدارة بإجراء التعديل اللازم سواء بالزيادة أو النقصان، وليس له أن يتراخى أو يمتنع عن التنفيذ، مادام أنه سيتم تعويضه عن الأضرار التى قد تلحقه من جراء هذا التعديل.

وقد التزم مجلس الدولة الفرنسى هذا النظر بصدد نزاع يتعلق بعقد توريد عدد (٨) كاسحات ألغام، حيث قضى بأن وزير الحربية لم يلجأ إلى تخفيض الكميات المتعاقد عليها حيث اكتفى بأربع كاسحات، إلا بسبب نهاية القتال، وتخفيض احتياجات البحرية تبعاً لذلك(٢).

---

(١) يراجع فى ذلك:د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٢) C.E. 6/6/1930, Soc, des Chantiers Maritimes du midi, Rec. p. 610.

وتسير محكمة القضاء الإدارى فى ذات الاتجاه حيث قضت بأن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرداتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المورد على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد، فتزيد من أعباء الطرف الأخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل، من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين(١).

وبناء على ما تقدم فإن المستقر عليه الآن هو حق الإدارة فى تعديل كميات أو حجم عقود التوريد بالزيادة متى اقتضت مصلحة المرفق العام ذلك، أو بالنقصان إذا ما قدرت عدم احتياجها لتوريد باقى الأصناف المتعاقد عليها.

٢- التعديل فى شروط وطرق تنفيذ العقد:

الأصل فى عقود التوريد العادية أن المورد يستقل بتحديد شروط وطرق تنفيذ العقد، غير أن ذلك لا يمنع الإدارة من ممارسة حقها فى تعديل هذا النوع فى العقود، وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا ما استعمل وزير الصحة الرخصة المخولة له بمقتضى القانون، وأصدر قراراً بالمواصفات الخاصة بالألبان ومنتجاته، وجب على المدعى توريد اللبن طبقاً لهذه المواصفات، ولو كان القرار الصادر بهذه المواصفات قد حدد بعد تعاقده، وكانت النسبة المحددة به للدسم والمواد الصلبة مرتفعة عما تعاقد عليه، وذلك لأنه كان يعلم عند تعاقده أن هذه النسب عرضة للتعديل، ولا يكون له حق في طلب الحكم بإنفساخ عقده(٢).

---

(١) حكمها فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق - جلس ١٩٥٧/٦/٣٠ - سبقت الاشارة إليه، وفى ذات المعنى - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - الجزء ٣٥- ص٣٦٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٩٠ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٥٤/٣/٨ - المجموعة - السنة الثامنة - ص ٨٨٠.

وفى حكم أكثر دلالة على حق الإدارة فى تعديل شروط التنفيذ قضى بأنه: يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من هذه الشروط وفق ما تراه متفقاً مع المصلحة العامة، وهو ما فعلته جهة الإدارة المطعون ضدها حين طلبت من الطاعن توريد كميات اضافية من الشعير خلال ثلاثة عشر يوما من تاريخ الاخطار تعادل ٣٠٪ من الكمية الأصلية المتعاقد عليها وبذات الأسعار للحاجة إليها دون التقيد بمهلة العشرين يوما التى كانت مقررة بالنسبة لتوريد الكمية الأصلية فلا تثريب عليها إن فعلت ذلك بحكم الطبيعة الخاصة التى تحكم العقد الإدارى(١).

وتعد عقود التوريد الصناعية المجال الخصب الذى تباشر الإدارة فيه حقها فى التعديل بإرادتها المنفردة ونلمح صدى لاهتمام المشرع الفرنسى فى هذا الشأن بما أورده فى المادة (٤٦) من دفتر الشروط العامة لعقود التوريد الصناعية التى تبرمها إدارات الدفاع الوطنى الصادر فى ١٩ يناير عام ١٩٥٥ حيث احتفظ للإدارة بحق إجراء التعديلات المختلفة أثناء تنفيذ العقد، فلها أن تفرض على المورد تعديلات ذات طبيعة فنية، ويجب على المورد عندما تصله أوامر الإدارة المتضمنة هذه التعديلات، أن يشرع فى تنفيذها فوراً، وله خلال خمسة عشر يوماً أن يتقدم بتحفظاته إن كان لها مقتضى(٢).

٣- التعديل فى مدة التنفيذ:

ويقع التعديل فى هذه الحالة على المدة المتفق على تمام التوريد خلالها، سواء بتقصيرها أو تمديدها، وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل، ومن ذلك مثلا أن تطلب الإدارة من المورد تقصير مدة توريد مواد الاعاشة للمناطق العسكرية بسبب دواعى الأمن القومى، كما يمكن لها إطالة هذه المدة بسبب نفاذ الاعتمادات المالية، أو تكليف المورد بتوريد كميات اضافية ورأت

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨ - سبقت الإشارة إليه.

(٢) يراجع فى ذلك: د. على عبد العزيز الفحام - المرجع السابق ص ٤٧١.

الإدارة أن أمر التكليف قد صدر فى وقت لا يسمح بأدائها خلال باقى المدة المتفق عليها، فتتخذ الإدارة قراراً بإطالة مدة تنفيذ العقد(١).

على أنه وأياً كان وجه التعديل الذى تباشره جهة الإدارة، إلا أن سلطتها فى هذا الشأن ليست سلطة مطلقة بل يرد عليها الكثير من القيود، وهو ما دعى بعض الفقه إلى التقرير بأن تحليل المعطيات القضائية يوصلنا إلى مفهوم ثابت هو أن مظاهر سلطة التعديل المنفردة المقررة للإدارة لها مدى أقل اتساعاً عما يبدو لها بصفة عامة(٢). ومن ثم فإنه يتعين على جهة الإدارة أن تباشر سلطتها فى تعديل عقد التوريد بإرادتها المنفردة داخل أطر محددة، وتحظى هذه الأطر بأهمية بالغة حيث تمثل نقطة التوازن بين المصلحة العامة - التى من أجلها تقرر حق التعديل - والمصلحة الخاصة للمورد، أو بالأحرى التوفيق بين مبدأ القوة الملزمة للعقد والطبيعة الذاتية لعقد التوريد.

ثانيا: حدود حق التعديل:

تباشر الإدارة حقها فى التعديل بمراعاة جملة من الحدود التى تلتزم بعدم الخروج عليها، ومن ذلك عدم المساس بالشروط المالية للمورد، واقتصار التعديل على موضوع العقد، وأن يصدر التعديل فى حدود القواعد العامة للمشروعية، وأن يكون التعديل بسبب تغير الظروف، وأن يكون التعديل - أخيراً - فى حدود النسب المنصوص عليها تشريعيا. وتفصيل ذلك فيما يلى:

أ - عدم المساس بالشروط المالية للمورد:

ويعنى ذلك ألا يتناول التعديل الشروط التى تنظم المزايا المالية للمورد، لما تستهدفه تلك الشروط من حماية مصلحته الخاصة التى دفعته إلى التعاقد وقبوله التعاون مع الإدارة فى تسيير المرفق العام موضوع العقد.

---

(١) د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(٢) لوبادير - بحثه السابق الاشارة إليه ص ٥٧.

وقد استقر قضاء كل من مجلس الدولة الفرنسى[١] والمصرى[٢] على أن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها فى العقد، والتى يتمتع بها المتعاقد معها.

ومن أمثلة الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمورد تلك التى تضمن له حداً أدنى للربح، أو تمنحه دفعة مقدمة لمعاونته فى البدء فى التنفيذ.

وبناء على ما تقدم ينبغى أن يكون التعديل قاصراً على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام موضوع العقد، وتشمل هذه الشروط العناصر الثلاثة المشار إليها سلفاً، وهى كميات أو حجم العقد بالزيادة أو النقصان، وشروط وطرق التنفيذ، وأخيراً مدة التنفيذ.

ب - اقتصار التعديل على موضوع العقد:

ينبغى ألا يتناول التعديل موضوع العقد ذاته، فالإدارة وقد أبرمت مع المورد عقداً معيناً، له موضوع محدد، يهدف إلى تحقيق مصلحة محددة، ومن ثم فلا يجوز لها أن تفرض عملاً ينتهى إلى تعديل طبيعة العقد وموضوعه، أو تحدد له موضوعاً جديدا، يختلف عن الموضوع الأصلى للعقد، وانصرفت إليه الإرادة المشتركة لأطرافه.

ويعنى ذلك أنه مهما كانت سلطة الإدارة فى تعديل شروط العقد، فهذه السلطة مقيدة بألا تتجاوز حداً معيناً، ومهما قيل بضرورات الحياة الإدارية ومستلزمات المرفق العامة، فلا يجب إغفال أن المورد كان قد قبّل التعاقد على

---

(١) - C.E. 2-1-1937, Chouvel, Rec. p. 546.
- C.E. Mars 1946, Michelin, Rec. p. 89.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ - سبقت الاشارة إليه، وبذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٣٢٢ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٧ - المجموعة - السنة ١٥ - ص ١٤٦، وحكمها فى الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١١ - المجموعة - السنة ١٣، ص ٨٩٧.

أساس المساهمة فى عمل معين ومحدد يقوم على موضوع عقد بذاته، وبالتالى فلا يكون للإدارة أن تحدث بالتعديل ما لم يكن سيقبله ذلك المورد لو عرض عليه هذا الأداء المعدل عند ابرام العقد الأصلى(١).

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، إلا أنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة فى نوعها وأهميتها، بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير فى موضوع العقد أو محله(٢).

كما يجب على جهة الإدارة عند تناولها موضوع العقد بالتعديل ألا تغفل الامكانيات الفنية والمالية للمورد الذى قبل التعاقد معها على ضوء تلك الامكانيات، فعلى الجانب الفنى أو التقنى لا ينبغى أن يتناول التعديل الزام المورد بتنفيذ أداءات تفوق قدراته الفنية ويبدو عاجزاً عن تنفيذها، أما على الجانب المالى فيجب ألا يصل التعديل إلى حد قلب اقتصاديات العقد.

Le bouleversement du contrat et de son économie générale.

فإن فعلت الإدارة ذلك يكون من حق المورد إما المطالبة بفسخ العقد، أو طلب التعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء تنفيذ العمل الجديد، بل وله أيضا أن يمتنع عن تنفيذ تلك التعديلات التى تجاوز امكانياته الفنية أو الاقتصادية(٣).

وقد عبرت محكمة القضاء الإدارى عن هذا المعنى بوضوح بقولها ان سلطة التعديل ليست مطلقة.... من هذه القيود أنه إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، إلا أنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود

---

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٤٤٣.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ - سبقت الاشارة إليه.

(٣) د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

الطبيعية المعقولة فى نوعها وفى أهميتها، أو أن تفوق فى قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلا فى العقد، بدرجة كبيرة، أو أن يكون من شأنها أن تقلب اقتصاد العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد، أو أن تؤدى الأعباء الجديدة إلى ارهاقه وتجاوز امكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية وإلا جاز له أن يمتنع عن التنفيذ بل له أن يطلب فسخ العقد(١).

جـ - صدور التعديل وفق القواعد العامة للمشروعية الإدارية:

ويعد هذا القيد تطبيقاً لمبدأ الشرعية الإدارية الذى يسيطر على كافة أعمال وتصرفات الإدارة بوصفها سلطة عامة.

وفى مجال ممارسة الإدارة سلطتها في تعديل عقد التوريد، يجب عليها أن تصدر قرار التعديل مراعية القواعد العامة للمشروعية، وعلى الأخص قواعد الاختصاص من حيث وجوب صدور قرار التعديل من السلطة التى تملك اصداره، باعتبار أن العقد لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة، إذ لا يملك ابرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من نيط بهم قانوناً هذا الاختصاص، ومقتضى ذلك فلا سبيل إلى قيام التعديل والاعتداد به قانونا ما لم تلتزم الإدارة عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثراً ما فى تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه(٢).

وقد أوجبت المادة (١٢) من دفتر الشروط الخاص بعقود التوريد الصناعية السارية على إدارات الدفاع الوطنى فى فرنسا المشار إليه صدور قرارات الإدارة المتعلقة بتعديل العقد أو التصديق عليه، وتكون هذه القرارات بوسيلة الأمر المصلحى.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق - سبقت الاشارة إليه.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ١٩ ق - جلسة ٢٢/١٠/١٩٨٠.

وفى مصر أشارت الفقرة الثالثة من المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر إلى ضرورة موافقة السلطة المختصة فى جميع حالات تعديل العقد.

وبالاضافة إلى ذلك يتعين توافر الاعتماد المالى اللازم لمواجهة الانفاق الناتج عن التعديل، وينطبق على هذا الاعتماد كافة الأحكام المتعلقة بضرورة توافر الاعتماد المالى اللازم لابرام العقد ذاته[١].

كما استلزم المشرع المصرى صدور قرار التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه.

د- أن يكون سبب قرار التعديل هو تغير الظروف:

غاية عقد التوريد - شأنه شأن كافة العقود الإدارية - هى تحقيق المصلحة العامة، ومن المقرر أن مستلزمات سير المرافق العامة لا تكون دائما ثابتة، فهى تتغير بتغير الوقت والظروف الاقتصادية والاجتماعية للمكان والزمان.

وبناء على ذلك لا يكون فى امكان الإدارة أن تباشر سلطتها فى التعديل بإرادتها المنفردة إلا أذا حدث تغير فى الظروف لاحقة لوقت ابرام العقد[٢].

وتطبيقاً لذلك قضى بأن سلطة التعديل ليست مطلقة... ويشترط لممارستها أن تكون قد استحدثت ظروف بعد ابرام العقد تبرر التعديل[٣].

كما قضى بأنه إذا ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله، بسبب تغير صنف الجلد

---

(١) راجع ما سبق ص ٢٧٠.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٤٢١.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ جلسة ١٩٥٦/١٢/١٦ سبقت الاشارة إليه.

المستعمل لأحذية الجنود، فللإدارة أن تتحلل من تعاقدها[١].

ويثور التساؤل عن مدى جواز استعمال الإدارة سلطتها فى التعديل المنفرد دون حدوث ثمة تغير فى الظروف، ولكن كانت الإدارة قد أخطأت فى تقدير مقتضيات سير المرفق العام؟

ذهب جانب من الفقه[٢] إلى أنه إذا لم تتغير الظروف، فلا يكون هناك أى مبرر لقيام الإدارة بتعديل عقودها، بل يصبح من واجبها احترام شروط العقد الذى ارتبطت به، والقول بغير ذلك ينتهى إلى حرية الإدارة فى التحلل من التزاماتها العقدية، فإن هى أخطأت فى تقدير مقتضيات سير المرفق العام، فلا تلومن إلا نفسها، فهى لا تستطيع أن ترجع عن خطئها، وتفرض على المتعاقد تعديلا فى شروط العقد، وكان أجدر بها أن تدرس جيداً وبعمق مشروعاتها واحتياجاتها.

ويذهب الرأى الراجح فى الفقه[٣] - وبحق - إلى أن الرأى الأول يتجاهل ارتباط سلطة التعديل بالقواعد الضابطة لسير المرفق العام، ومن بينها قابلية

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ - المجموعة - السنة الثانية - ص ٩٣٧.

(٢) يراجع فى ذلك: د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإدارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى - عام ١٩٦٣ - بدون دار نشر - ص ١٢٢٠، د. مصطفى كمال وصفى - المقالة السابقة - ص ١٤٩.

(٣) د. سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٤٢٢ ، د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق ص ٢٨٠، د. محمود حلمى - المرجع السابق، ص ٧٥. ويضيف سيادته تحفظاً مؤداه أنه إذا استطاع المتعاقد أن يثبت عدم اتفاق التعديل مع مقتضيات سير المرافق العامة، أو أن الظروف التى اقتضت التعديل كانت موجودة وقت ابرام العقد، فإنه يحق له طلب التعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء قرارات الإدارة التعسفية دون أن يكون له الحق فى الامتناع عن تنفيذ التعديل الذى تطلبه الإدارة إلا إذا استصدر حكما بإلغاء التعديل.

المرفق العام للتغيير فى أى وقت ومن ثم فإن فكرة التعديل هى فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، وسواء أكانت الإدارة مخطئة أو غير مخطئة فى تقديراتها، يجب أن تمكنها من تنظيم المرفق العام بالطريقة التى تحقق الصالح العام على أتم وجه، فليست المسألة مجرد عقاب الإدارة المخطئة، بل إن الأمر أبعد من ذلك بكثير حتى لا ينتهى الحال إلى اهدار الصالح العام أمام فكرة القوة الملزمة للعقد، والتى لا تهدف إلا إلى حماية المصلحة الخاصة للمتعاقد.

هـ - ضرورة التزام الإدارة بنسب التعديل المحددة تشريعياً:

وفقاً لحكم المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقود التوريد بالزيادة أو النقص فى حدود ٢٥٪ بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد معها الحق فى طلب التعويض عن ذلك. ويجوز فى حالة الضرورة الطارئة بموافقة المتعاقد تجاوز النسبة المشار إليها.

والمستفاد من ذلك أن جهة الإدارة تستطيع تعديل كميات أو حجم عقود التوريد بالزيادة أو النقصان، إلا أن حدود هذا التعديل تختلف فى الظروف العادية عنه فى حالات الضرورة الطارئة، ففى الظروف العادية تباشر جهة الإدارة حقها فى تعديل العقد فى حدود ٢٥٪ بالنسبة لكل بند وبذات الشروط والأسعار.

أما فى حالة الضرورة الطارئة فيحق لجهة الإدارة تجاوز نسبة الـ ٢٥٪ المشار إليها بشرط موافقة المورد، ولكن ليس بذات الشروط والأسعار، إذ يستطيع المورد - مادام استلزم المشرع موافقته - اشتراط التوريد بأسعار وشروط مغايرة لتلك التى تعاقد على أساسها قبل التعديل.

وبديهى أن أمر تقدير مدى توافر الضرورة الطارئة تملكه السلطة المختصة بالتعاقد.

والحق أن اتاحة المشرع لجهة الإدارة حق تعديل عقود التوريد فى حالة الضرورة الطارئة بالتجاوز عن النسبة المقررة وهى ٢٥٪ بالنسبة لكل بند، يمثل

اهداراً لكافة القواعد الضابطة لأساليب التعاقد الإدارى - لا سيما إذا ما أساءت الإدارة استعمال هذا الحق - لما يتضمنه من فتح الباب على مصراعيه للتحايل على تلك القواعد من ناحية، واقراراً ضمنياً بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر رغم مساوئه من ناحية أخرى، وتسامحاً للإدارة على مخالفتها حكم المادة الأولى من اللائحة التنفيذية المشار إليها والتى تنص على أن يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الانتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة...». وذلك على اعتبار أن استخدام حق التعديل دون توافر مبرراته الحقيقية ينبئ عن عدم إجراء الإدارة للدراسات الواقعية والموضوعية اللازمة لتحديد احتياجاتها الفعلية، هذا بالاضافة إلى غموض فكرة «الضرورة الطارئة» التى تبيح لجهة الإدارة استعمال هذا الحق.

وعلى ضوء ما تقدم أرى ضرورة النص على مزيد من الضوابط التى تكفل الحد من اساءة استعمال الإدارة لهذا الحق، وذلك بجعل تقدير مدى توافر الضرورة الطارئة من اختصاص رئيس مجلس الوزراء أسوة بما هو متبع فى شأن الإذن بالتعاقد المباشر فى حالة الضرورة القصوى(١).

كيفية حساب النسبة المقررة للتعديل فى حالة تعدد مراحل التنفيذ:

أحياناً يتم الاتفاق بين الإدارة والمورد على تنفيذ التوريد من خلال مراحل متعددة لكل مرحلة عقد محدد، وقد ثار التساؤل عن الوعاء الذى يحسب على أساسه تعديل العقد بالزيادة أو النقصان، وهل يتم التعديل فى حدود النسب المقررة على أساس قيمة العقد المطلوب تعديله أم على أساس مجموع قيمة العقود التى أبرمت بشأن كافة المراحل المتعددة.

أجابت المحكمة الإدارية العليا على ذلك حيث قضت بأن الوعاء الذى يتم على أساسه حساب تعديل العقد زيادة أو نقصاً هو قيمة العقد المبرم مع المتعاقد والذى سيرد التعديل بشأنه، نظراً لما يترتب عليه من انصراف آثار هذا التعديل

---

(١) المادة (٧) فقرة (ب) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات.

سواء بالزيادة أو النقصان إلى هذا المتعاقد، تلك الآثار التى يفترض أنه قد أخذها فى حسبانه وارتضاها عند تقديم العطاء وابرام العقد، وترتيباً على ذلك لا يتأتى القول بأن الوعاء الذى يحسب على أساسه هذا التعديل هو مجموع قيمة العقود التى أبرمت بشأن المراحل المتعددة للتنفيذ، إذ لا يستقيم ذلك مع ما ينبغى أن يتوافر للعقود بصفة عامة من معايير منضبطة تكفل للمتعاقدين ابتداء أن يتبينوا التزاماتهم الواجبة والمتوقعة الأداء[١].

المطلب الثانى

الأساس القانونى لحق التعديل

اختلف الفقه فى تحديد الأساس القانونى لحق الإدارة فى تعديل عقد التوريد بإرادتها المنفردة، فذهب البعض إلى أن الأساس القانونى لهذا الحق يكمن فى فكرة السلطة العامة، بينما يميل الرأى الغالب إلى اعتناق فكرة احتياج المرفق العام كأساس قانونى لهذا الحق. وفيما يلى نناقش كلا الرأيين للوصول إلى حقيقة الأساس القانونى لحق التعديل.

أولا: أساس حق التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة:

ذهب أنصار هذا الرأى إلى أن حق الإدارة فى تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة إنما هو مظهر من مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية، تباشره الإدارة بإستعمال امتياز من أهم امتيازات السلطة العامة التى تملكها وهو امتياز التنفيذ المباشر[٢]. ومن ثم فإن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون بصفتها متعاقدة، بل باعتبارها سلطة عامة فى مواجهة فرد من الأفراد، فالأمر الذى تصدره الإدارة إلى المتعاقد هو قرار إدارى خارج عن العقد ومنفصل عنه Détachable فهو ليس ممارسة للسلطة التعاقدية بل ممارسة للولاية العامة[٣].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٨٦/٣/١ - المجموعة - السنة ٣١ - المبدأ رقم ١٦٦ - ص ١٢٢١.

(٢) من الفقه الفرنسى انظر: Julien Le Clére, op. cit., p. 107.
ومن الفقه المصرى: د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ٢٢٠.

(٣) د. مصطفى كمال وصفى، المرجع السابق، ص ١٦٠.

ويستشهد أصحاب هذا الرأى بما قررته محكمة القضاء الإدارى من أن حق الإدارة فى تعديل شروط عقودها الإدارية هو مظهر من مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية وأن هذا الحق يرتكز على سلطتها الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام(١).

هذا، ويترتب علي اعتماد فكرة السلطة العامة كأساس لحق الإدارة فى تعديل عقودها نتائج هامة تخلص فى أن هذا الحق يتسع ليشمل جميع العقود الإدارية، وأن تصرف الإدارة المتضمن تعديل عقودها الإدارية يعتبر عملا من أعمال السلطة العامة، آية ذلك أن الإدارة فى هذه الحالة لا تستخدم امتيازاً تعاقدياً، وإنما تستعمل حقاً مقرراً لها باعتبارها سلطة عامة. ولعل أهم ما يعيب هذا الرأى هو الخلط بين الوسيلة فى العقد الإدارى والغاية منه، فالسلطة العامة ليست غاية فى ذاتها بل هى وسيلة لتحقيق غاية النفع العام. وعلى ذلك فإن من شأن التسليم بهذا الرأى إفراز نتائج غير مقبولة أخصها أن الإدارة تستطيع ممارسة حق التعديل فى أى وقت تشاء دون الحاجة لتوافر مبرراته، وهو ما يؤدى - بلا شك - إلى احجام الأفراد عن التعاقد معها مع ما يترتب على ذلك من آثار تضر أولا وأخيراً بالصالح العام.

ثانيا: فكرة احتياج المرفق العام كأساس لحق التعديل:

ذهب أنصار هذا الرأى إلى أن قيام الإدارة المتعاقدة بتعديل عقودها، لا يمكن منطقياً أن يؤسس إلا على أساس مستلزمات المرافق العامة، والتغيرات التى تحدث فى حاجات المرفق، فالإدارة لا يمكن أن تكون مقيدة دائما بعقود قد تصبح عديمة الفائدة، أو بشروط تعاقدية غير متجاوبة مع احتياجات المرفق(٢).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بجلسة ١٩٥١/١٢/٢٦ - سبقت الإشارة إليه، وفى ذات المعنى حكمها الصادر بجلسة ١٩٥٦/١٢/١٦ - سبقت الإشارة إليه.

(٢) A.de Laubadere: Trairé élémentaire De Droit Administratif op. cit. p. 442. =

ويؤكد أنصار هذا الرأى على أن مناط سلطة الإدارة فى تعديل عقودها هو احتياجات المرفق العام، ولا يمكن اعتبارها مجرد مظهر للسلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة، وإنما هى نتيجة مباشرة لفكرة المرفق العام، والذى يرجع إليها باستمرار معظم قواعد القانون الإدارى[١]. فالإدارة هى المسئولة عن تنظيم المرفق العام وتسييره، ومن قواعده الضابطة له قابليته للتعديل والتغيير، وعلى ذلك لا يجب أن تقف الإدارة مكتوفة اليد عاجزة عن تنفيذ واجباتها - إذا ما اقتضت الظروف إجراء تعديل فى عقودها - لمجرد وجود متعاقد معها، فهو لا يستطيع أن يغل يدها عن اعادة تنظيم مرافقها بصفة مستمرة.

وهكذا تتميز التزامات المتعاقد مع الإدارة بأنها قابلة للتعديل من جانب الإدارة وحدها وبإرادتها المنفردة، ومرجع ذلك مقتضيات سير المرافق العامة.

وهذا هو الرأى الغالب فى مصر[٢] ويمتاز بأنه أكثر انضباطاً من سابقه، آية ذلك أن ربط حق التعديل بمقتضيات المرفق العام ينفى عن هذا الحق صفة الاطلاق، حيث لا تمارسه الإدارة بصفة مطلقة بل هو مقيد بضرورة توافر مبرراته وموجباته، والتى تتمثل فى تلبية احتياجات المرفق العام القابلة للتغيير والتعديل كلما اقتضى تغير الظروف ذلك.

= حيث يقرر حرفياً بأن:

Le fondement du pouvoir de modification unilatérale se trouve dans les exigences du service public ces exigences étant variables, l'interét général peut, A un moment, nécessiter que soient imposées Au Prestataire des obligations qui n'Avaient pas été prévues au moment du contrat".

(١) يراجع فى ذلك: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٤٢١.

(٢) ومن أنصار هذا الرأى د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ١٥٧، د. محمود حلمى - المرجع السابق، ص ٧١، الأستاذ حسين درويش عبد العال - النظرية العامة فى العقود الإدارية - مكتبة الأنجلو المصرية - الطبعة الأولى - عام ١٩٥٨ - الجزء الثانى - ص ٨٣، د. عصمت عبد الله الشيخ - المرجع السابق ص ١٥١، د. فتحى فكرى - المرجع السابق ص ٧٧، د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق ص ٣٦٣.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة المصرى وافتائه على هذا الرأى، حيث قضت محكمة القضاء الإدارى بصراحة ووضوح بأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تفترض مقدماً حدوث تغيير فى ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق، ومن شأن ذلك يكون لجهة الإدارة، وهى صاحبة الحق في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره، حق تعديل العقد(١).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا المعنى بقولها: إن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره، وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. وينبنى على هذه الفكرة أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام.. كما أن لها سلطة تعديل العقد(٢).

وتسير الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى ذات الاتجاه حيث انتهت إلى أن الجهة الإدارية تملك من جانبها وحدها حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها، على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر وتنقصها. وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل(٣).

ويترتب على اعتماد فكرة احتياجات المرفق العام كأساس لحق الإدارة فى تعديل عقودها بإرادتها المنفردة النتائج الآتية:

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٧٤٢ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٩٧٠/٣/٢٤ - المجموعة السنة ٢١ - المبدأ رقم ٩١ ص ٢١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٧٠/٤/١١ - مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى العقود الإدارية فى خمسة عشر عاماً - المرجع السابق - ص ١٥٤.

(٣) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٩٨٤ بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٩ - جلسة ١٩٧٣/١١/٢٨ - ملف رقم ٢٠/٩/٧ - المجموعة - السنة ٢٨ المبدأ رزقم ٢٠ - ص ٣٥.

١- أن هذا الحق هو حق أصيل للإدارة تمارسه دون حاجة للنص عليه فى العقد، باعتبارها القوامة على المرفق العام، تعلم قواعد تسييره وتنظيمه، ويكون لها تطويع العقد على ضوء الظروف والمستجدات التى يتعرض لها المرفق وذلك بهدف تحقيق الصالح العام.

٢- أن هذا الحق الأصيل لا تستطيع الإدارة أن تتنازل عنه، وعلى ذلك يغدو باطلا كل شرط أو اتفاق يتضمن التنازل عنه، كما لا يسقط هذا الحق بالتقادم.

٣- يقابل حق الإدارة فى تعديل العقد بإرادتها المنفردة، والتزام المورد بتنفيذ أوامرها الصادرة إليه بالتعديل، حقوق لهذا الأخير فى مواجهتها تتمثل فى:

أ - حقه فى المطالبة بالتعويض الكامل إن كان له مقتضى.

ب - وإذا لجأت الإدارة إلى التعديل بإجراءات غير مشروعة، فيكون له الحق فى طلب إلغاء تلك القرارات عن طريق قاضى العقد.

جـ - يحق للمورد المطالبة بفسخ العقد، إذا ما تجاوز التعديل الحد المألوف[1].

---

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٤٢٦.

المبحث الثالث

سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المورد

تمهيد وتقسيم:

يلتزم المورد - كما سبق القول - بتوريد ما اتفق عليه خلال المواعيد المحددة، ويلتزم أيضاً بأن تكون البضائع الموردة طبقاً للمواصفات المتعاقد علهيا، ويظل خاضعاً طوال مدة تنفيذ العقد للمبادئ العامة التى تحكم تنفيذ عقد التوريد وأهمها مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وكذلك مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية.

ويترتب على ذلك أن كل إخلال من جانب المورد لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدى،و إنما يتضمن بطبيعة الحال مساساً بالمرفق العام ومن شأن هذا الاخلال إحداث اضطراب يعوق حسن سير المرافق العامة.

ومن ثم وجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الاخلال شديدة، وقاسية فى بعض الأحيان، لأنها تهدف أساساً إلى تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام، أو درء الاختلال الذى يكون قد لحق بهذا المرفق.

وتتنوع هذه الجزاءات إلى جزاءات مالية وأخرى ضاغطة وثالثة فاسخة ورابعة جنائية، وتوقع الإدارة الجزاء المناسب على المورد بحسب مدى جسامة الاخلال الواقع منه. على أنه وأياً ما كانت الجزاءات التى تملك الإدارة توقيعها على المورد، إلا أن هذه الجزاءات تحكمها قواعد عامة مشتركة، وتستند إلى أساس قانونى واحد.

وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: القواعد العامة لسلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات وأساسها القانونى.

المطلب الثانى: أنواع الجزاءات.

المطلب الأول
القواعد العامة لسلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات وأساسها القانونى

أولا: القواعد العامة للجزاءات:

من المستقر عليه أن هناك قواعد عامة للجزاءات التى تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد المقصر بالنسبة لجميع العقود الإدارية ومنها عقد التوريد(١)، ويمكن إرجاع هذه القواعد إلى ما يلى:

١- حق الإدارة فى توقيع الجزاء على المورد بنفسها:

استقر الفقه والقضاء على حق الإدارة فى توقيع الجزاء على المورد المقصر، ودون حاجة للرجوع إلى القضاء أو استئذانه، وحتى فى حالة خلو العقد من نص صريح يمنحها هذا الحق، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا حيث قررت أن من حق الإدارة توقيع الغرامات العقدية بنفسها دون حاجة إلى صدور حكم بذلك(٢)، كما قررت فى حكم آخر أن من حق الإدارة مصادرة التأمين بطريق التنفيذ المباشر دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، سواء نص أو لم ينص العقد على هذا الحق(٣).

وتنفرد العقود الإدارية - بصفة عامة - بتقرير هذا الحق للجهة الإدارية علي خلاف ما هو مستقر عليه فى نظام عقود القانون الخاص، حيث لا يمكن

---

(١) جيز - المرجع السابق - ص ١٠٨٢ حيث يقرر بأن هناك نقاط تشابه بين نظام الجزاءات فى عقد الأشغال العامة ونظام الجزاءات فى عقود التوريد، وأنه يمكن استعارة الحلول الواردة فى عقود الأشغال وتطبيقها بالنسبة للمشاكل المماثلة التى يثيرها تنفيذ عقود التوريد.

(٢) حكمها فى الطعن رقم ٢٦٧ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٢١ - مجموعة السنة ١٥ رقم ٣٧- ص٢٢٢.

(٣) حكمها فى الطعن رقم ١٢٨٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢ - المجموعة - السنة ١٠ - رقم ٣٤ - ص ٣١٣.

للأفراد مباشرة هذا الحق إلا من خلال اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكماً بتقريره.

وقد أقر المشرع المصرى لجهة الإدارة بهذا الحق بالنص - صراحة - فى المادة ٢٦ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات على أنه: فى جميع حالات فسخ العقد، وكذا فى حالة تنفيذه على حساب المتعاقد يصبح التأمين النهائى من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها .. أياً كان سبب الاستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية(١).

ويثور التساؤل عن مدى جواز تنازل الإدارة عن سلطتها فى توقيع الجزاء على المورد المقصر للقضاء، أو بمعنى آخر هل يمكن للإدارة أن تتنازل عن هذه السلطة وذلك باللجوء إلى القضاء بطلب توقيع الجزاء على المورد المقصر؟

الحقيقة - ودون الدخول فى تفاصيل الخلاف الفقهى حول هذه المسألة(٢) - يمكن أن نقرر بأن الإدارة تستطيع التنازل عن سلطتها فى توقيع الجزاء على المورد المقصر، وذلك عملاً بالأصل العام أن من يملك الأكثر يملك الأقل، فالإدارة تملك توقيع الجزاء بنفسها وعلى مسئوليتها تحت رقابة القضاء، وإن هى أرادت سلوك الطريق الأحوط فتطلب من قاضى العقد توقيع الجزاء الذى يراه مناسباً حتى تأمن جانب المسئولية فلا تثريب عليها فى ذلك، بيد أننا نبدى تحفظاً فى هذا الشأن مؤداه أن تنازل الإدارة عن حقها فى توقيع الجزاء على المورد المقصر لا ينبغى أن يكون تنازلا كاملا عن كل أنواع الجزاءات، بل يقتصر فقط على

---

(١) وقد رددت الفقرة الأخيرة من المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه ذات الأحكام الواردة فى المادة ٢٦ من ذات القانون.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول هذا الخلاف راجع: د. عبد المجيد فياض - المرجع السابق ص ٦٩، د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص ٦٩.

الجزاءات المالية كغرامة التأخير أو مصادرة التأمين النهائى، فى حين لا تملك الإدارة التنازل عن توقيع الجزاءات اللازمة لمواجهة حالة استعجال تهدد انتظام سير المرفق العام ومن ذلك الجزاءات الضاغطة كالشراء على حساب المورد المقصر، حيث يحول بطء التقاضى دون اتخاذ إجراء سريع لمواجهة حالة الاستعجال، والقول بغير ذلك يفرغ سلطة الجزاء المقررة للإدارة من مضمونها، ويمنع من بلوغ الغاية منها. ومن ثم فإنه ولئن كانت الإدارة تستطيع التنازل عن حقها فى توقيع الجزاء على المورد المقصر للقضاء، إلا أن هذا التنازل يبقى قاصراً على الجزاءات المالية دورن غيرها.

٢- استقلال سلطة توقيع الجزاء عن العقد:

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى منذ صدور حكمه فى قضية ديبلانك[١] Deplanque بتاريخ ١٩٠٧/٥/٣١ على أن سلطة الإدارة فى توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر موجودة دائماً فى متناول يد الإدارة حتى إذا لم ينص عليها فى العقد[٢].

وإذا تضمن العقد النص على بعض الجزاءات، فإن ذلك لا يعنى تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة[٣].

وتسير المحكمة الإدارية العليا فى ذات الاتجاه حيث قضت بأن للإدارة الحق فى توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وهى فى ذلك لا تستند إلى العقد الإدارى بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة[٤].

---

(١)،(٢) C.E, 31-5-1907, Deplanque, R.D.P. 1907, p. 684.

حيث قرر المجلس حرفياً:

Le pouvoir de sanction existe toujours entre les mains de l'administration, meme s'il n'est pas prévu dans le contrat.

(٣) لمزيد من التفاصيل يراجع: د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق ص ٥٤.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ - مجموعة العقود فى أربعين عاماً - ص ٤٨٤.

ولا ينبغى فهم السلطة المستقلة للإدارة فى توقيع الجزاء على إنها إهداراً لشروط العقد فإذا ما تضمن العقد النص على جزاء محدد يتم توقيعه عند حدوث خطأ توقعه طرفيه، فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء فى العقد ولا يجوز لها أن تخالفه، وهو ما عبر عنه الفقيه «دى لوبادير» صراحة بقوله إن وجود جزاءات تعاقدية يمنع من تطبيق جزاءات جنائية(١).

٣- خضوع قرار الإدارة بتوقيع الجزاء لرقابة القضاء:

يخضع قرار الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها لرقابة القضاء الإدارى، وتعد هذه الرقابة بمثابة ضمانة أساسية فعالة للمتعاقد ضد إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة، أو مخالفتها للقانون.

ويتحدد مضمون الرقابة القضائية على سلطة الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد المقصر على ضوء الطبيعة القانونية لهذه السلطة فى نطاق عقود التوريد.

الواقع أن سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات فى نطاق عقود التوريد هى سلطة تقديرية لا يحدها فى ذلك إلا القاعدة العامة التى توجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام.

وعلى ذلك فإن الرقابة القضائية المشار إليها تتناول مشروعية القرار الصادر من الجهة الإدارية بتوقيع الجزاء سواء من حيث الشكل أو الاختصاص أو الانحراف باستعمال السلطة، كما تمتد تلك الرقابة إلى ملاءمة توقيع الجزاء ومدى تناسبه مع خطأ المتعاقد.

والمبدأ العام فى هذا الصدد أن القرار الصادر من جهة الإدارة بتوقيع الجزاء استناداً إلى العقد ذاته يخضع لرقابة القضاء الكامل - إلغاءً وتعويضاً

---

(١) A.De Laubadére: op.cit., p. 440.
"Elle signifie même que l'existence des sanctions contractuelles empêche l'application des sanctions pénales.

- الذى يختص بنظر كافة المنازعات المتولدة عن العقد، أما إذا أصدرت جهة الإدارة قرار توقيع الجزاء استناداً إلى القوانين واللوائح، فإن الاختصاص بنظر الطعن بالإلغاء على هذا القرار ينعقد لقاضى الإلغاء اللهم إلا إذا اقترن طلب الإلغاء بطلب التعويض، فحينئذ ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل(١).

وتجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضى الإدارى حيال قرار الإدارة بتوقيع الجزاء ليست واحدة، ففى الجزاءات المالية كغرامة التأخير أو مصادرة التأمين النهائى يملك القاضى الحكم بردها أو تخفيفها أو الاعفاء منها على ضوء ظروف وملابسات كل قضية على حدة، أما فى حالة الجزاءات غير المالية كالشراء على حساب المورد أو الفسخ، فإن القاضى الإدارى لا يملك الحكم بالإلغاء فى جميع الحالات وإن كان يملك القضاء بالتعويض إن كان المتعاقد قد أصابه ضرر من جراء توقيع أى من هذه الجزاءات عليه(٢).

٤- قاعدة خاصة بعقود التوريد: الشراء على حساب المورد المقصر:

تملك الإدارة أن تحل محل المورد المقصر بأن تقوم بشراء احتياجاتها التى قصر فى توريدها دون الرجوع للقضاء أو الاستئذان منه للقيام بهذا الإجراء، كما يكون لها الحق فى فسخ العقد بإرادتها المنفردة، ولا يملك القاضى الإدارى حيال هذا الإجراء أو ذاك سوى الحكم بالتعويض على نحو ما سلف القول.

وقد أشارت الفقرة (أ) من المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه إلى هذه القاعدة حيث قررت بسلطة الجهة الإدارية فى شراء الأصناف التى لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه(٣).

---

(١) يراجع فى ذلك: د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق ص ٣١٥.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٤٦٠.

(٣) تنص المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن: وفى حالة عدم قيام المورد بالتوريد فى الميعاد المحدد أو خلال المهلة الاضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين (أ) شراء الأصناف التى لم يقم بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها (ب) انهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف.

ثانيا: الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى توقيع الجزاء:

لا يوجد ثمة خلاف فى الفقه والقضاء فى كل من فرنسا ومصر على حق الإدارة فى توقيع الجزاء على المورد المقصر دون حاجة للالتجاء للقضاء، وذلك لكفالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد التوريد بهدف تأمين سير المرفق العام بانتظام واطراد.

غير أن الخلاف فى الفقه يدور حول الأساس القانونى لهذا الحق، فذهب البعض إلى اعتماد فكرة السلطة العامة كأساس قانونى لهذا الحق، فى حين اعتبر البعض أن فكرة المرفق العام هى التى تصلح لأن تكون الأساس القانونى لحق الإدارة فى توقيع الجزاءات.

أ - فكرة السلطة العامة كأساس لحق الإدارة فى توقيع الجزاءات:

ويرى أنصار هذا الرأى أن الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات الإدارية يكمن فى فكرة السلطة العامة، فالجزاءات التى توقعها الإدارة على المتعاقد إذا قصر فى تنفيذ التزاماته، هى مظهر من مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية، وهى تطبيق وإعمال لامتياز التنفيذ المباشر privilége d'action d'office وهو ما يعنى سلطة الإدارة فى أن تصدر قرارات فى مواجهة الأفراد وتنفذها بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء[1].

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا أساس هذه السلطة حيث قضت بأن الإدارة تعمل فى ابرامها للعقد الإدارى بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد فى ابرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام.. مما يجعل للإدارة حق توقيع جزاءات على متعاقدها بإرادتها المنفردة[2].

---

(١) يراجع فى ذلك: د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق، ص ٣٤١ ومابعدها، د. ثروت بدوى - مبادئ القانون الإدارى، سنة ١٩٦٨، ص ١٣٥ ومابعدها.

(٢) حكمها فى الطعن رقم ١١٣١ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥ - المجموعة - السنة ٨ - رقم ١١٦ - ص ١٢٢٥.

ويعيب هذا الرأى أن فكرة السلطة العامة تقف عند الوسيلة دون الاهتمام بالغاية، فضلا عما تهيئه من فرص تعسف الإدارة واساءة استعمال سلطتها، بالاضافة إلى أن العقد الإدارى هو عقد بالمعنى الفنى للكلمة وليس عملا من أعمال السلطة.

ب- فكرة المرفق العام كأساس لحق الإدارة فى توقيع الجزاء:

ذهب أنصار هذا الرأى إلى أن حق الإدارة فى توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المقصر مرده إلى فكرة المرفق العام، فالعقد يستهدف تسيير مرفق عام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردى، والإدارة هى المسئولة عن سير هذا المرفق، ومن حقها وواجبها أن تتخذ الإجراءات التى تكفل اجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، ومن أهمها فرض الجزاءات عليه لضمان تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام(١).

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «للإدارة الحق فى فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الاسم، وهذه ليست إلا جزاءات تملك توقيعها على المتعاقد معها بهدف حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة»(٢).

والرأى عندى أن الأساس القانونى لحق الإدارة فى توقيع الجزاءات على المورد يكمن فى فكرة المرفق العام، فالإدارة وهى القوامة على المرافق العامة مسئولة بحكم وظيفتها عن حسن سيرها وتنظيمها ويحق لها توقيع الجزاء المناسب على المورد المقصر لكفالة سير المرفق العام بانتظام واطراد، أو لدفع الخلل الذى يمكن أن يصيب المرفق من جراء تقصير المورد.

---

(١) يراجع فى ذلك: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٤٢١، د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٦٥، د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق ص ٨٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق - جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ - سبقت الاشارة إليه.

المطلب الثانى

أنـــواع الجـــزاءات

تتنوع الجـزاءات التى تملك الإدارة توقـيـعـهـا على المورد عند اخـلاله بالتزاماته المتولدة عن عقد التوريد أياً كان وجه هذا الاخلال، كالتأخير فى التوريد عن المواعيد المقررة فى العقد، والتوريد المخالف للمواصفات، أو عدم التوريد، أو التنازل غير المسموح به من الإدارة.

وبعض الجزاءات تطبقها الإدارة على المورد أثناء مسيرة العقد ولا يكون من أثرها إنهاؤه وأهمها الجزاءات المالية، والجزاءات الضاغطة.

والبـعض الآخـر من الجـزاءات ينتـهى به العـقـد، وتلك هى الجـزاءات الفاسخة، ونرجئ دراستها إلى حين دراسة الباب الثالث من هذه الرسالة.

وتوجد أيضاً جزاءات جنائية يمكن توقيعها ضد المورد بمناسبة تنفيذ عقده.

وعلى ضوء ذلك ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الجزاءات الماليـــة.

الفرع الثانى: الجزاءات الضاغطة.

الفرع الثالث: الجزاءات الجنائيـة.

الفرع الاول
الجزاءات الماليـــة
Les sanctions pécuniaiers

تشمل الجزاءات المالية التى توقعه الإدارة على المورد المقصر: غرامة التأخير - مصادرة التأمين النهائى، التعويضات. وفيما يلى إلقاء مزيداً من الضوء على كل منهم.

أولا: غرامة التأخير La Pénalite de retard

يمكن تعريف غرامة التأخير بأنها مبلغ نقدى يحدد عادة فى العقد بنسبة معينة من قيمة الأداءات تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد بميعاد التنفيذ، وذلك ضماناً لانتظام سير المرفق العام(١).

وتتميز الغرامة بأنها جزاء مرن للغاية من الناحية العملية(٢)، يتناسب مع مقتضيات حسن سير المرافق العامة حيث يواجه إخلال المورد بمواعيد ومدد التنفيذ المتفق عليها.

وحق الإدارة فى ادراج شرط توقيع الغرامة على المورد فى حالة تأخره فى تنفيذ التزامه فى المواعيد المحددة، أمر ثابت لا خلاف عليه ولا يتعارض مع مبادئ القانون، فقد اقتضت الضرورة والاعتبارات العملية لحسن سير المرافق العامة الاعتراف للإدارة بهذا الأسلوب كجزاء عقدى تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد(٣).

---

(١) يراجع فى ذلك د. نصر الدين محمد بشير - غرامة التأخير فى العقد الإدارى وأثرها فى تسيير المرفق العام فى النظامين المصرى والفرنسى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة عام ١٩٩٨ ص ١٤.

(٢) Pascal Arrighi op. cit., p. 192.

(٣) د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق ص ١٣٧ ومابعدها.

الطبيعة القانونية لغرامة التأخير:

من المسلم به أن الغرامة تعتبر تعويض جزافى محدد فى العقد، ولا يشترط لتطبيقها اثبات حدوث ضرر لحق بالإدارة(١).

ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

١- انها تطبق على المورد فى حالة تأخيره فى تنفيذ التزاماته دون اشتراط ثبوت ضرر لحق بالإدارة من جراء هذا التأخير، حيث لا تلتزم الإدارة بإثبات هذا الضرر(٢).

وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأنه لا تلازم بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة والزامها بالتعويض بحسبان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب سواء ترتب على هذا التأخير أضرار أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار، فيما يستلزم لتحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرراً نتيجة تأخير المتعاقد معها فى تنفيذ التزامه خلال الميعاد المتفق عليه(٣).

٢- ليس من حق الإدارة أن تطلب ما يزيد عن قيمة الغرامة المحددة بالعقد بقصد تعويض الضرر الفعلى الناتج عن التأخير، كما أنه ليس من حق المورد أن يطالب بانقاص قيمة الغرامة عن المعدل المنصوص عليه فى العقد بحجة أنها تزيد عن قيمة الضرر الفعلى الناتج عن تأخيره(٤).

---

(١) د. عبد المجيد فياض - رسالة - المرجع السابق - ص ١٦٨.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٤٦٦.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٧٦١ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٨ - مجموعة مبادئها - السنة ٤٣ - ص ١٩٥.

(٤) C.E, 3-5-1944, Rousteau - R.D.P. 1946, p. 788.

وعلى هذا الأساس تختلف الغرامة عن التعويض الذى يهدف دائما إلى جبر الضرر الفعلى، كما أنها تختلف من ناحية أخرى عن نظام الغرامة التهديدية المعروف فى القانون الخاص والذى يستلزم صدور حكم قضائى بها، وإن كان ذلك لا يمنع أن الغرامة ليست فقط تعويضاً جزافياً متفقاً عليه، وإنما هى أيضاً وسيلة لتهديد المتعاقد لتدارك التأخير فى التنفيذ(١).

٣ ـ ان مناط سلطة الإدارة فى توقيع جزاء الغرامة أن يكون العقد لا يزال قائما، فإذا انتهى العقد لأى سبب من الأسباب تزول معه سلطتها فى توقيع الجزاء، دون أن يخل بحق الإدارة فى الرجوع بالتعويض على المورد لاخلاله بالتزامه بالتنفيذ خلال الميعاد المحدد بالعقد ولكنها فى هذه الحالة تلتزم باثبات حصول الضرر بعكس الحال ابان سريان العقد(٢).

٤- لا يوجد ما يحول دون الجمع بين الغرامة كتعويض جزافى وبين الجزاءات الضاغطة وكذلك بين الجزاءات الفاسخة(٣).

وتقر اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى هذا المبدأ، وهو المستفاد من نص المادة (٩٤) منها والتى تقضى بشراء الأصناف التى لم يقم المورد بتوريدها علاوة على اقتضاء غرامة التأخير.

---

(١) د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق ص ١٣٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري فى الدعوي رقم ٧١٧٠ لسنة ٥٠ ق ـ جلسة ٢٠٠٤/١٢/١٩ ـ لم ينشر بعد.. حيث قررت المحكمة بأن سلطة الإدارة فى توقيع الغرامة مستمدة من العقد ومقررة لضمان تنفيذه فإذا انتهى العقد نهاية طبيعية ببلوغ غايته أو مدته أو انتهى نهاية مبتسرة لأى سبب من الأسباب فلا تملك الإدارة توقيع جزاء غرامة التأخير ... وأنه ولئن كانت الجمعية المدعى عليها قد أخلت بالتزامها بالتوريد خلال المدة المحددة بالعقد إلا أن الهيئة المدعية لم تبادر لتوقيع الغرامات عليها إلا بعد صدور قرارها بإلغاء العقد ومن ثم فلايجوز بعد إنهاء العقد توقيع ثمة غرامات تأخير حتى ولو كانت تملك ذلك قبل إنهاء العقد.

(٣) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ١٧٢ ومابعدها.

شروط توقيع غرامة التأخير فى عقود التوريد:

رغم أن حق الإدارة فى توقيع غرامة التأخير لا خلاف عليه، إلا أن ممارستها لهذا الحق مرهون بتوافر شرطين هما:

الشرط الأول: تأخر المورد فى توريد الأصناف موضوع العقد عن الميعاد المحدد:

يعد التوريد فى المواعيد المتفق عليها من أهم الالتزامات الجوهرية الملقاة على عاتق المورد، حيث يلعب عنصر الزمن دوراً مؤثراً فى عقود التوريد، لاسيما فى عقود توريد الأغذية أو الأدوية للمستشفيات، أو الأسلحة للجيش فى وقت الحرب، حيث يسبب التأخير لساعات - وليس ليوم - ارتباكاً للمرفق ذى الصلة بالعقد.

وعلى ذلك فإن حق الجهة الإدارية فى توقيع الغرامة ينشأ - بمجرد حدوث هذا التأخير، وبالتالى يبدو من الأهمية بمكان تحديد الوقت الذى يعد فيه المورد متأخراً.

معيار التأخير الموجب لاستحقاق الغرامة:

تنص المادة (٢٣) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سالف الذكر على أن:إذا تأخر المتعاقد فى تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعى المصلحة العامة اعطاء المتعاقد مهلة لاتمام التنفيذ، علي أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس وبالنسب وفى الحدود التى تبينها اللائحة التنفيذية بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ٣٪ من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات... وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير».

وأشارت المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه إلى أنه إذا تأخر المورد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد - ويدخل فى ذلك الأصناف المرفوضة - فيجوز للسلطة المختصة اعطاءه مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع ١٪

عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون قد تأخر فى توريدها وبحد أقصى ٣٪ من قيمة الأصناف.

وإذا كانت طبيعة العقد تقتضى قيام المورد بالتوريد يومياً فإن نظام توقيع الغرامة على أساس أسبوعى لا يتناسب مع العقد(١).

والمستفاد مما تقدم أن غرامة التأخير تستحق بمجرد التأخير عن المهلة الاضافية للتوريد ولو لم يصدر قرار صريح من الإدارة بتوقيع هذه الغرامة، حتى لا يتخذ المورد من المهلة الاضافية فرصة للتقاعس من جديد فى التنفيذ، وذلك يقتضى أن يكون استحقاق هذه الغرامة لمجرد التأخير إعمالا لصريح النص وليس رهناً بالقرار الذى تصدره جهة الإدارة فى هذا الشأن(٢).

وقد عول المشرع - بحسب صريح النص - على موعد الاستلام النهائى، واعتمده معياراً للتأخير فى التوريد، ودليل ذلك أنه اعتبر توريد أصناف مرفوضة من قبيل التوريد المتأخر عن الموعد المتفق عليه، وبديهى أن وصم الأصناف المرفوضة بهذا الوصف لا يتأتى إلا بعد الفحص والاستلام النهائى.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٥٣ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٨٧/١١/٧ - مجموعة مبادئها - السنة ٣٣ - الجزء الأول - ص ١٢٤، وقضت المحكمة بأن الشروط الخاصة للمناقصة التى طرحتها إدارة التعبينات بالقوات المسلحة قد نظمت توقيع غرامة التأخير بحيث توقع على أساس يومى وعند التأخير بموعد ساعة، وذلك بالنظر إلى أن موضوع التوريد هو خضروات طازجة لازمة للتغذية اليومية لوحدات القوات المسلحة .. حيث لا يمكن الجمع بين توقيع الغرامة اليومية بواقع ١٠٪ والغرامة قدر التأخير بواقع ١٪ أسبوعيا، فنظام توقيع الغرامة على أساس أسبوعى لا يتلاءم مع أوضاع التموين اليومى للقوات المسلحة بالخضروات اللازمة حيث لا يمكن امهال المتعهد للتوريد أسبوعا بعد أسبوع ... ومن ثم فإنه يسحب العمل منه والتنفيذ على حسابه واسناد التوريد إلى متعهد أخر، فلا وجه لتحميله بغرامات تأخير عن الكميات التى أسند توريدها إلى المتعهد الآخر.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٨٢٧ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٨٧/١١/١٧ - المجموعة - السنة ٢٣ - ص ١٤٤.

وعلى ضوء المعيار سالف الذكر، فإن المورد يكون متأخراً - وبالتالى تستحق غرامة التأخير - متى تأخر عن الموعد المحدد لتسليم التوريدات فى الميعاد المحدد فى العقد، وهذا الموعد ينتهى بتوريد المنقولات مطابقة للمواصفات الفنية المتعاقد عليها، والتى تستظهرها حالات الفحص الفنى سواء كان توريد منقولات، أم توريد بضائع مستوردة أم توريد على أساس العينة، حيث يختلف تمام الاستلام الذى ينتهى به الميعاد لكل حالة من حالات الفحص.

وقد اعتنقت محكمة القضاء الإدارى ذات المعيار حيث قضت فى حكم قديم لها بأنه فى مجال تنفيذ الالتزامات التى يفرضها عقد التوريد الإدارى على المتعهدين، فإنه متى قام المتعهد بتوريد ما التزم به قبل جهة الإدارة، فإن على هذه الأخيرة أن تفصح عن قبولها للمواد الموردة، وإذا جاءت المواد مخالفة للمواصفات، تعين على جهة الإدارة أن لا تتردد فى رفضها، ومن المسلم به أن مجرد التسليم وحده لا يبرئ ذمة المتعهد وإنما يتعين للإبراء قبول الإدارة للبضاعة الموردة قبولا صريحاً، ومن ثم فإذا رفضت الإدارة الاستلام اعتبر المتعهد كأنه لم يسلم شيئاً[1].

وخلاصة ما تقدم أن معيار التأخير الموجب لتوقيع الغرامة هو موعد قبول الإدارة للأصناف الموردة.

النتائج المترتبة على الاستلام النهائى كمناط للتأخير:

وينبنى على الأخذ بهذا المعيار النتائج الآتية:

١- فى حالة رفض جهة الإدارة للأصناف الموردة، فإن هذا الرفض يأخذ حكم عدم التوريد أصلا، وبالتالى إذا تخطى المورد مدة التوريد المحددة فى

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٦٦٠٠ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٥٦/٤/١٠ - مشار إليه مستشار/ سمير صادق - المرجع السابق - المرجع السابق ص ١٤١.

العقد دون أن يورد الأصناف المطابقة للمواصفات، فإن أى تأخير يؤدى إلى توقيع الغرامة عن الفترة الواقعة بين اخطار المورد برفض الأصناف الموردة، وبين توريد غيرها مطابقة للمواصفات.

٢- إذا قبلت الإدارة الأصناف الموردة، ثم تبين بعد ذلك وجود بعض العيوب الخفية فى الأصناف الموردة، وثبت أن اخفاء هذا العيب بفعل المورد نتيجة استعماله الغش، فإنه فى هذه الحالة لا ينبغى أن يستفيد من غشه، ويعتبر وكأنه لم يورد فى تاريخ التسليم النهائى وتوقع عليه غرامة التأخير إذا كان موعد الاستلام النهائى المتفق عليه قد انقضى.

٣- إذا كان التوريد على دفعات، وقام المورد بتوريد دفعات فى الميعاد المحدد، ثم تأخر فى توريد باقى الدفعات فى موعدها المحدد، فإن الغرامة تستحق عن التأخير فى توريد الدفعات المتبقية.

٤- فى حالة توريد بضائع مستوردة فإن موعد التسليم النهائى وبالتالى تحديد مناط التأخير يتوقف على مكان وطريقة التسليم، فإذا كان التسليم فى مكان الشحن F.O.P. فإن ميعاد حساب غرامة التأخير يبدأ من الموعد المحدد لاستلام البضاعة فى ميناء الشحن، أما إذا كان التسليم C.I.F. فيتم حساب الغرامة عن المدة التى يتجاوزها المورد عن تسليمه للمنقولات المستوردة فى ميناء الوصول.

٥- وفى حالة التوريد على أساس العينة فإنه يجب أن تكون المنقولات الموردة مطابقة للعينة المتفق عليها، وإلا يعتبر التسليم كأن لم يكن، حيث توقع غرامة التأخير عن المدة التى يتجاوزها المورد لتوريد المنقولات المطابقة للعينة.

وجدير بالتنويه أن تاريخ بدء احتساب غرامة التأخير فى الحالات المشار إليها أوردناها على سبيل المثال لا الحصر باعتبارها من الحالات الشائعة عملا.

الشرط الثانى: أن يكون سبب التأخير راجعاً إلى المورد:

ومؤدى هذا الشرط أن يكون سبب التأخير مرده إلى المورد، فالغاية من

فرض غرامة التأخير هو حث المورد المقصر على التوريد في المواعيد المتفق عليها، وينبنى على ذلك عدم استحقاق غرامة التأخير إذا كان التأخير لسبب راجعاً إلى جهة الإدارة المتعاقدة كأن تقرر - مثلا - أن التوريد فى المواعيد المحددة ليس بلازم لعدم وجود مخازن جاهزة لاستقبال البضائع الموردة، أو لتراخى جهة الإدارة فى استلام الأصناف خلال مدة معقولة(١).

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا أقرت الإدارة صراحة أو ضمناً أنها لم تحرص على تنفيذ العقد فى المواعيد المتفق عليها ترتيباً على أن تنفيذ العقد فى هذه المواعيد كان غير لازم فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمنى للمتعاقد عن توقيع الغرامة عليه(٢).

كما لا توقع الغرامة إذا كان التأخير لسبب راجع إلى قوة قاهرة لم يتوقعها أى من طرفى التعاقد، ولا حيلة لهما فى دفعها، إذ من شأن القوة القاهرة وقف تنفيذ الالتزامات العقدية ويمتنع تبعاً لذلك توقيع الغرامة بسبب التأخير فى تنفيذ التزام موقوف.

وقد استظهرت إدارة الفتوى لوزارتى الدفاع والانتاج هذا المعنى حيث قررت بأنه فى مجال العقود الإدارية بصفة عامة يتعين أن يتم تنفيذ الالتزام فى الموعد المتفق عليه وإلا استنهضت جهة الإدارة حقها المخول لها قانوناً باقتضاء غرامة تأخير من المتعاقد المتقاعس عن تنفيذ الالتزام فى موعده، بيد أنه إذا تبين من واقع الحال أن التأخير كان مرده حادثاً فجائياً أو أسباباً قهرية كان من أثرها الاعفاء من تنفيذ الالتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى

---

(١) المادة (٩٧) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى والتى تنص على أن: تصدر السلطة المختصة قراراً بتشكيل لجنة الفحص... ويجب أن تجتمع اللجنة خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لوصول الأصناف.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٣٤٨ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٩٣/٥/٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء ٤٩، ص ٢٠٦.

الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث وينحسر عنه مناط توقيع غرامة التأخير طوال مدة التوقف(١).

وجدير بالذكر أن رقابة القضاء على حق الإدارة فى توقيع غرامة التأخير تبدو واضحة فى إعمال رقابته على مدى مشروعية مسلك جهة الإدارة فى توقيع الغرامة من خلال بحث مدى توافر هذا الشرط من عدمه، آية ذلك أن هذا الشرط يمثل ركن السبب فى القرار الإدارى الصادر بتوقيع الغرامة، فحيثما يكون سبب التأخير راجع إلى المورد فإن القضاء لا يتردد فى تأييده قرار الإدارة بتوقيع الغرامة، كما أنه يستطيع تخفيض مبلغ الغرامة إذا كان سبب التأخير راجعاً لعوامل مشتركة بين الجهة الإدارية والمورد، فى حين يعفى المورد من الغرامة متى ثبت أن مرد التأخير لأسباب ترجع لجهة الإدارة، أو لأسباب قهرية، والقاضى الإدارى فى إعماله لرقابته فى هذا الصدد يطبق صحيح حكم المادة (٢٣) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليها سلفاً.

ونخلص مما تقدم إلى أنه بتوافر الشرطين سالفى الذكر يتوافر بذلك مناط استحقاق جهة الإدارة لغرامة التأخير فى مواجهة المورد المقصر، فى حين أن تخلف أى من الشرطين أو كلاهما يؤدى بلا شك إلى إعفاء المورد من غرامة التأخير، إلا أن هذا الاعفاء له أسبابه وشروطه، مما يتعين معه دراسة هذه الأسباب.

أسباب الاعفاء من غرامة التأخير:

إذا كان التأخير فى تنفيذ العقد يبرر فرض غرامات تأخير بحق المورد، إلا أن هذا التأخير قد يجد أسباباً تبرره، فيعفى المورد حينئذ من المسئولية عن التأخير إذا تبين أن الوفاء بالالتزام قد استحال بسبب أجنبى لا يد له فيه، أو كان مرد التأخير لفعل الإدارة نفسها، أو لأسباب إدارية، ويعد الاعفاء فى هذه

---

(١) إفتاء إدارة الفتوى لوزارتى الدفاع والانتاج الحربى بتاريخ ١٩٩٨/١٢/١٢ - ملف رقم ٨٤٠/١/١٩ - غير منشور.

الحالات مجرد تطبيق مباشر لقواعد العدالة والانصاف[١].

الحالة الأولى: القوة القاهرة كسبب للإعفاء:

يقصد بالقوة القاهرة La force majeure ذلك الحادث الخارجى الذى يستحيل دفعه، ويؤدى إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة[٢].

ويستفاد من هذا التعريف أنه يشترط للاحتجاج بالقوة القاهرة للاعفاء من تنفيذ العقد أو التأخير فى تنفيذه توافر ثلاثة شروط هى:

١- أن يكون الحادث الخارجى غير متوقع ولا يمكن توقعه أو التنبؤ به، ومثال ذلك ما اعتبره مجلس الدولة الفرنسى حادثاً غير متوقعاً هطول أمطار غزيرة ولمدة غير عادية[٣]، وكذلك اتلاف معدات العمل أثناء احتلال العدو للاقليم[٤]، كما اعتبر المجلس سجن المتعاقد من قبيل القوة القاهرة[٥].

وفى مصر اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن اصرار الحكومة فى البلد المطلوب استيراد السلاح منها على منع تصديره إلى مصر من قبيل القوة القاهرة[٦] - فى حين رفضت اعتبار قرار وزير الصحة بحظر استيراد الأصناف من الخيوط الجراحية إلا بعد التسجيل من قبيل القوة القاهرة وذلك لصدور قرار حظر الاستيراد بعد الميعاد المحدد للتنفيذ[٧].

---

(١) د٠على خطار شطناوى - صلاحية الإدارة فى فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها - بحث منشور بمجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد الأول - السنة الرابعة والعشرون - مارس ٢٠٠٠ - ص ١١٨٠

(٢) د٠عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٨٧٦ .

(٣) C.E. 29-7-1943 - Ville maine - Rec. p. 219.

(٤) C.E. 13-1-1924 - Compagnie du Gaz La forté, Rec., p. 18.

(٥) C.E. 22-3-1957, Rocher et Autres, Rec. p. 204.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق - جلسة ١٩٥٩/٢/١٢ - المجموعة - السنة الخامسة - ص ١٠٦٠

(٧) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٩٩/١٢/٧ . غير منشور٠

٢- أن يؤدى الحادث الخارجى إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وهو يكون كذلك إذا فشل المورد فى تنفيذ التزامه على الرغم من ثبوت بذله عناية قصوى أقرب إلى روح التضحية والفداء منها إلى أسلوب العقد، لأنه متعاون مع الإدارة أكثر منه مجرد متعاقد.

٣- وينبغى أخيراً ألا يكون للمورد يد فى وقوع القوة القاهرة أو أن يكون قد ساهم بفعله فى حدوثها.

وبناء على ما تقدم فإذا توافرت الشروط الثلاثة - المشار إليها - فى القوة القاهرة، كان ذلك مبرراً لإعفاء المورد من تنفيذ التزامه وبالتالى انتفاء حق الإدارة فى توقيع غرامة التأخير عليه.

الحالة الثانية: فعل الإدارة كسبب للاعفاء:

يولد عقد التوريد فى مواجهة الإدارة التزامات عقدية، فإن هى أخلت بالتزاماتها التعاقدية كان ذلك مبرراً لإعفاء المورد من غرامة التأخير، شريطة أن تتوافر العلاقة المباشرة بين فعل الإدارة والتزام المورد، بحيث يؤدى هذا الفعل إلى تأخير المتعاقدعن تنفيذ التزامه، وأن يكون فعل الإدارة غير متوقع، ويؤدى إلى استحالة تنفيذ المورد لالتزامه فى المواعيد المحددة(١). وفعل الإدارة المبرر للاعفاء من الغرامة قد يكون نتيجة خطئها أو اهمالها أو تراخيها فى الاستلام أو تعمدها ذلك، كما يكون نتيجة ممارسة الإدارة لحقها فى تعديل مدد تنفيذ العقد أو زيادة حجم الأداءات المطلوبة من المورد(٢)، أو تعديل شروط وطرق

---

(١) يراجع فى ذلك: جيز - المرجع السابق - المجلد الثالث - ص ١٠٧٦.

(٢) افتاء إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى ملف رقم ١٥٤/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٣/١١/٩ .. وفيه قررت أنه إذا كانت إرادة طرفى العقد قد تلاقت على تعديل مدة تنفيذ العقد، الأمر الذى من مقتضاه ولازمه اعتبار هذا التعديل جزء لا يتجزأ من أحكام العقد مما يتعين على طرفيه الالتزام به وترتيبآثاره من سقوط حق جهة الإدارة فى اقتضاء غرامة التأخير عن الفترة التى امتد إليها العقد .. وانتهى الافتاء إلى عدم جواز توقيع غرامة التأخير على=

التنفيذ(١)، وهو ما يلزم معه اضافة مدد جديدة لتنفيذ الالتزامات المعدلة متى كان تنفيذها يستغرق وقتاً أطول من الموعد المتفق عليه للتوريد(٢).

وجدير بالتنويه أن الاعفاء فى الحالتين المشار إليهما وجوبياً، حيث لا تملك الإدارة أية سلطة تقديرية حيال الاعفاء فى الحالتين.

الحالة الثالثة: الاعفاء الإدارى الجوازى:

حيث تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية فى توقيع غرامة التأخير على المورد المقصر، وبمقتضى هذه السلطة يحق للإدارة أن تقرر إعفاء المورد من غرامة التأخير كلياً أو جزئياً إذا ما قررت أن لذلك محلا، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أى ضرر من جراء التأخير(٣)، أو أن ظروف التنفيذ أو ظروف المورد كانت شاقة.

= شركة ... عن عملية توريد وتركيب المهمات الميكانيكية والكهربائية لعدد (٣٠) بئراً انتاجيا بمحافظة المنوفية.

وفى ذات المعنى افتا ها ملف رقم ٢١٦/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٣/٨/١٢ ـ لم ينشر بعد.

(١) افتاء إدارة الفتى لوزارات التعليم والتعليم العالى والبحث العلمى والجامعات ـ ملف رقم ٣٨٤/٤/١ بتاريخ ٢٠٠٤/٩/١ ـ لم ينشر بعد ... حيث قررت بأن الثابت من الأوراق أن المعهد القومى للأورام أسند إلى شركة ... عملية توريد قطن على دفعات، وكان موعد توريد الدفعة السادسة ٢٠٠٣/٧/١٥ ولم يصدر أمر التوريد للشركة فى هذا الموعد حتى صدر فى ٢٠٠٣/٧/٢٢ متضمناً طلب إدارة الصيدلة تأجيل التوريد حتى ٢٠٠٣/٨/١٦ ... وانتهت إدارة الفتوى إلى أنه لم تقع ثمة مخالفة من الشركة المتعاقدة مع جهة الإدارة حيث أن تأخير التوريد كان بسبب جهة الإدارة التى تراخت فى اصدارأمر التوريد عن موعده فضلا عن صدوره متضمناً تأجيل التوريد، وبالتالى لا يجوز توقيع أي غرامات تأخير عليها.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٢٧ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٧٠/٣/١ - المجموعة - السنة ٢٤ - ص ٢٤٠.

(٣) افتاء إدار الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى ملف رقم ١٩١/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٣/٦/٣ =

وقد أجاز المشرع المصرى للسلطة المختصة اعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر وذلك بحكم صريح نص المادة (٢٣) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سالف الذكر.

بيد أنه وأياً ما كان وجه الاعفاء وأسبابه، فإنه يتعين على جهة الإدارة الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأخذ الرأى القانونى بشأن مدى مشروعية قرار الاعفاد، وهو إجراء استحدثه المشرع المصرى فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى، وحسناً فعل ذلك لما يمثله هذا الإجراء من ضمانة مزدوجة للإدارة والمتعاقد معها، حيث يمثل رأى إدارة الفتوى المشار إليها ضمان تطبيق الإدارة لصحيح حكم القانون[1]، وفى ذات الوقت يضمن للمورد عرض

= لم ينشر بعد .. حيث قررت أن البين من الأوراق أن الشركة المعروض حالتها قد تأخرت فى توريد المهمات المتعاقد عليها لجهة الإدارة إلا أن اللجنة الفنية قد انتهت إلى أن هذا التأخير لم يترتب عليه ضرر لحق بالجهة الإدارية لأن هذه المهمات يلزم لتركيبها وتشغيلها توافر أعمال مدنية معينة لم يتم تنفيذها حتى تاريخه، كما أن توريدها وتشوينها قبل تنفيذ هذه الأعمال المدنية يترتب عليه تعرضها للتلف نتيجة لتعرضها للعوامل الجوية... وانتهت إدارة الفتوى إلى جواز اعفاء الشركة المذكورة من غرامة التأخير.

وفى ذات المعنى افتاء إدارة الفتوى لوزارات التعليم والتعليم العالى والبحث العلمى والجامعات ملف رقم ٣٥٩/٤/١ - بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/١٨، لم ينشر بعد.

(١) افتاء إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى - ملف رقم ٧٥/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٢/٨/١١ - لم ينشر بعد - ويتلخص موضوعه فى أن الهيئة المصرية العامة لمشروعات الصرف قررت إعفاء شركة البتروكيماويات المصرية من غرامة التأخير المستحقة عن عملية توريد ١٧٠٠ طن بوردة ومقدارها ٢٧ر٢٦٠٩٩٠ جنيه، دون الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة، واعترض الجهاز المركزى للمحاسبات على قرار الهيئة، وبعرض الموضوع على إدارة الفتوى انتهت إلى صحة ما انتهى إليه الجهاز المركزى للمحاسبات من وجوب توقيع غرامة التأخير المستحقة على الشركة استناداً إلى أنها تأخرت فى تسليم الكميات المتعاقد عليها فى المواعيد المحددة وأن هذا التأخير ليس بسبب يرجع إلى الهيئة.

وفى ذات المعنى: افتاء إدارة الفتوى لوزارة التعليم العالى والبحث العلمى والجامعات ملف رقم ٣٧٢/٤/١ بتاريخ ٢٠٠٤/٦/١٩ - لم ينشر بعد.

أمره على جهة محايدة تضطلع بتفسير القانون وتطبق أحكامه على الواقعة المعروضة عليها.

ثانيا: مصادرة التأمين النهائى:

تكمن الغاية من تقديم التأمين النهائى فى كونه ضمانا للإدارة توقياً للأخطاء التى قد تصدر من المتعاقد معها خلال مدة تنفيذ العقد، كما أنه يضمن ملاءة المتعاقد عند مواجهة المسئوليات التى قد يتعرض لها من جراء اخلاله بتنفيذ أحكام العقد[١].

وتنطوى مصادرة التأمين النهائى على معنى العقوبة[٢] أو الجزاء المالى الذى توقعه الإدارة على المتعاقد معها إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية، وتمثل قيمة الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة الحصول عليه دون أن يقبل من المتعاقد المقصر التحدى بأن الضرر الذى لحق بالإدارة يقل عن قيمة مبلغ التأمين النهائى.

ويتسم جزاء مصادرة التأمين النهائى بخصائص تميزه عن غيره من الجزاءات المشابهة كجزاء مصادرة التأمين الابتدائى، وتوقيع غرامات التأخير، والتعويض.

أ - التأمين النهائى والتأمين الابتدائى:

يختلف التأمين النهائى عن التأمين الابتدائى فى أنه يتحدد بنسبة معينة وهى (١٠٪) من قيمة العقد[٣] يودعه صاحب العطاء المقبول خلال مدة معينة

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٨٥/٢/٥ المجموعة - السنة الثلاثون - العدد الأول - ص ٥٥٩.

(٢) يراجع فى ذلك الأستاذ اسماعيل عبد الحميد - طبيعة شرط مصادرة التأمين النهائى فى العقد الإدارى - تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٥ ق عليا - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة الخامسة - العدد الثالث، ص ١٢٦.

(٣) المادة ١٧ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

من تاريخ اخطاره بقبول عطائه، أما التأمين المؤقت فهو نسبة معينة لا تجاوز (٢٪) من القيمة التقديرية للمناقصة أو الممارسة ترفق مع عطاء الراغب فى التعاقد مع الإدارة لضمان جديته فى التعاقد.

ويترتب على هذا الاختلاف بين نوعى التأمين أن جهة الإدارة توقع جزاء مصادرة التأمين النهائى على المتعاقد حال امتناعه عن تنفيذ العقد، والعكس صحيح حيث تلتزم جهة الإدارة برد هذا التأمين أو ما تبقى منه إذا ما أوفى المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، فى حين توقع الإدارة جزاء مصادرة التأمين المؤقت فى حالة سحب مقدم العطاء لعطائه أو العدول عنه قبل موعد انعقاد لجنة فتح المظاريف الفنية[1].

ب - التأمين النهائى وغرامة التأخير:

يختلف جزاء مصادرة التأمين النهائى عن جزاء توقيع غرامة التأخير من حيث غاية كل منهما فى أنه يواجه مخاطر عدم تنفيذ المتعاقد لشروط العقد، فيما يواجه جزاء توقيع الغرامة مجرد التأخير فى تنفيذ المتعاقد لالتزاماته خلال المواعيد المتفق عليها، فإذا كان جزاء مصادرة التأمين النهائى ينصب على محل العقد، فإن جزاء توقيع غرامة التأخير ينصب على مدة التنفيذ.

جـ - جزاء مصادرة التأمين النهائى وجزاء التعويض:

يتفق حق جهة الإدارة فى مصادرة التأمين النهائى مع حقها فى الحصول على التعويض عن الأضرار التي تصيبها من جراء خطأ المتعاقد فى أن كلاهما جزاء من الجزاءات المالية التى تتضمن معنى العقوبة. إلا أن وجه الخلاف بينهما يكمن فى عنصر الضرر أية ذلك أن جهة الإدارة تستطيع مصادرة التأمين النهائى إذا ما أخل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية، دون حاجة لاثبات حصول الضرر ودون النظر إلى مدى كفاية مبلغ التأمين النهائى لجبر الأضرار

---

(١) المادة ١٨ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

التى تصيب جهة الإدارة، أما جزاء التعويض فيلزم لتوقيعه اصابة جهة الإدارة بأضرار مادية جسيمة تزيد قيمتها عن قيمة التأمين النهائى. وعلى ذلك يمكن القول بأن جزاء مصادرة التأمين النهائى يدور مع خطأ المتعاقد وجوداً وعدماً، بينما يدور جزاء التعويض وجوداً وعدماً مع خطأ المتعاقد والضرر الذى يصيب الإدارة وعلاقة السببية بينهما.

كما يسمح هذا الاختلاف بين الجزاءين المشار إليهما بجواز الجمع بينهما[1]، على اعتبار أن مصادرة التأمين النهائى تمثل الحد الأدنى للتعويض، فإذا كانت الأضرار التى أصابت جهة الإدارة تفوق مبلغ التأمين فيجب الحكم بالتعويض الكافى لجبر هذه الأضرار.

وينبنى على ذلك أن جهة الإدارة تلتزم عند توقيعها لجزاء التعويض بأن توقع أولا جزاء مصادرة التأمين النهائى، فإن كانت قيمته تغطى الأضرار التى أصابت جهة الإدارة فيمتنع عليها توقيع جزاء التعويض، أما إذا فاقت الأضرار قيمة التأمين النهائى، فليس هناك ما يمنع من الجمع بين مصادرة التأمين النهائى والتعويض[2]، مع مراعاة خصم قيمة التأمين النهائى عند حساب هذا التعويض.

وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا - صراحة - عن هذا المعنى بقولها ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مصادرة التأمين لضمان تنفيذ العقد إنما

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول مدى جواز الجمع بين مصادرة التأمين النهائى والتعويض يراجع فى ذلك: د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص ١١٩، د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق ص ١٨٩.

(٢) وقد سمحت المادة (٢٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات لجهة الإدارة بمصادرة التأمين النهائى، واقتضاء ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى. وهو نص مستحدث حيث خلا القانون الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ من النص على حق الجهة الإدارية فى اقتضاء قيمة كل خسارة تلحق بها بالطريق الإدارى.

يمثل الحد الأدنى للتعويض الذى يحق للإدارة اقتضاؤه، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا يكون هناك محل لطلب التعويض، أما إذا كانت قيمة التأمين المصادر لا تكفى وحدها لجبر الضرر فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافى لجبره، ومن ثم فإنه ينبغى عند حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين منه(١).

حالات توقيع جزاء مصادرة التأمين النهائى:

أجملت المادة (٢٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حالات توقيع جزاء مصادرة التأمين النهائى حيث تنص على أنه «فى جميع حالات فسخ العقد، وكذا فى حالة تنفيذه على حساب المتعاقد يصبح التأمين النهائى من حق الجهة الإدارية....».

ويمكن إرجاع حالات استحقاق الإدارة المتعاقدة للتأمين النهائى إلى حالتين:

الأولى: حالة الفسخ:

وفقاً لحكم المادة (٢٤) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه يفسخ العقد تلقائيا إذا تحقق واحد من الأمرين التاليين:

أ - إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع جهة الإدارة أو فى حصوله على العقد.

ب - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

كما أجازت المادة (٢٥) من القانون المشار إليه للجهة الإدارية فسخ العقد، إذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد.

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٥ - المجموعة - السنة الأربعون - المبدأ رقم ١٤ - ص ١٣٧. وحكمها فى الطعن رقم ٢٨٢٧ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٨٧/١١/٧ - المجموعة - السنة ٣٣، ص ١٤٤.

وبناء على ما تقدم فإنه إذا ما تحققت أية حالة من حالات الفسخ على النحو المتقدم فإن التأمين النهائى يصبح من حق الجهة الإدارية المتعاقدة.

الحالة الثانية: الشراء على حساب المورد:

إذا ما أخل المورد بتنفيذ العقد بأن امتنع عن التوريد فى الميعاد المحدد بالعقد، أو خلال المهلة الاضافة، وآثرت جهة الإدارة عدم انهاء التعاقد، وإنما تنفيذه بطريق الشراء على حساب المورد فإن التأمين النهائى يصبح من حقها(١).

وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن المشرع أنشأ لجهة الإدارة عند اخلال المتعاقد معها بأى شرط من شروط التعاقد أن تفسخه أو تقوم بتنفيذه على حساب المتعاقد المقصر، وأنشأ لها فى الحالتين الحق فى مصادرة التأمين النهائى والحصول على مستحقاتها، إلا أن استعمالها لهذا الحق يرتبط بسلطتها التقديرية حيث لم يلزمها المشرع بتوقيع هذا الجزاء التعاقدى وإنما نص فقط على حقها فى توقيعه وهو ما يعنى أنها تترخص فى توقيع جزاء مصادرة التأمين أو عدم توقيعه، كما تستقل فى حالة المصادرة فى تحديد مدى هذا الجزاء وما إذا كان يشمل قيمة التأمين النهائى كلها أم ينصب على جزء منها فقط بما يوازى ١٠٪ من قيمة الأصناف التى لم يتم توريدها، كما تترخص جهة الإدارة فى توقيت توقيع هذا الجزاء سواء كان منجزاً عند اتخاذها إجراء سحب العمل من المتعهد والشراء على حسابه أو على سبيل التراخى عند انتهاء عملية الشراء على الحساب(٢).

---

(١) حيث تنص المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه على أنه «وفى حالة عدم قيام المورد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية، فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين (أ) شراء الأصناف التى لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه... (ب) انهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف، وفى هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية».

(٢) حكمها فى الطعن رقم ٩١١٢ لسنة ٣٦ ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٨ - لم ينشر بعد.

ثالثا: التعويضات:

من المسلم به فى الوقت الحاضر أن التعويض معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها، فهو يشمل كافة العقود الإدارية[١] ومن بينها عقد التوريد.

وعلى الرغم من ذلك فإن التعويض - بعكس الغرامات المالية - لا يستحق إلا إذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص، ويقدر التعويض وفقاً لجسامة الضرر الذى تحملته الإدارة[٢]، مع مرعاة الأخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقا للقواعد المدنية. وتطبيقا لذلك قضى بأن رجوع الإدارة بالتعويضات على المتعاقد المقصر يستند إلى أحكام القواعد العامة فى أى عقد كان، وتلك الأحكام تقضى بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض ويقدر بقدر الضرر»[٣].

تطور سلطة الإدارة فى توقيع جزاء التعويض:

لم تكن الإدارة فى فرنسا تتمتع بسلطة توقيع جزاء التعويض بإرادتها المنفردة، بل كان يتعين عليها الرجوع للقضاء بطلب الحكم لها بالتعويض عن الأضرار التى أصابتها من جراء خطأ المتعاقد معها.

غير أنه وبصدور حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية شركة ملاحة جنوب الأطلنطى فى ١٩٢٩/١٠/١١ حدث تطور هام فى هذا الشأن إذ سمح المجلس للإدارة بأن تحدد بنفسها قيمة التعويض وتلزم المتعاقد الامر بها حيث قرر بأنه إذا ترتب على تقصير الشركة المتعاقدة ضرر للدولة يكون من شأنه

---

(١) د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق ص ١٠١.

(٢) C.E., 171/2/1926, ste de Chantiers L'Adeur, Rec. p. 1125.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢ المجموعة السنة العاشرة ص ٣١٣.

ثبوت الحق فى التعويض، فإنه يجوز للوزير تحديد التعويض الذى تستحقه قبل المتعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم بذلك(١).

كما أن التشريع الفرنسى يسمح للإدارة فى كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل التعويضات بمقتضى أوامر الدفع تصدرها بإرادتها المنفردة. وللمتعاقد معها أن ينازع فى هذا التقدير أمام القضاء، ويجوز للقاضي أن يحكم بإنقاص قيمة التعويض إذا كان مبالغاً فى تقديره، أو اعفاء المتعاقد منه إذا ما قام على غير أساس سليم من الواقع أو القانون(٢).

أما فى مصر، فقد أكد المشرع فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على حق الإدارة فى هذا الصدد بالنص فى المادة ٩٤ من لائحته التنفيذية على أنه: .... وفى هاتين الحالتين: أى فى حالة الشراء على حساب المورد المقصر أو إنهاء التعاقد - يصبح التأمين النهائى من حق الجهة الإدارية ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها - بما فى ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية - من أية مبالغ مستحقة للمتعاقد لديها وفى حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أية اجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الاخلال بحقها فى الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإدارى ويلاحظ على هذا النص ملاحظتين:

الأولى: أن المشرع استبدل عبارة «تعويضات» الواردة فى اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى بعبارة «قيمة كل خسارة تلحق بها».

---

(١) C.E., 11-10-1929, Compagnie de Navigation sud Atlantique, Rec. p. 892.

(٢) LAUBADER. A., op. cit., p.142.

الثانية: أن المشرع نص على حق الإدارة فى اللجوء للقضاء للرجوع على المتعاقد المقصر بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإدارى، وهو حق تستطيع الإدارة مباشرته استناداً إلى القواعد العامة دون حاجة للنص عليه تشريعيا ومن الأفضل حذف هذه العبارة إحكاماً للصياغة.

على أنه وأياً ما كان الأمر فإن حق الإدارة فى اقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة صار الآن فى مصر حقاً معترف به تشريعيا دون أدنى شك أو غموض(١).

---

(١) وقد عبرت إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى عن سلطة الإدارة فى اقتضاء التعويض بطريق الخصم المباشر بأن قررت - بعبارات حاسمة - أن نصوص القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية لم تتعرض للحجز الإدارى للمبالغ المستحقة للجهات الإدارية نتيجة التعاقدات التى تتم طبقا لأحكام هذا القانون ولكنها قررت أحكاما تخول الجهة الإدارية سلطات أسرع وأقوى لتحصيل مستحقاتها لدى المتعاقد وهى سلطة الخصم المباشر من مستحقاته طرفها أو مستحقاته طرف أية جهة إدارية أخرى .. يراجع فى ذلك افتاء الإدارة المذكورة - ملف رقم ١١٥/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٥ - لم ينشر بعد.

الفرع الثانى
الجزاءات الضاغطة
Les sanctions coercitives

تستطيع جهة الإدارة اجبار المورد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية عن طريق حلولها محل المورد المقصر أو احلال غيره محله فى تنفيذ العقد، ويمثل هذا الاجبار وسيلة من وسائل الضغط على المورد من أجل تنفيذ العقد لضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار[١]. وتقوم الإدارة بممارسة الضغط على المورد المقصر من خلال ما يعرف بنظام الشراء على حساب المورد وتحت مسئوليته، ويقتضى دراسة هذا النظام بيان مضمونه وضوابط ممارسته وأخيراً الآثار القانونية المترتبة عليه.

١- مضمون الشراء على حساب المورد:

يعد الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسئوليته أحد تطبيقات مبدأ التنفيذ العينى للالتزام، فالأصل أن المورد يلتزم بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى المواعيد المحددة، فإن تراخى فى التوريد عن الموعد المحدد، أو قام بتوريد أصناف مرفوضة، فإنه يجوز لجهة الإدارة أن تمنحه مهلة اضافية للتنفيذ مع توقيع غرامة التأخير المقررة، فإن لم يمتثل رغم ذلك، فيكون لها الحق فى شراء الأصناف التى قصر المورد فى توريدها على حسابه وتحت مسئوليته، وهى تقوم بهذا الاجراء إما بنفسها أو بالتعاقد مع متعهد آخر دون انهاء العقد الأصلى أو فسخه. فهو إجراء مؤقت بطبيعته لا يؤدى إلى فسخ العقد أو انهاء الرابطة العقدية، وإنما يؤدى - فقط - إلى استبعاد المورد مؤقتا من تنفيذ عقده بالشراء على حسابه لحثه على التنفيذ[٢].

---

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٤٧٦.

(٢) يراجع فى ذلك د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة فى انهاء العقد الإدارى بإرادتها المنفردة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ١٩٩٣، ص ٣٥٦.

كما يقتصر هذا الإجراء على تنفيذ الالتزام الذى قصر المورد فى تنفيذه، دون أن يتناول الالتزامات الأخرى التى يجب على المورد تنفيذها فى المستقبل ولم يحل موعدها وقت اتخاذ هذا الإجراء[١].

٢- ضوابط ممارسة حق الإدارة فى الشراء على حساب المورد:

المستقر عليه أن الإدارة تستطيع اتخاذ هذا الإجراء الضاغط من تلقاء نفسها ودون حاجة للجوء إلى القضاء، كما تستطيع الإدارة اتخاذه حتى فى حالة سكوت العقد وعدم وجود نص صريح يجيز لها ذلك[٢].

غير أنه ونظراً لخطورة هذا الإجراء وقسوته فقد أحاطه المشرع الفرنسى - وكذلك المشرع المصرى - بالعديد من الضوابط التى يتعين على جهة الإدارة مراعاتها عند توقيعه على المورد، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلى:

أ - الاخلال الجسيم من المورد بشروط العقد:

ليس كل خطأ من جانب المورد يبرر لجهة الإدارة الشراء على حسابه، أو كما يقرر الفقيه «جيز» بأن مجرد التأخير ليس خطئاً كافياً لتبرير هذا الاجراء، بل يجب أن يترجم التأخير بعدم تنفيذ شروط العقد[٣].

فالمادة (١٧) من كراسة الشروط المنطبقة على القوات البحرية الفرنسية تقرر بأن استعمال الإدارة لهذا الحق مرهون بعدم تنفيذ المورد لالتزامه، أو عدم الرد من جانبه خلال المدة المحددة فى الاعذار بضرورة تنفيذ الالتزام خلالها.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى أن من قبيل الإخلال الجسيم بشروط العقد تقاعس المورد عن التسليم فى المواعيد المتفق عليها، ورداءة الأشياء الموردة[٤].

---

(١) جيز - المرجع السابق ص ١٠٨٨.

(٢) د. محمد صلاح السيد عبد البديع المرجع السابق ص ٣٥٧.

(٣) جيز، المرجع السابق، ص ١٠٩٠.

(٤) - C.E, 5-12-1934, Societé Horde et Buire R. p. 1149.

- C.E. 12-1-1906. Amsellem, R. p. 33.

وفى مصر تنص المادة (٢١) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى فى المهلة المحددة جاز للجهة الإدارية - بموجب اخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أى اجراء آخر - الغاء العقد وتنفيذه بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها.

وتنص المادة (٢٥) من ذات القانون على أن: يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأى شرط من شروطه.

وفى نطاق عقود التوريد تنص المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه على..... «وفى حالة عدم قيام المورد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين طبقاً لما تقرره السلطة المختصة وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل وذلك بعد اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد:
أ-شراء الأصناف التى لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة.

ويتمسك مجلس الدولة بشرط اخلال المورد بالتزاماته لتبرير حق جهة الإدارة فى الشراء على حسابه حيث قضت بأن مجال إعمال رخصة الشراء على حساب المورد وتوقيع غرامة التأخير هو نكول المورد عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد(١).

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٣٧٢١ لسنة ٣١ ق - جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٩ - غير منشور. وبذات المعنى: حكمها فى الطعن رقم ٦٢٣٠ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١ -غير منشور، وحكمها فى الطعن رقم ٨٣٧ لسنة ٣٨ ق - جلسة ٢٠٠٠/٢/٨ - غير منشور. وحكمها فى الطعن رقم ٧/٥٩ لسنة ٤٧ ق - جلسة ٢٠٠٥/٤/١٩ - سبقت الاشارة إليه. وحكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٧١٦ لسنة ٤٦ ق - جلسة ٢٠٠٥/٥/٢٢ - غير منشور.

ب - إعذار المورد المقصر:

يعتبر الإعذار السابق هو التمهيد الطبيعى لأى إجراء ضاغط[١]، ولا يوجد ثمة داع لاستبعاد المبدأ، وتتضمن كراسات الشروط العامة - عادة - نصوصاً خاصة بشأن إجراءات الاعذار، ومثال ذلك نص المادة (٧٠) من كراسة شروط البحرية الفرنسية حيث تقضى الفقرة الأولى من هذا النص بأن: ... كل مورد - باستثناء حالة القوة القاهرة - يخل بتنفيذ التزامه فى المواعيد المحددة فى العقد، يعذر فى الحال بخطاب مسجل بعلم الوصول بأن ينفذ التزامه قبل انقضاء المهلة المحددة بهذا الخطاب، وأنه فى حالة عدم التنفيذ بمعرفته ومع مراعاة موافقة السلطة العليا المختصة سيجرى الشراء على نفقته ومسئوليته.

وتعليقاً على هذا النص يقرر الفقه جيز بأن الاعذار، والمهلة، وشروط العقد، وكراسات الشروط العامة، كل ذلك يشكل ضمانات للمورد، وأى اخلال من جانب الإدارة بتلك الضمانات من شأنه إعفاء المورد من نتائج الشراء على حسابه، ويحكم له بتعويض إذا أصابه ضرر[٢].

ويُعمل مجلس الدولة الفرنسى رقابته الصارمة على التزام جهة الإدارة بضرورة اعذار المورد المقصر قبل عزمها الشراء على حسابه وعلى مسئوليته، حيث قرر اعفاء المورد من الآثار المالية الباهظة الناتجة عن الشراء على نفقته دون سابق اعذاره أو بناء على اعذار معيب، حتى ولو كان المورد قد ارتكب خطأ يبرر توقيع هذا الجزاء[٣].

وفى مصر أوجبت المادة (٢١) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والمادة

---

(١) يراجع فى ذلك جيز - المرجع السابق - ص ١٠٩٧ حيث يقرر:
La mise en demeure préalable est le préliminaire normale de tout mesure coercitive. il n'y a Pas de raison pour écarter le principe.

(٢) لمزيد من التفاصيل يراجع فى ذلك: جيز - المرجع السابق - ص ١٠٩٨.

(٣) C.E., 9-11-1932 - Weil, Rec. p. 941.

٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه ضرورة قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بإخطار المورد المقصر بكتاب موصى عليه بعلم الوصول يفيد عزمها على شراء الأصناف التى لم يقم بتوريدها من غيره على حسابه أو انهاء التعاقد فيما يتعلق بهذه الأصناف.

ورغم ذلك، قررت المحكمة الإدارية العليا - فى حكم قديم لها - بأنه إذا ما لجأت جهة الإدارة إلى طريقة الشراء على حساب موردها، ورأت أن صالح المرفق يقتضى ذلك، فإنه لا يكون ثمة موجب لإعذاره أو اعطائه مهلة اضافية للتوريد بعد تنحيته لتأخره فيه واسناده إلى غيره وعلى حسابه(١). وقد انتقد بعض الفقه(٢) - وبحق - هذا القضاء على أساس أن خطورة إجراء الشراء على حساب المورد تستدعى اعذاره مسبقاً، كما أن لائحة المناقصات والمزايدات قد خلت من النص على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء.

وفيما يبدو أن المحكمة الإدارية العليا قد استجابت لهذا النقد حيث عدلت عن هذا الاتجاه وقررت فى حكم حديث لها بأن يشترط لسحب العمل اخطار المتعاقد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه مصحوبا بعلم الوصول ودون حاجة إلى إجراء آخر(٣).

وقد تأيد هذا القضاء بالافتاء الصادر عن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع وجاء فيه: أن من غير المتصور التنفيذ على الحساب قبل اخطار المتعهد بسحب الكميات المرفوضة وتوريد بدلها(٤).

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٩٣٣ لسنة ٨ ق - جلسة ١٩٦٤/٢/٨ - المجموعة - السنة التاسعة - ص ٦٢٢.

(٢) يراجع فى ذلك: د. عبد المجيد فياض - المرجع السابق - ص ٢٤١.

(٣) حكمها فى الطعن رقم ٤٣٩٣ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٩٤/٢/٨ - المجموعة - السنة ٣٩ - الجزء الأول - المبدأ رقم ٨٣ - ص ٨٣٩.

(٤) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - ملف رقم ٢٧٤٤/٢/٣٢ - جلسة ١٩٩٧/٤/٣٠ - سبقت الاشارة إليه.

وخلاصة ما تقدم أن اعذار المورد أو اخطاره بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول بعزم الإدارة على الشراء على حسابه يعد ضمانة أساسية لا يستقيم هذا الإجراء بدونها.

بيد أن جهة الإدارة تعفى من الالتزام بتوجيه الاعذار أو الاخطار إلى المورد المقصر قبل الشراء على حساب المورد وذلك فى حالتين:

الأولى: إذا أقر المورد صراحة بعدم قدرته على التنفيذ، وفى هذه الحالة تنعدم جدوى الاخطار، وهو محض تطبيق للقواعد العامة فى القانون المدنى(١).

الثانية: إذا تضمن العقد نصاً صريحاً بإعفاء جهة الإدارة من إجراء الاعذار أو الاخطار قبل شروعها فى توقيع هذا الجزاء(٢).

جـ - التزام الإدارة بذات شروط العقد الأصلى:

أوجبت المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سالف الذكر ضرورة شراء الأصناف التى لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها، والمتعاقد عليها بأحدا لطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة باللائحة ويتحدد مضمون هذا الالتزام فى ضرورة أن تكون شروط وأوضاع العقد الجديد - خلاف الثمن بطبيعة الحال -هى نفس شروط وأوضاع العقد الأصلى، وفى حالة مخالفة الإدارة لهذا الالتزام يستطيع المورد أن يتمسك بعدم مسئوليته عن نتائج العقد الجديد، وأن يرفض بالتالى أن يتحمل تبعاته.

بل وأكثر من ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسى يلزم جهة الإدارة بتمكين

---

(١) تنص المادة (٢٢٠) من القانون المدنى على أنه: لا ضرورة لاعذار المدين فى الحالات الآتية:
أ- ..... ب- ..... جـ - ..... د- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.

(٢) د.محمد صلاح السيد عبد البديع - المرجع السابق - ص ٣٨٤.

المورد من رقابة عملية اختيار المورد الجديد ومتابعة العمليات المنفذة بواسطة الأخير(١).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على حتمية الشراء على حساب المورد المقصر بذات الشروط والمواصفات المتعاقد عليها حيث قضت بأن التنفيذ على الحساب لا يخول جهة الإدارة شراء أصناف غير الأصناف المتعاقد عليها، ولكنه لا يحول دون قيام الإدارة من أن تشترى على حساب المورد المقصر ما يماثل الصنف المتعاقد عليه، وإن اختلف عنه جودة - زيادة أو نقصاً - وتحاسبه على فرق الجودة ووفقا للمواصفات الفنية للأصناف المتعاقد عليها بنفس شروط المناقصة الأولى ومدتها عدا السعر الذى تحدده المناقصة الثانية لذات الصنف(٢).

---

(١) C.E, 16-6-1978, ste d'Achats et de consignation, R.D.P. 1980, p.1484.

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٦٢٣٠ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١ سبق الاشارة إليه.

وبذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٢٠١٣ لسنة ٦ ق - جلسة ١٩٦١/١٢/١٦ سبقت الاشارة إليه حيث قضت بأنه وإن لم يكن لجهة الإدارة وهي تباشر على حساب المتعهد المقصر شراء الأصناف التى قصر فى توريدها أن تشترى أصنافا غير الأصناف المتعاقد عليها، إلا أن المغايرة هنا تقتضى شيئا من الايضاح فليس لها أن تشترى سيارات إذا كان التعاقد على دراجات أو تشترى سيارات نقل إذا كان التعاقد على سيارات ركوب، وتنتفى المغايرة إذا كان الاختلاف في جودة الصنف زيادة أو نقصا إذا تعذر الحصول على ذات الصنف المتعاقد عليه كما لو كان مما يصنعه المتعهد فلا يوجد عند غيره ويكون قد نفذ من السوق فليس ثمت ما يمنع جهة الإدارة من أن تشترى على حساب المتعهد ما يماثل الصنف المتعاقد عليه وان اختلف عنه جودة زيادة أو نقصا وتحاسبه عن فرق السعر وفرق الجودة إن كان، باعتبار أن هذين العنصرين يمثلان الضرر الذى لحق - على سبيل اليقين - بالمصلحة العامة.

وقد طبقت المحكمة المبدأ المتقدم بصدد نزاع تخلص واقعاته فى أن إدارة التموين الطبى بالاسكندرية تعاقدت مع ... على توريد جهاز كولد لبنك الدم نظير مبلغ=

٤ - الآثار القانونية المترتبة على الجزاء:

يترتب على الشراء على حساب المورد المقصر آثار قانونية هامة تتمثل فيما يلى:

١- يتحمل المورد كافة الآثار المالية الناجمة عن الشراء على حسابه، كفروق الأسعار وغرامات التأخير والمصاريف الإدارية، بحسبان أنه ليس من شأن الشراء على حسابه انهاء العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة، وإنما يظل مسئولا عن تبعات التوريد سواء تم عن طريق الإدارة بنفسها أو عن طريق مورد آخر. بينما لا يستفيد من النقص فى الأسعار إذا اشترت الإدارة الأصناف التى قصر فى توريدها من مورد آخر بسعر أقل(١).

= ١٨٠٠٠ جنيه، وبعد التوريد اتضح عدم صلاحية الجهاز للعمل وطلبت منه الجهة الإدارية استبداله بآخر فأفاد بعدم وجود أجهزة أخرى لديه فقامت بشراء جهاز آخر أكثر تطوراً بمبلغ ٣٣٦٥٠ جنيه وطالبته الجهة الإدارية بفروق الأسعار، وقضت محكمة أول درجة بعدم مسئولية المورد عن فروق الأسعار الناجمة عن التنفيذ علي حسابه لما أكدته مديرة بنك الدم من أن الجهاز الذي تم شراؤه أكثر تطوراً من الجهاز الذى تم التعاقد عليه، وطعنت الجهة الإدارية على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بالغائه على سند من أنه ليس ثمة ما يمنع جهة الإدارة من أن تشترى علي حساب المتعهد ما يماثل الصنف المتعاقد عليه وإن اختلف عنه جودة زيادة أو نقصاً وتحاسبه على فرق السعر وفرق الجودة إن كان ... ومتى كان الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية قامت بشراء جهاز آخر على حساب المطعون ضده بمبلغ.... وأن هذا الجهاز أكثر تطوراً، إذ أنه مزود بجهاز طارد مركزى، وقد تعذر على الجهة الإدارية الحصول على الجهاز محل التعاقد بذات المواصفات المتفق عليها واقتضت مصلحة العمل شراء جهاز أكثر جودة تتوافر فيه مزايا أفضل، فمن ثم فإن المطعون ضده يُسأل فقط عن الفرق بين سعر الجهاز المعيب الذى قام بتوريده وبين الجهاز الذى تم شراؤه فقط دون أن يتحمل بقيمة فارق الجودة.

حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٤٤ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٨ - لم ينشر بعد.

(١) C.E., 28-1-1977, Ministre des finances, A.J.D.A., 1977, p. 394.
C.E., 5-11-1982, sté propétrol, Rec. p. 381.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن المورد المقصر يتحمل نتائج الشراء على حسابه، فيكون للجهة الإدارية الرجوع عليه بفروق الأسعار التى يسفر عنها هذا الشراء، مضافاً إليها غرامات التأخير المقررة قانوناً والمصروفات الإدارية المتمثلة فى نفقات اعادة النشر وتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت، فإذا قامت الجهة الإدارية بالتنفيذ بالأمر المباشر بدون ثمة اجراءات فمن ثم لا يوجد مقتضى لاقتضاء مصاريف إدارية(١).

ولكن يستطيع المورد الذى تم الشراء على حسابه أن يطالب الإدارة بتخفيض المبلغ المستحق عليه إذا استطاع أن يثبت أن مرد زيادة هذا المبلغ يرجع إلى خطأ المورد الجديد أو الخطأ الجسيم من جانب جهة الإدارة(٢).

٢- لا يجوز للمورد المقصر أن يشترك مباشرة أو بطريق غير مباشر فى تنفيذ التوريدات المنفذة على حسابه، كما لا يجوز له التقدم بعطائه فى المناقصة الثانية المتعلقة باختيار المورد الجديد. غير أنه وفى حكم خاصة بعقود التوريد الصناعية فى فرنسا أوجبت المادة ٤/٣٨ من كراسة الشروط المطبقة على هذا النوع من العقود أن يتنازل المورد المقصر للمورد الجديد عن براءات الاختراع والرخص الضرورية، وذلك عندما يتضمن العقد المبرم مع المورد الجديد بدء تنفيذ براءات اختراع.

كما قد يتضمن العقد المبرم مع المورد المقصر نصاً يعطى الإدارة الحق في تنفيذ التوريدات بنفسها بالأدوات والمواد وفى الورش الخاصة بهذا المورد، أو فى الورش الخاصة بجهة الإدارة(٣).

٣- تكون الإدارة فى حالة الشراء على حساب المورد المقصر فى مركز الوكيل عنه، حيث تلتزم بأن تبذل فى هذه الوكالة العناية التى تبذلها فى

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٣٧٣ لسنة ٤٢ ق - جلسة ٢٠٠٠/٩/١٩- غير منشور.

(٢) C.E. 10-7-1972, sté "Boeuf de france, Rec. p. 546.

(٣) جيز - المرجع السابق، ص ١١٠٠.

أعمالها الخاصة، ومن ثم فإذا تسببت بتصرفها فى زيادة الأعباء، فإن هذا المورد لا يتحمل إلا الفرق الذى يرجع إلى خطئه[١]. كما أن مؤدى وكالة الجهة الإدارية عن المورد المقصر فى الشراء على حسابه أن تلتزم ببيان مفردات هذا الشراء من تحديد أسعار الأصناف التى قصر فى توريدها على ضوء المواصفات الفنية والجودة للأصناف المحلية المتعاقد عليها وليست الأصناف المستوردة التى يفوق سعرها الانتاج المحلى[٢].

الرقابة القضائية على جزاء الشراء على حساب المورد المقصر:

يمارس القاضى الإدارى رقابته على قرار جهة الإدارة بتوقيع جزاء الشراء على حساب المورد المقصر، ويبسط رقابته فى هذا الصدد من زاويتى المشروعية والملاءمة، حيث تتناول هذه الرقابة قرار توقيع الجزاء من حيث الاختصاص والشكل ومخالفة القانون، والتعسف فى استعمال السلطة، كما تمتد هذه الرقابة لتشمل البواعث التى حدت بالإدارة إلى توقيع هذا الجزاء، وكذلك أسبابه، ليقرر

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٦٢٤ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٨٩/١/١٧ - مجموعة مبادئها - السنة ٣٤ - الجزء الأول - ص ٤٥٠، وفيه قضت بأن الجهة الإدارية قامت بتنفيذ العقد علي حساب المطعون ضده الذى أخل بالتزامه بتوريد كمية الزيت المتعاقد معه على توريدها، وهي فى ذلك تقوم بدور الوكيل فتلتزم بأن تبذل فى هذه الوكالة العناية التى تبذلها في أعمالها الخاصة، وهو ما يقتضى منها أن تقوم بذلك خلال مدة معقولة وهى فى واقع الأمر ارتضت السعر الذى عرضته شركة ... دون أن تقوم بممارستها فى شأن تخفيضه... فإنه لا يصح تحميل المتعاقد به إذ مرده فى ظروف التعاقد وملابساته ومناسبته إلي تأخيرها فى التنفيذ على حسابه فتتحمل الجهة الإدارية نتيجة ذلك ولا يكون هناك ثمة محل لتحميله الفرق بين السعر الذى قدمه وسعر البيع لصنف الزيت المتعاقد عليه من جهة انتاجه وهو السعر الذى ارتضته الجهة الإدارية دون ممارسة لتلك الجهة التى أسند إليها التنفيذ على الحساب مع أن الأصل أن يكون سعر جهة الانتاج أدنى.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٦٢٣٠ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١ - سبق الاشارة إليه.

القاضى ما إذا كان المورد قد أخطأ بالفعل، وما إذا كان توقيع الجزاء يتناسب مع الخطأ المنسوب للمورد من عدمه(١).

غير أن سلطة القاضى الإدارى حيال هذا الجزاء لا تمتد إلى حد إلغاء القرار الصادر بتوقيعه، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسى بأن القاضى الإدارى لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة فى مواجهة المورد، ولكنه يستطيع فقط أن يبحث عما إذا كانت التدابير الصادرة من الإدارة فى مواجهة المورد قد صدرت فى ظروف من شأنها أن تنشئ للمورد الحق فى التعويض من عدمه(٢).

الفرع الثالث
الجزاءات الجنائية
Sanctions Pénales

قد يبلغ إخلال المورد بتنفيذ التزاماته التعاقدية حداً من الجسامة يعتبره المشرع جريمة جنائية، ولما كان مؤدى مبدأ الشرعية الجنائية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص - فإنه لا يتصور أن يتضمن عقد التوريد النص على توقيع جزاءات جنائية معينة عند وقوع مخالفات عقدية محددة.

وبناء على ذلك فإن الجزاءات الجنائية التى يمكن توقيعها على المورد يكون مصدرها دائما نص قانونى، وأبرز الأمثلة على تلك النصوص، ما هو متعلق بجرائم الموردين Delits des fournisseurs فى فرنسا، كما يوجد فى القانون المصرى حالات مماثلة.

أولا: جرائم الموردين فى فرنسا:

حيث تضمنت نصوص المواد من ٤٣٠ إلى ٤٣٣ من قانون العقوبات

---

(١) C.E., 9-1-1957, DAVAL, Rec, p. 955.

(٢) C.E. 24-11-1972, Sté Ateliers de nettoyage de fontainebleau, Rec. p. 753.

الفرنسى النص على عقوبات مالية وسالبة للحرية تطبق على الجرائم التى يرتكبها موردو القوات المسلحة البرية والبحرية بمناسبة تنفيذ عقودهم، وتتمثل هذه الجرائم فى تقصير المورد فى أداء الخدمة المكلف بها، والتأخير فى تسليم التوريدات والغش فى طبيعة وجودة وكمية الأشياء الموردة(١).

كما تضمنت المادة ٣/٢٤ من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد العادية وكذلك المادة ٤/٣٧ من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد الصناعية النص على حق الإدارة فى اقامة الدعوى الجنائية ضد المورد حتى فى حالة فسخ العقد المبرم معه.

ويتعين لتحريك الدعوى الجنائية عن جرائم الموردين ضرورة تقديم بلاغ من جهة الإدارة إلى السلطات المختصة اللهم إلا فى حالة الغش، حيث يمكن تحريك الدعوى الجنائية دون حاجة إلى بلاغ(٢).

وغنى عن البيان أن القصد من توقيع الجزاءات الجنائية على الموردين هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، إذ قد يؤدى مجرد التأخير فى توريد معدات عسكرية إلى الجيش خاصة أثناء الحرب إلي نتائج خطيرة يتعذر تصورها.

ثانيا: جرائم الموردين فى مصر:

تنص المادة ١١٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات على معاقبة كل من أخل عمداً بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التى يفرضها عليه عقد .... أو .... أو توريد ... ارتبط مع الحكومة أو إحدى الهيئات العامة أو الشركات أو الجمعيات أو المنظمات أو المنشآت إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم فى مالها بنصيب ما بأية صفة كانت وترتب على ذلك ضرر جسيم، أو ارتكب أى غش فى تنفيذ هذا العقد. ويعاقب بالعقوبة ذاتها على حسب

---

(١) يراجع فى ذلك جيز - المرجع السابق ص ٣٢٦.

(٢) يراجع فى ذلك: د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

الأحوال المتعاقدون من الباطن أو الوكلاء أو الوسطاء إذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعاً إلى فعلهم.

ولعل أهم ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع قد ميز بين جريمتى الاخلال العمدى بعقود التوريد، وبين الغش فى تنفيذ هذه العقود، واشترط ضرورة حدوث ضرر جسيم فى الجريمة الأولى، بينما افترض حدوث هذا الضرر فى الجريمة الثانية. ومن أمثلة جرائم الموردين أيضاً ما نصت عليه المادة ٣٧٤ مكرر من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥١ من عقاب المتعهدين وكل من يدير مرفقاً أو عملاً من الأعمال العامة إذا أوقفوا العمل بكيفية يتعطل معها أداء الخدمة العامة أو انتظامها.

أثر اقامة الدعوى الجنائية ضد المورد:

يترتب على ثبوت استعمال المورد بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب فى تعامله مع جهة الإدارة المتعاقدة أو فى حصوله على العقد آثار هامة تتمثل فى فسخ العقد تلقائيا، وشطب اسم المورد من سجل الموردين، واقامة الدعوى الجنائية ضده إذا رأت جهة الإدارة مقتضى لذلك.

وقد رتب المشرع أثراً جوهرياً على اقامة الدعوى الجنائية ضد المورد فى حالة استعمال الغش أو التلاعب، ويبدو هذا الأثر واضحاً فى أنه قد علق الموافقة على طلب المورد المشطوب اسمه إعادة قيده فى سجل الموردين على مصير الدعوى الجنائية المقامة ضده سواء بصدور قرار من النيابة العامة بألا وجه لاقامة الدعوى الجنائية ضده أو بحفظها إداريا أو بصدور حكم نهائى ببراءته مما نسب إليه(١).

---

(١) المادة (٢٤) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه. حيث تنص الفقرة الأخيرة منها على أنه: ويتم بناء على طلب المتعاقد الذى شطب اسمه إعادة قيده فى سجل الموردين أو المقاولين إذا انتفى سبب الشطب بصدور قرار من النيابة العامة بألا وجه لاقامة الدعوى الجنائية ضده أو بحفظها إدارياً أو بصدور حكم نهائى ببراءته مما نسب إليه.....».

الفصل الرابع

حقـــوق المـــورد

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت نظرية العقود الإدارية قد اعترفت بالسلطات الواسعة لجهة الإدارة فى مواجهة المورد على النحو السابق دراسته فى الفصل الثالث من الرسالة، فإن النظرية حرصت فى ذات الوقت على ضمان حقوق المورد المالية المستمدة من العقد والقواعد العامة، وهو ما يكفل اقامة التوازن بين جهة الإدارة والمورد.

فالمورد سواء كان فرداً أو شركة يسعى دائما لتحقيق مصلحة خاصة هى حصوله على الربح الذى يتمثل فيما يحصل عليه من ثمن مقابل توريد الأصناف المتفق عليها، كما أن له أيضاً الحق فى الحصول على التعويض المناسب إذا ما أخلت الإدارة بالتزاماتها التعاقدية على نحو يلحق به الضرر. وهى حقوق يستمدها المورد من العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة.

وخارج نطاق العقد، اعترف القضاء بحق المورد فى ضمان التوازن المالى للعقد، بأن تكون مستحقاته المالية متوازنة مع نفقاته، بحيث إذا اختل هذا التوازن بسبب ظروف أجنبية عنه وعن الإدارة، أو نتيجة فعل مشروع من جانب الإدارة، فإن من حقه الحصول على معاونة الإدارة لإعادة التوازن المالى للعقد مرة أخرى، حتى يستطيع الاستمرار فى تنفيذ التزاماته لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وعلى ضوء ما تقدم، فإنه يمكن تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حق المورد فى اقتضاء الثمن.

المبحث الثانى: حق المورد فى التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

المبحث الثالث: حق المورد فى التوازن المالى للعقد.

المبحث الأول

حق المورد فى اقتضاء الثمن

الثمن لغة هو العوض الذى يؤخذ على التراضى فى مقابل المبيع عينا كان أو سلعة[١]، والثمن فى عقد التوريد هو المقابل النقدى الذى يستحقه المورد عن الأصناف التى قام بتوريدها لجهة الإدارة بالاضافة إلى أرباحه المشروعة عن عملية التوريد[٢].

والأصل أن تحديد الثمن فى عقد التوريد يتم بإرادة الطرفين الإدارة والمورد، وهو ما يضفى على شرط الثمن طبيعة تعاقدية فى المقام الأول، إلا أن هذا الأصل ترد عليه قيود تحد من إرادة طرفى العقد فى هذا الصدد.

وحق المورد فى اقتضاء الثمن مرهون بتوافر مناط استحقاقه، وهو قيامه بتوريد الأصناف المتفق عليها، مما يقتضى بيان كيفية حساب الثمن.

وإذا ما توافر مناط استحقاق المورد للثمن، فإن الإدارة تلتزم بسداده وفق أساليب معينة وبإجراءات محددة، وهو ما يقتضى بيان هذه الأساليب وتلك الاجراءات.

وجدير بالتنويه إلى أنه ولئن كان عنصر الثمن يشكل نظرية عامة لها دورها البارز فى مجال الدراسات الخاصة بحقوق المتعاقد مع الإدارة، إلا أننا نقصر هذه الدراسة على بيان عنصر الثمن فى عقود التوريد، تاركين ما سبق

---

(١) المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية - المرجع السابق ص ٨٨.

(٢) وينبغى ألا يختلط مفهوم السعر بمفهوم الثمن، فالسعر يتولى تحديده مقدم العطاء بمفرده قبل انعقاد العقد ويتضمن ثمن الأصناف المزمع التعاقد على توريدها مضافاً إليه هامش ربح أعلى بكثير مما سيتم الاتفاق عليه، أما الثمن فهو المقابل النقدى الذي تلتزم الإدارة بسداده للمورد عن الأصناف التى قام بتوريدها فعلا مضافاً إليه هامش ربح معقول.

وأن تناولته المراجع العامة فى هذا الشأن(١).

وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تحديد الثمن وكيفية حسابـــــه.

المطلب الثانى: أساليب وإجراءات الوفاء بالثمن.

المطلب الأول

تحديد الثمن وكيفية حسابه

أولا: تحديد الثمن:

يعتبر تحديد الثمن أمراً جوهرياً ينبغى على كل من المورد وجهة الإدارة مراعاته بكل دقة تلافيا لأى منازعات قد تثور بشأنه مستقبلا، إلا أنه قد يحدث أحياناً ألا يتضمن العقد كيفية تحديد الثمن، وهو أمر تتكفل به عادة النصوص التشريعية وأحكام القضاء.

تحديد الثمن باتفاق الطرفين:

الأصل أن يحدد الثمن فى عقد التوريد بالاتفاق بين الإدارة والمورد، حيث يعتبر شرط تحديد الثمن شرطا تعاقديا(٢)، وقد يحدد الثمن بمقتضى شرط يدرج فى العقد، أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد(٣).

---

(١) لمزيد من التفاصيل يراجع فى ذلك: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص٥٢٧، د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ٢٠٣ ومابعدها، د. محمود حلمى، المرجع السابق ص ١٠٩، د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق، ص ٤٢٨، د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول الطابع التعاقدى لتحديد الثمن يراجع فى ذلك: د. محمد سعيد أمين، الرسالة السابق الاشارة إليها، ص ٤٣٠.

(٣) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٥٣١.

وتختلف طريقة تحديد الثمن فى عقود التوريد العادية عنه فى عقود التوريد الصناعية، وذلك على النحو التالى:

أ - طرق تحديد الثمن فى عقود التوريد العادية:

يمكن التمييز بين ثلاث طرق رئيسية لتحديد السعر فى هذا النوع من العقود.

- التحديد الجزافى للثمن بصفة اجمالية[١]:

وبموجب هذه الطريقة يحدد المتعاقدان الكمية المطلوب توريدها وثمنها الاجمالى، فإذا تم التوريد على دفعة واحدة، استحق المورد الثمن الاجمالى المتفق عليه، أما إذا تم التوريد على دفعات وكانت إرادة الطرفين قد اتجهت إلى التعويل على السعر الاجمالى للأصناف الموردة، فإنه فى هذه الحالة لا يؤثر على التزام الجهة الإدارية بدفع مستحقات المورد حدوث خطأ مادى نتيجة توزيع السعر الاجمالى على دفعات التوريد. فى حين أنه لو لم تتجه إرادتيهما إلى التعويل على هذا السعر، فيرى الفقيه «جيز» أن توريد الأصناف على دفعات مستقلة فإن كل دفعة تعد دفعة مستقلة بذاتها حتى وإن أسندت عدة دفعات إلى نفس المورد، ويتعين تبعاً لذلك تحديد ثمن كل دفعة من تلك الدفعات على حدة[٢].

طريقة تحديد الثمن لكل نوع من الأصناف الموردة:

وفى هذه الطريقة يتم تحديد ثمن مستقل لكل صنف من السلع المطلوب توريدها، وتحديد ثمن الوحدة من الصنف الواحد، ويتمثل ثمن الصنف فى اجمالى عدد الوحدات الموردة من هذا الصنف مضروباً فى ثمن الوحدة منه - فإن تضمن العقد النص على توريد أكثر من صنف فإن ثمن العقد يتحدد على

---

(١) لمزيد من التفاصيل يراجع فى ذلك: جيز: المرجع السابق، ص ٧٦٧.

(٢) جيز - المرجع السابق، ص ٨٦٧.

أساس حاصل جمع ثمن الأصناف موضوع التعاقد. يستوى فى ذلك أن يتم تسليم الأصناف المتفق عليها دفعة واحدة أو على دفعات.

وغنى عن البيان أن تحديد الثمن على أساس سعر الوحدة لا يعنى أن من حق الجهة الإدارية أن تبعض الصفقة، وإنما يتعين النظر إلى ثمن الوحدة مجتمعاً مع باقى الوحدات ومنظور إليها بأكملها كوحدة واحدة. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه: لا يسوغ للإدار أن تتذرع بأن الثمن قد حدد على أساس سعر الوحدة ولم يحدد بصفة اجمالية، إذ أن تحديد الثمن على أساس سعر الوحدة لا يعنى حق جهة الإدارة فى أن تبعض الصفقة كما تشاء بعد أن حدد سعر الصفقة بأكملها على أساس مجموع الوحدات التى كانت محل التعاقد، إذ أن تحديد سعر معين للوحدة يراعى فيه عدد الوحدات، ولا يعنى هذا أن كل وحدة من وحدات الأصناف المبيعة تساوى الثمن الذى قدر لها وإنما تساوى الوحدة الثمن المقدر لها إذا اجتمعت مع باقى الوحدات ونظر إليها بأكملها كوحدة[1].

طريقة تحديد الثمن بالاحالة إلى عنصر خارجى عن العقد:

حيث يتم الاتفاق على تحديد الثمن على أساس أسعار السوق السائدة فى تاريخ محدد، ومثال ذلك عقود توريد الفاكهة والخضروات إلى المستشفيات ومعسكرات القوات المسلحة حيث يتم الاتفاق علي توريد الخظروات والفاكهة فى مواسم انتاجها السنوية، ولم يكن سعرها قد تحدد عند ابرام العقد.

ومن العناصر الخارجية التى يستعين بها طرفى عقد التوريد عند تحديد الثمن عنصر الأسعار الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو دوليا.

وقد اهتم المشرع المصرى بعنصرى أسعار السوق والأسعار الأخيرة السابق التعامل بها حيث أوجبت المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على اللجنة الفنية التى تتولى وضع كراسة الشروط

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٧٠/٤/١١ - المجموعة السنة ١٥ - المبدأ رقم ٤٣ - ص ٢٦٤.

والمواصفات - عند وضع القيمة التقديرية للعملية موضوع التعاقد - ضرورة أن تكون مماثلة لأسعار السوق عند الطرح مع الأخذ فى الاعتبار جميع العناصر المؤثرة وفقاً لظروف وطبيعة تنفيذ التعاقد. كما استظهرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى التشريع بمجلس الدولة[١] أن اتجاه إرادة طرفى العقد إلى أن تحديد السعر يتم طبقاً للتسعيرة الودية فضلا عن نسبة مئوية محددة مقابل المصاريف الأخرى، مؤدى ذلك ولازمه استحقاق الجمعية التعاونية الاستهلاكية الموردة الزيادة التى طرأت على أسعار اللحم العجالى (جاموسى أو بقرى) وفقا لما تسفر عنه التسعيرة الودية للمحافظة وذلك خلال مدة تنفيذ العقد.

ب - تحديد الثمن فى عقود التوريد الصناعية:

لا تثير مسألة تحديد الثمن فى هذا النوع من العقود ثمة صعوبة لا سيما إذا كانت عملية التصنيع تتم بخامات ومواد أولية مملوكة للمورد، حيث يتم تحديد السعر فى هذه الحالة على ضوء قيمة وطبيعة المنتج النهائى، سواء كان فى شكل وحدة أو وزن أو مقاس.

ولكن تكمن صعوبة تحديد السعر فى عقود الاستبدال marchés de conversion والتى تتضمن تسليم المورد مواد قديمة لتحويلها إلى مادة أخرى، ثم يعاد توريدها إلى الإدارة وكذلك عقود التحويلMarchés de transformation والتى تتضمن تسليم المورد مواد جديدة وتحويلها إلى منتج جديد يعاد توريده لجهة الإدارة.

وضع الفقيه «جيز» جملة أفكار هامة يمكن الاستعانة بها فى حل مشكلات تحديد الثمن فى عقود الاستبدال وعقود التحويل.

---

(١) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - رقم ٧٤ بتاريخ ١٩٩٤/١/٣٠ - ملف رقم ٢٤٣٦/٢/٣٢.

نظرية «جيز» فى مشكلة تحديد الثمن[١]:

بعدما عرض الفقيه «جيز» للفارق الجوهرى بين عقود الاستبدال وبين عقود التحول، تطرق إلى تحديد عنصر الثمن فى كل منهما. فالثمن في عقود الاستبدال يتم تحديده باتباع الخطوات الآتية:

أ - تحديد ثمن المواد الجديدة بغض النظر عن أى تنازل عن مواد قديمة، ويعنى ذلك ضرورة تحديد ثمن المواد القديمة فيما لو كانت جديدة أصلا.

ب - تحديد ثمن المواد القديمة المطلوب تغييرها.

جـ - المعدل المطلوب دفعه أى الفرق بين المقدار الاجمالى للمواد ومقدار المواد القديمة.

ويستطرد الفقيه «جيز» بالتنويه إلى ضرورة ألا يتجاوز المعدل المطلوب دفعه من الدولة الحد المقبول أى معدلا حديا Soulte Limite، ويكون المعدل مقبولا بمقارنته بالمعدل الخاص بآخر عملية توريد مماثلة.

أما تحديد الثمن فى عقود التحويل[٢] Les marchés transormation

---

(١) جيز - المرجع السابق - الجزء الثانى - ص ٧٧٢ ويعرض نظريته على النحو التالى:
Clause relative au prix dans les marchés par conversion de vieilles matières - Dans le marché doit figurer:
A) le prix des matiérds neuves, indépendamment de toute cession de vieilles matiéres.
b) le prix de vieilles matiéres à convertir.
c) La soulte à payer, c'est - A-dire la différence entre le montant total des matières et ce lui des vieilles matiéres.

(٢) فى شأن عقود التحويل يقرر جيز فى ص ٧٧٣ ما يأتى:
Clause relative Au prix dans les marchés par transformation de matiéres neuves... le marché contient donc:
A) le prix des objets neufs.
b) le prix de matiérs neuves délivrées au fournisseur.
c) La soulte à payer au fournisseur.

مثل تسليم المورد دقيق لتحويله إلى خبز، وتحويل جلد خام إلى جلد مصنّع، فيتم بخصم الفرق بين ثمن المنتج المطلوب توريده وثمن المواد الجديدة المسلمة للمورد. كما يمكن أن يحدد عقد التحويل سعراً موحداً للتصنيع وهو ما أطلق عليه الفقيه «جيز» سعر التصنيع Prix de la facon.

وقد اعتنقت المحكمة الإدارية العليا معيار أجر التصنيع فى عقود التحويل حيث قررت بأنه: يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة أن تزود المورد بالخامات اللازمة لصناعة أى صنف من الأصناف الغذائية المقررة، وفى هذه الحالة يحاسب المورد على أجر تصنيع يقدر على أساس الفرق بين الصنف وفرق أسعار كشوف الوحدة، وثمن الخامات الداخلة فى صناعته فإذا كانت تلك الأصناف مسعرة فيكون أساس الحساب هو سعرها الرسمى(١).

كيفية تحديد الثمن فى حالة عدم النص عليه فى العقد:

قد يغفل المتعاقدان عن تحديد الثمن فى حالات معينة الأمر الذى يمكن أن يثير منازعات بينهما، ونوضح فيما يلى حالات عدم الاتفاق على الثمن بين جهة الإدارة والمورد، مع بيان الحكم الواجب لكل حالة من هذه الحالات.

أ - حالة الاتفاق المباشر دون تحديد الثمن:

فى هذه الحالة تطلب جهة الإدارة من المورد أن يورد أصناف معينة على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد، وفى هذه الحالة يلجأ إلى الطريقة المقررة تشريعيا لتحديد الثمن، وإلا حدد بناء على سعر السوق وقت الشراء(٢).

غير أنه وفى حالة الخلاف وبالنظر إلى الطبيعة التعاقدية للشروط المتصلة بالثمن حيث لا يملك أى من المتعاقدين أن يفرض ثمناً معينا على الآخر، فإن القاضى الإدارى يستطيع حسم هذا الخلاف بأن يتولى تحديد الثمن المناسب.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ١٠ ق - جلسة ١٩٦٩/٢/١ - الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق - ص ١١٧٧.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٥٣٩.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا فى هذا الصدد بأنه لما كان الثابت أن المدينة الجامعية طلبت من المدعى فى ١٩٦٢/١١/٣ أن يورد لها زجاجات من اللبن المبستر سعة ٢٠٠ جرام دون أن تتفق معه على سعر توريدها، وقام المدعى بتوريد الكمية المطلوبة عن شهر نوفمبر ١٩٦٢ وطالب فى فاتورته عن هذا الشهر بالثمن على أساس ١٨ مليما للزجاجة، وعلمت المدينة الجامعية من شركة مصر للألبان أنه من الممكن التوريد عن طريق توكيلها بمصر الجديدة بسعر ١٥ مليماً للزجاجة، وأن مثار المنازعة هو تحديد قيمة ما ورده المدعى من اللبن خلال الفترة المشار إليها فبينما تتمسك الإدارة بأن تكون المحاسبة على أساس ٩٠ مليماً للكيلو، وترى المحكمة أن تكون المحاسبة بسعر ٨٢٫٥ مليما للكيلو على أساس أن الفرق بين هذا السعر وبين سعر نصف الجملة يعادل ٧٫٥ مليما لكل كيلو وهو ما يوازى ١٠٪ من سعر نصف الجملة يمثل الربح المناسب الذى تقدره المحكمة للمدعى باعتبار أنه اشترى اللبن بسعر نصف الجملة(١).

ب- الأمر الصادر من جهة الإدارة بتوريد كميات أكثر من المتفق عليه:

قد يحدث فى بعض الأحيان أن تطلب الإدارة من المورد توريد كميات تزيد عن تلك الكميات المتفق على توريدها أصلا فى العقد، فى هذه الحالة إذا كانت التوريدات من نفس جنس موضوع العقد الأصلى يسرى السعر الأصلى، أما إذا كانت التوريدات الزائدة تختلف عن جنس موضوع العقد الأصلى فيقدر السعر بطريقة جديدة بحسب نوع وطبيعة الأصناف الموردة بالزيادة(٢).

جـ - الأمر بتسليم الأصناف لغير الجهة الإدارية المتعاقدة:

ويبدو أثر مكان تسليم الأصناف واضحاً فى الثمن الذى ستدفعه جهة الإدارة. فالأصل العام المقرر فى هذا الصدد أن أسعار العطاء يتم وضعها ابتداء على أساس قاعدة التسليم بمخازن الإدارة، ومن ثم فإن ثمن الأصناف يشمل

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٦٠ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق - المبدأ رقم ٤٦٤ - ص ٧٣٠.

(٢) د.عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق ص ١١٦.

مصاريف النقل إلى مخازن جهة الإدارة، كما يلتزم المورد فى هذه الحالة وعلى حسابه باحضار العمال اللازمين لفتح الظروف وتسليمها إلى أمين المخزن أو لجنة الفحص فى الموعد المحدد، وإن هو تخلف عن ذلك فيكون لمدير المخازن أو لجنة الفحص الحق فى اتخاذ الإجراءات اللازمة على حسابه لتسليم الأصناف وتسليمها إلى المخازن وتصحيح الفاتورة إذا اقتضى الأمر ذلك دون أن يكون له حق الاعتراض(١).

أما إذا تم التسليم فى مخازن جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة، فإن الثمن سيشمل تكاليف النقل الاضافية إذا كان مكان التسليم أبعد فى مسافته عن مخازن جهة الإدارة المتعاقدة، بشرط قيام المورد بتقديم المستندات الدالة على قيمة مصروفات النقل الاضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات إليه(٢).

وأخيراً، إذا ما تم التسليم فى مخازن المورد، فإن ثمن الأصناف الذى ستدفعه جهة الإدارة هو القيمة الحقيقية لتلك الأصناف دون اضافة مصاريف نقلها إلى مخازن الإدارة.

وبعد ما انتهينا من كيفية تحديد الثمن فى الحالات المختلفة، فإن ثمة تساؤل يطرح نفسه على بساط البحث عن مدى جواز انفراد أى من جهة الإدارة أو المورد بتعديل الثمن المتفق عليه؟

يمكن القول بأن الأصل هو أن تحديد الثمن فى عقد التوريد يستند إلى إرادة الطرفين، ويترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها نهائية الثمن على نحو يمتنع معه على أى من الطرفين الاستقلال بتعديله دون رضاء الطرف الآخر، وهو ما يعرف بمبدأ نهائية الثمن، إلا أن هذا المبدأ لا يجرى تطبيقه على اطلاقه، إذ قد يفرض المشرع تعديلا للثمن، ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين رغماً عن إرادتهما، مما يتعين معه القاء مزيداً من الضوء على مفهوم مبدأ نهائية الثمن، وبيان الاستثناء الوارد عليه.

---

(١) مادة ٩٨ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٢) مادة ٩١ من اللائحة التنفيذية المشار إليها.

مفهوم مبدأ نهائية الثمن: L'irrevocabilité du Prix

ويقصد بهذا المبدأ أنه إذا ما تم الاتفاق بين جهة الإدارة والمورد على الثمن وشروطه وكيفية سداده، فإنه يصبح نهائيا لا يجوز لأى من المتعاقدين أن ينفرد بتعديله سواء تعلق هذا التعديل بكم الثمن أو طرق الوفاء به، فالثمن فى هذه الحالة يتمتع بقوة الزامية فى العلاقة بين الطرفين، ومن ثم لا يجوز تعديله إلا بالاتفاق أو التراضى بينهما.

ويخاطب مبدأ نهائية الثمن كل من المورد وجهة الإدارة على السواء:

أ - بالنسبة للمورد فقد حرصت النصوص التشريعية واللائحية فى كل من فرنسا ومصر على التأكيد على هذا المبدأ، حيث أشارت المادة (٧٩) من تقنين عقود الشراء العام إلى عدم جواز تعديل الثمن من جانب المتعاقد إلا إذا كان هناك نص صريح فى العقد يجيز هذا التعديل ويوضح شروطه(١).

وفى مصر أوردت الفقرة السادسة من المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى النص على أن: الفئات التى حددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطى جميع المصروفات أياً كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة إلى كل بند من البنود وكذلك تشمل القيام بإتمام التوريد...، وتتم المحاسبة النهائية بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى.

ويؤخذ على هذا النص مساواته بين تقلبات السوق وسعر العملة من ناحية، وبين ما يحدث من تغير فى التعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى وذلك من حيث الأثر الذى يحدثه كل منهما على نهائية الثمن

---

(١) Art 79: Le Prix est ferme lorsqu'il ne peut pas être modifié à Raison des variations des conditions économiques; dans le cas contraire, les conditions de détermination du prix de reglement sont expressément prévues par le marché.

المستحق للمورد، فلا شك فى أن ثمة فارق بين تقلبات السوق وسعر العملة من ناحية والضرائب والرسوم الجمركية وغيرها من الرسوم من ناحية أخرى حيث لا يؤثر تقلب السوق وما ينتج عنه من زيادة فى أسعار العملة على نهائية الثمن المستحق للمورد، فى حين تؤثر الضرائب والرسوم الجمركية على الثمن المستحق له، وهو ما أشار إليها المشرع فى المادة الفقرة (د) من المادة ٦٦ من اللائحة سالفة الذكر والتى تنص على أنه: إذا حدث تغير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسوى الفرق تبعا لذلك بشرط أن يثبت المورد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة أما فى حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المورد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل.

وتوحى عبارات النصين سالفى الذكر إلى التعارض الظاهر بينهما آية ذلك أن المشرع بعد أن ساوى من حيث الأثر على نهائية الثمن بين تقلبات السوق وأثرها على سعر العملة وبين المتغيرات التى تطرأ فى التعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى، عاد وأعمل مضمون الفارق بينهما وذلك على النحو الوارد فى المادة (٦٦/د) آنفة الذكر، وحلا لهذا التعارض بين النصوص فإننا نهيب بالمشرع تعديل الفقرة السادسة من المادة (٥٥) وذلك بحذف عبارة «والتعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى الواردة فى نهاية تلك المادة».

ويؤكد صحة هذا النظر ما سبق وقضت به المحكمة الإدارية العليا من أن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدى فى العقد تتسم بطبيعة الاستقرار... وبالتالى لا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه إلى زيادة سعر العملة عن مراحل التنفيذ المستقبلة باعتبار أن ذلك يؤدى إلى زيادة أعباء الإدارة وإلى زيادة قيمة المقابل النقدى للعقد وهو أمر غير جائز كأصل عام[1].

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٩٣/٨/٣١ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق - ص ٤١١.

وفيما يتعلق بأثر الضرائب والرسوم الجمركية على مبدأ نهائية الثمن قضت ذات المحكمة بأنه لا مراء فى أن المادة... من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات قد استهدفت أن تتحمل الجهة المتعاقدة بقيمة الفرق فى حالة زيادة الضرائب أو الرسوم الجمركية عما كانت عليه خلال الفترة الواقعية بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد دون تفرقة بين ما إذا كانت سبب هذه الزيادة هو زيادة التعريفة الجمركية أو زيادة سعر الصرف الذى كانت تحسب الرسوم الجمركية على أساسه»(١).

وتجدر الاشارة إلى أن الثمن يكون نهائيا فى اللحظة التى يتم فيها ابرام العقد، فمن تلك اللحظة يستقر الثمن ويتمتع بقوته الالزامية لطرفى العقد، فالمتعاقد لا يستطيع التحلل منه بحجة الخطأ فى التقدير الجيد لظروف وملابسات التعاقد، أو بسبب عدم التناسب بين الثمن المستحق له وقيمة الأداءات الفعلية التى التزام بأدائها بموجب العقد(٢).

ب - أما بالنسبة لجهة الإدارة فإن الثمن يشكل أهم حقوق المورد على الاطلاق، ويمثل الباعث الدافع على التعاقد، ومن ثم فإن أى مساس بالثمن

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٤٣٨ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٣/٥/١١ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق ص ٣٤٣.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين - رسالة - المرجع السابق ص ٤٥٣.

وراجع أيضا افتاء إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى - ملف رقم ٢٩/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١ حيث أيدت مسلك الجهة الإدارية بإجراء خصم ٧٪ على القوائم التي صدر لها أمر التوريد، وذلك على سند من أن شركة ... قد أوردت في عجز شروطها المالية أنها تقبل خصم ٧٪ فى حالة ترسية جميع القوائم والبنود عليها، وقامت الجهة الإدارية بترسية كافة المجموعات المقبولة فنيا التى تقدمت بها الشركة ولم يتم الترسية على المجموعات الأخرى غير المقبولة فنيا ومن ثم فإن عدم الترسية علي جميع المجموعات راجع إلى الشركة ذاتها، ويضحى اعتراض الشركة على إجراء جهة الإدارة للخصم المشار إليه غير قائم على سند من القانون لأن السير مع ما تقوله الشركة لكى يتم اعمال شرطها يعنى الترسية على جميع المجموعات سواء المقبولة منها فنياً وغير المقبولة وهذا مخالف للقانون.

المستحق للمتعاقد من جانب جهة الإدارة سوف يؤدى - بلا شك - إلى إحجام الأفراد عن التعاقد معها، وبالتالى حرمانها من أفضل الأساليب المتاحة لتدبير احتياجاتها اللازمة لتأمين سير مرافقها العامة بانتظام واطراد، هذا فضلا عن أن الشروط المالية للمورد تتمتع بحصانة خاصة لا تملك جهة الإدارة المساس بها أو تعديلها استناداً إلى حقها فى تعديل العقد بإرادتها المنفردة حيث يقتصر هذا الحق على الشروط المتصلة بتسيير المرفق دون الشروط المالية(١).

ولا يقتصر التزام الإدارة بمبدأ نهائية الثمن على المقابل المادى الذى يحصل عليه المورد نظير ما يقوم بتوريده، وإنما يشمل كل فائدة اقتصادية يحصل عليها المورد بموجب العقد سواء كان ثمن أو فائدة أو ضمانات أو قروض أو طريقة الدفع أو التسهيلات فى التنفيذ أو ضمان عدم المنافسة(٢).

الاستثناء الوارد على مبدأ نهائية الثمن:

إذا كان مبدأ نهائية الثمن يفرض التزاماً على جهة الإدارة مؤداه عدم جواز تعديل الثمن المتفق عليه بإرادتها المنفردة، إلا أنه وخروجاً على هذا الأصل العام قد يتدخل المشرع - وخاصة فى فترات الحروب والظروف الاستثنائية - لاصدار قوانين يكون من شأنها التأثير بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على الثمن المتفق عليه فى العقد، ومثال ذلك اصدار قوانين لتأجيل دفع المستحقات المالية أو لتغيير سعر الفائدة أو لإلغاء العمل بقاعدة نقدية معينة(٣).

وتعد القوانين المعدلة للتسعيرة الجبرية فى مصر(٤) من أبرز صور التدخل

---

(١) - C.E. 2 - 1 - 1937, chouvel, Rec. p. 546.
- C.E. Mars, 1946, Michelin, Rec. p. 89.

(٢) يراجع فى ذلك: د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق ص ١٢٦.

(٣) يراجع فى ذلك: د. محمد سعيد حسين أمين- رسالة، المرجع السابق ص ٤٥٨ حيث أورد سيادته العديد من صور التدخل التشريعى لتعديل الثمن فى فرنسا.

(٤) ويحكم التسعير الجبرى فى مصر القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح المعدل بالقانون رقم ١٢٨ لسنة ١٩٨٢.

التشريعى فى مجال تعديل الثمن المستحق للمورد، حيث يمثل التسعير الجبرى قيداً على حرية المتعاقدين فى تحديد الثمن فى العقد، وبالتالى فإن التعديلات التشريعية التى تطرأ على هذا التسعير تمثل استثناء من مبدأ نهائية الثمن المستحق للمورد.

ويقصد بالتسعر الجبرى تعيين أقصى سعر للأصناف التى يشملها القانون الصادر بالتسعير، ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سعر يزيد عن السعر المحدد قانونا. وعلى الرغم من الطبيعة الآمرة لنصوص التسعير الجبرى، فإن تلك الطبيعة لا تمنع من اتفاق المتعاقدين على التعاقد بسعر أقل من التسعيرة الجبرية، آية ذلك أن التسعير الجبرى وهو عمل تشريعى واجب النفاذ إنما يعين الحد الأقصى للأسعار فلا يجوز التعامل بأكثر منه، كما أن التسعير الجبرى لا يسرى على العقود والمعاملات التى تمت قبل صدوره وإنما يسرى على ما يبرم بعد صدوره(١).

أثر التسعير الجبرى على الثمن فى عقود التوريد:

غالباً ما يترتب على صدور قانون التسعير الجبرى زيادة أسعار الأصناف التى تم الاتفاق على توريدها، فهل يجوز للمورد المطالبة بقيمة تلك الزيادة فى الأسعار؟

الأصل العام فى هذا الشأن ونزولا على مبدأ نهائية الثمن، فإن الأسعار المتفق عليها تقيد طرفى العقد، فلا يجوز للمورد أن يطالب بزيادة هذه الأسعار على أساس ما يطرأ عليها من زيادة، إلا أنه استثناء من هذا الأصل يجوز له المطالبة بقيمة الزيادة فى الأسعار الناتجة عن التسعير الجبرى.

وباستقراء قضاء مجلس الدولة وافتائه يبين أن اقتضاء المورد لقيمة الزيادة فى الأسعار الناتجة عن التسعير الجبرى مرهون بتوافر الشرطين الآتيين:

---

(١) يراجع فى ذلك: د. محمد سعيد حسين أمين - الأحكام العامة لألتزامات وحقوق طرفى الرابطة العقدية فى تنفيذ العقد الإدارى - المرجع السابق، ص ٢٦٦.

أ - يجب أن يتضمن العقد النص على أحقية المورد فى اقتضاء قيمة الزيادة فى الأسعار الناتجة عن التسعير الجبرى، فإذا تضمن العقد هذا الشرط فإنه يكون واجب التطبيق إعمالا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، أو بمعنى آخر يجب ألا يتضمن العقد نصاً صريحاً يقضى بتثبيت الأسعار خلال مدة التنفيذ(١).

ب - يجب أن يتم التوريد خلال المواعيد المتفق عليها، فإذا صدر قانون تعديل التسعيرة بالزيادة بعد الميعاد المحدد للتوريد، فإن المورد لا يستفيد من تعديل التسعيرة، وذلك لأنه هو الذى أخل بالتزامه بميعاد التوريد، وحتى لا يكون فى وضع أفضل من مورد آخر بافتراض قيام هذا الأخير بالتوريد فى المواعيد المحددة، ومن ثم فإذا تم التوريد بعد المواعيد المقررة، فإن المورد يتحمل الزيادة فى الأسعار جزاء تأخيره ما لم يثبت أن التأخير مرده إلى القوة القاهرة(٢).

أما إذا تضمن قانون التسعير الجبرى خفضاً للأسعار فإن المبدأ المستقر عليه هو عدم جواز تخفيض مستحقات المتعاقد، مادام أن العقد قد تضمن شرطاً بتثبيت السعر(٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٦/١/٣٠ - مشار إليه مستشار/ عليوه فتح الباب، المرجع السابق ص ٤٥٢، وفى ذات المعنى افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٢٦٧ بتاريخ ١٩٨٢/٢/٢٧ - جلسة ١٩٨٢/٢/٢٧ - ملف رقم ٨٩١/٢/٣٢ - مجموعة مبادئ السنة ٣٦ - ص ١٠٨ - افتاء الجمعية رقم ٧٤ بتاريخ ١٩٩٤/١/٣٠ - جلسة ١٩٩٤/١/١٩ - ملف رقم ٣٤٣٦/٢/٣٢ - مجموعة السنتان ٤٧، ٤٨ ص ٥٩٥.

(٢) افتاء الجمعية ملف رقم ١٧/٢/٧٨ - جلسة ١٩٩٠/٢/٢١ - مجموعة السنتان ٤٣، ٤٤ - ص ٦٧٤.

(٣) افتاء الجمعية رقم ٩٦١ - جلسة ١٩٨٢/٦/١٦ - ملف رقم ١١/٢/٧٨ - مجموعة السنة ٣٦ - ص ٢٢٦.

المطلب الثانى

أساليب وإجراءات الوفاء بالثمن

القاعدة العامة المتبعة فى حسابات الدولة هى أن الدفع لا يكون إلا بعد أداء الخدمة، ومؤدى ذلك أنه ينبغى على المورد تنفيذ كافة التزاماته المتولدة عن العقد قبل أن يطالب بالثمن المستحق له.

غير أن المورد قد يضطر إلى انفاق مبالغ طائلة فى سبيل استيراد الأصناف المطلوب توريدها، لذلك فقد خفف المشرع فى كل من فرنسا ومصر من هذه القاعدة السابقة، بأن منح الإدارة فى حالات معينة سلطة تسديد جزء من الثمن مقدما للمورد حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

ويعد عنصر الثمن أهم حقوق المورد على الاطلاق، وأحد الالتزامات الجوهرية لجهة الإدارة، ومن ثم فإن وفاء الإدارة بهذا الثمن خلال مدة معينة أمر بالغ الأهمية للمورد، لذلك فقد حرص كل من المشرع الفرنسى والمصرى على تنظيم كيفية وفاء جهة الإدارة بالتزامها بسداد الثمن المستحق للمورد من خلال إجراءات ومواعيد محددة يترتب على مخالفتها قيام مسئولية الإدارة التعاقدية.

وترتيباً على ما تقدم، فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين:

الفرع الأول: أساليب الوفاء بالثمن.

الفرع الثانى: إجراءات الوفاء بالثمن.

الفرع الأول

أساليب تسديد الثمن

الأصل أن مناط استحقاق المورد لكامل الثمن مرهون بقيامه بتوريد كافة الأصناف المتعاقد عليها، ويمثل هذا الأصل الأسلوب العادى فى سداد الثمن في عقد التوريد. غير أن المورد قد يحتاج - لا سيما فى عقود التوريد التى تستغرق وقتا طويلا أو تستلزم استيراد الأصناف من الخارج - عادة إلى مبالغ كبيرة تساعده على النهوض بأعباء العقد، لذلك سمح المشرع الفرنسى للمورد بالحصول على مبالغ مالية مؤقتة أثناء التنفيذ سواء فى شكل دفع جزء من الثمن مقابل ما تم توريده من أصناف، كما شارك المشرع المصرى نظيره الفرنسى فى منح جهة الإدارة سلطة دفع مبالغ مقدما قبل قيام المورد بالتوريد، وفيما يلى نعرض لهذين الأسلوبين:

١- أسلوب دفع جزء من الثمن مقابل ما تم تنفيذه من التزامات:

Les Acomptes

وفقا لهذا الأسلوب تقوم جهة الإدارة بسداد مستحقات المورد بطريقة تدريجية على عدد من الأقساط، بحيث لا يتجاوز اجمالى ما يتم سداده قيمة ما تم توريده فعلا. وقد اعتنق المشرع الفرنسى هذا الأسلوب بالنص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٦٢ من تقنين عقود الشراء العام[١] على حق المتعاقد فى اقتضاء دفعات تحت الحساب مقابل ما يتم تنفيذه من أداءات، بشرط ألا تزيد قيمة الدفعة الواحدة عن قيمة الأداءات ذات العلاقة.

---

(١) Art: 162: Les Prestations qui ont donné lieu A un commencement d'execution du marché ouvrent droit A des Acomptes.
Le montant d'un Acompte ne doit en Aucun cas excéder la valeux des prestations auxquelles il se rapporte.

كما اشترطت الفقرة الثالثة[١] من ذات المادة للوفاء بجزء من الثمن يعادل ما تم تنفيذه من التزامات أن تتجاوز مدة تنفيذ العقد ثلاثة شهور. كما استحدثت تلك المادة نصاً جديداً يسمح بسداد دفعة تحت الحساب إذا كانت مدة تنفيذ العقد تتجاوز شهراً واحداً، وذلك فى حالة ما إذا كان صاحب العقد شركة تعاونية société coopérative منتجة، أو محترفة Un artisan أو شركة تعاونية فنية d'artistes، وهو ما يشير إلى رغبة المشرع الفرنسى فى مساعدة هذا النوع من الشركات من أجل النهوض بالتزاماتها التعاقدية.

وبناء على ما تقدم فقد أصبح الوفاء بمقدم الثمن فى فرنسا بمثابة حق للمتعاقد فى مواجهة الإدارة، حيث لا تملك جهة الإدارة الحق فى رفض طلب المورد تضمين العقد شرطاً يسمح له بالحصول على المقابل المالى للأصناف التى قام بتوريها فعلا.

أما فى مصر فلم يقرر المشرع المصرى هذا الحق للمورد، حيث ورد النص فى المادة (٨٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أنه يجوز بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وعلى مسئوليتها أن يصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم العمل، وقد ورد هذا النص ضمن الفصل الثانى تحت عنوان شروط تنفيذ عقود مقاولات الأعمال، فى حين خلت نصوص الفصل الثالث تحت عنوان «شروط تنفيذ عقود التوريد» من نص مماثل، الأمر الذى يستشف منه عدم رغبة المشرع فى اعتناق هذا الأسلوب من أساليب السداد، وهو موقف منتقد باعتبار أن التطور الحديث لعقود التوريد شهد على ازدهار هذه العقود لا سيما عقود التوريد الصناعية التى أصبحت لا تقل فى أهميتها عن عقود المقاولات ويتعين النص على هذا الحق فى مجال عقود التوريد أسوة بما هو منصوص عليه فى مجال عقود المقاولات.

---

(١) Art: 162- 111.... La périodicité du versement des A comptes est fixée au maximum à trois mois. Elle est ramenée à un mois lorsque le titulaire du marché est une société coopérative ouvrière de production, un artisan, une société coopérative Artisanale, un société coopérative d'artistes.

٢- أسلوب دفع جزء من الثمن مقدما تحت الحساب: Les Avances

ويقصد بهذا الأسلوب أن تقوم جهة الإدارة بدفع مبلغ تحت الحساب مقدما للمورد دون أن يقابل هذا المبلغ تنفيذ التزام محدد، ويخضع أسلوب الوفاء بهذا المقدم لتقدير جهة الإدارة وفقا لضوابط معينة، مما يؤكد على الطابع الاختيارى لهذا الأسلوب على عكس الطابع الملزم للأسلوب السابق.

وفى فرنسا، حددت المادة (١٥٥) من تقنين عقود الشراء العام الفرنسى سالف الذكر الضوابط اللازم مراعاتها من جانب جهة الإدارة عند ممارستها لهذا الأسلوب من أساليب السداد، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلى:

أ - يتعين تقديم طلب صريح من المورد يعلن فيه عن رغبته فى الحصول على دفعة مقدمة تحت الحساب وذلك لانجاز الأعمال التحضيرية التى يتطلبها تنفيذ العقد، كشراء المواد الأولية والتوريدات(١).

ب - أوضحت الفقرة الثانية من المادة (١٥٥) سالفة الذكر الحد الأقصى الذى يمكن أن تدفعه الجهة الإدارية للمورد مقدما، وهو ٢٠٪ من القيمة الأصلية للعقد، ومع ذلك يمكن أن تزيد هذه النسبة إلى ٦٠٪ فى حالات معينة وردت على سبيل الحصر(٢).

جـ - حظرت الفقرة الأخيرة من المادة (١٥٥) المشار إليها على جهة الإدارة صرف مبلغ الدفعة المقدمة للمورد إلا بعد الحصول منه على الضمان المنصوص عليه فى المادة ١٣٣ من تقنين عقود الشراء العام سالف الذكر.

---

(١) Art: 155: Une avance Facultative peut également être Accordée au titulaire d'un marché à raison des opérations préparatoires à l'exécution des..., fournitures ... qui font l'objet du marché, du bon de commande ou de la tranche.

(٢) Art: 155-11.... cette Avance ne peut execéder 20 p. 100 du montant initial du marché, du bon de commande ou de la tranche. Cette limite est toutefois portée A 60. p. 100 Dans les cas 1-... 2-....

والمستفاد من حكم المادة (١٣٣) المشار إليها أن المشرع الفرنسى قد حظر تسليم المورد الدفعة المقدمة المنصوص عليها فى المادة (١٥٥) إلا بعد تقديم ضمان باستحقاق جهة الإدارة مبلغ يعادل قيمة الدفعة المقدمة(١).

أما فى مصر، فقد أجازت المادة (٢٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى للسلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد، وذلك بالنسب وفى الحدود ووفقا للشروط والقواعد والأجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية.

وقد أوضحت المادة (٦٩) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه شروط وقواعد وإجراءات صرف دفعة مقدمة تحت الحساب نوجزها فيما يلى(٢):

أ - الجهة المختصة بالترخيص بالدفعة المقدمة:

يكون الترخيص بالدفع المقدم من السلطة المختصة بمفهومها المحدد فى

---

(١) Art: 133: Le titulaire d'un marché ne peut recevoir l'avance facultative visée a l'article 155 qu'aprés avoir constitué une garantie à première demande s'engageant a rembourser, s'il y a lieu, le montant de l'avance consentie.

(٢) تنص المادة (٦٩) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أن: يكون الترخيص بصرف مبالغ مقدما من قيمة التعاقد بموافقة السلطة المختصة وبشرط أن يكون الدفع مقابل خطاب ضمان مصرفى معتمد بذات القيمة والعمل وغير مقيد بأى شروط وسارى المفعول حتى تاريخ الاستحقاق الفعلى لتلك المبالغ ويستثني من شرط تقديم خطاب الضمان المشار إليه حالات التعاقد التى تتم بين جهتين من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات. ويراعى عند المفاضلة والمقارنة بين العطاءات اضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت البت فى المناقصة إلى قيمة العطاءات المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدما وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلى، على أنه فى الحالات التى تكون فيها بداية تنفيذ العقد معلقة على تحقق أكثر من واقعة من بينها صرف الدفع المقدمة، فيراعى ألا يتم صرفها إلا بعد تحقق جميع الوقائع الأخرى.

المادة الثانية من مواد اصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى، وذلك بغض النظر عن النسبة، خلافا لما كان عليه الحال فى القانون واللائحة السابقين[1]، حيث كان الترخيص بالدفع المقدم حتى ٥٠٪ من قيمة التعاقد بموافقة الوزير المختص، والوضع فى القانون الحالى هو الأفضل على أساس أن كل ما هو من شأن العقد وابرامه بشروط معينة يكون منوطاً بالسلطة المختصة دون غيرها.

ب - شروط الترخيص بالدفع المقدم:

يتعين للترخيص بالدفع المقدم توافر الشروط الآتية:

١- أن يطلبه مقدم العطاء فى عطائه، وتقبله الجهة الإدارية، أو أن تضعه الجهة الإدارية ضمن شروط التعاقد، ويتقدم مقدم العطاء على أساسه. وهذا شرط بديهى تفرضه الطبيعة الاختيارية للدفع المقدم.

٢- تقديم خطاب ضمان مصرفى معتمد بذات الفئة والعملة، وغير مقيد بأى شروط، وسارى المفعول حتى تاريخ الاستحقاق الفعلى لتلك المبالغ.

والعلة من هذا الشرط تكمن فى أن مبلغ الدفعة المقدمة تسدده الجهة الإدارية دون أن يقابله تنفيذ التزام محدد، فإذا نكل المورد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية تستطيع جهة الإدارة تسييل خطاب الضمان الخاص بالدفعة المقدمة والحصول على قيمة هذه الدفعة.

وغنى عن البيان أن مخالفة هذا الشرط تنطوى على تسهيل الاستيلاء على المال العام، ومن شأنها أن تهوى بمن اقترفها فى درك المسئولية الجنائية

---

(١) نصت المادة (٦٧) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى على أن: يجوز عند الضرورة الترخيص بدفع مبالغ مقدما من قيمة الأصناف المتعاقد عليها إذا كان الدفع مشروطا فى التعاقد وذلك فى الحدود الآتية: لغاية ٥٠٪ من قيمة التعاقد بموافقة رئيس الإدارة المركزية المختص، لغاية ١٠٠٪ من قيمة التعاقد بموافقة الوزير المختص.

والمدنية والتأديبية[١].

ويستثنى من هذا الشرط حالات التعاقد التى تتم بين جهتين من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

وتطبيقا لهذا الشرط أكدت إدارة الفتوى لوزارة الاسكان على عدم جواز صرف دفعة مقدمة لإحدى الشركات دون تقديم خطاب بنكى حتى ولو كانت الشركة المذكورة من شركات القطاع العام أو أن المحافظ أعفاها من تقديم خطاب الضمان المطلوب، وذلك لكون شركات القطاع العام لا تعتبر من الأشخاص الخاضعة لأحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨[٢].

٣- أن يكون الدفع المقدم فى حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التى يتم فيها التعاقد.

٤- إذا كان بدء التنفيذ معلقا على أكثر من واقعة من بينها صرف الدفعة المقدمة، فيجب ألا يتم صرف هذه الدفعة إلا بعد تحقق جميع الوقائع الأخرى، معني ذلك ضرورة تحقق كافة الوقائع التى يعلق على تحققها البدء فى التنفيذ على أن يكون آخر تلك الوقائع هو واقعة صرف الدفعة المقدمة.

وقد استحدث المشرع هذا الشرط لمنع الاستفادة من الحصول على الدفعة المقدمة دون البدء فى التنفيذ الذى قد يتراخى انتظاراً لتحقق وقائع أخرى مما يعود بالضرر على الجهة الإدارية.

الأحكام المشتركة لأساليب تسديد الثمن:

رغم أن لكل من أسلوبى الثمن طابعه الخاص، إلا أن ثمة أحكاما مشتركة تجمع بينهما حيث يتسم كل منهما بالطابع التعاقدى إذ يجب النص فى

---

(١) انظر: د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ١٢.

(٢) افتاء إدارة الفتوى لوزارة الاسكان ملف رقم ١٩٧٩/١٣/٣١ صادر برقم ٦٣ بتاريخ ٢٠٠١/١/١٤ غير منشور.

العقد على الشروط الإدارية والفنية التى يحصل بمقتضاها المورد على مقدم الثمن. كما يتسم كل منهما بالطابع المؤقت، حيث يقتصر الدفع المقدم على سداد جزء من الثمن، ويظل المورد مدينا بهذا المقدم لحين إجراء التسوية النهائية للحساب(١). كما يلتزم المورد فى كل من الأسلوبين بتخصيص المواد الأولية التى يحصل على مقدم ثمنها لخدمة أغراض العقد فقط.

الفرع الثانى

إجراءات الوفاء بالثمن

يعد عنصر الثمن أهم حقوق المورد على الاطلاق، ويمثل فى ذات الوقت التزاما على الإدارة يتعين عليها تنفيذه فور توافر مناط استحقاقه، فإن هى التزمت بالوفاء بالثمن المستحق للمورد فى المواعيد المحددة كان ذلك مشجعا للأفراد على التعاقد معها، والعكس صحيح.

لذلك فقد حرص كل من المشرع الفرنسى، والمصرى على تنظيم إجراءات ومواعيد الوفاء بالثمن، على نحو صارم، حيث يترتب على مخالفة الإدارة لتلك الإجراءات والمواعيد تقرير مسئوليتها التعاقدية.

أ - الوضع فى فرنسا:

أشارت الفقرة الأولى من المادة (١٧٨) من تقنين عقود الشراء الفرنسى إلى إجراءات مواعيد الوفاء بالثمن والتى يمكن اجمالها فيما يلى:(٢)

١- تلتزم الإدارة بتحرير إذن الصرف الخاص بالثمن المستحق للمورد خلال مدة لا تتجاوز خمسة وأربعون يوما، وتبدأ هذه المدة فى السريان بعد انتهاء الميعاد المحدد فى العقد للوفاء بالثمن، وفى حالة خلو العقد من تحديد ميعاد

---

(١) د.محمد سعيد حسين أمين، الرسالة، المرجع السابق، ص ٥٣٥.

(٢) Art: 178-1: L'Administration contractante est tenue de procéder au mandatement des acomptes et du solde un délai qui ne peut dépasser trente - cinq jours.

للوفاء بالثمن، فإن المدة المشار إليها تسرى من تاريخ مطالبة المورد لجهة الإدارة بسداد الثمن، وتتم هذه المطالبة بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول، ويسلم لجهة الإدارة مباشرة بموجب ايصال، وبمجرد حصوله على اشعار علم الوصول أو ايصال تسليم المطالبة، عليه التوجه إلى إدارة الحسابات المختصة لاستيفاء اجراءات صرف الثمن. وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ سالفة الذكر وقف ميعاد صرف الثمن (خمسة وأربعون يوما) فى حالة اخطار جهة الإدارة للمورد ضرورة استيفاء بعض المستندات اللازمة لصرف الثمن له، ويجب على الإدارة في هذه الحالة اخطار المورد قبل حلول الأجل المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ بثمانية أيام على الأقل بخطاب موصى عليه بعلم الوصول يتضمن احاطته علما بماهية المستندات المطلوبة منه وارسالها بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول، كما يتضمن هذا الاخطار التنبيه بوقف سريان مدة الوفاء بالثمن لحين تقديم المستندات المطلوبة.

وبمجرد زوال أسباب ايقاف مدة الوفاء بالثمن، ينبغى منح جهة الإدارة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما لتحرير إذن الصرف وذلك نزولا على صراحة نص الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ سالفة الذكر(١).

وتجدر الاشارة إلى أن الثمن الذى يتعين على جهة الإدارة الوفاء به بمراعاة المواعيد والإجراءات المشار إليها يشمل المبالغ المستحقة للمورد نظير التزامات أداها بالفعل خلال مدة التنفيذ، كما يشمل المبالغ النهائية المستحقة له عند تمام التوريد.

ب - الوضع فى مصر:

حددت المادة (٩٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى مواعيد وإجراءات صرف الثمن المستحق للمورد بالنص على

---

(١) Art: 178-III: delai laissé a l'ordonnateur pour mandater, à compter de la fin de la suspension, ne peut, en aucun cas, être inférieur à quinze jours.

أن يصرف ثمن الأصناف الموردة فى أقرب وقت ممكن وبما لا يجاوز خمسة عشر يوم عمل تحسب من تاريخ اليوم التالى لاعتماد قرار لجنة الفحص أو لورود نتيجة الفحص الفنى حسب الأحوال، وفى الحالات التى يتضمن فيها الاتفاق على أن يتم سداد الثمن مقابل استلام الأصناف فيجب على الجهة الإدارية اتخاذ ما يلزم نحو إجراء فحص الأصناف والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتعاقد على أساسها وذلك قبل الاستلام وسداد الثمن.

والمستفاد مما تقدم أن المشرع قد أوجب على جهة الإدارة سرعة صرف الثمن المستحق للمورد فى أقرب وقت ممكن يكون تاليا لاعتماد قرار لجنة الفحص أو لورود نتيجة الفحص الفنى، ولم يشأ المشرع ترك تحديد عبارة «أقرب وقت ممكن» لتقدير جهة الإدارة، بل ألزمها بألا يجاوز هذا الموعد مدة خمسة عشر يوما تالية لانتهاء الإجراءات المشار إليها.

وإذا ما تضمن العقد النص على أن يتم سداد الثمن مقابل استلام الأصناف، فإنه يتعين على جهة الإدارة اتخاذ إجراءات التسليم النهائى للتأكد من مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات المتفق عليها ثم اتخاذ إجراءات صرف ثمنها للمورد فوراً.

ويشمل الثمن الواجب الوفاء به للمورد كافة مستحقاته عن الأصناف الموردة بعد خصم قيمة الدفع المقدم إذا كان قد تم صرفه له، كما يخصم منه غرامات التأخير ان توافر مناط استحقاقها(١)، وكذلك مقدار الخفض فى الثمن مقابل النقص الوارد فى المواصفات إن وجد(٢)، كما يشمل الثمن مصروفات النقل الاضافية إذا ما تم التوريد إلى جهة إدارية أخرى غير الجهة الإدارية المتعاقدة(٣).

---

(١) مادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٢) مادة ١٠٢ من اللائحة المشار إليها.

(٣) مادة ٩١ من اللائحة المشار اليها.

المبحث الثانى
حق المورد فى التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية

من المسلم به أن عقد التوريد يولد التزامات عقدية على كل من طرفيه، دون تفرقة بين الإدارة وبين المورد فى هذا الشأن، وإذا كانت الإدارة تستمد حقوقها وامتيازاتها من فكرة النفع العام، فإن المورد يستمد حقوقه أساسا من العقد ذاته، من هذه الحقوق حقه الأصيل فى أن تحترم جهة الإدارة التراماتها التعاقدية.

ولما كانت التزامات الإدارة متنوعة، إلا أن ثمة التزامات يمكن أن تعد رئيسية، ومن ثم فإن رصدها من شأنه اتاحة الفرصة للوقوف على صور إخلال الإدارة بها. وبديهى أن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية يمثل ركن الخطأ فى صرح المسئولية العقدية، ويترتب على توافره ثبوت حق المورد فى اقتضاء التعويض اللازم لجبر الأضرار التى أصابته من جراء هذا الخطأ.

وبناء على ما تقدم فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: حق المورد فى أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها التعاقدية.
المطلب الثانى: جزاء مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية.

المطلب الأول
حق المورد فى أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها التعاقدية

يبدو منطقياً أن تلتزم جهة الإدارة باحترام وتنفيذ التزاماتها المتولدة عن عقد التوريد وتعد هذه الالتزامات فى الوقت نفسه حقوقا للمورد ويكون له الحق فى المطالبة بالوفاء بها، وبطبيعة الحال فإن الأمر لن يتعلق بدراسة حصرية لالتزامات الإدارة وصور الاخلال بها، وإنما يتعلق الأمر بأبرزها والأكثر ذيوعا فى الواقع العملى، من خلال التطبيقات القضائية، وتتمثل هذه الالتزامات فى التزام الإدارة بتنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية، والتزامها باحترام كافة

شروط العقد وما يعد من مستلزماته، وكذلك التزامها باحترام مدد ومواعيد التنفيذ المنصوص عليها فى العقد، وأخيرا التزامها بممارسة سلطاتها وامتيازاتها الناشئة عن العقد على نحو مشروع. وتفصيل ذلك فيما يلى:

أولا: التزام الإدارة بتنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية:

يعد مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية أصل من أصول القانون، وبمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفى العقد بتنفيذ ما اتفق عليه[١]، فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسئولا عن اخلاله بالتزامه العقدى ووجب حمله على الوفاء بهذا الالتزام[٢].

وينطوى تطبيق هذا المبدأ على التزام الإدارة بمعاونة المورد على تنفيذ التزاماته التعاقدية، فالعدالة لا تقبل أن تستأثر جهة الإدارة بفوائد العلاقة التعاقدية مع المورد وإلقاء عبئها عليه متى كان فى وسعها أن تقوم بما ييسر عليه أداء التزاماته، ويتفرع عن التزام الإدارة بمعاونة المورد التزامها بإبلاغه بكافة البيانات والمعلومات المؤثرة فى تنفيذ العقد.

كما ينطوى مبدأ حسن النية على الأمانة فى التعامل والثقة المشروعة بين جهة الإدارة والمورد، إذ لا يستقيم تعاملا إلا وللأمانة دور فيه.

ومما يقتضيه حسن النية وتدعمه العدالة عدم تعسف جهة الإدارة فى استعمال الحق وذلك بأن تتوخى فى تعاملها مع المورد عدم الإضرار به أو أن تكون المصلحة التى ترمى إلى تحقيقها لا تتناسب البتة مع الضرر الذى يصيبه[٣].

---

(١) - راجع ما سبق ص ٣٥٣ من الرسالة.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٢٢٧ لسنة ٤١ ق - جلسة ٢/٥/٢٠٠٠ - غير منشور.

(٣) لمزيد من التفاصيل فى عرض مقتضيات حسن النية، انظر د. السيد بدوى، المرجع السابق، ص٩٢٩ ومابعدها.

وتشير التطبيقات القضائية إلى وجوب التزام جهة الإدارة بتنفيذ العقد بحسن نية ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فإذا ثبت أن البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات فى التركيب، وأن الشوائب اللاحقة بها لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال، فلم يكن ثمة ما يحول - تطبيقاً لمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية - دون قبول هذه الكميات الموردة(١).

كما قضت محكمة القضاء الإدارى بمسئولية جهة الإدارة عن تلف المهمات التى أهملت فى استلامها وفحصها طوال مدة ناهزت على سنتين مما أدى إلى تعرضها للعوامل الجوية المختلفة والتى يرجح أنها ساعدت على تلفها(٢).

وجدير بالذكر أن احترام الإدارة لمقتضيات حسن النية فى تنفيذ عقود التوريد لا يعنى بأى حال استبعاد فكرة الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، إذ يبقى للإدارة دائما سلطة انهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للمورد إلا الحق فى التعويض إذا ما توافر مناط استحقاقه(٣).

وتطبيقاً لذلك قضى بأن من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل مطبق فى العقود الإدارية شأنها فى ذلك شأن العقود المدنية، ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره هو تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد.. وينبنى على هذه الفكرة أن للإدارة سلطة انهاء العقد.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ - مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا فى عشر سنوات ص ١٠٦٥.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٦١١٣ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٩٤/١/٢٣ - غير منشور.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين، الرسالة، المرجع السابق ص ٣٨٢.

ثانيا: التزام الإدارة باحترام كافة شروط العقد ومستلزماته:

يجب على الإدارة عند تنفيذ العقد احترام كل ما يتضمنه من شروط وتعهدات قبلت الإدارة الالتزام بها، ومثال ذلك التزامها بتسليم المورد المواد الأولية اللازمة فى عقود التوريد الصناعية، وكذلك تسليمه الموقع الذى سيتم فيه تركيب الأصناف الموردة، كما تلتزم باستلام الأصناف مادامت مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن من الأمور المسلمة فى العقود كافة سواء كانت مدنية أو عقود إدارية، أن الخطأ العقدى هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب فى ذلك، يستوى أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمده أو اهماله، وليس من شك فى أن العقد محل المنازعة الماثلة يولد فى مواجهة الجهة الإدارية التزامات عقدية أخصها أن تمكن الشركة المطعون ضدها من توريد وتركيب الأجهزة المتعاقد عليها وذلك بتحديد المواقع التى سيتم تركيبها فيها، غير أن الجهة الإدارية لم تقم بهذا الالتزام، الأمر الذى يشكل فى جانبها خطأ عقديا يخول الشركة المطعون ضدها الحق فى طلب التعويض عن الضرر الذى أصابها من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزامها(١).

ولا يقتصر التزام الإدارة باحترام شروط العقد على ما وردفيه من التزامات صريحة، وإنما يشمل أيضا ما يعد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وذلك تطبيقا لحكم المادة ١٤٨ من القانون المدنى(٢)، ويعد من مسلتزمات عقد التوريد الإدارى اصدار القرارات الإدارية اللازمة لتسهيل تنفيذ المورد لالتزاماته وبصفة عامة اتخاذ كل ما يلزم لتسهيل حصول المورد على المواصفات والتأشيرات الضرورية لتنفيذ العقد(٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٠٠٦ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٩٩/٤/٦.

(٢) تنص المادة ٢/١٤٨ من القانون المدنى على أنه: ولا يقتصر العقد عل الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

(٣) يراجع في ذلك: د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

ثالثا: التزام الإدارة باحترام مدد ومواعيد التنفيذ المنصوص عليها فى العقد:

تمثل المدة فى تنفيذ عقد التوريد شرطاً أساسياً وجوهرياً لكل من جهة الإدارة والمورد على السواء، بحسبان أن أى خلل فى تنفيذ العقد ينعكس بدوره على أداء المرفق الذى أبرم العقد من أجله، وتبعا لذلك فإنه ولئن كان يتعين على المورد احترام مدد تنفيذ العقد، وإلا تعرض لجزاءات توقعها الإدارة مباشرة عليه، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، وذلك على النحو السابق دراسته تفصيلا[١]، فإنه لا مندوحة والحال هكذا من التزام الإدارة هى الأخرى باحترام المدد المحددة للتنفيذ. وعادة ما يتضمن العقد النص على أن يكون التنفيذ خلال مدة معينة، سواء تنفيذ العقد فى مجموعه، أو تنفيذ التزام معين مثل التزام الإدارة باستلام الأصناف الموردة فى الموعد المتفق عليه.

وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن تراخى الجهة الإدارية فى اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها فى العقد فى الوقت المناسب ضماناً لحسن سير المرفق بانتظام واضطراد، فإن هذا التراخى يعد خطأ تتحمل الجهة الإدارية تبعته[٢].

كما استبان للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع أن مقتضى حسن النية فى تنفيذ العقود الإدارية، ولازمه أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام، فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمنى، وإنما يتعين أن يتم فى مدد معقولة وفقا للمجرى العادى للأمور وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذى يرنو إليه[٣].

---

(١) -راجع ص ٣٨٠ من الرسالة.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ١٥ق - جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ - مجموعة العقود فى أربعين عاما، المرجع السابق، ص ٦٥٧.

(٣) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ١٠٠٧ فى ١٩٥٢/١١/١١ جلسة ١٩٩٢/١١/١ مجموعة العقود فى أربعين عاما، المرجع السابق، ص ٣١١.

رابعا: التزام الإدارة بممارسة امتيازاتها الناشئة عن العقد على نحو مشروع:

تتمتع الإدارة فى مواجهة المورد بحقوق وسلطات لا نظير لها فى مجال العقود المدنية، وقد سبق دراسة هذه السلطات تفصيلا فى الفصل الثالث من هذا الباب، فللإدارة سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد، وتعديل الالتزامات الناشئة عنه، كما أن لها سلطة توقيع الجزاءات على المورد حال اخلاله بالتزاماته.

ولما كانت الإدارة تستمد تلك السلطات من طبيعة المرفق العام، واتصال العقد به، ووجوب الحرص على انتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة، فإنه يتعين عليها عند ممارستها لهذه السلطات أن يكون رائدها فى ذلك تحقيق الصالح العام، فإن هى تنكبت هذه الغاية غدا تصرفها غير مشروع، مما يشكل خطأ فى جانبها يثير مسئوليتها العقدية.

وفيما يتعلق بالممارسة غير المشروعة لسلطة الإدارة فى الرقابة والتوجيه، فلا شك أن سلطة الإدارة فى هذا الشأن ليست مطلقة، وإنما يتعين على الإدارة ممارستها طبقا للضوابط والقيود التى يقتضيها توفير ضمانات للمورد، ومن ثم تقوم مسئولية الإدارة إذا مارست هذه السلطة بعيدا عن المصلحة العامة، أو فى غرض لا يقتضيه صالح المرفق العام موضوع العقد، أو إذا أدى هذا الاستعمال إلي تعديل موضوع العقد، كما تتحقق مسئولية الإدارة أيضا إذا كان الاشراف صادرا من سلطة غير مختصة، وبالمخالفة للأوضاع والشروط التى رسمتها القوانين واللوائح(١).

وفيما يتعلق بممارسة الإدارة لسلطتها فى تعديل عقد التوريد بإرادتها المنفردة على نحو غير مشروع، فإنه وقد سبق القول بأن هذه السلطة تتمتع بها

---

(١) يراجع فى ذلك: د. حمدى حسن الحلفاوى، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

الإدارة بغير حاجة إلى النص عليها فى العقد، فإن هى قامت بتعديل شروط العقد، فإنها تعمل فى حدود اختصاصها، من أجل ضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد ولا تثريب عليها فى هذا الشأن.

غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بل تخضع لكثير من القيود حيث ينبغى أن يقتصر حق التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام دون الشروط المالية، وأن يقتصر على موضوع العقد، وعدم تجاوز نسب التعديل التى تحددها اللوائح أو دفاتر الشروط، وأن يكون التعديل راجعا لتغير الظروف، وأن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية. وعلى ذلك لا يجوز لجهة الإدارة عند ممارستها لسلطة التعديل أن تخرج عن القيود المشار إليها وإلا غدا تصرفها غير مشروعاً.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى(١)، ونظيره المصرى(٢) على اعتبار الشروط المتعلقة بالمزايا المالية المتفق عليها للمتعاقد، وعلى الأخص العناصر المالية من الشروط الأجنبية عن المرفق العام، ومن ثم لا يجوز تعديلها.

وعلى صعيد التزام الإدارة بعدم تعديل موضوع العقد، فإنه لا يجوز للإدارة أن تفرض على المورد التزاما منبت الصلة عن موضوعه الأصلى، وتضعه وكأنه أمام عقد جديد، وان فعلت ذلك فإن قرارها فى هذا الشأن يضحى باطلا، ويحوز للمورد اللجوء لقاضى العقد بطلب الغاء هذا القرار، كما يحق له الامتناع عن تنفيذه(٣).

وفى خصوص التزام الإدارة بعدم تجاوز التعديل فى الحدود والنسب المقررة قانونا، فإن مؤدى هذا الالتزام ألا يؤدى التعديل إلى حد قلب اقتصاديات العقد

---

(١) C.E., 9-3-1952 - Rec. p. 149.
حيث قضى بأن الشروط المتعلقة بالأثمان تعتبر مستقرة لا يجوز تعديلها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٣/٨/٣١ - مجموعة العقود فى أربعين عاما، المرجع السابق ص ٣٩٥.

(٣) د. حمدى حسن الحلفاوى، المرجع السابق ص ٣٥٣.

أو الاخلال بتوازنه المالى، أو أن يتجاوز التعديل توقعات المتعاقدين بدرجة ملحوظة[١].

وفى جميع الحالات التى تمارس جهة الإدارة سلطتها فى التعديل يتعين عليها أن تلتزم بقواعد المشروعية، فإن صدر التعديل من سلطة غير مختصة بإجرائه أصلا، أو دون اتباع الإجراءات والأوضاع القانونية المقررة كان التعديل غير مشروعا، ويحق للمورد التمسك ببطلانه وعدم الاعتداد به[٢].

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدرية العليا بأنه «حيث يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد، فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند اجرائه قواعد الاختصاص المقررة، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثرا ما فى تعديل العقد وتحوير آثاره[٣].

وفيما يتعلق بممارسة الإدارة سلطتها فى توقيع الجزاءات على المورد فقد سبق القول بأن سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات بأنواعها ليست مطلقة، وأن توقيعها مرهون بتوافر شروط وضوابط محددة، ومن ثم فإن من شأن توقيع الجزاء على المورد دون توافر مبررات ذلك، قيام مسئولية الإدارة عن اخلالها بالالتزام باستعمال سلطتها في توقيع الجزاء على نحو غير مشروع.

وبناء على ما تقدم يستطيع المورد استرداد ما تم خصمه من مستحقاته نتيجة توقيع جزاءات مالية (كغرامة التأخير) والتعويضات، ومصادرة خطاب الضمان) على نحو غير مشروع[٤]، كما يكون له الحق فى التعويض عن الجزاءات الأخرى التى توقعها جهة الإدارة عليه دون سند قانونى.

---

(١) C.E., 17-7-1918 - Rec. p. 717.

(٢) انظر د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٤٢٣.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٨٠/١١/٢٢ مجموعة المبادئ - السنة ٢٦ ص ٦٨.

(٤) افتاء إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى رقم الملف ٤٥/٢/٣ بتاريخ ٢٠٠٢/٣/١٠=

المطلب الثانى
جزاء مخالفة جهة الإدارة
لالتزاماتها التعاقدية

تتمتع جهة الإدارة بسلطة توقع الجزاء على المورد المقصر، وقد سبق وأن أشرنا إلى أن الإدارة تستمد هذه السلطة - وغيرها من سلطات الإدارة - من الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، كما يمكن توقيع الجزاء على الإدارة المقصرة في الوفاء بالتزاماتها الناشئة عن عقد التوريد. وقد أدى اختلاف هدف الإدارة من عقد التوريد عن هدف المورد من ذلك العقد إلى اختلاف وتنوع الجزاءات التى يمكن توقيعها حال تقصير أي منهما فى تنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد، فحيثما كان هدف الإدارة من عقد التوريد تحقيق الصالح العام، استتبع ذلك تنوع الجزاءات التى يجوز توقيعها على المورد المقصر من جزاءات مالية إلى جزاءات ضاغطة وأحياناً فاسخة وأخيراً جنائية، أما هدف المورد من العقد فهو دائما وأبداً تحقيق الربح، ومن ثم يكون من المنطقى أن تدور فكرة الجزاءات التى توقع على الإدارة المقصرة حول تعويض المورد عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب من جراء خطأ الإدارة، بالاضافة إلى إعفاءه من التزاماته التعاقدية تجاه الإدارة، وذلك عن طريق توقيع جزاء الفسخ.

ونوضح فيما يلى الخصائص التى تميز نظام الجزاءات الموقعة على الإدارة، وبيان حق المورد فى اقتضاء التعويض، وإرجاء دراسة جزاء الفسخ إلى ما سيرد ذكره تفصلا فى الباب التالى عند الحديث عن حق المورد فى طلب الفسخ وهو ما يعرف بالفسخ القضائى لعقد التوريد.

= - لم ينشر بعد حيث انتهت إلى أحقية شركة ... فى استرداد التأمين الابتدائى المقدم منها فى مناقصة توريد عدد (٧١) حاسب آلى وملحقاتها استناداً إلى أن لجنة البت الفنى أوصت باستبعاد عطاء الشركة لعدم مطابقته فنيا وهو ما يشير إلى تخلف إحدى حالات المصادرة الوجوبية للتأمين الابتدائى.

أولا: خصائص الجزاءات الموقعة على الإدارة:

تتميز الجزاءات التى يمكن توقيعها على الإدارة بأنها دائما جزاءات قضائية، ينطق بها القاضى، كما لا يستطيع القاضى أن يتدخل فى التنفيذ بأن يصدر أوامر معينة إلى الإدارة، أو أن يلغى الإجراءات الصادرة عنها فى مجال تنفيذ عقد التوريد، حتى ولو كانت غير مشروعة، وعلى ذلك فإن الجزاءات الموقعة على الإدارة تتميز بالخصائص الآتية:

١- جزاءات قضائية:

يتعين على المورد أن يلجأ إلى قاضى العقد بطلب توقيع الجزاء على الإدارة عند اخلالها بالتزاماتها التعاقدية، فالمورد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة، لأن امتياز التنفيذ المباشر مقصور على سلطات الدولة دون غيرها(١).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا تطبيقا لذلك بأنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك(٢).

وإذا كان المورد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة، فإنه لايستطيع الامتناع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الإدارة قصرت من جانبها فى الوفاء بما يفرضه عليها العقد من التزامات، إلا إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ(٣).

---

(١) يراجع فى ذلك: د. عمر حلمى فهمى، آثار العقود الإدارية - دار الثقافة الجامعية، عام ١٩٩١، ص ١٨٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ١٥ ق - جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ مجموعة مبادئها فى خمسة عشر عاما من ١٩٦٥ - ١٩٨٠ الجزء الثانى، ص ١٩١٨.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق ص ٣٩٤.

٢- السلطات المحدودة للقاضى الإدارى فى توقيع الجزاء على الإدارة:

تدخل منازعات العقود الإدارية بما فيها عقد التوريد ضمن ولاية القضاء الكامل، ورغم اتساع مجال القضاء الكامل الذى يشمل التعويض والالغاء، إلا أن سلطات قاضى العقد محدودة فى توقيع الجزاءات على الإدارة.

فلا يجوز للقاضى الإدارى أن يأمر الإدارة بأداء عمل معين أو الامتناع عن اتيانه، أو أن يحل محلها فى اصدار قرار كان يتعين عليها اصداره.

وقد سلك مجلس الدولة الفرنسي فى خصوص عقود التوريد مسلكين متناقضين:

فى البداية، اتجه قضاء المجلس نحو الغاء قرار الفسخ الجزائى غير المشروع لعقد التوريد(١) ثم عدل عن هذا الاتجاه حيث قرر بأن قاضى العقد لا يملك الحكم بإلغاء قرار جهة الإدارة، ولكنه يستطيع أن يمنح تعويضا للمورد تطبيقا للمبدأ القضائى فى هذا الشأن وهو أن القاضى لا يملك سلطة الغاء التدابير الصادرة عن الإدارة فى مواجهة المورد(٢).

أما فى مصر فلم يشأ مجلس الدولة القضاء بإلغاء القرارات غير المشروعة لجهة الإدارة، واقتصر قضائه على الحكم للمورد بالتعويض عن الأضرار التى تصيبه من جراء خطأ الإدارة(٣)، وحديثاً يميل قضاء مجلس الدولة إلى تقرير سلطة القاضى فى الغاء قرار جهة الإدارة بفسخ عقد التوريد إذا ما تبين له عدم ثبوت صحة الوقائع المنسوبة للمورد(٤).

---

(١) C.E. 9-5-1873 - Dame Garnot, Rec. p. 418.

(٢) C.E., 24-11-1972, sté Ateliers de nettoyage de fontainebleau, Rec. p. 753.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدار الصادر فى ١٩٦٣/٤/٢١ - مجموعة مبادئها فى خمس سنوات ١٩٦١-١٩٦٦- ص ١٩٠.

(٤) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٦٧/٥/٢١ - مجموعة مبادئها فى ثلاث سنوات ١٩٦٦- ١٩٦٩ - ص ١٥٢، وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٧١/١/١٦ المجموعة - السنة ١٦- ص ١٥٠.

وعلى الرغم من ذلك فإن سلطات القاضى الإدارى حيال توقيع الجزاءات على الإدارة مازالت محدودة للغاية.

ثانيا: حق المورد فى إقتضاء التعويض:

يعد التعويض الجزاء الأصيل فى مجال المسئولية التعاقدية للإدارة، ولا يتولد للمورد الحق فى التعويض لمجرد إخلال الإدارة بالتزام تعاقدى، وإنما يتعين توافر عنصر الضرر . آية ذلك أن فلسفة التعويض في هذا الصدد تقوم على جبر الضرر لا على عقاب الإدارة، ويترتب علي ذلك أن القاضى الإدارى لا يقضى للمورد بالتعويض إلا إذا أثبت الأخير اصابته بأضرار نتيجة خطأ الإدارة.

وبناء على ما تقدم فإن الضرر لا يجوز افتراضه، وإنما يتعين اثباته، وإذا خلت الأوراق من دليل على حدوث الضرر الذى يطالب المتعاقد تعويضه عنه، فإنه لا يجوز تعويضه عن ضرر لم يثبت حدوثه.

ويشترط فى الضرر الذي يجب تعويضه شرطين: أولهما أن يكون مباشرا ناتجا عن اخلال الإدارة بالتزام تعاقدى، وثانيهما: أن يكون الضرر مؤكدا يستوى فى ذلك أن يكون حالا أو مستقبلا(١).

ويقصد بالضرر المباشر أن يكون اخلال الإدارة بالتزامها التعاقدى هو سبب الضرر دون أسباب أخرى، ويتفرع عن ذلك استبعاد التعويض فى الحالات التى يثبت فيها أن الضرر كان بسبب أجنبى عن جهة الإدارة.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا النظر حيث قضت بأن التعويض يكون عن الأضرار التى تترتب مباشرة عن فعل الإدارة، فإذا كان

---

(١) يراجع فى ذلك: د. سعاد الشرقاوى، المسئولية الإدارية، دار المعارف، الطبعة الثالثة، عام ١٩٧٣، ص ٢٣٧.

الثابت أن الجهة الإدارية لا شأن لها بالجريمة التى ارتكبها الطاعن بعد صدور قرارها غير المشروع، إلا أنه ليس ثمة رابطة سببية مباشرة بينه (أى القرار غير المشروع) وبين ارتكاب الطاعن للجريمة المشار إليها(١).

أما الضرر المؤكد فهو الضرر الثابت ثبوتا يقينيا، ويقيم المورد الدليل على وقوعه. وتطبيقا لذلك قضى بأن للمتعاقد أن يطلب الحكم بالتعويض عما يلحق به من أضرار نتيجة الإجراء غير المشروع من جانب الإدارة بشرط أن تكون ثابتة ثبوتاً يقينياً منعاً للاثراء بلا سبب على حساب الإدارة(٢).

تقدير التعويض:

إذا ما توافرت شروط الضرر المشار إليها، صار للمورد المضرور الحق فى اقتضاء التعويض الجابر للضرر. وعليه اللجوء إلى قاضى العقد بطلب القضاء له بالتعويض اللازم، ويتولى القاضى تقدير التعويض على ضوء حجم الأضرار التى أصابت المورد، ويتمثل حجم تلك الأضرار فى قدر الخسارة التى أصابت المورد، وكذلك مقدار الكسب الذى فاته من جراء خطأ الإدارة، كما يراعى عند تقدير التعويض ما إذا كان الخطأ الذى تسبب فى وقوع الضرر مشتركاً بين الطرفين من عدمه.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لما كان الطاعن قد ارتكب خطأ عقدياً باخلاله بما التزم به، وأن الخطأ الذى ارتكبته جهة الإدارة يفوق درجة خطأ الطاعن، وبإجراء المقاصة بين مستحقات الطرفين تكون الجهة الإدارية مدينة للطاعن بمبلغ... مما يتعين الزامها بأدائه للطاعن(٣).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٣٠ - وحكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٧٩٥٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ٢٠٠٥/١/١٦ - لم ينشر بعد.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٦٨٢ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٤/٤/٢٦ - مجموعة مبادئها - السنة ٣٩ - الجزء الثانى، ص ١٢٨٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٧٣٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٢ - غير منشور.

المبحث الثالث

حق المورد فى التوازن المالى للعقد

تكمن الغاية من ابرام عقد التوريد أساساً فى كفالة حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، من أجل تحقيق المصلحة العامة، وبديهى أن تلك الغاية لن تتحقق فى الواقع العملى إلا بتنفيذ الالتزامات التعاقدية التى يولدها العقد تنفيذاً سليما وفقا للشروط المتفق عليها. وإذا كان المورد قد قبل معاونة جهة الإدارة فى تسيير المرفق العام بانتظام واستمرار من خلال تنفيذ العقد، فإن دافعه الأساسى للتعاقد - دائماً وأبداً - هو الربح.

ويتحدد مضمون فكرة التوازن المالي للعقد فى انها مجرد توجيه عام، وتستهدف الابقاء على طبيعة العقد كما روعى عند ابرامه، ومعاملته كظاهرة طبيعية - يتمدد وينكمش - فقد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منه، ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادى والابقاء على خواصه الأصلية[1].

وقد يصادف المورد أثناء تنفيذ العقد ظروف استثنائية، لم يكن يتوقعها عند ابرام العقد، ويترتب على هذه الظروف زيادة أعباءه المالية على نحو يؤدى إلى اختلال التوازن المالى للعقد، أو اصابته بأضرار جسيمة من شأنها قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، مما يهدد بتوقفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو ما يوثر بالسلب على سير المرفق العام بانتظام واضطراد وينعكس أثره على المصلحة العامة.

وتلافياً للآثار السلبية المشار إليها يتعين على جهة الإدارة تقديم معاونتها الصادقة للمورد، ومساعدته على مواجهة الظروف الاستثنائية التى اعترضت تنفيذ العقد بغية تحقيق الغرض منه. ومن أجل هذا ابتدع القضاء عدة نظريات الهدف منها اعادة التوازن المالى للعقد وذلك تحقيقاً للعدالة من

---

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٥٥٨.

ناحية، وحتى لا يتهرب الأفراد من التعاقد مع الإدارة من ناحية ثانية، وحتى تتحقق المصلحة العامة من ناحية ثالثة.

وتتمثل هذه النظريات فى نظرية الظروف الطارئة ونظرية الظروف المادية غير المتوقعة وأخيراً نظرية عمل الأمير.

وتجدر الاشارة إلى أن الدراسة التفصيلية لأحكام كل نظرية من هذه النظريات تخرج عن موضوع الدراسة، ومن ثم فإن دراسة حق المورد فى التوازن المالي للعقد تقتصر على بيان الظروف الاستثنائية غير المتوقعة التى تصادف المورد أثناء التنفيذ، والتى تؤدى إلى اختلال التوازن المالى للعقد، ثم بيان دور القاضى فى اعادة التوازن المالى للعقد.

وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: صور اختـــــــــلال التوازن المالى لعقد التوريد.

المطلب الثانى: دور القاضى فى اعادة التوازن المالى لعقد التوريد.

المطلب الاول
صور اختلال التوازن المالى
لعقد التوريد

تتنوع صور اختلال التوازن المالى لعقد التوريد بحسب طبيعة الظرف الاستثنائى الذى يعترض التنفيذ، وأثره على اقتصاديات العقد، فإذا كان الظرف غير المتوقع من طبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية ولم يكن لجهة الإدارة المتعاقد دخلا فى حدوثه، فينبغى على الإدارة أن تساهم مع المورد فى تحمل جزء من الخسارة التى لحقت به، وذلك بتعويضه جزئياً استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة، أما إذا كان الظرف غير المتوقع عبارة عن صعوبات مادية اعترضت التنفيذ فجعلته مرهقا، فإن المورد يحصل على تعويض كامل وفقا لنظرية الظروف المادية غير المتوقعة، وإذا كان الظرف ناشئا عن فعل الإدارة فإن المورد يستحق تعويضاً كاملا طبقا لنظرية عمل الأمير.

ونوضح فيما يلى مضمون كل نظرية من هذه النظريات وأساسها القانونى وشروط تطبيقها.

أولا: نظرية الظروف الطارئة:

تحتل نظرية الظروف الطارئة مكاناً بارزاً فى النظرية العامة لعوارض التنفيذ، وقد نشأت هذه النظرية لمواجهة أزمة مؤقتة تطرأ أثناء التنفيذ، بما يمكن معه القول بأن تلك النظرية مخصصة لتدارك موقف غير تعاقدى أو خارج عن النطاق التعاقدى(١).

أ - مضمون النظرية:

يتحدد مضمون النظرية فى أنه عندما تختل اقتصاديات العقد اختلالا جسيما نتيجة ظروف استثنائية لم يكن فى الوسع توقعها عند ابرام العقد، ويؤدى هذا الاختلال إلى جعل تنفيذ العقد أكثر ارهاقا للمورد، بما يترتب عليه من خسائر تجاوز فى حدتها الخسارة العادية المألوفة فى التعامل، فإن للمورد الحق فى طلب مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف، ومشاركته فى تحمل جزء من الخسارة التى حاقت به(٢).

فالظروف الطارئة وإن كانت لا تؤدى إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلا، إلا أنها تؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد، وعلى الرغم من هذه الظروف فإنه يتعين علي المورد الاستمرار فى التنفيذ، إذ ليس من العدل تركه وشأنه يتحمل وحده آثار هذه الظروف التى لم يكن فى امكانه توقع حدوثها، كما أنه ليس من صالح الإدارة أن يتعثر تنفيذ العقد وأثر ذلك على سير المرفق العام الذى أبرم العقد من أجله.

---

(١) د. محمد على عبد المولى - الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى، دراسة مقارنة، رسالة، ١٩٩١ ص ١٠.

(٢) د. محمد السنارى - الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فى مجال العقود، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص ١٣.

٢- الأساس القانونى للنظرية:

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانونى فى فكرة العدالة ومقتضيات المصلحة العامة[١]، فـفكرة العـدالة هى التى تبـرر تعـويض المورد عند حـدوث ظروف طارئة على الرغم من عدم مسئولية الإدارة عنها، كما أن ارتباط عقود التوريد بالمساهمة فى تسيير المرفق العام يقتضى دائما تدخل الإدارة لتقديم يد العون للمورد عند حدوث ظروف طارئة.

وقد كشفت المحكمة الإدارية العليا عن هذا الأساس بقولها: ان نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الإدارى، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، باعتبار أن رائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام[٢].

٣- شروط تطبيق النظرية

يشـترط لتـعـويض المورد تعـويضـاً جـزئيـاً وفـقـاً لنظرية الظروف الطارئة الشروط الآتية:

أ - وقوع ظروف استثنائية سواء كانت طبيعية كالزلازل والسيول[٣] أو اقتصادية كارتفاع الأسعار بشكل غير مألوف[٤]، وإدارية كتخفيض قيمة

---

(١) د.عبسى عبد القادر الحسن - التزامات وحقوق المتعاقدين فى تنفيذ عقد الأشغال العامة- رسالة جامعة القاهرة - عام ١٩٩٧ ص ٢٦٦، د.سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٦٣٤. د.محمد على عبد المولى، المرجع السابق، ص ٥١٦، د.زكى محمد محمد النجار، مدى سلطة القضاء فى تعديل العقد الإدارى، مجلة المحاماة - ١٩٨٤ - العددان الأول والثانى ص٢٢.

(٢) حكمها فى الطعن رقم ٤٦ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ - مجموعة مبادئ العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق، ص ٤٤.

(٣) C.E. 21-4-1944, Compangie fyancais des cables télégraphique, Rec. p. 119.

(٤) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بجلسة ١٩٦٣/٥/٥ - مجموعة مبادئها - السنة السادسة - ص ١٠٤٩.

العملة[١].

ب -أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، ولا يشترط وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى أن يكون هذا الظرف غير متوقع بذاته، وإنما يكفى أن تكون آثاره غير متوقعة أى أنه لو كان الظرف متوقعا، ولكن آثاره هى التى كانت غير متوقعة، فإن ذلك كاف بذاته لتحقق شرط عدم التوقع.

جـ - أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المورد فقط دون جهة الإدارة، فالأخيرة يمكن أن تكون هى السبب فى حدوث الظرف الطارئ، وبالرغم من ذلك تطبق نظرية الظروف الطارئة. وفى ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو غيرها، ولم تكن فى حسبان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك لها دفعا وأن يترتب عليها أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة»[٢].

د - أن يؤدى الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد: إذ لا يكفى أن يؤدى الظرف الطارئ إلى اصابة المورد بخسائر عادية أو مألوفة، وإنما يجب أن تكون الخسارة الناشئة عنه فادحة واستثنائية بحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالا جسيما وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا دون أن يصل إلى حد الاستحالة.

ثانيا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

١- مضمون النظرية:

يتبلور جوهر هذه النظرية فى أنه إذا صادف المورد أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، غير متوقعة عند ابرام العقد،

---

(١) C.E. 10/2/1943, Aurran, Rec. p. 36.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق - جلسة ١٩٨٤/١٢/١٨ - مجموعة مبادئها - السنة ٣٠، العدد الأول، ص ٢٥٠.

وخارجة عن إرادة المتعاقدين، وأدت إلى جعل التنفيذ أكثر ارهاقا من الناحية المالية، فإن المورد يستحق تعويضا كاملا عما أصابه من نتيجة تلك الصعوبات(١).

وترتبط نظرية الصعوبات المادية بعقد الأشغال ارتباطا وثيقا، ورغم ذلك فهى ذات نطاق عام تطبق على كافة العقود الإدارية بما فى ذلك عقد التوريد(٢).

وقد سبق لمجلس الدولة الفرنسى أن قضى للمورد بالتعويض عن الصعوبات التى واجهها فى أعمال تكميلية (فرز أخشاب) فى عقد توريد(٣).

كما أن التطور الحديث لعقود التوريد يسمح بتطبيق النظرية لاسيما فى عقود التوريد التى تحتوى على مزيج من التوريد والتركيب، وكذلك عقود التوريد الصناعية.

٢- الأساس القانونى للنظرية:

تستند نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى أساسها القانونى على فكرتى العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، إذ ليس من العدالة ترك المورد بمفرده لمواجهة ظروف مادية غير متوقعة، لمجرد الالتزام بحرفية النصوص التعاقدية وبالأسعار المتفق عليها. كما أن تكييف العلاقة بين الإدارة والمورد على أنها علاقة تعاضد وتساند فى تسيير المرفق العام، يقتضى تعويض المورد عن الأضرار الناتجة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة(٤).

---

(١) انظر د. أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٨٠، العددان الثالث والرابع، ص ٨٢٥.

(٢) Jèze - op. cit., p. 805.

(٣) C-E., 1-8-1925, ste "Grené, rec. p. 993.

(٤) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٧١٧ ، د. على محمد على عبد المولى - المرجع السابق ص ٥٣٠، د. عبسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

٣- شروط تطبيق النظرية:

يشترط لتطبيق النظرية أن تتسم الصعوبات بسمات معينة يمكن حصرها فيما يلى:

أ - أن تكون الصعوبات مادية ومن طبيعة استثنائية غير مألوفة:

وهذه الصعوبات المادية ترجع فى أغلب الأحيان إلى ظواهر طبيعية، كسقوط أمطار بغزارة شديدة، ويتعين أن تكون تلك الصعوبات ذات طبيعة استثنائية غير مألوفة، فلا يكفى لتطبيق النظرية أن يصادف المورد صعوبات عادية أو بسيطة، فهذه تدخل فى نطاق العقد، ويكون المورد مسئولا عنها، وأمر تقدير ما إذا كانت الصعوبات التى تعرض لها المورد من الصعوبات العادية أو الاستثنائية متروك لتقدير القاضى وفقا لظروف كل حالة على حده.

٢- أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة:

ينبغى أن تكون الصعوبات المادية من نوع لا يمكن توقعه عند التعاقد[١]، إذ يتعين على المورد قبل أن يقبل العقد أن يبذل الجهد المعقول - كمتعاقد حريص - لتوقع كافة الصعوبات المادية المحتمل مصادفتها عند التنفيذ.

ويقدر قاضى العقد دائما مدى معاونة جهة الإدارة المتعاقدة فى هذا الخصوص، ذلك أن موجبات مبدأ حسن النية تقتضى أن تضع الإدارة تحت تصرف المورد كافة ما لديها من معلومات قد تعينه على توقع الصعوبات التى قد تصادفه، فإن هى قصرت فى ذلك فإن القاضى يحكم بتعويض المورد[٢].

---

(١) ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الشأن أنظر:
- C.E., 26-3- 1985, Ste francaise de T.P.Fougerolle, R.D.P., 1985. p. 1705.
- C.E., 5-12-1990, ste RAPETTO, R.D.P., 1992, p. 1535.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين - الرسالة - المرجع السابق - ص ٦١٧.

ويرى بعض الفقه أن شرط عدم التوقع، إنما يقدر بذات الأوضاع التى يقدر بها فى نظرية الظروف الطارئة، بحيث تطبق النظرية سواء عند عدم توقع الصعوبات بذاتها، أو عند عدم توقع آثارها(١).

٣- أن تكون الصعوبات المادية مستقلة عن إرادة المتعاقدين:

أى ألا يكون للإدارة أو المورد دخل فى وقوعها، فإذا كان مرد هذه الصعوبات إلى عمل جهة الإدارة أو بخطئها، فإن المورد يستحق التعويض ليس على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وإنما على أساس نظرية عمل الأمير أو المسئولية على أساس الخطأ. كما يجب ألا يكون لإرادة المورد دخل فى احداث تلك الصعوبات أو تعاظم نتائجها وأن يثبت أنه لم يكن بوسعه تلافيها بما لديه من وسائل وامكانيات، ولم يخالف نصوص العقد وأوامر الإدارة أثناء التنفيذ(٢).

٤- أن تؤدى الصعوبات المادية إلى زيادة الأعباء المادية للمورد:

وذلك بأن تجعل تنفيذ العقد أكثر تكلفة، بحيث يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها.

وفيما يتعلق بالعقود الجزافية وهى التى تتضمن تحديد أجر لكمية التوريدات المطلوبة، وتحديدا اجماليا لما تلتزم الإدارة بدفعه من ثمن يقابلها، فقد استبان للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أن هذا الطابع الجزافى فى تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، على أنه يجب أن يكون من شأن الصعوبات المادية فى هذه الأحوال أن تخل باقتصاديات العقد تبعاً لانهيار الأسس التى قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه(٣).

---

(١) د. أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، المرجع السابق، ص ٨٦٣.

(٢) انظر د. عبسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٣) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٩٥ فى ١٩٦٤/٢/٤ - جلسة ١٩٦٤/١/٢٩ - مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق - ص ٤٦٤.

ثالثا: نظرية عمل الأمير:

١- مضمون النظرية:

يمكن تعريف عمل الأمير بأنه كل إجراء مشروع وغير متوقع يصدر عن سلطة عامة متعاقدة ينجم عنه الاضرار بالمركز المالى للمورد، ويؤدى إلى تعويضه عن كافة الأضرار التى تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالى للعقد(١).

وترتبط النظرية ارتباطاً وثيقاً بسلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى، فقد سبق وأن أشرنا إلى أن الإدارة تملك سلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة فى اطار ضوابط معينة، مقابل تعويض المورد عن الأضرار التى تصيبه من جراء هذا التعديل، وذلك حفاظاً على التوازن المالى للعقد.

ولكن قد تصدر أعمال مشروعة عن جهة الإدارة تؤدى بشكل مباشر أو غير مباشر إلى تعديل شروط العقد أو ظروف تنفيذه، كصدور تشريع أو لائحة تسبب للمورد بعض الأضرار أثناء تنفيذ العقد، وفى هذه الحالة يستحق المورد كامل التعويض عن تلك الأضرار بالتطبيق لنظرية فعل الأمير.

ويميز القضاء الإدارى بين ما إذا كان الإجراء الذى أثر بصورة مباشرة على العقد هو اجراء خاص حينئذ تطبق النظرية ويستطيع المورد المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار التى أصابته، وبين ما إذا كان هذا الإجراء عاما مثل تشريع أو لائحة مالية تقضى برفع الرسوم الجمركية، فالأصل أن المتعاقد لا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى أصابته إعمالا لمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة.

---

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٦٢٤، حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ - سبقت الاشارة إليه، افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٢٩٧ فى ١٩٦٥/٢/١١ جلسة ١٩٦٥/٢/٢٤ - ملف رقم ٣٠٩/٨٨/١٩ - مجموعة المبادئ فى مادة العقود فى خمسة عشر عاما، المرجع السابق، ص ١٨٠.

غير أنه يجوز تطبيق نظرية عمل الأمير فى حالة الاجراء العام إذا كان من شأن الاجراء التأثير فى أمور جوهرية كانت أساساً للتعاقد بين الطرفين، أو أدى إلى إلغاء العقد ذاته، أو بمعنى آخر أن يصيب المورد ضرر خاص، فى هذه الحالة يمكن له طلب التعويض عن هذا الاجراء العام(١).

الأساس القانونى للنظرية:

تجد نظرية فعل الأمير أساسها القانونى فى فكرة التوازن المالى للعقد، باعتبار أحد الخصائص الذاتية للعقود الإدارية بما فيها عقود التوريد والتى تستهدف المساهمة فى تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام(٢).

شروط تطبيق النظرية:

لكى يستحق المورد تعويضا كاملا على أساس نظرية عمل الأمير، يجب أن تتوافر الشروط الآتية:

١- صدور اجراء ضار عن جهة الإدارة المتعاقدة:

فإذا ما صدر هذا الاجراء عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد فإنه يمتنع بذلك تطبيق أحام النظرية، وإن كان لا يحول دون تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت شروطها(٣).

٢- أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة فى حدود سلطتها:

حيث تفترض النظرية أن جهة الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين صدر عنها الفعل الضار، آية ذلك أن مسئولية الإدارة فى نطاق نظرية عمل الأمير هى مسئولية عقدية بلا خطأ.

---

(١) انظر د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق ص ٦٠٩ ومابعدها.

(٢) انظر د. عزيزة الشريف، دراسات فى نظرية العقد الإدارى، المرجع السابق ص ٢٢٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٦٢ لسنة ١٠ ق - جلسة ١٩٦٨/٥/١١ - مجموعة العقود فى أربعين سنة - ص ٤٢٤.

٣- أن يكون الاجراء الصادر عن جهة الإدارة غير متوقع:

لا ينصرف شرط عدم التوقع إلى أصل الحق فى التعديل، فهو أمر مقرر لجهة الإدارة ومتوقع دائما، وإنما ينصرف عدم التوقع إلى حدود التعديل ومداه، فإذا نظم العقد كيفية ممارسة حق التعديل وحدوده استبعدت النظرية، أما إذا لم ينظم العقد كيفية إجراء التعديل فإنه يتم تطبيق النظرية(١).

٤- أن يترتب على عمل الأمير ضرر خاص للمورد:

ويتمثل الضرر الخاص الذى يصيب المورد فى زيادة أعبائه المالية على نحو يختل معه التوازن المالى للعقد، ولا يشترط أن يبلغ هذا الضرر درجة معينة من الجسامة،فقد يكون جسيما أو يسيرا، وقد يتمثل فى ضرر فعلى يصيب المورد، وقد يكون مجرد نقص فى أرباحه.

وإذا ما توافرت الشروط المشار إليها، فإنها ستؤدى بلا شك إلى زيادة الأعباء على المورد، إلا أنه ينبغى التذكير بأنه لا يجب أن تؤدى هذه الأعباء إلى أن يصبح المورد وكأنه أمام عقد جديد يفوق قدراته الفنية أو المالية، حيث يحق له فى هذه الحالة طلب التعويض بالاضافة إلى فسخ العقد(٢).

وخلاصة ما تقدم فإن النظريات الثلاث سالفة الذكر تمثل كل منها صورة من صور اختلال التوازن المالى لعقد التوريد، فإن توافرت شروط كل منها على النحو المتقدم نشأ للمورد الحق فى طلب التعويض اللازم لمعالجة هذا الاختلال، حيث يأتى دور القاضى فى فحص وتمحيص صورة الاختلال بالتوازن ليقرر بشأنه التعويض المستحق للمورد وذلك على النحو الذي سيرد تفصيلا فى المطلب التالى.

---

(١) انظر د.عبسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق ص ٢٦٢.

(٢) انظر د.محمد سعيد حسين أمين، الرسالة، المرجع السابق، ص ٦١١ ومابعدها.

المطلب الثانى
دور القاضى الإدارى فى إعادة
التوازن المالى لعقد التوريد

يترتب على توافر شروط كل نظرية من النظريات السابق دراستها فى المطلب السابق إلى اختلال التوازن المالى لعقد التوريد، ويضطلع القاضى الإدارى بدور هام ورئيسى فى معالجة هذا الاختلال بهدف اعادة التوازن المالى المفقود لعقد التوريد.

ويختلف أسلوب القاضى الإدارى فى اعادة هذا التوازن لسيرته الأولى بحسب الأسباب التى أفقدت العقد توازنه المالى، فإذا كان الظرف الطارئ هو سبب اختلال التوازن اتخذ القاضى أسلوب التعويض الجزئى لمعالجة هذا الاختلال، فى حين يقضى بالتعويض الكامل إذا كان مرد الاختلال صعوبات مادية غير متوقعة أو عمل الأمير، وتفصيل ذلك فيما يلى:

١- أحكام التعويض الجزئى:

إذا ما توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة على النحو السالف بيانه، استحق المورد تعويضا جزئيا عن الخسائر التى لحقته من جراء الظروف الطارئة غير المتوقعة، وهو ما يميز تلك النظرية عن نظريتى الصعوبات المادية غير المتوقعة وعمل الأمير.

ولا يملك القاضى الإدارى سوى الحكم بالتعويض الجزئى فى ظل نظرية الظروف الطارئة، فهو لا يملك القضاء بوقف تنفيذ الالتزام مؤقتا أو زيادته أو انقاصه على النحو الذى يملكه القاضى المدنى فى منازعات عقود القانون الخاص[1].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٤٣ لسنة ٢٦ جلسة ١٩٨٢/١١/١٠ - مجموعة مبادئها - السنة ٢٨- ص٨٦.
وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ جلسة ١٩٨٥/١١/٣٠ - مجموعة مبادئها - السنة ٣١ العدد الأول - ص ٤٢٩.

وقد استطاع مجلس الدولة الفرنسى أن يصل إلى حل وسط يستهدف المحافظة على قواعد الاختصاص مع محاولة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد معها إلى محاولة الاتفاق الودى، فإن فشلا فى التوصل إلى اتفاق، فإنه يقضى بالتعويض(١).

وحتى يستطيع القاضى تقدير التعويض الجزئى المستحق للمورد(٢) فإنه يبدأ أولا بتحديد تاريخ بداية الظرف الطارئ وتاريخ نهايته، ويبدأ هذا الظرف من التاريخ الذى تتجاوز فيه أعباء المورد أقصى حدود الزيادة التى كان للأطراف المتعاقدة توقعها عند ابرام العقد، ولهذا التحديد أثره فى استبعاد حساب الأرباح التى حققها المورد قبل بداية هذا الظرف وتلك الأرباح التى حققها بعد نهايته، وكذلك استبعاد الخسائر التى لحقت به قبل بداية ذلك الظرف، وتلك الخسائر التى أصابته بعد انتهاء الظرف الطارئ.

ثم بعد ذلك يتولى القاضى تحديد مقدار الخسائر الناتجة عن الظرف الطارئ على أساس الفرق بين الأسعار الجديدة التى نجمت عن الظرف الطارئ وبين الأسعار الفعلية الواردة فى نصوص العقد، ويدخل فى حساب هذه الخسائر كل ما تحمله المورد من مصروفات ونفقات يكون قد تحملها فى سبيل تنفيذ العقد، ويخصم منها المصروفات والنفقات الناتجة عن أخطائه أو اهماله فى التنفيذ(٣).

---

(١) انظر: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٦٣٥.

(٢) انظر كيفية حساب التعويض لمواجهة الظرف الطارئ:

C.E. 30-3-1916, compagnie générale d'eclairage de Bordeaux, Rec. p. 125.

وتعليق مارسولون وبروسبيرفى - أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى، ترجمة د. أحمد يسرى، المرجع السابق ص ١٦٨.

(٣) - C.E., 3_12_1931, commune de Graulhet, Rec. p. 1061.

- C.E., 7-11-1969, Ville d'Avignon, Rec. p. 877.

ويسير قضاء المحكمة الإدارية العليا في ذات الاتجاه حيث قضت بأنه: وفى تقدير مدى الاختلال الحادث فى العقد بسبب الظرف الطارئ يجب أن يدخل فى الحساب جميع عناصره المؤثرة فى اقتصادياته ومنها كامل قيمته ومدته فيفحص فى مجموعه كوحدة دون الوقوف على أحد عناصره، فقد يكون من العناصر الأخرى ما يجزى، والتعويض طبقاً لهذه النظرية لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة فى التعامل وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة تندرج فى معنى الخسارة الجسيمة الاستثنائية الواضحة والمتميزة بغرض اعادة التوازن المالى للعقد بين طرفيه فى سبيل المصلحة العامة(١).

وبناء على ما تقدم، فإن مبدأ التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة يستند أساسا على توزيع أعباء الخسارة الفادحة بين المورد والإدارة، بحيث يتحمل المورد جزءا من هذه الخسارة، وتتحمل جهة الإدارة الجزء الباقى وتدفعه له على شكل تعويض بهدف اعادة التوازن المالى للعقد.

٢- أحكام التعويض الكامل:

ان مؤدى توافر شروط تطبيق نظريتى الصعوبات المادية غير المتوقعة، وعمل الأمير هو استحقاق المورد التعويض الكامل عن الأضرار التى تحملها بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة أو عمل الأمير:

أ - وفيما يتعلق بالتعويض عن الصعوبات المادية المتوقعة فإن المورد يستحق تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي أصابته من جراء الصعوبات المادية غير المتوقعة، حيث تلتزم الإدارة بأن ترد له كافة التكاليف التى تكبدها لمواجهة تلك الصعوبات(٢).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٨٧/٥/١٦ - سبقت الاشارة إليه.

(٢) افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٩٥ فى ١٩٦٤/٢/٤ - جلسة ١٩٦٤/١/٢٩ - سبقت الاشارة إليه.

ويخصم من مقدار التعويض الكامل المستحق للمورد، قيمة ما تسبب بخطئه أو اهماله من أحداث أو زيادة الآثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة(١)، وذلك بالتطبيق للقواعد العامة.

ويتم حساب مقدار التعويض على أساس الثمن المتفق عليه فى العقد، أو على أساس أسعار جديدة، إذا تغيرت الظروف التى أبرم فيها العقد، أو أدت الصعوبات المادية إلى تغيير كامل فى الأسس التى تم على أساسها تحديد الأسعار فى العقد(٢).

ب- أما فيما يتعلق بالتعويض عن عمل الأمير فإن التعويض الكامل طبقا لهذه النظرية يشمل ما لحق المورد من خسارة عبارة عن المصروفات الفعلية التى أنفقها من جراء عمل الأمير، كما يشمل ما فاته من كسب والمتمثل فى الأرباح المعقولة التى كان يعول عليها المورد لولا اختلال التوازن المالى للعقد بفعل الأمير(٣)، والتاريخ المعول عليه فى تقدير التعويض هو تاريخ حصول الضرر وليس تاريخ تقدير التعويض.

غير أن مجلس الدولة الفرنسى يقضى بالتعويض الجزئى للمورد فى حالتين:

الأولى: حالة فسخ العقد بسبب نشوب العمليات الحربية أو توقعها، ويكتفى المجلس فى هذه الحالة بتعويض المتعاقد عن الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقد(٤).

---

(١) - C.E. 13-10-1978, Département de la vendéc, Rec. p. 871.

(٢) - C.E. 12-5-1982, sté des Autoroutes Paris, Rhin - Rhône, Rec. p. 175.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ - سبقت الاشارة إليه.

(٤) - C.E., 23-1-1952, sect. d'etat C.Chambouvet, Rec. p. 50.

والحالة الثانية هى حالة مساهمة المتعاقد بخطئه أو اهماله فى احداث أو زيادة الأضرار المترتبة على عمل الأمير(١).

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة حق المورد فى اقتضاء التعويض اللازم لاعادة التوازن المالى لعقد التوريد إذا ما أصابه اختلالا بسبب حدوث صورة من صور الاختلال سالف الذكر.

---

(١) - C.E. 25-1-1963, Sté des Alcools du Vexin, Rec. p. 50.

الباب الثالث

نهاية عقد التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

ينتهى عقد التوريد نهاية طبيعية بتنفيذ الالتزامات المتبادلة بين طرفيه، حيث يقوم المورد بتسليم جهة الإدارة الأصناف المتعاقد عليها طبقا للمواصفات، أو بانتهاء المدة المقررة لتنفيذ العقد، وحصول المورد على الثمن فى الحالتين.

وقد ينتهى عقد التوريد نهاية مبتسرة وقبل الأوان d'une manière prématurée وذلك فى ثلاث حالات: الحالة الأولى وتستعمل فيها الإدارة سلطتها فى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إما لدواعى المصلحة العامة إذا ما قدرت عدم احتياجها للأصناف المتعاقد عليها وإما لوقوع خطأ جسيم من المورد فتقرر الإدارة التخلص منه وذلك بفسخ العقد.

أما الحالة الثانية: فهى تواجه حالة اخلال جهة الإدارة بالتزاماتها اخلالا جسيما حيث يستطيع المورد اللجوء إلى القضاء الإدارى بطلب توقيع جزاء الفسخ على جهة الإدارة.

أما الحالة الثالثة: وفيها لا يكون لأى من المتعاقدين يد فى انهاء الرابطة التعاقدية حيث ينتهى العقد بإرادة المشرع وأوامره، أو بقوة القانون.

ويبدو ضرورياً، ولاضفاء مزيد من الطابع العملى على هذه الرسالة أن نعرض فى ختام هذا الباب للاختصاص بنظر منازعات عقد التوريد سواء كان هذا الاختصاص قضائيا من خلال مجلس الدولة باعتباره القاضى الطبيعى للمنازعات الإدارية، أو من خلال التحكيم الاختيارى الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وعلى ذلك ينقسم هذا الباب إلى فصول ثلاثة:

الفصل الأول: النهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى وآثارها.
الفصل الثانى: النهاية المبتسرة لعقد التوريد الإدارى.
الفصل الثالث: الاختصاص بنظر منازعات عقد التوريد الإدارى.

الفصل الأول

النهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى وآثارها

تمهيد وتقسيم:

ينتهى عقد التوريد الإدارى - باعتباره من العقود الملزمة للجانبين - نهاية طبيعية بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، ويلعب كل من عنصر الزمن وطبيعة الالتزام دوراً بارزاً فى تحديد تلك النهاية.

ويترتب على النهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى آثاراً قانونية هامة تبدو واضحة فى انتقال تبعة هلاك الأصناف الموردة على عاتق جهة الإدارة من ناحية، وتصفية كافة العلاقات المالية المستحقة للمورد وعلى رأسها قبض الثمن واسترداد التأمين النهائى.

وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: النهايـــة الطبيعيـــة لعقـــــد التوريـد الإدارى.

المبحث الثانى: الآثار القانونية المترتبة على النهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى.

المبحث الأول

النهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى

ينتهى عقد التوريد الإدارى بشكل طبيعى بقيام المورد بتسليم الأصناف المتعاقد على توريدها، وقيام الإدارة باستلام هذه الأصناف وصدور قرار من السلطة المختصة بقبولها[١]. وبصدور هذا القرار يستحق المورد كامل ثمن الأصناف المشار إليها. وذلك طبقا لصريح حكم المادة (٩٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى والتى تنص على أن: يصرف ثمن الأصناف الموردة فى أقرب وقت ممكن وبما لا يجاوز خمسة عشر يوم عمل تحسب من تاريخ اليوم التالى لاعتماد قرار الفحص أو لورود نتيجة الفحص الفنى حسب الأحوال.

وبناء على ما تقدم فإن المعول عليه فى تحديد تاريخ نهاية عقد التوريد هو صدور قرار من السلطة المختصة باعتماد قرار لجنة الفحص أو ورود نتيجة الفحص الفنى فى الأحوال التى تستلزم هذا الفحص.

أثر عنصر الزمن على انتهاء عقد التوريد الإدارى:

ينبغى عدم اغفال أثر عنصر الزمن على تحديد تاريخ نهاية عقد التوريد، إذ يختلف بدء هذا التاريخ فى عقود التوريد الفورية عنه فى عقود التوريد الزمنية، وفيما يتعلق بالنوع الأول فإن هذا النوع من العقود ينقضى بتسليم الأصناف المتفق عليها، وصدور قرار من السلطة المختصة باعتماد نتيجة الفحص على النحو السالف الذكر،، فى حين ينقضى النوع الثانى وهو عقود التوريد الزمنية بانقضاء المدة المقررة للتوريد[٢]. ومثال ذلك عقود توريد الأغذية للمستشفيات أو السجون أو الثكنات العسكرية.

---

(١) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٧٥٧.

(٢) - C.E., 15-6-1951, sté société hydraulique asie, Rec. p. 349.

وتتميز عقود التوريد الزمنية بأنه ورغم انقضاء مدة تنفيذها المتفق عليها فى العقد، إلا أنه يمكن للمورد الاستمرار فى تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك فى حالتين:

(أ) حالة الموافقة على التجديد الصريح للعقد، حيث تصدر جهة الإدارة قرارها بالموافقة على استمرار تنفيذ المورد لالتزاماته لفترة زمنية أخرى تقدر بحسب احتياجات الإدارة. وينقضى العقد فى هذه الحالة بإنتهاء المدة المحددة لتنفيذ العقد والتى يتضمنها قرار الموافقة على التجديد.

(ب) حالة التجديد الضمنى: ويكشف عنها واقع الحال من قيام المورد بالاستمرار فى التنفيذ، ورضاء الإدارة عن ذلك باستلامها الأصناف الموردة رغم انقضاء مدة التنفيذ المتفق عليها. وينقضى عقد التوريد المجدد ضمنيا بإنقضاء مدة مماثلة للعقد الذى انتهى أجله.

اختلاف طبيعة الالتزام وأثره على نهاية عقد التوريد الإدارى:

يبدو أثر اختلاف طبيعة الالتزام على تحديد تاريخ نهاية عقد التوريد الإدارى فى صورتين:

الأولى: صورة الالتزام بالصيانة أوالضمان حيث يتضمن العقد التزام المورد بصيانة الأجهزة الموردة لمدة معينة تالية على التسليم النهائى لهذه الأجهزة، أو يتعهد المورد بضمان تلك الأجهزة ضد عيوب الصناعة خلال فترة محددة.

وفى هذه الصورة ينقضى الالتزام بالتوريد بصدور قرار جهة الإدارة بقبول الأصناف الموردة، فى حين يتراخى تاريخ انتهاء العقد لحين انقضاء المدة المقررة لإجراء الصيانة أو الضمان.

الثانية: وهى الصورة التى يكون فيها الالتزام تخييريا حيث ينقضى العقد بقبول الإدارة لأى صنف من الأصناف المتفق على توريد أحدها، وقد استظهرت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى التشريع أن تعاقد الإدارة العامة

لامدادات الشرطة مع الطاعن لتوريد العدس الأصفر المجروش أو الصحيح أبوجبة حسب المتوفر لديه دون تحديد لصنف معين.. فإن التزام المورد على هذا النحو هو التزام متعدد المحال على سبيل التخير، فينقضى العقد وتبرأ ذمة المورد بأداء أحدهما(١).

وصفوة القول أن عقد التوريد ينقضى بصورة طبيعية بالتنفيذ المتبادل للالتزامات المتولدة عنه، حيث ينتهى التزام المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها كما وكيفا ونوعا ووصفا، وفى المواعيد المتفق عليها، وقبول الجهة الإدارية لهذه الأصناف، كما ينتهى التزام الإدارة المتعاقدة بسداد قيمة الأصناف سالفة الذكر.

المبحث الثانى

الآثار القانونية المترتبة على

النهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى

يترتب على انتهاء عقد التوريد الإدارى بتنفيذ الالتزامات المتبادلة المتولدة عنه، آثاراً قانونية على درجة كبيرة من الأهمية تتمثل فى تحرر المورد من كافة التزاماته تجاه الإدارة، وانتقال ملكية الأصناف الموردة إليها، وأخيرا حق المورد فى الحصول على الثمن أو على ما بقى منه واسترداد التأمين النهائى المدفوع منه، وذلك على التفصيل التالى:

أولا: تحرر المورد من التزاماته التعاقدية:

يترتب على قبول الإدارة الأصناف التى قام المورد بتوريدها تحرره من كافة الالتزامات التى يفرضها عليه العقد(٢)، ومن ثم فلا يجوز لجهة الإدارة أن

---

(١) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - رقم ٩٠٣ فى ١٩٩٣/١١/٣، مجموعة العقود فى أربعين عاما - المرجع السابق، ص ٣٥٩.

(٢) راجع ما سبق ص ٣٩٨ وما بعدها.

تسأله عن العيوب التى قد تظهر بعد الاستلام النهائى، ويلقى مجلس الدولة الفرنسي بعبء اصلاح هذه العيوب على عاتق جهة الإدارة ان هى لاحظت - بعد فوات الأوان - وجود عيب أو أهملت اثباته خلال المدد، وبالإجراءات المنصوص عليها فى العقد(١). وعلى العكس لا ترتفع مسئولية المورد عن الأصناف الموردة إذا أثبتت جهة الإدارة أن هذه العيوب نشأت قبل الاستلام النهائى، سواء لاحتواء الأصناف على عيوب خفية كان من الصعب اكتشافها وقت الفحص، وإما لوجود غش أو تلاعب من جانبه.

وإذا كانت عقود التوريد لا يتضمنها حكم عام بضمان المورد للأصناف خلال مدة معينة، فإن الإدارة حرة فى أن تضمن عقدها الاتفاق على هذا الضمان، وذلك بالنص على التزام المورد بضمان البضائع الموردة خلال المدة المنصوص عليها فى العقد(٢).

ثانيا: انتقال ملكية الأصناف من المورد إلى الإدارة:

من شأن قبول الإدارة للأصناف الموردة انتقال ملكية هذه الأصناف إليها، مع ما يترتب على ذلك من آثار، سواء من حيث توظيف تلك الأصناف لخدمة المصلحة العامة، أو من حيث انتقال تبعة هلاكها من على عاتق المورد إلى عاتق جهة الإدارة.

حكم قبول الأصناف وتخزينها بمخازن المورد(٣):

قد يحدث بعد أن تقبل جهة الإدارة الأصناف المتعاقد عليها، وتنتقل

---

(١) C.E. 18-11-1925, Société des forges, Rec. p. 909.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٧٦١.

(٣) يقرر الفقيه «جيز» أن أمر قبول الإدارة للأصناف الموردة وتخزينها بمخازن المورد يكون نادر الحدوث فى الأوقات العادية وغالبا ما يتم فى أوقات الحروب، وهو ما حدث فعلا ابان الحرب العالمية الأولى ١٩١٤-١٩١٨ عندما استوردت فرنسا الأماكن والمناطق المحررة، أبرمت جهة الإدارة عدد كبير من عقود توريد المنقولات والأثاثات لتلبية الاحتياجات المحتملة لسكان=

إليها ملكيتها، أن تطلب من الموردين تخزينها بمخازنهم لعدم وجود مخازن لديها، وتبرم معهم ما أطلق على تسميته عقود التخزين contrats de stockage يتولى الموردون بموجبها حراسة المنقولات والأصناف والاحتفاظ بها بحالة جيدة لمدة معينة.

وقد أثارت عقود التخزين العديد من المشاكل حول حدود مسئولية المورد عن الأصناف التى تملكتها جهة الإدارة وسلمته له لتخزينها.

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد على عدة مبادئ يمكن اجمالها فيما يلى:

١- أن التزام المورد فى عقود التخزين يختلف عن التزامه فى عقود التوريد، فإذا قبلت جهة الإدارة الأصناف الموردة دون ابداء تحفظات، فإنه لا يجوز لها استخدام عقود التخزين كوسيلة للرجوع فيما سبق وأن أقرت به عند الاستلام من خلو الأصناف التى تسلمتها من عيوب الصناعة(١).

٢- فى حالة تلف الأصناف المودعة مخازن المورد فى أثناء مدة تنفيذ عقد التخزين لأى سبب من الأسباب كالحريق، فإن المورد يتحمل الخسائر الناجمة عن تلف هذه الأصناف إذا تقاعس عن التأمين عليها لصالح الإدارة ضد الحريق، ويعفى المورد من هذه المسئولية فى حالة تضمين العقد نصا يفيد تحمل جهة الإدارة تبعة هلاك تلك الأصناف، أو فى حالة وقوع الحريق بعد انتهاء مدة عقد التخزين ولم يكن للمورد دخل فى حدوثه(٢).

= المناطق التى دمرتها الحرب، ولم يكن لدى جهة الإدرة المخازن اللازمة للاحتفاظ بهذه المنقولات، فطلبت من الموردين الاحتفاظ بها لمدة معينة من الزمن، وأبرمت معهم العديد من العقود أطلق عليها عقود التخزين.

لمزيد من التفاصيل انظر: جيز، المرجع السابق، ص ٤٥٥ ومابعدها.

(١) - C.E: 6-1-1928, Doux, Rec. p. 27.

(٢) - C.E: 8-7-1927, ponroy, Rec. p. 1073.

٣- إذا انقضى عقد التخزين بانتهاء المدة المتفق عليها، وتقاعست الإدارة عن استلام الأصناف المودعة بمخازن المورد، فإنه يستحق تعويضاً يمثل قيمة الخدمة المقدمة والضرر الذى لحق به[١].

٤- يلتزم المورد بتعويض جهة الإدارة عن كل نقص فى الأصناف المودعة بمخازنه، ويجوز للإدارة فى هذه الحالة فسخ عقد التخزين على مسئوليته[٢].

خلاصة ما تقدم أنه متى قبلت جهة الإدارة الأصناف الموردة، فإن ملكية هذه الأصناف تنتقل اليها، وتتحمل تبعة هلاكها رغم تخزينها بمخازن المورد، اللهم إلا فى حالة هلاك تلك الأصناف بخطأ المورد.

ثالثا: حق المورد في الحصول على مستحقاته المالية:

يستحق المورد كامل مستحقاته المالية الناتجة عن قبول جهة الإدارة للأصناف الموردة منه، ويأتى على رأس هذه المستحقات حقه فى الحصول على الثمن، أو ما بقى منه على النحو الذى أوردناه تفصيلا فى الفصل الرابع من الباب السابق[٣]. وتلتزم جهة الإدارة بالوفاء بالمبالغ المستحقة للمورد خلال المواعيد القانونية المقررة، فإن تأخرت فى ذلك رغم توافر مناط استحقاقها فإن القاضى الإدارى يقضى ضدها بفوائد تأخير عن تلك المبالغ من تاريخ المطالبة بها[٤] وحتى تمام السداد طبقاً لحكم المادة ٢٢٦ من القانون المدنى[٥].

---

(١) - C.E.: 18-11-1927, Mesmer, Rec. p. 1067.
- C.E: 5-8-1925, société La Tôlerie, Rec. p. 802.

(٢) - C.E: 9-12-1925, losfeld, Rec. p. 991.

(٣) راجع ما سبق ص ٤٨٥ من الرسالة.

(٤) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٧٦١.

(٥) تنص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى على أن: إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية، وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره.

كما يحق للمورد استرداد مبلغ التأمين النهائى المسدد منه لضمان تنفيذ العقد، وذلك لانتفاء العلة من احتفاظ جهة الإدارة به بعد تمام التنفيذ. إلا إذا تضمن العقد النص على التزام المورد بضمان الأصناف الموردة لمدة معينة، حيث تحتفظ جهة الإدارة بمبلغ التأمين النهائى لحين انتهاء مدة الضمان، استناداً لنص الفقرة الثانية من المادة (٧٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى والتى تنص على أنه: يجب الاحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما فى ذلك مدة الضمان طبقا للشروط، وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد اتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية.

والخلاصة فيما تقدم أن مؤدى النهاية الطبيعية لعقد التوريد حصول كل طرف من طرفى الرابطة التعاقدية على الغاية التى أبرم العقد من أجلها.

الفصل الثانى

النهاية المبتسرة لعقد التوريد الإدارى

تمهيد وتقسيم:

المقصود بالنهاية المبتسرة للعقد نهايته قبل الأوان المقرر لنهايته النهاية الطبيعية، ودون تحقق الغاية منه، وتتنوع الأسباب التى تؤدى إلى انقضاء عقد التوريد قبل الأوان، فقد يكون مرد الانقضاء زوال حاجة الإدارة للأصناف المتعاقد على توريدها، كما قد يرجع سبب الانقضاء إلى إخلال المورد إخلالا جسيماً بالتزاماته التعاقدية، وفى الحالتين تمارس الإدارة سلطتها فى انهاء العقد بإرادتها المنفردة.

ويمكن أن يكون سبب انهاء العقد هو اخلال الإدارة ذاتها بالتزاماتها التعاقدية، فيلجأ المورد لقاضى العقد لاستصدار حكما بالفسخ.

وأخيراً، قد ينقضي عقد التوريد الإدارى دون سبب يرجع إلى طرفيه، وإنما لتوافر حالة من حالات انتهائه بقوة القانون.

وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: سلطة الإدارة فى انهاء عقد التوريد الإدارى بالإرادة المنفردة.

المبحث الثانى: الفسخ القضائى لعقد التوريد الإدارى.

المبحث الثالث: انتهاء عقد التوريد الإدارى بقوة القانون.

المبحث الأول
سلطة الإدارة فى انهاء عقد التوريد الإدارى
بالإرادة المنفردة

تمهيد وتقسيم:

لا تهدف الإدارة من وراء ابرام عقد التوريد الإدارى إلى تحقيق ربح مالى، وإنما تقصد تحقيق مصلحة عامة من خلال تسيير مرفق عام لسد حاجة المواطنين، فإذا ما قدرت عدم احتياجها للأصناف التي تعاقدت علي توريدها، فإنها تملك سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وفقاً لسلطتها التقديرية متى اقتضت المصلحة العامة ذلك ولو لم يرتكب المورد أى خطأ من جانبه فى تنفيذ التزاماته التعاقدية.

كما يتعين على جهة الإدارة أن تراقب تنفيذ العقد بأكبر قدر من الدقة للحيلولة دون وقوع أى خطأ أو تراخ أو خلل فى تنفيذ العقد، ينعكس أثره على حسن سير المرفق العام وانتظامه واستمراره، باعتبارها المسئولة عن إدارة المرفق. وقد أدى ارتباط العقد بالمرفق العام - على النحو المتقدم - إلى عدم تساوى المركز القانونى للمتعاقدين حيث تشغل الإدارة مركزاً متميزاً عن المورد، ومن ثم فهى تتمتع بسلطات وامتيازات لا مثيل لها فى عقود القانون الخاص.

وقد تناولنا بالدراسة فى الفصل الثالث من الباب الثانى امتيازات الإدارة وسلطاتها فى مواجهة المورد(١)، ومن بين هذه الامتيازات سلطتها فى توقيع الجزاءات على المورد المقصر، وتتنوع هذه الجزاءات إلى جزاءات مالية كالتعويضات ومصادرة التأمين الابتدائى وغرامات التأخير، وجزاءات ضاغطة كالشراء على حساب المورد، وإذا ما قدرت جهة الإدارة عدم جدوى توقيع هذه الجزاءات، فإنها تلجأ إلى توقيع الجزاء الأشد قسوة وهو جزاء الفسخ بغرض انهاء الرابطة التعاقدية، والجزاءات الجنائية التى توقعها السلطات المختصة بناء على بلاغ من الإدارة المتعاقدة.

---

(١) راجع ما سبق ص٤١٥.

ولما كان من شأن توقيع كل من الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة هو حث المورد المقصر على تنفيذ العقد، فإنه وعلى العكس من ذلك فإن من شأن توقيع الجزاءات الفاسخة انهاء العقد والتخلص من المورد إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية اخلالا جسيما.

ومن ثم فإن منطق الدراسة يقتضى الحديث عن جزاء الفسخ فى اطار تناول أسباب النهاية المبتسرة لعقد التوريد.

والقاسم المشترك بين سلطة الإدارة فى إنهاء عقد التوريد لدواعى المصلحة العامة، وسلطتها فى انهائه بسبب خطأ المورد هو أنها تمارس هاتين السلطتين بإرادتها المنفردة وبموجب قرار منها يعبر عن عدم رغبتها فى تنفيذ العقد.

فى حين يختلف مجال وشروط ممارسة جهة الإدارة لأى من السلطتين المشار إليهما، كما تختلف الآثار المترتبة على انهاء العقد بموجب ممارسة أى منهما، ومن ثم فإن هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: سلطة الإدارة فى إنهاء عقد التوريد الإدارى لدواعى المصلحة العامة.

المطلب الثانى: سلطة الإدارة فى فسخ عقد التوريد الإدارى.

المطلب الأول
سلطة الإدارة فى إنهاء عقد التوريد الإدارى لدواعى المصلحة العامة

تتمتع الإدارة بسلطة انهاء عقد التوريد الإدارى بإرادتها المنفردة فى أى وقت تشاء قبل انتهاء مدته الأصلية متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، ودون حدوث أى خطأ من المورد، فالإدارة بوصفها المسئولة عن حسن سير المرفق العام الذى أبرم عقد التوريد من أجل المساهمة فى تسييره، فإنها قد ترى عدم جدوى الاستمرار فى استلام توريدات كانت فى السابق ضرورية للمرفق، ولكنها أصبحت غير ذى أهمية، أو لا تحتاج الإدارة لها لتشغيل المرفق.

وحق الإدارة فى انهاء العقد لدواعى المصلحة العامة ليس مطلقا، وإنما يتعين عليها أن تمارسه بهدف تحقيق الصالح العام ودون انحراف باستعمال السلطة، وتعويض المورد عن الأضرار التى لحقت به من جراء هذا الانهاء. وهو ما يستلزم القاء مزيداً من الضوء على الأساس القانونى لهذه السلطة، وشروط ممارستها، والرقابة القضائية على مباشرة الإدارة هذه السلطة والآثار القانونية المترتبة على انهاء العقد لدواعى المصلحة العامة.

أولا: الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى انهاء العقد لدواعى المصلحة العامة:

يميل الرأى الراجح فى الفقه الإدارى الفرنسى والمصرى[1] إلى أن سلطة الإدارة فى انهاء العقد لدواعى المصلحة العامة تستند على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة، فقد يتطلب الصالح العام الغاء المرفق الذى يشارك المورد فى تسهيل تسييره، أو أن الأصناف الموردة أصبحت غير

---

(١) لمزيد من التفاصيل بشأن الخلاف حول الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى انهاء العقد الإدارى لدواعى المصلحة العامة. انظر: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٤٣١ ومابعدها.

ذات فائدة للمرفق، أو لا تحقق المصلحة العامة التى أبرم العقد من أجلها[١].

وقد اعتمد مجلس الدولة ذات الأساس بقضائه المطرد على أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن يكون بإمكان الإدارة انهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق فى التعويض إن كان له مقتض[٢].

وقد سبق أن أشرنا[٣] إلى أن الإدارة لا تستمد حقوقها وامتيازاتها من نصوص العقد، وإنما من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة، ويترتب على ذلك نتائج هامة تتمثل فى أن تلك السلطات والامتيازات - ومن بينها سلطتها فى انهاء العقد لدواعى المصلحة العامة - تباشرها جهة الإدارة دون حاجة لنص صريح فى العقد، ودون حاجة إلى اللجوء إلى القاضى لتقرير انهاء العقد، كما لا يستطيع المورد أن يعترض على ممارسة الإدارة لسلطتها فى الانهاء الانفرادى للعقد الذى يربطه بها، فمادامت مصالحه المالية مصونة ومحمية من خلال تخصيص تعويض له فإنه لا يستطيع المطالبة بالابقاء على عقده[٤].

---

(١) من أنصار هذا الاتجاه: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٧٧٩، د. محمود حلمى، المرجع السابق، ص ١٤٧. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق ص ٤٤٥.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق - جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ - سبقت الاشارة إليه. وفى ذات المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ - مجموعة مبادئها السنة الثانية، ص ٩٣٧، وكذلك حكمها فى الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢، مجموعة مبادئها السنة الثالثة عشر، ص ٦٢٥، وحكمها فى الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠ سبقت الاشارة إليه، وحكمها فى الطعن رقم ٢٩٠٠ لسنة ٤١ ق - جلسة ٢٠٠٠/١/٧ غير منشور.

(٣) راجع ما سبق ص ٤١٠ من الرسالة.

(٤) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق ص ٤٢٨.

ثانيا: شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادى لعقد التوريد:

ان حق الإدارة فى انهاء عقود التوريد - وغيرها من العقود الإدارية - مقيد بشرطين، أن يقتضى الصالح العام انهاء العقد، وأن يكون قرار الانهاء مشروعا.

الشرط الأول: توافر مقتضيات المصلحة العامة:

المستقر عليه فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن تستند الإدارة فى انهاء العقد بإرادتها المنفردة على باعث من المصلحة العامة[١] intérêt général، أو على باعث من الصالح العام[٢] intéret public، وإلا كان إنهاء العقد تعسفيا وليس له ما يبرره[٣].

فالمصلحة العامة تمثل بالنسبة للعمل الإدارى الباعث والغاية، فاستهداف المصلحة العامة شرط موضوعى لمشروعية العمل الإدارى، بحسبان أن الإدارة لا تعمل إلا على ضوء المصلحة العامة وحدها، وإلا شاب القرار عيب الانحراف بالسلطة[٤].

والتطبيقات القضائية على أسباب ودواعى المصلحة العامة كثيرة ومتعددة نورد معها على سبيل المثال:

١- زوال احتياجات المرفق العام الذى أبرم العقد من أجل تحقيقها، وهو من أكثر الأسباب شيوعا فى العمل، إذ يترتب على انقضاء الاحتياجات التى دفعت الإدارة إلى ابرام العقد عدم الحاجة للاستمرار فى تنفيذه، حيث يصبح

---

(١) - C.E: 2-2-1987, sté Tv 6 et Autres, Rec. p. 29.

(٢) - C.E: 4-1-1954, Sieurs Leroy et Autres, Rec. p. 3.

(٣) - C.E. 31-1-1968, office public d'habitations, Rec. p. 79.

(٤) د. محمد مصطفى حسن، المصلحة العامة فى القانون والتشريع الإسلامى، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٢٥، العدد الأول - يونية ١٩٨٣، ص ٧.

وجوده غير ذى فائدة للصالح العام، وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسى بمشروعية قرارات انهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربى نتيجة توقف القتال فى أعقاب الحرب العالمية الثانية، مثال ذلك انهاء بناء عقود السفن المضادة للغواصات(١)، وانهاء عقود توريد كاسحات ألغام بعد توقف العمليات الحربية(٢).

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا على حق الإدارة فى انهاء عقد توريد بوية لأحذية الجيش بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود(٣).

٢- اعادة تنظيم المرفق موضوع العقد بما يتلاءم مع التطورات العلمية الحديثة، فإذا كانت أركان المرفق العام من عناصر بشرية ومعدات وأدوات ومنشآت لا تتناسب مع التطورات الحديثة التى تزمع الإدارة القيام بها فتقوم بإعادة تنظيم المرفق من جديد وهو مايستلزم انهاء العقود المتعلقة به، ومثال ذلك انهاء عقد توريد وقود بسبب احلال الأفران الاقتصادية محل المواقد ذات المداخن بالثكنات العسكرية(٤).

٣- تغيير الظروف الاقتصادية عن تلك التى كانت سائدة وقت ابرام العقد حيث تستطيع جهة الإدارة انهاء العقود الذى تزيد عن احتياجاتها الفعلية بسبب تغير الظروف الاقتصادية، وذلك لتخفيف العبء عن الخزانة العامة للدولة(٥).

٤- الأسباب ذات الطابع الفنى البحت، حيث يتجه مجلس الدولة

---

(١) - C.E: 9-1-1925, Chantiers de st-Nazaire, Rec. p. 28.

(٢) - C.E: 6-6-1930, Chantiers Maritimes du Midi, rec. p. 610.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ - سبقت الاشارة إليه.

(٤) - C.E. 1-12-1829 - Moreau, Rec. p. 28.

(٥) - C.E. 2-5-1958, Distillerie de Magnac - Laval - Rec. p. 246.

الفرنسى فى أحكامه الحديثة للاعتراف بسلطة الإدارة فى انهاء العقد بإرادتها المنفردة لأسباب ذات طبيعة فنية خالصة مادامت هذه الأسباب من شأنها أن تعرض التنفيذ الجيد للعقد للخطر.

ويترتب على توافر إحدى تطبيقات المصلحة العامة السابقة، قيام حق الإدارة فى ممارسة سلطتها فى انهاء عقد التوريد.

أما إذا كان باعث الإدارة على انهاء العقد بإرادتها المنفردة مجرد مصلحة شخصية لا تتعلق بالمصلحة العامة، فإن قرارها فى هذه الحالة يكون تعسفيا، ومن الأسباب التى لا يجوز للإدارة ممارسة سلطتها فى انهاء عقد التوريد بإرادتها المنفردة ما يأتى:

- الأسباب الشخصية: حيث لا يجوز للإدارة ممارسة سلطتها فى الانهاء الانفرادى للعقد لمجرد العداء الشخصى للمورد دون خطأ من جانبه(١).

- الأسباب المتعلقة بحرية العقيدة الدينية: ومثال ذلك انهاء العقد بسبب اعتناق المورد عقيدة دينية معينة. وكذلك الأسباب ذات الطابع السياسى(٢).

وقد رفض مجلس الدولة فى الحالات السابقة قرارات الإدارة بالانهاء المبكر للعقد من جانبها وحدها على أساس أنها مشوبة بعيب تجاوز السلطة، وأن الأسباب الحقيقية التى تكمن وراء قرار الإدارة بالانهاء أجنبية تماما عن حسن سير المرفق العام(٣).

الشرط الثانى: أن يكون قرار الانهاء مشروعا:

ومفاد هذا الشرط أنه يجب أن يتوافر فى قرار الإدارة بالانهاء الانفرادى لعقد التوريد جميع الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية، إذ ينبغى أن يصدر قرار الانهاء الانفرادى من السلطة المختصة،

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق ص ٥١٠.

(٢)، (٣) د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق ص ٣٨٩.

وغالبا ما تكون هذه السلطة هى السلطة المختصة بابرام العقد أصلا، ما لم يوجد نص يحدد سلطة أخرى تختص بذلك. وفيما يتعلق بتسبيب قرار الإدارة بإنهاء العقد لدواعى المصلحة العامة فإنه ليس من القرارات واجبة التسبيب فى فرنسا حيث لا يخضع هذا القرار لأحكام المنشور الصادر فى ١٩٨٠/١/١٠ والذى أشار إلى وجوب تسبيب قرارات توقيع الجزاءات الفاسخة والضاغطة فقط دون قرارات الانهاء لدواعى المصلحة العامة(١).

ثالثا: الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة سلطتها فى انهاء العقد لدواعى المصلحة العامة:

يراقب القاضى الإدارى قرار جهة الإدارة انهاء العقد لدواعي المصلحة العامة من ناحية المشروعية دون الملاءمة، بمعنى أن رقابة القاضي فى هذه الحالة تقتصر علي التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذى استندت إليه جهة الإدارة لاصدار قرار انهاء العقد، دون أن تمتد هذه الرقابة لتقدير مدى ملاءمة أو كفاية سبب المصلحة العامة لانهاء العقد(٢).

رابعا: الآثار المترتبة على انهاء العقد لدواعى المصلحة العامة:

يترتب على انهاء عقد التوريد لدواعى المصلحة العامة تعويض المورد عن الأضرار التى أصابته من جراء هذا الانهاء، وانقضاء العلاقة التعاقدية بين جهة الإدارة والمورد.

١- حق المورد فى التعويض عن انهاء عقده:

إذا كان الاعتراف بحق جهة الإدارة انهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعى المصلحة العامة، جاء تغليباً لفكرة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فإن ذلك لا يعنى التضحية بالمصلحة الشخصية للمورد الذى يسعى فى المقام الأول

---

(١) C.E: 23-6-1986, Thomas, R.D.P., 1986, p. 1743.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق ص ٥٦٧.

لتحقيق الربح، من أجل هذا كان الاعتراف بحق المورد فى التعويض عن انهاء الإدارة لعقده قبل الأوان ودون وقوع خطأ من جانبه فى تنفيذ التزاماته العقدية.

وبلا شك فإن التعويض المستحق للمورد فى هذه الحالة لا يكون سببه خطأ من جانب الإدارة لأنها لم تقم إلا بممارسة أحد امتيازاتها وسلطاتها المقررة قانونا، لذلك فإن المورد يستحق تعويضا كاملا عن انهاء عقده لدواعى المصلحة العامة ودون خطأ من جانبه(١).

وفى بعض الحالات قد يتضمن العقد نفسه أو القوانين أو اللوائح تنظيما لمسألة التعويض فى حالة الانهاء المبكر للعقد، وفى هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد أو نصوص القوانين واللوائح، حتى ولو تضمنت حرمان المورد من أى تعويض. وتطبيقا لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسى الحكم للمتعاقد بالتعويض عن انهاء عقده لوجود نص صريح فى العقد يحق للإدارة بموجبه انهاء العقد دون تعويض المتعاقد عن هذا الانهاء(٢). أما إذا خلا العقد من أى تنظيم للآثار المترتبة على انهائه بقرار منفرد من الإدارة، وخلت القوانين واللوائح من نصوص تعالج تلك الآثار، فإن القاضى فى هذه الحالة هو الذى يحدد مقدار التعويض المستحق للمورد(٣)، على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

كما يملك القاضى القضاء برفض التعويض إذا لم يلحق بالمورد أى ضرر حقيقى من جراء إنهاء عقده، وذلك طبقا للمبادئ العامة حيث شُرع التعويض لجبر الضرر، فلا تعويض بغير ضرر، وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسى برفض التعويض عما فات الشركة الموردة من كسب نتيجة انهاء العقد، لأن استمرار هذا العقد لم يكن يحقق للشركة المدعية أية فائدة(٤).

---

(١) د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

(٢) - C.E: 7-5-1952, Epoux Eloy, Rec. p. 225.

(٣) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٧١٤.

(٤) - C.E: 21-12-1928, sté Nerson Aime, Rec. p. 1340.

٢- انقضاء العلاقة التعاقدية بين جهة الإدارة والمورد:

يترتب على انهاء عقد التوريد بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة قبل نهاية مدته الأصلية، انقضاء كافة الالتزامات المتبادلة بين جهة الإدارة والمورد، بالاضافة إلى تصفية العقد وتسوية المبالغ المستحقة لكل منهما.

فيجب على المورد أن يتوقف عن توريد الأصناف المتفق عليها من تاريخ نفاذ قرار الانهاء، كما يحق للإدارة رفض تسلم التوريدات والمواد المصنعة بعد انهاء العقد من جانبها، وفى عقود التوريد الصناعية يلتزم المورد بإعادة المواد المسلمة له من جانب الإدارة، فإن تعذر عليه ذلك بسبب البدء في التصنيع فإنه يكون ملزما بدفع قيمتها، ويكون من حق الإدارة خصم هذه القيمة من التأمين النهائى(١)، كما يجوز للإدارة اجراء تصفية مؤقتة للمستحقات المالية للمورد دون انتظار للتصفية النهائية، وذلك بصرف ٨٠٪ من الرصيد المستحق له(٢).

المطلب الثانى
سلطة الإدارة فى فسخ
عقد التوريد

يعتبر جزاء فسخ عقد التوريد الجزاء الأكثر جسامة الذى يمكن أن توقعه جهة الإدارة على المورد، وذلك عند ارتكابه لخطأ جسيم فى تنفيذ التزاماته العقدية، على نحو تتأكد معه بأن هذا المورد غير صادق فى معاونتها على تسيير المرفق العام بصفة مستمرة ومنتظمة، فتقرر على الفور استبعاده نهائيا من تنفيذ الأداءات محل العقد(٣).

فالفسخ الجزائى لعقد التوريد يعنى انهاء العقد بصفة قاطعة وانقضاء

---

(١) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق ص ٥٤٧.

(٣) - Gèze, op. cit., p. 1115.

الروابط العقدية بين جهة الإدارة والمورد بصفة نهائية نتيجة الأخطاء الجسيمة التى ارتكبها المورد فى تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد(١).

وتمارس الإدارة سلطتها فى توقيع جزاء الفسخ بذات الكيفية التى تمارس بها توقيع الجزاءات الأخرى على المورد المقصر، حيث تستطيع توقيع هذا الجزاء بنفسها ودون حاجة للجوء إلي القضاء، كما أنها تمارس تلك السلطة حتى فى حالة خلو العقد أو كراسة الشروط من نص صريح يبيح لها ممارسة تلك السلطة(٢).

وقد أشار المشرع المصرى إلى حق الجهة الإدارية فى فسخ العقد إذا أخل المتعاقد معها بأى شرط من شروط العقد(٣).

كما استقر مجلس الدولة على أن حق جهة الإدارة فى فسخ العقد بسبب اخلال المورد فى تنفيذ التزاماته تمارسه بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء طالما وجدت الأسباب المبررة لذلك(٤). ولا يعنى الاعتراف الفقهى والتشريعى لجهة الإدارة بهذا الحق، أن تمارسه بصورة مطلقة دون قيد أو شرط، وإنما يتعين عليها أن تباشر هذا الحق إذا توافرت أسباب معينة وفى اطار ضوابط محددة.

أسباب توقيع جزاء الفسخ:

يستلزم توقيع هذا الجزاء صدور خطأ جسيم من المورد، ويأخذ هذا الخطأ

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، رسالة، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

(٢) - A.De Laubadére, op. cit., p. 441.

(٣) تنص المادة (٢٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أنه يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأى شرط من شروطه». كما جاء نص المادة (٧٥) من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه بذات الألفاظ والمعانى.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥١٧٥ لسنة ٤٢ ق - جلسة ٢٠٠١/٥/٢٩ - غير منشور، افتاء إدارة الفتوى لوزارة النقل والاتصالات صادر رقم ٦٣٦ فى ٢٠٠٠/٦/١٣ - ملف رقم ٩٩٩/٢/٣٤٦ - غير منشور.

صوراً شتى، ومن بينها الأخطاء المبررة لتوقيع جزاء التنفيذ المؤقت لعقد التوريد عن طريق الشراء على حساب المورد، متى اتسمت هذه الأخطاء بدرجة كافية من الخطورة(١).

وقد نص المشرع فى فرنسا ومصر على بعض الأفعال الصادرة من المورد التى تبرر توقيع الإدارة لجزاء فسخ العقد.

ففى فرنسا ذكرت المادة (٢٨) من كراسة الشروط العامة الصادرة عام ١٩٧٧ بشأن عقود التوريد الأخطاء التى يرتكبها المورد وتبرر توقيع جزاء الفسخ وهى:

١- مخالفة المورد لالتزامات الحذر والأمن والسرية والكتمان.

٢- عرقلة مراقبة الإدارة لأثمان تكلفة المنتجات.

٣- ارتكاب أفعال الغش ذات الصلة بالعقد.

٤- التعديلات المؤثرة فى وضع أصحاب الحقوق الناشئة عن العقد والتى تعرض تنفيذ العقد للخطر.

٥- عدم احترام المواعيد المقررة.

٦- إعلان المورد نفسه عن عدم قدرته على التنفيذ.

أما فى مصر، فقد أجاز القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى ولائحته التنفيذية للإدارة فسخ العقود الإدارية ومن بينها عقد التوريد فى الحالات الآتية:

١- إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى فى المهلة المحددة(٢).

٢- اخلال المتعاقد بأى شرط من شروط العقد(٣).

---

(١) A.Delaubadère, op. cit., p. 442.

(٢) المادة (٢١) من القانون.

(٣) المادة (٢٥) من القانون، وكذلك المادة (٧٥) من اللائحة التنفيذية.

٣- وفاة المتعاقد، أو إذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفى أحدهم(١).

٤- عدم قيام المورد بتوريد الأصناف التى تأخر فى توريدها فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية التى يجوز لجهة الإدارة منحها له(٢).

٥ - تأخر المورد عن توريد الأصناف المتفق عليها إلى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها(٣).

وبديهى أن الحالات المشار إليها التى تبرر توقيع جزاء الفسخ وردت على سبيل المثال لا الحصر، حيث تستطيع جهة الإدارة توقيع هذا الجزاء فى غير الحالات سالفة الذكر متى قدرت أن الاخلال الواقع من المورد يستأهل انهاء الرابطة العقدية.

ومن التطبيقات القضائية لما يعد إخلالا جسيما من جانب المورد يبرر توقيع جزاء الفسخ عليه، ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى من عدم قيام المورد بتسليم الأصناف المتعاقد عليها فى المواعيد المحددة(٤)، أو توقفه عن التوريد(٦)، أو امتناعه عن التوريد(٥)، أو امتناعه عن اصلاح العيوب التى شابت الأصناف الموردة(٧). كما قضت المحكمة الإدارية العليا فى مصر بأن الجهة الإدارية تملك فسخ العقد إذا ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد

---

(١) المادة (٧٧) من اللائحة التنفيذية.

(٢) الفقرة (ب) من المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية.

(٣) المادة (٩٥) من اللائحة التنفيذية.

(٤) - C.E. 13-7-1965, Ministre des Armées, Rec. p. 981.

(٥) - C.E. 6-12-1967, Pascal, Rec. p. 464.

(٦) - C.E. 14-3-1928, Sagné, Rec. p. 358.

(٧) - C.E. 10-12-1924, Lengle. Rec. p. 996.

لغيره[١]، وأن عجز المورد عن التوريد هو أسوأ صورة للاخلال بشروط العقد[٢]، وكذلك امتناع المتعاقد عن سداد التأمين النهائى[٣].

ضوابط توقيع جزاء الفسخ:

إذا ارتكب المورد خطأ جسيما وقدرت معه جهة الإدارة توقيع جزاء الفسخ، فإنه يتعين عليها مراعاة الضوابط التالية:

١- صدور قرار الفسخ من السلطة المختصة، وهو أمر بديهى باعتبار أنه لا يجوز إنهاء العقد بقرار يصدر من سلطة أدنى من السلطة المختصة بابرامه، فمن يملك ابرام العقد يملك اصدار قرار فسخه. والمقصود بالسلطة المختصة فى هذا الصدر الوزير ومن له سلطاته، أو المحافظ، أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة، سواء بصفة أصلية أو بتفويض يصدر لشاغل الوظيفة الأدنى مباشرة دون سواه[٤].

٢- تلتزم الإدارة فى فرنسا بضرورة الاعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ وإلا كان اجراء الفسخ غير مشروعا[٥]، والعلة من الاعذار المسبق هى منح المورد مهلة معقولة لتنفيذ التزاماته وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه قبل توقيع جزاء الفسخ[٦]، فى حين اكتفى المشرع المصرى بإجراء الاخطار اللاحق على

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ - مجموعة مبادئها السنة الثالثة والأربعون - الجزء الأول ، ص ٣٤١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٣٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٧ مجموعة مبادئها ، السنة الثامنة، ص ١١٠١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٢٨٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٩٩/١/٢٦ - غير منشور، وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٥١٩٦ لسنة ٤٣ جلسة ٢٠٠٠/١١/٤ غير منشور.

(٤) المادة الثانية من مواد اصدار القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات.

(٥) Jèze, op. cit., p. 1126.

(٦) د. محمد صلاح عبد البديع السيد - المرجع السابق، ص ٣٣٩.

صدور قرار الفسخ، يتم ارساله إلى المورد المفسوخ عقده على عنوانه المبين بالعقد[١]، وتكمن العلة من هذا الاخطار فى احاطة المورد بقرار جهة الإدارة انهاء الرابطة التعاقدية بينه وبينها، حتى لا يبادر إلى التنفيذ فى ظل استغناء الإدارة عن معاونته لها.

٣ ـ أكد المشرع الفرنسى على ضرورة التزام الإدارة بتسبيب قرار توقيع جزاء الفسخ، وذلك بموجب المنشور الصادر من رئيس مجلس الوزراء فى ١٩٨٠/١/١٠ والذى أشار إلى تسبيب القرارات المتعلقة بالجزاءات ومن بينها فسخ العقود[٢]، بالاضافة إلى المنشور الصادر فى ١٩٨٧/٩/٢٨ بتسبيب القرارات الإدارية الصادرة بشأن العقود الإدارية.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه يتعين على جهة الإدارة وهى بصدد تسبيب قرار الفسخ أن تذكر المادة من عقد التوريد أو كراسة الشروط التى تفرض على المورد التزاما محددا، وأن تقيم الدليل على أن المورد قد أخل بتنفيذ هذا الالتزام، وأن تبرهن على أن هذا الاخلال من جانب المورد يستوجب توقيع جزاء الفسخ[٣].

أما فى مصر فقد خلا قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى وكذلك لائحته التنفيذية من ثمة نص يتضمن التزام جهة الإدارة بتوقيع جزاء الفسخ، وهو المسلك الذى انتقده جانب من الفقه المصرى[٤] - وبحق - على أساس أن الزام الإدارة بتسبيب قرار الفسخ يمثل ضمانة هامة لمتعاقدى الإدارة ضد تعسف وإساءة استعمال الإدارة لسلطتها فى توقيع جزاء الفسخ.

---

(١) المادة (٢٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

(٢) مشار إليه د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٧١٣.

(٣) Jéze, op. cit., p. 1118.

(٤) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق ص ٣٤٤.

ومن جانبنا نؤيد هذا الرأى تدعيماً لمبدأ الشفافية الذى اعتنقه المشرع المصرى فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى، آية ذلك أن من شأن تسبيب قرار الفسخ الجزائى وقوف المورد على أسباب الفسخ وما إذا كان توقيع هذا الجزاء يتناسب مع اخلاله بما التزم به من عدمه.

الآثار القانونية للفسخ الجزائى:

١- يترتب على توقيع الإدارة جزاء الفسخ على المورد انهاء الرابطة التعاقدية بينهما إلى غير رجعة، أى التخلص منه واستبعاده من التنفيذ تماما.

٢- كما يترتب على الفسخ الجزائى لعقد التوريد استحقاق الجهة الإدارية للتأمين النهائى المسدد من المورد، وهو ما أشارت إليه المادة (٢٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى صراحة بالنص على أنه «فى جميع حالات الفسخ... يصبح التأمين النهائى من حق الجهة الإدارية». وذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أبعد من ذلك حيث قضت بأنه إذا استخدمت الإدارة الرخصة المخولة إياها لفسخ العقد تعين عليها الزاما مصادرة التأمين النهائى»[١].

٣- ويحق لجهة الإدارة أيضا أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمورد لديها، وفى حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الاستحقاق ودون حاجة إلى أية إجراءات قضائية.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن «مصادرة التأمين النهائى لا تحول دون الإدارة والمطالبة بالتعويضات عما لحقها من أضرار بسبب عدم قيام المورد بالتزامه، واستحقاقها التعويض فى هذه الحالة مرده إلى القواعد القانونية العامة ويستقل فى سببه وطبيعته وغايته عن شروط مصادرة التأمين الذى هو أحد الجزاءات المالية[٢].

---

(١)،(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٥/ ١٢/ ١٩٩٨ - غير منشور.

بيد أن الجمع بين مصادرة التأمين واستحقاق الإدارة للتعويض مرهون بوجود ضرر لا يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين أى يجاوز قيمة هذا التأمين، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض تطبيقا للقواعد العامة(١).

ويثور التساؤل عن مدى جواز الجمع بين الفسخ الجزائى والشراء على حساب المورد ؟ يجيز القانون الفرنسى لجهة الإدارة أن تقوم بفسخ العقد مع المورد وتنفيذه على حسابه بتحميله بنتائج الفسخ ونفقات ابرام عقد جديد مع مورد آخر لتنفيذ الأداءات والتوريدات التى مازالت لم تسلم للإدارة(٢).

وقد ذهب بعض الفقه فى مصر إلى ضرورة تدخل المشرع لاقرار هذا النظام لما لهذا الجزاء من فائدة كبيرة للإدارة تتمثل فى سرعة حصول الإدارة على الأصناف المتعاقد عليها أصلا بدلا من انتظارها لوقت طويل لاتخاذ إجراءات التعاقد من جديد(٣).

والحق أن هذا الرأى غير سديد وذلك من زاويتين: الأولى وهى تعارض النتائج المترتبة على فسخ العقد مع النتائج المترتبة على الشراء على حساب المورد، حيث يترتب على الفسخ انهاء الرابطة التعاقدية تماما، فى حين يترتب على الشراء على حساب المورد احلال مورد آخر بدلا منه مع بقاء العقد الأصلى قائما ومنتجا لآثاره(٤). والثانية أن القانون المصرى وقد أخذ بنظام الشراء

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم٣٨٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥ - الاشارة السابقة.

(٢) Julien le clere, op. cit., p. 101.

ويطلق على هذا النوع من الفسخ فى فرنسا، الفسخ الجزائى على مسئولية المورد.

La rèsiliation Aux torts du marché avec passation d'un nouveau marchè par défaut aux risquis du fournisseur.

(٣) د. محمد صلاح عبدالبديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٣٢٧ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٩/٤/٢٧ - غير منشور.

على حساب المورد لمواجهة حالة احتياج الإدارة للأصناف التى قصر المورد فى توريدها، ومن ثم فليس ثمة داع للجمع بين هذا الإجراء والفسخ الجزائى مادام أن أى منهما يؤدى إلى تحقيق الغرض الذى شُرع من أجله.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه إذا لجأت جهة الإدارة إلى توقيع جزاء الفسخ، فإنها يجب أن تقف عند توقيع هذا الجزاء، دون أن تجعله مصحوباً بإعادة طرح العملية على حساب المتعاقد المقصر لتعارض النتائج المترتبة على فسخ العقد مع نتائج التنفيذ على الحساب بحسبان أن جزاء الفسخ يترتب عليه إنهاء العقد، في حين أن التنفيذ على الحساب يكون العقد قائما ومنتجا لآثاره القانونية وأنه لا يجوز الجمع بينهما(١).

الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائى:

سبق وأن أشرنا إلى مضمون هذه الرقابة عند دراسة الرقابة القضائية لسلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المورد قائماً ومنتجاً لآثاره، إلا أنه ينبغى الاشارة إلى أن الرقابة التى يمارسها القاضى الإدارى على قرار الفسخ الجزائى لعقد التوريد تتناول مدى مشروعية هذا القرار من حيث الاختصاص، والشكل، ومخالفة القانون، والتعسف فى استعمال السلطة، كما تتناول مدى ملاءمة جزاء الفسخ للخطأ المنسوب للمورد، والبواعث التى حدت بالإدارة إلى توقيع هذا الجزاء(٢).

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه ولئن كان لجهة الإدارة الحق فى فسخ العقد الإدارى ومصادرة التأمين بإرادتها المنفردة ودون الالتجاء إلى القضاء، إلا أن ذلك يجب أن يكون لأسباب تبرره من المصلحة العامة وإلا كان للمورد أن يطلب

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٧٥٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٣١ - غير منشور.

(٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٧١٢، د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق ص ٣٦٩.

الحكم له بالتعويض عما قد يلحق به من أضرار نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع والذى يمثل خطأ عقدياً ... وإذا كان الثابت من الأوراق أن أكاديمية الشرطة قد قررت فسخ عقد توريد الأغذية علي أساس ما تقرر من شطب اسم المورد، فإنه وقد صدر حكم محكمة القضاء الإدارى بإلغاء قرار الشطب بأن قرار فسخ عقد التوريد مع المورد يكون فاقداً سنده وأساسه المبرر له[١]. كما قضت بأنه متى كان قرار السيد وزير الصحة بفسخ العقد قد استند إلى أن الطاعن لم يقم بالتوريد خلال المدة المحددة بأمر التوريد فضلا عن عدم سداد قيمة التأمين النهائى، ومن ثم فإن الأمر يقتضى بحث مدي توافر الأسباب التي استندت إليها الإدارة فى فسخ العقد، ولما كان الثابت من الأوراق أن جهة الإدارة قد تسلمت كتاب المورد والذى تضمن أن الجهازين جاهزان للتوريد خلال المدة المحددة للتوريد وأن الخبير الفني الأجنبي سوف يحضر يوم ... لتركيب وتشغيل الأجهزة، وأن الجهة الإدارية أخطرت المورد بأن الأمر محل بحث لدى وزارة الصحة وعليه يكون تأجيل التوريد راجعاً إلى جهة الإدارة وليس إلى تراخى الطاعن ومن ثم يكون السبب الأول الذى أقامت عليه الجهة الإدارية قرارها بفسخ العقد مع الطاعن غير قائم على أساس من الواقع والقانون[٢].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٦٨٢ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٤/٤/٢٦ - مجموعة مبادئها السنة التاسعة والثلاثون - الجزء الثانى - ص ١٢٨٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٤/٣/٢٢، سبقت الاشارة إليه.

المبحث الثانى

الفسخ القضائى لعقد التوريد الإدارى

الفسخ القضائى La Resiliation juridicionnelle كما يدل عليه اسمه هو الذى يتعين أن ينطق به القاضى بناء على طلب أحد الطرفين.

وعادة ما يقدم طلب الفسخ إلى القاضى من المورد بسبب اخلال الإدارة بالتزاماتها، أو فى حالة القوة القاهرة، حيث يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، وهو مجرد تطبيق للقواعد العامة فى القانون المدنى. وغنى عن البيان أن الجزاءات التى يمكن توقيعها على جهة الإدارة المقصرة تقتصر على جزاء التعويض عن الضرر الذى يصيب المورد من جراء خطأ الإدارة، وجزاء الفسخ الذى يرمى إلى اعفاء الإدارة من التزاماتها التعاقدية، وقد انتهينا من دراسة جزاء التعويض، بينما استلزم منطق الدراسة إرجاء تناول جزاء الفسخ ضمن الأسباب التى تؤدى إلى النهاية المبتسرة لعقد التوريد، حيث يؤدى توقيع هذا الجزاء إلى انتهاء العقد.

على أنه وفى جميع حالات الفسخ القضائى لا يستطيع المورد توقيع الفسخ بنفسه، وإنما يتعين عليه اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكما بذلك، ونوضح فيما يلى بيان حالات الفسخ القضائى، والآثار القانونية المترتبة على هذا الفسخ، وذلك فى مطلبين:

المطلب الأول: حالات الفسخ القضائى.

المطلب الثانى: الاثار القانونية المترتبة على الفسخ القضائى.

المطلب الأول

حالات الفسخ القضائى

يقع الفسخ القضائى فى حالتين:

الأولى: حالة الفسخ الجزائى الذى يوقعه القاضى على جهة الإدارة لاخلالها بالتزاماتها التعاقدية وذلك بناء على طلب المورد.

الثانية: حالة الفسخ الناتج عن القوة القاهرة.

وفى الحالتين لا يستطيع المورد أن يقرر بالفسخ بنفسه، بل يتعين عليه اللجوء للقاضى لاستصدار حكما بذلك.

الحالة الأولى: الفسخ القضائى لاخلال الإدارة بالتزاماتها:

يعد الفسخ الجزائى لعقد التوريد من أقسى الجزاءات التى يمكن توقيعها على جهة الإدارة المقصرة فى تنفيذ التزاماتها التعاقدية. ويوقع القاضى هذا الجزاء عليها بناء على طلب المورد.

غير أن حق المورد فى طلب توقيع جزاء الفسخ على جهة الإدارة ليس حقا طليقا من كل قيد، فالاقرار بهذا الحق للمورد ليس معناه اللجوء إلى القاضى بطلب توقيع جزاء الفسخ عند وقوع أى خطأ من جهة الإدارة، وإلا انتقل تنفيذ العقد إلى ساحات القضاء، وانعكس أثره على الإضرار بالمرفق العام الذى أبرم العقد من أجل تسييره. ومن ثم فإنه يتعين توافر شروط معينة فى طلب المورد توقيع جزاء الفسخ، وتتمثل هذه الشروط فيما يلى:

١- وقوع خطأ جسيم من جانب الإدارة:

يعد جزاء الفسخ من أخطر الجزاءات التى تتعرض لها الإدارة[١]، لذلك فإن القاضى لا يحكم به عادة إلا لخطأ جسيم faute grave ترتكبه الإدارة،

---

(١) يراجع فى ذلك: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ٧٠٠.

ويخضع تقدير مدى جسامة خطأ الإدارة لتقدير القاضى حيث لا يحكم بالفسخ إلا لأسباب فى منتهى الجدية(١).

ومن التطبيقات القضائية فى مجال الأخطاء الجسيمة من جانب الإدارة المبررة لتوقيع جزاء الفسخ عليها ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى من عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد(٢)، وتأخرها تأخراً ملحوظاً فى البدء فى تنفيذ العقد على نحو يتجاوز القدر المعقول الذى يتفق والنية المشتركة للمتعاقدين(٣)، وكذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا أن للإدارة سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالى وإلا كان للطرف الآخر فى هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا(٤). ويقع على المورد دائما عبء اثبات الخطأ الجسيم الذى ارتكبته جهة الإدارة كمبرر لطلب الفسخ.

٢- استمرار المورد فى التنفيذ:

لا يستطيع المورد - كما سبق أن أشرنا - توقيع جزاء الفسخ لخطأ الإدارة بنفسه، وإنما يتعين عليه أن يقيم دعوى الفسخ أمام القاضى المختص، وبالتالى فإن فسخ العقد لخطأ الإدارة هو دائما فسخ قضائى، إلا أنه ورغم اقامة المورد لدعوى الفسخ فإنه لا يسوغ له التوقف عن تنفيذ العقد، فهو لا يعلم مقدما وبمجرد رفع الدعوى مضمون الحكم الذى سيصدر فيها، وما إذا كان هذا الحكم سيكون لصالحه أى باجابته لطلب الفسخ أم ضده برفض دعواه.

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق، ص ٤١١.

(٢) - C.E. 2-3-1951-ste ville de poissy - Rec. p. 774.

(٣) - C.E. 16-5-1923 - ste Glaenger, Rec. p. 405.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٧٠/٤/١١ - مجموعة العقود فى أربعين عاما، المرجع السابق ص ٣٠٧.

ومصداقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بذلك، كما لا يجوز له أن يوقف سير المرفق لأى سبب حتى لو كان لخطأ أو تقصير من جانب الإدارة فى تنفيذ التزاماتها التعاقدية(١).

وبناء على ما تقدم فإن المورد لا يستطيع الامتناع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الإدارة قصرت من جانبها فى الوفاء بالتزاماتها اللهم إلا إذا كان هذا التقصير من جانب الإدارة قد أدى إلى استحالة قيام المورد بتنفيذ التزاماته التعاقدية(٢).

٣- الاعذار المسبق للإدارة:

يتعين على المورد فى فرنسا أن يلجأ إلى الإدارة وذلك باعذارها أولا قبل أن يرفع دعواه بفسخ العقد، والغاية من الاعذار هو وضع الإدارة موضع المقصر لعلها تصلح من خطئها الجسيم قبل لجوء المورد إلى القضاء بطلب الفسخ.

وقد يكون أساس التزام المورد بهذا الاعذار هو نص فى العقد، كما قد يكون الأساس قاعدة القرار الإدارى السابق التى تعتبر من أسس التقاضى الذى يقوم عليها القضاء الكامل فى فرنسا(٣).

أما فى مصر فإن المورد غير ملزم باعذار الإدارة أولا قبل رفع دعوى الفسخ(٤).

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ١٥ ق - جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ - مجموعة مبادئها - السنة ٢٣ - ص ٥٢.

(٢) راجع ما سبق ص ٥١٧ من الرسالة.

(٣) يراجع فى ذلك:د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق ص ٤١٣.

(٤) د.سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٥٢٢.

الحالة الثانية: الفسخ القضائى الناتج عن القوة القاهرة:

الفسخ نتيجة القوة القاهرة، ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة فى القانون المدنى(١)، ومن شأن حدوث القوة القاهرة انهاء العقد بين جهة الإدارة وبين المورد إذا توافر الشروط الآتية:

- ان تكون القوة القاهرة أمر غير ممكن التوقع:

أى يتوافر فيه شروط السبب الأجنبى من حيث عدم امكانية توقعه لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمور، فالمعيار موضوعى لا ذاتى فلا يكتفى فيه بالشخص العادى.

- أن تكون القوة القاهرة أمر مستحيل دفعه:

واستحالة الدفع تعنى استحالة توقى آثار القوة القاهرة، فإن أمكن ذلك حتى ولو استحال توقعه انتفى عنه وصف القوة القاهرة، كما يجب أن تؤدى استحالة دفعه إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أى شخص يكون فى ذات موقفه.

ومن التطبيقات على توافر القوة القاهرة عدم توريد أسلحة للحكومة المصرية بسبب اصرار الحكومتين الفرنسية والايطالية منع تصدير الأسلحة المتفق عليها إلى مصر، وهو سبب ما كان فى امكان أى شخص فى مركز المدين أن يتوقعه أو يدفعه(٢).

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٦٥٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٩/٢/١٢ مشار إليه مستشار/سمير صادق، المرجع السابق، ص٢٧٦.

المطلب الثانى

الآثار القانونية المترتبة على الفسخ القضائى

أولا: الآثار المترتبة على الحكم بالفسخ نتيجة اخلال الإدارة بالتزاماتها:

تدخل دعوى الفسخ التى يرفعها المورد ضد جهة الإدارة ضمن ولاية القضاء الكامل باعتبارها من المنازعات الحقوقية التى تستعدى ولاية هذا القضاء، حتى ولو اقتصر المورد فى دعواه على طلب الفسخ دون طلب التعويض، وبمقتضى هذه السلطة يستطيع القاضى أن يحكم بفسخ العقد لخطأ الإدارة بناء على طلب المورد.

وتطبيقا لذلك قضى بأنه متى كان الثابت أن جهة الإدارة قد أخلت اخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن، وانها تأخرت فى تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوزت القدر المعقول مما يقوم سبباً مبرراً لفسخ العقد لمبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك(١).

وهكذا يستطيع القاضى الإدارى إذا ما اطمئن وجدانه إلى اخلال الإدارة بالتزاماتها، وكان هذا الاخلال جسيما، أن يستجيب لطلب الفسخ المقدم من المورد، ويقضى بفسخ العقد.

أثر الحكم الصادر بالفسخ:

يترتب على الحكم الصادر بفسخ العقد بناء على طلب المورد لاخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية نتيجتان رئيسيتان:

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٦٢ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٣ مجموعة مبادئها، السنة ١٢ ص ١١٢٣. وفى ذات المعنى افتاء إدارة الفتوى لوزارات التعليم والتعليم العالى والبحث العلمى والجامعات ملف رقم ٦٩٩/٣/١ - بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٠ سبقت الاشارة إليه.

الأولى: نهاية العقد: أى انقضاء الرابطة التعاقدية بين المورد وجهة الإدارة، ويرتد أثر الحكم الصادر بالفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى رغم التزام المورد طالب الفسخ بالاستمرار فى التنفيذ.

الثانية: استحقاق المورد للتعويض: يستحق المورد تعويضا كاملا يغطى ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، ومراعاة ما يكون قد فقده فى المدة بين رفع الدعوى وصدور الحكم فيها، ويقدر التعويض فى تاريخ صدور الحكم، وقد يضاف إليه فوائد تأخيرية إذا كان المبلغ المطالب به معلوم المقدار[1].

ثانيا: الآثار المترتبة على الحكم بالفسخ نتيجة القوة القاهرة:

يترتب على الحكم الصادر بفسخ عقد التوريد نتيجة القوة القاهرة، انتهاء العقد وزواله، ونظرا لكون الفسخ قد تقرر فى هذه الحالة لكون تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلا، فإن زوال العقد يقع بأثر رجعى يمتد إلى وقت ابرام العقد حيث يعتبر العقد وكأنه لم ينعقد أصلا، وذلك على خلاف الحكم الصادر بفسخ العقد كجزاء نتيجة اخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، حيث يرتب حكم الفسخ آثاره من تاريخ صدوره لا من تاريخ توقيع العقد.

وعلى ذلك، يتحدد أثر الحكم الصادر فى دعوى الفسخ المقامة من المورد نتيجة القوة القاهرة فى انهاء العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار تشمل اعفائه من تنفيذ التزاماته التعاقدية تجاه جهة الإدارة، كما تشمل اعفاء جهة الإدارة من التزاماتها تجاه المورد.

غير أن المورد لا يستحق فى هذه الحالة ثمة تعويض عن أية أضرار تكون قد أصابته نتيجة القوة القاهرة.

---

(١) يراجع فى ذلك: د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق، ص ٤١٥.

المبحث الثالث

انتهاء عقد التوريد الإدارى بقوة القانون

ينتهى العقد بقوة القانون فى بعض الحالات متى تحققت شروطها المنصوص عليها فى العقد، وغالبا ما تنص دفاتر الشروط على فسخ العقد فى حالة افلاس المتعاقد أو اعساره، ففى هذا الفرض يقع الفسخ بقوة القانون[١] La résiliation de pleine droit.

وقد يرد النص على حالات انتهاء العقد بقوة القانون فى صلب القانون المنظم لتعاقدات الإدارة، أو يصدر قانون مستقل بإنهاء كافة العقود المبرمة مع جهة الإدارة والسارية وقت صدوره[٢].

وكذلك ينتهى عقد التوريد الإدارى بقوة القانون فى حالة هلاك المحل، وهو مجرد تطبيق للقواعد العامة فى القانون المدنى[٣].

وجدير بالملاحظة أنه فى كافة حالات انتهاء العقد بقوة القانون، تنتفى السلطة التقديرية لطرفى العلاقة التعاقدية سواء جهة الإدارة أو المورد، كما تنتفى السلطة التقديرية للقاضى إذا ما طرح عليه أمر انتهاء العقد بقوة القانون، وهو ما يمكن وصف انتهاء العقد فى هذه الحالات بأنه قدر محتوم لا فكاك منه.

وتخضع حالة انتهاء العقد بقوة القانون بسبب هلاك المحل للقواعد

---

(١) د. عبد المجيد فياض - العقد الإدارى فى مجال التطبيق، المرجع السابق ص ٣١٠.

(٢) ومثال ذلك المادة (٢) من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشأن التموين والتى تنص على أن: تلغي بحكم القانون العقود التى تكون قد أبرمت بشأن المواد المشار إليها فى المادة الأولى ولم تنفذ قبل اتخاذ التدابير الواردة فى تلك المادة ولا يجوز المطالبة بأى تعويض نتيجة لهذا الالغاء.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر: د. عبد الحى حجازى، نظرية الاستحالة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة، العدد الثانى أبريل - يونيو ١٩٦٣ - ص ١٥٧.

العامة، كما ينظم القانون الصادر بإلغاء تعاقدات الإدارة كيفية انتهاء هذه العقود، والآثار المترتبة عليه، ومن ثم فإن انتهاء العقد فى كلتا الحالتين لا يحتاج إلى تفصيل.

ونتناول فيما يلى حالتى انتهاء عقد التوريد المنصوص عليهما فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات وذلك فى مطلبين:

المطلب الأول: الفسخ التلقائى بسبب غش المورد أو تلاعبـــه.

المطلب الثانى: الفسخ التلقائى بسبب افلاس المورد أو اعساره.

المطلب الأول
الفسخ التلقائى بسبب
غش المورد أو تلاعبه

تنص المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى على أنه: يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الآتيتين: (أ) إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب فى تعامله مع الجهة المتعاقدة أو فى حصوله على العقد.

والمستفاد من النص المتقدم أن فسخ العقد يقع بصفة تلقائية ودون أدنى سلطة تقديرية من جهة الإدارة فى حالة الغش من جانب المورد، أو تلاعبه فى التعامل معها.

مفهوم الغش المبرر للفسخ التلقائى:

فى هذه الحالة قد يقع الغش من المورد نفسه أو من وكيله حال ابرام العقد كما لو قدم رشوة لارساء العطاء عليه، أو حال تنفيذه كتقديم بضائع غير المتفق عليها أو أقل جودة. ويتعين لوقوع الفسخ التلقائى بسبب الغش أن يرتكب المورد فعلا يرقى إلى درجة الغش، فليس كل خطأ من جانبه يمكن وصفه بهذا الوصف.

وقد حددت المحكمة الإدارية العليا مفهوم الغش المبرر لعدم التعامل مع

المورد بأنه: يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة مما ينطوى عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد فى حقيقة الشئ المسلم من حيث نوعه أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها(١).

وعلى ذلك فإن قوام الغش من جانب المورد والمبرر للفسخ التلقائى هو عنصر القصد وما ينطوى عليه من العلم بمضمون المخالفة، والإرادة الآثمة على خداع الإدارة لتحقيق كسب غير مشروع.

مفهوم التلاعب المبرر للفسخ التلقائى:

التلاعب من جانب المورد يفوق مرحلة الاهمال، ولكنه لا يرقى إلى مرتبة الغش، فالتلاعب يفترض اتيان المورد أعمالا تنم عن عدم الجدية فى تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومحاولته إيجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التى يستهدفها عقد التوريد(٢).

ومن ثم فإن التلاعب من جانب المورد يحتل مكانة وسط بين مجرد الاهمال وبين الغش، ويتعين على جهة الإدارة أن تتحرى الدقة فى تكييف الخطأ الواقع من المورد لبيان ما إذا كان مجرد اهمالا يستحق توقيع الجزاء المناسب(٣)، أم تلاعبا أو غشا يستوجب أى منهما الفسخ التلقائى للعقد.

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧١/١/١٦ - مجموعة مبادئها - السنة ١٦ - ص. ١٥، وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٨٦ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٦ - مجموعة مبادئها - السنة ١٥ = ص ٣٢٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٩ ق - جلسة ١٩٦٧/٦/١٧ - سبقت الاشارة إليه.

(٣) افتاء إدارة الفتوى لوزارات التعليم والتعليم العالى والبحث العلمى والجامعات ملف رقم ٢٠٣/٢/١٩ بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٢٦ ـ لم ينشر بعد ـ حيث قررت أن عدم قيام الشركة=

الآثار القانونية المترتبة على الغش والتلاعب:

١- يترتب على ثبوت ممارسة المورد للغش أو التلاعب فى علاقته مع جهة الإدارة صيرورة عقده معها مفسوخا من تلقاء نفسه، دون أدنى سلطة تقديرية للإدارة فى الابقاء على العقد أو السماح للمورد بتنفيذه رغم ثبوت غشه أو تلاعبه(١).

ويستوى لترتيب هذا الأثر أن يقع الغش أو التلاعب من جانب المورد فى أثناء تنفيذ العقد، أو فى سبيل الحصول عليه، كما يستوى أن يقع الغش أو التلاعب بين المورد نفسه أو بواسطة غيره، شريطة ثبوت علمه بالغش أو التلاعب الذى أتاه ذلك الغير.

٢- كما يترتب على الفسخ التلقائى بسبب غش المورد أو تلاعبه، أيلولة التأمين النهائى المسدد منه للجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها. ويتم هذا الخصم من مستحقات المورد لديها، فإن لم يكن له مستحقات أو كانت مستحقاته لدى جهة الإدارة غير كافية، فإنه يحق لها الحصول على مستحقاتها خصما من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى، أيا كان سبب الاستحقاق، ودون حاجة لاتخاذ أية اجراءات قضائية(٢).

وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا الآثار المترتبة على استعمال المورد

= الموردة بالتوريد بشكل منتظم يمثل امتناع عن التنفيذ ولا يتضمن أى غش من جانبها كما لا يشكل تلاعبا بالمعنى الوارد فى القانون، وهو الأمر الذى لا يجوز معه تطبيق عقوبة الشطب عليها طبقاً لنص المادة (٢٤) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ويقتصر حق جهة الإدارة على توقيع الجزاءات التى قررها المشرع فى المادة (٩٤) من اللائحة.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٨٢٤ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦ - مجموعة مبادئها - السنة ٤٣ - ص ٤٧٩.

(٢) المادة (٢٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى.

الغش والتلاعب بقولها: ان جزاء استعمال الغش أو التلاعب طبقا لأحكام لائحة تنظيم المناقصات والمزايدات هو فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب اسم المتعهد من بين المتعهدين وعدم السماح له بالدخول فى مناقصات حكومية(١).

المطلب الثانى
الفسخ التلقائى بسبب
افلاس المورد أو اعساره

تبنى المشرع المصرى النتيجة المنطقية لفقدان المورد الاعتبار الشخصى نتيجة افلاسه أو اعساره، وبالتالى لم يمنح الجهة الإدارية سلطة تقديرية فى فسخ العقد أو الاستمرار فيه(٢)، وهو المعنى المستفاد من حكم المادة (٢٤) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى والتى تنص على أن: يفسخ العقد تلقائيا فى الحالتين الآتيتين: أ- .... ب - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

مفهوم الافلاس المبرر للفسخ التلقائى:

يختلف نظام الافلاس عن نظام الاعسار، فالافلاس يقتصر تطبيقه على من يمتهن التجارة، فكل تاجر توقف عن دفع ديونه يعتبر في حالة الافلاس، ويلزم اشهار افلاسه بحكم يصدر بذلك. فالافلاس لابد لتوافره من شروط ثلاثة أولها أن يكون المدين تاجر، وهذا شرط موضوعى يتعلق بصفة التاجر، وثانيهما أن يتوقف عن دفع ديونه التجارية، وهذا شرط موضوعى يتعلق بطبيعة الدين وثالثهما أن يصدر حكم بشهر الافلاس.

مفهوم الاعسار المبرر للفسخ التلقائى:

أما الاعسار فيكون لمن يمارس عملا خلاف التجارة، ووفقا لحكم المادة ٢٥٠ من القانون المدنى يكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية

---

(١) حكمها فى الطعن رقم ٥٧٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٠٠٠/١/١١ - غير منشور.

(٢) د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٦٨.

التى يتبعها موطن المدين، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه، وتنظر الدعوى على وجه السرعة[١].

ويشترط لفسخ العقد تلقائيا بسبب الافلاس أو الاعسار أن يكون الحكم الصادر بشهر الافلاس أو الاعسار نهائيا.

أثر افلاس المورد أو اعساره:

يختلف أثر افلاس المورد أو اعساره على الرابطة التعاقدية بينه وبين جهة الإدارة فى فرنسا عنه فى مصر:

أ - ففى فرنسا: لا يؤدى الافلاس أو الاعسار إلى فسخ العقد بقوة القانون، وإنما تترخص جهة الإدارة فى الاختيار بين فسخ العقد أو الاستمرار فى تنفيذه إذا رأت أن ذلك يحقق الصالح العام. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٦٦ من دفتر الشروط الخاص بعقود التوريد الحربية من أن العقد لا ينفسخ بقوة القانون فى حالة الافلاس، ولكن تتمتع الإدارة بسلطة الفسخ مادام ذلك يحقق الصالح العام[٢]، كذلك أيضا ما تنص عليه المادة (٥٩) من دفتر الشروط العامة الخاص بعقود التوريد الجارية سنة ١٩٦٥ بخصوص فسخ العقد فى حالة افلاس المورد مع جواز استمرار السنديك فى التنفيذ إذا ما أذنت له المحكمة بالاستمرار فى مزاولة النشاط، وقبل الوزير العرض المقدم منه بالاستمرار فى التنفيذ[٣].

وفى حالة رفض المحكمة للسنديك الاستمرار فى التنفيذ فإن مجلس الدولة الفرنسى يسمح لسنديك التفليسة أو المصفى القضائى بأن يتمسك

---

(١) د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، الجزء الثانى ص ٨٠٦.

(٢) يراجع فى ذلك: د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين - الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفى الرابطة التعاقدية، المرجع السابق ص ١١٩.

بالتزام الإدارة بالفسخ الحتمى(١).

ب - أما فى مصر، فإن المشرع لم يترك لجهة الإدرة سلطة تقديرية فى فسخ العقد عند افلاس المتعاقد أو اعساره، وإنما جعل الفسخ اجباريا في هذه الحالة.

وعلاوة على الفسخ التلقائى لعقد التوريدكأثر لافلاس المورد أو اعساره، فإن المشرع قرر استحقاق جهة الإدارة للتأمين النهائى المسدد من المورد، وهو استحقاق غير مبرر باعتبار أن الافلاس أو الاعسار لا يعد أيهما من قبيل الخطأ الذى يستوجب أيلولة التأمين النهائى لجهة الإدارة، وهو ما يستدعى اعادة النظر من جانب المشرع فى تقرير حق الجهة فى هذا التأمين.

---

(١) - C.E: 15-10-1965- sté Soc. Entreprise pérignon R.D.P. 1966, p. 994.

الفصل الثالث
الاختصاص بنظر منازعات
عقد التوريد الإدارى

ترتبط فكرة العقد - بصفة عامة - ارتباطاً وثيقاً بقواعد الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة، بمعنى أن الفصل فى المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة الخاصة يكون لجهة القضاء العادى، بينما ينعقد الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية للقضاء الإدارى.

ولما كانت هذه الرسالة معنية بعقد التوريد الإدارى، فإن الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة به معقود لمجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى متى كان أحد طرفى العقد شخصاً من أشخاص القانون الخاص.

أما إذا كان طرفا عقد التوريد شخصين من أشخاص القانون العام، فإن الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة عنه ينعقد - وجوبياً - للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة. هذا ويجيز المشرع فى مصر فض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية - ومن بينها عقد التوريد - بطريق التحكيم وفقاً للقواعد والضوابط التى نظمها قانون التحكيم.

وتستلزم الاحاطة بقواعد وأحكام الاختصاص بنظر منازعات عقد التوريد الإدارى تقسيم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات عقد التوريد الإدارى.

المبحث الثانى: الاختصاص الوجوبى للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة.

المبحث الثالث: التحكيم الاختيارى فى منازعات عقد التوريد الإدارى.

المبحث الأول
اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات
عقد التوريد الإدارى

يملك القضاء الإدارى بصفة عامة نوعين رئيسيين من الولاية:

١- ولاية القضاء الكامل le contentieux de pleine juridication أو قضاء التعويض.

٢- قضاء الالغاء le contentieux de l'annulation.

ومن ثم فإن الادعاء أمام القضاء الإدارى يتمثل فى نوعين من الدعاوى هما: دعوى الالغاء، ودعوى القضاء الكامل (أو دعوى التعويض). وثمة فوارق جوهرية بين الدعويين تتمثل فى الآتى:

١- ان الخصومة فى دعوى الالغاء هى خصومة عينية مناطها اختصام القرار الإدارى فى ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته، بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هى التزاما شخصية والمنازعات التى تثار بشأنها هى من المنازعات الحقوقية التى تدخل فى ولاية القضاء الكامل وتخرج عن نطاق ولاية الالغاء(١).

٢- كما تختلف دعوى الالغاء عن دعوى القضاء الكامل من حيث أوجه الطعن، حيث يقتصر الطعن فى دعوى الالغاء على مخالفة مبدأ المشروعية الإدارية، فى حين تكون أوجه الطعن بدعوى القضاء الكامل أكثر اتساعا، فمن الممكن أن تؤسس أوجه الطعن فيها على الخطأ العقدى أو مخالفة نصوص العقد أو مخالفة مبدأ الشرعية(٢).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٩٤/٣/١٢.

(٢) د. محمد السنارى، التطورات الحديثة للطعن بالالغاء فى عقود الإدارة - دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر - دار النهضة العربية - بدون تاريخ نشر - ص ٢٤ ومابعدها.

٣- كذلك تتسع سلطات القاضى الإدارى فى دعوى القضاء الكامل عنها فى دعوى الالغاء، فسلطة قاضى الالغاء تقف عند مجرد الحكم بالغاء القرار الإدارى، دون أن يكون له حق اصدار الأوامر للإدارة أو الحلول محلها فى اصدار القرارات الإدارية أو تعديلها(١).

أما سلطته فى دعوى القضاء الكامل فهى أكثر اتساعا حيث يتولى تقرير المركز القانونى للمدعى ويحدد مداه، ثم يحدد بعد ذلك حقوقه، ويلزم المدعى عليه برد هذه الحقوق أو تنفيذ الالتزامات المنوطة به، مما يجعل تلك السلطات الواسعة أكثر اتفاقا مع طبيعة النزاع فى هذه الدعوى.

٤- كما يتحدد ميعاد رفع دعوى الالغاء بمدة ستين يوما - فى مصر - من تاريخ العلم بالقرار الإدارى محل الطعن، فى حين لا تتقيد دعوى القضاء الكامل بهذا الميعاد(٢).

والمسلم به أن قضاء العقود الإدارية بصفة عامة ومن بينها عقود التوريد يدخل ضمن ولاية القضاء الكامل، ولكنه يثير بعض النواحى التى تتعلق بولاية قضاء الإلغاء، ونتناول فيما يلى اختصاص القضاء الكامل بمنازعات عقود التوريد، وقضاء الالغاء فى منازعات عقود التوريد فى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: اختصاص القضاء الكامل بمنازعات عقود التوريد الإدارية.

المطلب الثانى: قضاء الالغاء فى منازعـــــات عقود التوريد الإدارية.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٣٥ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٥٠/٥/١٧ - مجموعة مبادئها، السنة الرابعة، ص ٨٠١.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٢٨٤ لسنة ٨ ق - جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٢ مجموعة مبادئها السنة ١١ - ص ١٠٤.

المطلب الأول
اختصاص القضاء الكامل بمنازعات
عقود التوريد الإدارية

القضاء الكامل هو الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التى تترتب على العقود الإدارية ومن بينها عقد التوريد، وقد ورد اختصاص القضاء الإدارى فى هذا الصدد مطلقا، فلم تقيده المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بأى قيد حيث تنص على أن: تختص محاكم مجلس الدولة - دون غيرها - بالفصل فى المسائل الآتية: ... حادى عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر.

وتفسيراً لهذا لنص جرى قضاء محكمة القضاء الإدارى على أن اختصاصها بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاص مطلقا شاملا لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، يستوى فى ذلك ما يتخذ صورة قرار إدارى وما لا يتخذ هذه الصورة، طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الإدارى، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها كلها تدخل فى نطاق ولاية القضاء الكامل، دون ولاية الالغاء[1].

صور منازعات عقد التوريد فى نطاق القضاء الكامل:

تتخذ المنازعة حول عقد التوريد فى مجال القضاء الكامل صورا متعددة بحسب الهدف منها:

أ - دعوى بطلان العقد:

القاعدة المسلم بها فى هذا الصدد أن دعوى الالغاء لا توجه إلى العقود الإدارية بصفة عامة، كما لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها لأنه أجنبى عن العقد، ومن ثم فليس للمتعاقد الذى يريد أن يتوصل إلى الغاء العقد لعيب فى تكوينه إلا سبيل القضاء الكامل.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ ق - جلسة ١٩٥٦/١١/١٨ مشار إليه د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ١٧٧.

(ب) دعوى الاستحقاق:

وهى الدعوى التى تستهدف الحصول على مبالغ مالية وذلك إما فى صورة ثمن الأصناف التى قام المورد بتوريدها، أو أجور النقل التى دفعها المورد فى حالة تسليم الأصناف إلى جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة، أو تعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء اخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

(جـ) دعوى إبطال التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية:

فإذا صدر عن الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، فيكون للمورد الحق فى طلب الحكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل، ومثال ذلك القرارات الخاصة بتوقيع الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو انهائه أو الغائه، فهذه كلها تدخل فى منطقة العقد وتنشأ عنه. وتحتفظ دعوى المورد فى هذه الحالة بصفتها من الدعاوى التى تستدعى ولاية القضاء الكامل حتى ولو اقتصرت على طلب إلغاء قرار إدارى أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة، وبالتالى لا تتقيد هذه الدعوى بمواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء[١].

شمول اختصاص القضاء الكامل الأمور المستعجلة وأصل المنازعة وما يتفرع عنها:

إذا كان اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات عقد التوريد شاملا لكل ما يتعلق بتكوين العقد أو تنفيذه أو انهائه، فإنه أيضا يمتد ليشمل الطلبات المستعجلة المتصلة بمنازعاته، وكذا كل ما يتفرع عن منازعات العقد وتتصل به[٢].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ ق - جلسة ١٨/ ١١/ ١٩٥٦ - سبقت الاشارة إليه.

(٢) مستشار حمدى ياسين عكاشه، العقود الإدارية فى التطبيق العملى، المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر، ص ١٠١.

بيد أن ثمة ملحوظة هامة يتعين الاشارة إليها فى هذا الخصوص مؤداها أن اختصاص القضاء الإدارى بالفصل فى الأمور المستعجلة المتفرعة عن منازعة العقد الإدارى، لا يستمد أصله من اختصاص قاضى الالغاء بالشق المستعجل من دعوى الالغاء، وإنما يستمد أصله من اختصاصه الشامل بمنازعات العقد الإدارى، ويترتب على ذلك نتيجتان هامتان:

الأولى: ان طلب وقف التنفيذ المتعلق بقرار إدارى يرتبط بطلب الإلغاء، ويتقيد بالمدة المقررة للطعن بالإلغاء، أما الطلب المستعجل فى نطاق القضاء الكامل فإنه يتحرر من هذا القيد، ويستقل بجانبه الزمنى طالما تكاملت أسبابه(١).

الثانية: لا يجوز للقاضى الإدارى عند نظره للطلب المستعجل فى مجال العقد الإدارى أن يلتزم بضوابط وقف تنفيذ القرارات الإدارية، والتى تتمثل فى ضرورة توافر ركنى الجدية والاستعجال، حيث يمكن للقاضي فى مجال العقد الإدارى الاستناد إلى ركن الاستعجال فقط.

وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن اختصاص القضاء الإدارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية هو اختصاص شامل لأصل تلك المنازعة المستندة إلى العقد الإدارى، لا على اعتبار أنها من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة عن طلبات الالغاء، بل على اعتبار أنها من الطلبات الفرعية المستعجلة التى تعرض على قاضي العقد لايجاد إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير، وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعذر تداركها إلى أن يفصل فى موضوعه(٢).

ويتوافر ركن الاستعجال فى مجال العقد الإدارى كلما توافرت حالة

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم لسنة ق - جلسة ١٩٥٩/١١/١٩ - مجموعة مبادئها - السنة ١٤ - ص ٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤ - مجموعة العقود فى أربعين عاما، المرجع السابق ص ١٣٠ ومابعدها.

الضرورة الملجئة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه من مضى الوقت، ان ترك حتى يفصل فيه موضوعا، والاستعجال حالة مرنة غير محددة ليس ثمة معيار موحد لها يمكن تطبيقه فى كل الأحوال بل ظواهر الاستعجال متعددة وقد تبرز فى حالة وتختلف عنها فى أخرى، والمرجع فى تقديره إلى القضاء بحسب ظروف كل دعوى على حدة، فأينما لمس القاضى هذه الضرورة كان تصديه للمسألة جائزا(١).

سلطات القضاء الكامل حيال الطلبات المستعجلة:

لم تعد سلطة القاضى الإدارى مقصورة على الأمر باثبات الحالة أو اجراءات التحقيق، بل اتسعت لتشمل الأمر بالإجراءات التحفظية mesures conservatoires بمعناها الحقيقى(٢).

وعلى ذلك يمكن لقاضى العقد الأمر باتخاذ إجراءات الحجز التحفظى، أو الإجراءات الوقتية اللازمة لحماية الحق الناشئ عن العقد(٣). كما يمكن له الحكم بعدم الاعتداد بالحجز التنفيذى ماللمدين لدى الغير(٤).

وغنى عن البيان أن قاضى العقد يملك عند مباشرته ولاية الفصل فى الأمور المستعجلة سلطان التقدير لعناصر النزاع المطروح عليه، ولا يحده فى ذلك سوى قيام الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق(٥).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٣/٧/٢٠ - مجموعة العقود فى أربعين عاما، المرجع السابق، ص ١٢٨ ومابعدها.

(٢) لمزيد من التفاصيل: انظر د. محمد كمال الدين منير - قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، نقابة المحامين، لجنة المكتبة والفكر القانونى، عام ١٩٩٠، ص ١٠٣٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٧٢١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٩/٢/٢٣ - غير منشور.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٨٠٢ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤ - غير منشور.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٧٩٨ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٣/٧/٢٠ سبقت الاشارة إليه.

المطلب الثانى
قضاء الإلغاء فى منازعات
عقود التوريد الإدارية

لما كان عقد التوريد يتكون من عدة عمليات مركبة، بعضها يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة، ويأخذ شكل القرارات الإدارية، والبعض الآخر ذات طبيعة ثنائية، ومن ثم فإنه يتصور الطعن بالالغاء ضد القرارات الإدارية التى تصدرها الإدارة أثناء مرحلة تكوين العقد.

فى البداية اتخذ كل من مجلس الدولة الفرنسى والمصرى موقف الرفض لقبول الطعن الموجه ضد هذه القرارات(١)، تأسيساً على أن العقد الإدارى وحدة قانونية واحدة لا تقبل الانفصال، وأن المتعاقد مع الإدارة أمامه سبيل الطعن في هذه القرارات أمام قاضى العقد، أما الغير فهو أجنبى عن العقد وتدخله فى العلاقة العقدية غير جائز، إعمالا لمبدأ نسبية آثار العقد.

وقد كان من شأن الأخذ بهذا المنهج التركيبى الاضرار بالغير الذى قد يضار من العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، إذ لا سبيل أمامه للطعن فى هذا العقد أو تلك القرارات المتعلقة به، ومن ثم بات من الضرورى ابتداع الحلول القضائية لمواجهة هذه المسألة.

---

(١) لمزيد من التفاصيل بشأن موقف مجلس الدولة الفرنسى والمصرى فى هذا الصدد انظر:
- د. عبد الحميد كمال حشيش - القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة - دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى - مقالة منشورة بمجلة مصر المعاصرة، السنة السابعة والستون، العدد ٣٦٣، يناير ١٩٧٦، ص ٧٦ ومابعدها. د. محمد السنارى - التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء فى عقود الإدارة، المرجع السابق ص ٣٩ ومابعدها، د. عمر حلمى فهمى، طبيعة اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٣ ص ١٧١ ومابعدها، مستشار محمد طاهر عبد الحميد، التصرفات الصادرة أثناء ابرام عقود الإدارة ومتى يجوز الطعن عليها بدعوى تجاوز السلطة - تعليق على حكم، مجلة مجلس الدولة، السنة الثانية عشر، ١٩٦٤، ص ١٩٢ ومابعدها.

- نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد:

تبنى مجلس الدولة الفرنسى نظرية جديدة هى نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد، ومضمون هذه النظرية أنه يمكن تحليل العملية التعاقدية لفصل القرارات الإدارية الممهدة لها أو المتداخلة فى تكوينها، واجازة الطعن فيها بالإلغاء استقلالا، لا يفرق القضاء فى ذلك بين عقود تم ابرامها وبين أخرى لم يتم انعقادها إذ أن هذه القرارات المتداخلة فى العملية العقدية يمكن مواجهتها من زاويتين. من الزاوية العقدية باعتبارها من مكونات العقد، ومن الزاوية الإدارية حيث أنها قرارات إدارية صادرة عن سلطة الإدارة الآمرة، ولا يوجد مبرر لأن تستغرق صفة أى منهما الصفة الأخرى(١)، وبذلك يمكن للغير الطعن فى هذه القرارات إذا مست مصالحه، وكذلك المتعاقد مع الإدارة(٢).

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يعتبر الآن عملا قابلا للانفصال كل قرار سابق على الابرام النهائى للعقد بما فى ذلك القرار الذى بمقتضاه تقرر الجهة الإدارية ابرام العقد أو اقراره أو رفض ذلك(٣).

كما اعتنق مجلس الدولة المصرى ذات النظرية فى كافة العقود الإدارية، وفى مجال عقد التوريد قبلت محكمة القضاء الإدارى الطعن المقدم من الغير

---

(١) د. عبد الحميد كمال حشيش، المرجع السابق، ص ٨٣.

(٢) - C.E: 4-8-1905, Martin, Rec. p. 749 concl. Romieu.

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الحكم اقتراح المفوض روميو بقبول الطعون المقامة من الغير فى القرارات الإدارية الممكن فصلها عن العقد - لمزيد من التفاصيل يراجع فى ذلك تعليق مارسولون وبيروسبيرفى - أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى - ترجمة د. أحمد يسرى المرجع السابق ص ٨٧ ومابعدها.

(٣) - C.E: 9-11-1934, Chambre de commerce de tamatave, Rec. p. 1034.
- C.E: 7-2-1936, Departement de la creuse, Rec. p. 71.
- C.E: 4-2-1955, Ville de saverne, Rec. p. 73.

ضد قرار رسو مناقصة توريد أخشاب على غير المدعى[١].

وعلى ضوء ما تقدم، بات من المقرر جواز الطعن بالالغاء فى القرارات التى تصدرها جهة الإدارة فى مرحلة تكوين العقد، مما يتعين معه بيان مجالات هذا الطعن، وشروطه، والآثار المترتبة على الحكم الصادر فيه.

أولا: الطعن بالالغاء فى القرارات الصادرة فى مرحلة تكوين العقد:

لا شك أن القرارات التى تصدر خلال مرحلة تكوين العقد، تعد المجال الخصب لإعمال فكرة القرارات القابلة للانفصال، والتى تكون محلا للطعن بالالغاء، وبطبيعة الحال لا تقع هذه القرارت تحت حصر غير أنه يمكن تصنيفها إلى ثلاثة مجالات رئيسية، فقد يوجه الطعن بالالغاء إلى القرارات السابقة على ابرام العقد، وقرارات ابرامه، والقرارات الصادرة برفض ابرامه.

أ - الطعن بالالغاء فى القرارات السابقة على تكوين العقد:

تصدر جهة الإدارة العديد من القرارات السابقة على ابرام العقد، ولكنها حتما تتعلق به ومن هذه القرارات على سبيل المثال:

- القرارات الصادرة بالترخيص بابرام العقد[٢]، والقرار بالتصديق على المناقصات غير المشروعة.

- قرارات الحرمان والاستبعاد[٣].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٢٢٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٢/٦/١٠ مجموعة مبادئها، السنة السادسة ص ١١٦٣.

(٢) - C.E: 23-7-1976, ste commune de Bray - sur somme, Rec. p. 1045.

وحكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٢٤، سبقت الاشارة إليه.

(٣) C.E: 16-10-1970, societe anoyme touristique lautrale, A.J.C. 1970, p. 105.

- قرار ارساء المناقصة، وهو قرار إدارى نهائى يقبل الطعن عليه بالالغاء من أصحاب العطاءات المرفوضة[١].

ب - الطعن بالإلغاء فى قرار ابرام العقد:

قبل مجلس الدولة الفرنسى الطعن بالالغاء فى القرار الصادر باعتماد العقد أو ابرامه استقلالا عن العقد ذاته استناداً إلى التميز بين العقد نفسه أى تبادل التعبير عن إرادتى طرفيه، وبين القرار الصادر باعتماد العقد[٢].

وقد سلك مجلس الدولة المصرى مسلك نظيره الفرنسى، حيث قضت محكمة القضاء الإدارى بأن: القرار الذى يصدر من جهة الإدارة بابرام عقد من العقود يمثل افصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانوناً بقصد إحداث أثر قانونى[٣].

كما قضت بأن: الطعن فى القرار الصادر بابرام العقد أمر جائز قانونا لأن ابرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة[٤].

جـ - الطعن بالإلغاء فى قرار رفض ابرام العقد أو التصديق عليه:

يشكل مسلك الجهة الإدارية برفض ابرام العقد قراراً إدارياً مستقلا ومنفصلا عن العقد، ويكون هذا القرار قابلا للطعن فيه بالإلغاء.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٦١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/٣/١٨ مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما، جـ ٢، ص ٧٦٩.

(٢) - C.E: 31-10-1969, sté syndicat de defense des canaux de la durance, Rec. p. 462.

(٣) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٧٣٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٥٦/١/٨ مجموعة مبادئها، السنة العاشرة ص ١٣٦.

(٤) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢١ مجموعة السنوات الخمس، ص ١٨٨.

وقد قبل مجلس الدولة الفرنسى الطعن بالالغاء ضد قرار رفض التوقيع على العقد(١)، كما قبلت محكمة القضاء الإدارى فى مصر الطعن بالالغاء على هذا النوع من القرارات حيث قررت بأن القرارات الصادرة بالتعاقد المباشر وبابرام العقد تقبل الانفصال عن العملية العقدية ذاتها باعتبارها قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة(٢).

وإذا كان القضاء الإدارى فى مصر قد ذهب فى عبارات عامة إلى حد تبعيض العملية التعاقدية مما أعطى للقرارات القابلة للانفصال محمولا موضوعيا لا يميز فيه بين متعاقد وغير متعاقد(٣)، فإنه ينبغى الوقوف على شروط الطعن بالالغاء فى تلك القرارات.

ثانيا: شروط الطعن بالالغاء فى مرحلة تكوين العقد:

الطعن بالالغاء فى القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد شأنه شأن الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية بصفة عامة، فإذا ما أصيب القرار الإدارى القابل للانفصال بعيب من عيوب عدم المشروعية التى تصيب القرار الإدارى بصفة عامة مثل عيب الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون أو اساءة استعمال السلطة، فإنه يمكن الطعن عليه بالالغاء(٤).

وعلى ذلك يتعين لقبول الطعن بالغاء القرارات الصادرة فى مرحلة تكوين العقد ضرورة توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون القرار محل الطعن قرارا إداريا نهائيا، وأن يتوافر فى دعوى الالغاء كافة الشروط القانونية المقررة لقبولها بصفة عامة، ومن ثم لا

---

(١) - C.E. 17-10-1980, Gaillard, Rec. p. 378.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٦٣/٤/٢١ مجموعة السنوات الخمس ص ١٨٨.

(٣) د. عبد الحميد كمال حشيش، المرجع السابق ص ١٣.

(٤) د. محمد السنارى، المرجع السابق ص ٤٩.

يجوز الطعن بالالغاء فى الأعمال التحضيرية للقرار، والتعليمات، والمنشورات الدورية، والآراء الاستشارية، وإجراءات التحقيق السابقة على تحرير العقد(١).

٢- أن يكون القرار محل الطعن معيباً بأحد عيوب عدم المشروعية وهى عيوب عدم الاختصاص، ومخالفة الشكل، ومخالفة القوانين واللوائح، واساءة استعمال السلطة.

وخلاصة ما تقدم أنه يتعين لقبول دعوى الالغاء فى مرحلة تكوين العقد، فضلا عن شروط دعوى الالغاء الأخرى أن يتعلق الأمر بقرار إدارى نهائى، وأن يكون القرار مشوبا بعيب من عيوب عدم المشروعية.

ثالثا: آثار الغاء القرارات القابلة للانفصال على العقد:

يثور التساؤل حول أثر الحكم الصادر بالغاء القرارات القابلة للانفصال أثناء مرحلة تكوين العقد على العملية التعاقدية برمتها، وهل يترتب على الغاء هذا القرار بطلان العقد أم أن الحكم الصادر بالالغاء فى حالة عقود الإدارة له قواعد خاصة به؟

يقتضى منطق الأمور القول بأن الغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال من شأنه أن يؤدى إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج طبقا للقاعدة الأصولية التى تقرر أن ما بنى على باطل فهو باطل.

إلا أن المستقر عليه فى قضاء كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصرى أن إلغاء القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإدارى لا يمكن أن يؤدى بذاته إلى الغاء العقد أو ابطاله، وهو ما أشار إليه المفوض روميو فى قضية Martin بقوله إن الغاء القرارات الإدارية الممكن فصلها عن العقد لا يؤدى حتما ipso facte إلى ابطال العقد(٢).

---

(١) يراجع فى ذلك: د. حمدى حسن الحلفاوى، المرجع السابق ص ١٠١.

(٢) - C.E. 4-8-1905, Martin, Rec. p. 749, concl, Romieu.

ومن ثم يبقى العقد سليما ونافذاً حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالالغاء أمام قاضى العقد، باعتبار أنه صاحب الاختصاص المطلق فى الحكم بإبطال العقد. ويترتب على التمسك بالحكم الصادر بالغاء القرار القابل للانفصال أمام قاضى العقد النتائج الآتية:

١- يتمتع حكم الالغاء بحجية مطلقة أمام قاضى العقد، فإذا كان هذا الحكم قد استند إلى أن القرار القابل للانفصال شابه عيب من عيوب المشروعية، فإن قاضى العقد يبحث فى بيان أثر ذلك العيب على العملية العقدية(١)، أما إذا كان حكم الالغاء قد استند إلى عدم مشروعية العقد ذاته، فإن قاضى العقد يلتزم بما قرره حكم الالغاء، ولا يستطيع أن يقضى بصحة العقد أو خلوه من العيوب التى أثبتها قاضى الالغاء(٢).

٢- أن بطلان القرار القابل للانفصال يقتصر أثره على الاجراءات التالية له التى بنيت عليه، ولا يمتد هذا الأثر إلى الإجراءات السابقة عليه والتى تمت سليمة فى ذاتها. فالحكم بإلغاء القرار الصادر بإبرام العقد أو التصديق عليه لعيب شاب القرار ذاته ليس من أثره بطلان الإجراءات السابقة على ابرام العقد.

٣- يكون للحكم بإلغاء القرار القابل للانفصال عن العقد اعتباره عن تقدير قيمة التعويض المستحق لمن أصابه ضرر من جراء القرار الملغى وذلك فى حالة استحالة إعمال آثار حكم الالغاء بسبب اتمام تنفيذ العقد.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للقرارات الإدارية القابلة للانفصال فى مرحلة تكوين العقد، فإن الأمر يبدو أكثر صعوبة فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، فهل يجوز الطعن بالالغاء فى مرحلة تنفيذ العقد؟

---

(١) - C.E: 26-11-1955, ste lefabure - Rec. p. 593.

(٢) د. محمد السنارى، المرجع السابق، ص ٧٣.

مدى جواز الطعن بالالغاء فى القرارات الصادرة فى مرحلة تنفيذ العقد:

القاعدة العامة فى مرحلة تنفيذ العقد هى عدم جواز انفصال القرارات التى تصدر عن الإدارة أثناء تنفيذ العقد، ومن ثم فإنه لا يقبل الطعن عليها بالإلغاء.

وتطبيقا لهذه القاعدة رفض مجلس الدولة الفرنسى الطعن بالالغاء ضد قرارات الإدارة بتعديل العقد، مثل قرار وزير الحرب بتعديل كمية العلف، وكان مبنى الطعن مساس هذا التعديل بحقوق المورد المتولدة عن عقد التوريد، حيث قرر المجلس بأن هذا الوجه من أوجه الطعن لا يمكن استخدامه كأساس لطلب الغاء القرار المطعون فيه(١).

وتسير المحكمة الإدارية العليا في ذات الاتجاه حيث قضت بعدم قبول طلب وقف تنفيذ والغاء قرار جهة الإدارة بفسخ العقد وشطب اسم الطاعن من سجل المتعهدين ومصادرة التأمين تأسيساً على أن المنازعة فى شأن هذا القرار تدخل فى منطقة العقد... وتكون محلا للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل دون ولاية الالغاء، يستوى فى ذلك ما يتخذ صورة قرار إدارى وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت فى المنازعة حقيقة التعاقد الإدارى(٢).

ويرى جانب من الفقه أن القاعدة المتقدمة ليست مطلقة، بل يرد عليها استثناء هام مؤداه جواز الطعن على القرارات التى تصدرها الإدارة باعتبارها سلطة عامة وليس باعتبارها متعاقدة، سواء كان هذا الطعن من المورد أم من الغير(٣).

---

(١) - C.E: 16-7-1929, sté Eyraud, Rec. p. 732.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ - مجموعة مبادئها - السنة التاسعة ص ٣٢٤، وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧١/١١/١٦ مجموعة مبادئها، السنة ١٦، ص ١٥٠.

(٣) د. محمد السنارى، المرجع السابق، ص ٥٩.

وأعتقد أن هذا الاستثناء غير حقيقى لأنه فى هذه الحالة سيكون القرار الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة استناداً إلى سلطتها العامة بعيداً تماماً عن نطاق العقد ويخرج عن نطاق الخطأ العقدي، يستوى فى ذلك أن يكون الطاعن متعاقد مع الإدارة أو من الغير، ومن ثم تبقى القاعدة على اطلاقها حيث تنحسر دعوى الالغاء عن القرارات الصادرة فى مرحلة تنفيذ العقد.

المبحث الثانى
اختصاص الجمعية العمومية لقسمى
الفتوى والتشريع بمنازعات عقود التوريد
المبرمة بين الجهات الإدارية

على الرغم من اختصاص القضاء الإدارى الشامل والمطلق لكافة منازعات العقود الإدارية ومن بينها عقد التوريد، إلا أن هذا الاختصاص يقتصر على نظر المنازعات المتولدة عن العقود الإدارية التى تبرمها جهة الإدارة مع أحد أشخاص القانون الخاص فرداً أو شركة.

أما إذا كان العقد مثار المنازعة مبرماً بين شخصين من أشخاص القانون العام، فقد أناط المشرع المصرى بالجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، الاختصاص بنظر منازعات هذا النوع من العقود. وقد ورد النص على هذا الاختصاص فى المادة ٥٥/د من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتى تنص على أن:

«تختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإبداء الرأى فى المسائل والموضوعات الآتية: أ- . . . . ب- . . . . جـ - . . . .

(د) المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة[1] أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض.

---

(١) ألغيت المؤسسات بموجب القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥.

ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزما للجانبين».

والمستفاد من هذا النص أن المشرع - لاعتبارات قدرها - ناط بالجمعية العمومية الاختصاص بالفصل برأى ملزم فى المنازعات التي تنشأ بين شخصين من الأشخاص الاعتبارية العامة المنصوص عليهم - على سبيل الحصر - فى هذا النص، ويشمل هذا الاختصاص سائر المنازعات التى تنشأ فيما بين هذه الأشخاص سواء كانت ناشئة عن عقد إدارى أو عن غير ذلك(١).

وتستلزم دراسة اختصاص الجمعية العمومية بنظر منازعات العقود المبرمة بين الجهات الإدارية وبعضها القاء مزيداً من الضوء على حدود هذا الاختصاص، وطبيعته، وكيفية عرض النزاع علي الجمعية، وأثر الرأى الصادر منها على النزاع، وذلك على التفصيل التالى:

أولا: حدود اختصاص الجمعية العمومية بنظر منازعات العقود الإدارية:

يشمل اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الفصل فى عموم المنازعات التى تثور بين جهتين من الجهات المنصوص عليها فى المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة المشار إليه، ولما كانت هذه الدراسة معنية باختصاص الجمعية العمومية بنظر منازعات العقود المبرمة بين الجهات الإدارية وبعضها، فإن حدود هذا الاختصاص مرهون بتوافر شرطين:

الشرط الأول: وجود عقد بين جهتين إداريتين:

وهو شرط بديهى لا يحتاج إلى تفصيل، غاية الأمر أن تتوافر ثمة علاقة تعاقدية بين وزارتين، أو بين مصلحتين من المصالح العامة، أو بين هيئتين عامتين، أو هيئتين محليتين، أو بين هذه الجهات وبعضها البعض، يستوى فى ذلك أن يكون العقد المبرم بينهما إداريا أو مدنيا.

---

(١) يراجع فى ذلك مستشار علبوة مصطفى فتح الباب، الموسوعة العلمية فى المناقصات والمزايدات وعقود الجهات الإدارية، المرجع السابق ص ٧١١.

ومؤدى هذا الشرط ولازمه انحسار اختصاص الجمعية عن نظر المنازعات المتولدة عن العقود المبرمة بين جهة إدارية من الجهات المشار إليها وبين شخص معنوى آخر لم يرد النص عليه فى نص المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة المشار إليه.

وقد انتهت الجمعية - تطبيقاً لذلك - إلى عدم اختصاصها بنظر المنازعات التى تكون الهيئة العربية للتصنيع طرفاً فيها، استناداً إلى أن ولاية الجمعية بنظر المنازعات تنحسر عن تلك التى تكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون الخاص ولو كان الطرف الآخر من أشخاص القانون العام(١).

الشرط الثانى: قيام نزاع عقدى بين جهتين إداريتين:

وهو شرط جوهرى ينبغى توافره لاستنهاض اختصاص الجمعية العمومية الفصل فيه، وقد جرى افتاء الجمعية العمومية على أن المقصود بمفهوم النزاع الذى يثير اختصاصها هو ذلك النزاع الذى ينصب على حق مالى، ومن ثم فإن مجرد الخلاف فى الرأى بين جهتين من الجهات المشار إليها لا يعتبر نزاعا يستنهض اختصاصها للفصل فيه برأى ملزم.

وقد أكدت الجمعية العمومية على أن اختصاصها بالمنازعات بين الجهات المشار إليها فى البند (د) من المادة (٦٦) سالفة الذكر يفترض وجود نزاع على حق مالى بين جهتين أو أكثر من هذه الجهات، باعتبار أن هذا الطريق الخاص الذى رسمه المشرع لفض المنازعات بينهما هو البديل عن استعمال الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق وفض المنازعات، ومن ثم فإن الخلاف فى الرأى بين الهيئة العامة بميناء بورسعيد وهيئة قناة السويس حول تفسير بعض القوانين وإعمال

---

(١) افتاء الجمعية رقم ٤١٠ بتاريخ ١٩٩٨/٣/٢٨ جلسة ١٩٩٨/٢/٢٥ - ملف رقم ٢٨١٢/٢/٣٢ - مجموعة مبادئها خلال الفترة من يناير ١٩٩٨ حتى آخر مارس ١٩٩٨ - ص ٦٢، وفى ذات المعنى افتاء الجمعية رقم ٢٢٥ بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٨ جلسة ٢٠٠٣/٣/١٩ - ملف رقم ٣٤٣٦/٢/٣٢ - مجموعة مبادئها فى المدة من فبراير سنة ٢٠٠٣ إلى سبتمبر سنة ٢٠٠٣ ص ٦٩.

أحكامها على وجه معين دون أن تكتمل له عناصر المنازعة، فإن هذا الخلاف يدخل فى مجال طلب الرأى ويخرج عن اختصاص الجمعية بالفصل فيه برأى ملزم لعدم وجود النزاع(١).

وبناء على ما تقدم فإن مناط اختصاص الجمعية العمومية بالفصل فى المنازعات العقدية التى تثور بين الجهات الإدارية وبعضها برأى ملزم هو ادعاء جهة إدارية بوجود حق مالى لدى جهة إدارية أخرى.

ثانيا: طبيعة اختصاص الجمعية العمومية بالفصل فى نزاع عقدى:

رغم أن المشرع أناط بالجمعية العمومية ولاية الفصل فى المنازعات العقدية التى تثور بين الجهات الإدارية وبعضها البعض برأى ملزم، إلا أن هذه الولاية لا تتجاوز حد الفتوى، ولا تنزل منزلة الأحكام القضائية ،ولا تتبع عند طرح المنازعة على الجمعية العمومية الإجراءات التى رسمها قانون المرافعات المدنية والتجارية أو أية إجراءات أخري تقوم بها إجراءات التقاضى وعلاماته(٢).

بيد أن اقتصار طبيعة اختصاص الجمعية العمومية على مجرد الافتاء لا يعنى جواز الاتفاق على عرض النزاع العقدى بين الجهات الإدارية على جهة أخرى غير الجمعية العمومية، بحسبان أن اختصاصها فى هذا الشأن اختصاص ولائى يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلاف مقتضاه، ويكون الرأى الصادر عنها في النزاع المطروح عليها ملزما للمتنازعين، حاسما لأوجه النزاع، ونهائيا.

وقد سطرت الجمعية العمومية طبيعة هذا الاختصاص بما استظهرته من أن

---

(١) افتاء الجمعية رقم ١٠٤١ في ١٩٨٤/١١/١ - ملف رقم ١٢٣٩/٢/٣٢ - مجموعة مبادئها - السنتان ٣٩، ٤٠ المبدأ رقم (١٠) ص ٣١.

(٢) افتاء الجمعية العمومية رقم ١٩٥ فى ١٩٩٥/٣/٢٣ - جلسة ١٩٩٥/٣/١٥ - ملف رقم ٢٤٥٩/٢/٣٢ - مجموعة مبادئها - السنة التاسعة والأربعون - المبدأ رقم ٧٣ ص ٢٢٠.

المشرع وإن بوأها منزلة القمة فى مدارج الجهاز الافتائى للدولة ووحداتها الإدارية المختصة المنصوص عليها بالمادة ٦٦ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ باعتبارها سدرة المنتهى لأى من تلك الجهات، فقد اختص المشرع الجمعية العمومية بولاية الفصل فى المنازعات التى قد تثور بين الجهات الإدارية بعضها بعضاً، وهو اختصاص ولائى يتعلق بولاية فصل فى أنزعة ذات طبيعة خاصة، مقدرة بخصوصية الطبيعة القانونية للمتنازعين، تلك الطبيعة التى تتأبى على عرض تلك الأنزعة على هيئات القضاء المختلفة... فالمشرع وحده من له مكنة تحديد اختصاص الجمعية الولائى بالمنازعات وليس لغيره - كائنا من يكون - أن يتفق على خلاف ذلك سواء بنزع قدر مما اختصت به الجمعية فى هذا الشأن، أو اضافة قدر آخر خلافا لما اختصت به[١].

ويترتب على الاختصاص الولائى للجمعية العمومية وحدها بالفصل فى المنازعات العقدية التى تثور بين جهتين إداريتين، أن الجمعية العمومية تفصل في تلك المنازعات برأى ملزم لطرفى العقد، وهذا الرأى يكون حاسماً لأوجه النزاع، ونهائياً بما لا يجوز معه إعادة طرحه من جديد على جهة أخرى، وبمقتضاه تستنفذ الجمعية العمومية ولايتها فى الفصل فى النزاع بما لا يجوز معه معاودة طرحه عليها من جديد[٢].

ثالثا: كيفية عرض النزاع على الجمعية العمومية:

تختلف طريقة عرض النزاع على الجمعية العمومية عن إجراءات التقاضى التى رسمها قانون المرافعات لرفع الدعوى أمام القضاء الإدارى، ويتم عرض النزاع على الجمعية العمومية بطلب يقدم إليها من صاحب الصفة فى التقاضى

---

(١) افتاء الجمعية رقم ٥٩٩ فى ٢٠٠٣/٨/١٣ - ملف رقم ١٤٦٦/٤/٨٦ - مجموعة مبادئها فى المدة من فبراير سنة ٢٠٠٣ إلى سبتمبر سنة ٢٠٠٣ المرجع السابق، ص ١٧٩ ومابعدها.

(٢) افتاء الجمعية العمومية رقم ١٧٧ بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١٧ - ملف رقم ٢٣٨١/٢/٣٢ جلسة ٢٠٠٣/٢/٥ مجموعة مبادئها من فبراير سنة ٢٠٠٣ المرجع السابق ص ١٦.

للجهة الإدارية الطالبة، ويتعين أن يوجهه إلى من يمثل الجهة الموجه إليها قانونا، ذلك أن الصفة شرط لقبول طلب عرض النزاع.

وقد استبان للجمعية العمومية أن القوات البحرية تعد من الجهات التابعة لوزارة الدفاع والتى يمثلها قانونا وزير الدفاع أمام القضاء وفى مواجهة الغير، وإذا تبين من الأوراق أن طلب عرض النزاع لم يرد من صاحب الصفة قانونا فى تمثل وزارة الدفاع أمام القضاء، فمن ثم يضحى النزاع الماثل قد ورد من غير ذى صفة، متعينا عدم قبوله(١).

وتتشدد الجمعية العمومية فى ضرورة تقديم طلب عرض النزاع من صاحب الصفة، حيث جرى افتائها على عدم الاعتداد بالتفويض فى مخاطبتها فقررت أن تقدير مدى ملاءمة أهمية اللجوء إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، مثل هذا التقدير لا يسوغ أن يكون محلا للتفويض، لأنه منوط بالوزير لا بموجب ما يختص به من سلطة ولكن بموجب ما يملكه من تقدير قد تتداخل فيه مسئولياته السياسية والإدارية، مؤدى ذلك عدم قبول الطلب الوارد بناء على هذا التفويض(٢).

كما انتهت الجمعية العمومية إلى عدم جواز انابة أعضاء هيئة قضايا الدولة عن الجهات الإدارية المشار إليها فى طلب عرض المنازعات التى نشبت بينها على الجمعية العمومية، إذ ينعقد ذلك لصاحب الصفة فى تمثيل تلك الجهات قانوناً(٣).

---

(١) افتاء الجمعية العمومية رقم ٦٠٩ فى ١٩٩٨/٥/٢٠ - ملف رقم ٢٩٧٨/٢/٣٢ - جلسة ١٩٩٨/٥/٦.

(٢) فتوى رقم ١٨٢ بتاريخ ١٩٩٥/٣/٢٠ ملف رقم ٤٨٩/٢/٣٧ جلسة ١٩٩٥/١/١٨ مجموعة مبادئها - السنة التاسعة والأربعون - المبدأ رقم ٥٤ ص ١٦٤.

(٣) افتاء الجمعية العمومية رقم ٦٥٧ بتاريخ ١٩٩٣/٨/٥ - ملف رقم ٢٣٥٩/٢/٣٢ جلسة ١٩٩٣/٨/١.

أثر عدم تنفيذ الجهة الإدارية للرأى الصادر ضدها من الجمعية العمومية:

مادام أن مدلول النزاع العقدى بين جهتين إداريتين يدور فى فلك المطالبة بحق مالى، فإن الرأى الملزم الذى يصدر عن الجمعية حسما لهذا النزاع غالبا ما ينطوى على الزام الجهة الإدارية الصادر ضدها الرأى بأداء المبلغ محل المطالبة. فهل يجوز لتلك الجهة الامتناع عن تنفيذ هذا الرأى الملزم؟

أجابت الجمعية العمومية على هذا التساؤل بقولها أنها تستوى على القمة بين أجهزة الفتيا داخل الدولة بحكم تشكيلها العالى، وما يرتبط به من أمانات لا يسوغ أن يكون الرأى الصادر عنها والذى تكشف به عن صحيح حكم القانون محلا لجدل أو مساومة أو امتناع عن تطبيق إذا لم يصادف قبولا، ويتعين على الجهة الإدارية ألا تتقاعس عن تنفيذه على أى وجه من الوجوه، وأن تتجرد عن مثل هذا التصرف الذى قد يستثير وجه المسئولية عنه، وعلى الجهة الإدارية التى صدر الرأى لصالحها حال استمرار الجهة الإدارية الأخرى في الامتناع عن تنفيذه ألا تقعد عن ابلاغ الجهات الرئاسية وتحريك ولايتها فى هذا الأمر وضعا له فى صحيح نصابه، ولا مندوحة في وجوب انصياع الجهات الإدارية إلى تنفيذ افتاء الجمعية العمومية وعدم مخالفته أو الامتناع عن تنفيذه أو الانحراف عنه حرصاً على أن يسود القانون وتغلف الشرعية تصرفاتها التزاماً بصحيح تلك المقتضيات(١).

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة اختصاص مجلس الدولة - قضاء وفتوى - بنظر منازعات عقودا لتوريد ولا يبقى سوى دراسة التحكيم الاختيارى كطريق من طرق الفصل فى المنازعات التى تثور بشأن هذا النوع من العقود.

---

(١) افتاء الجمعية العمومية رقم ١٠١٣ بتاريخ ١٩٩٨/٩/٣ - ملف رقم ٢٧٤٧/٢/٣٢ - جلسة ١٩٩٨/٩/٢ .

المبحث الثالث
التحكيم الاختيارى فى منازعات
عقد التوريد الإدارى

الأصل أن ولاية الفصل فى منازعات العقود الإدارية معقودة لمجلس الدولة، قضاء إذا كان الطرف الثانى فى المنازعة شخصاً من أشخاص القانون الخاص، وافتاء - برأى ملزم - إذا كان طرفا المنازعة شخصين من أشخاص القانون العام الوارد النص عليهم - حصراً - فى المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

غير أن المشرع أجاز للخصوم - خروجاً على هذا الأصل - أن يتفقوا على احالة ما بينهم من نزاع إلى التحكيم l'arbitrag، وذلك باختيار محكمين ليفصلوا فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم[١]. وبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء الى القضاء، مع التزامهم بطرح نزاعهم على محكمArbitre أو أكثر، وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر فى صلبه، ويسمى شرط التحكيم clause compromissoire، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى فى هذه الحالة مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم[٢] compromis.

وإذا كان التحكيم - على النحو المتقدم - يرتكز على إرادة الخصوم، والزامهم بما ينتهى إليه المحكم ونفاذه فى مواجهتهم، فإن كون جهة الإدارة طرفا فى العقد الإدارى يثير صعوبة الأخذ بنظام التحكيم فى مجال منازعات العقود الإدارية[٣]. وهو ما أدركه المشرع المصرى بالنص صراحة على جواز اللجوء

---

(١) حكم محكمة النقض فى لطعن رقم ٢١٨٦ لسنة ٥٢ قضائية - جلسة ١٩٨٦/٢/٦ مشار إليه مستشار عليوه مصطفى فتح الباب، المرجع السابق، ص ٦٩٣.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والاجبارى، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤، ص١٥.

(٣) د. أنور أحمد رسلان - التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، دراس مقارنة، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون الصادر عن كلية شرطة دبى - السنة السادسة - العدد الأول - يناير ١٩٩٨- ص ١.

للتحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية، والأمر ليس كذلك بالنسبة للمشرع الفرنسى.

ولبيان ذلك نعرض تباعاً للتحكيم فى مجال العقود الإدارية فى كل من فرنسا ومصر، ثم نوضح إجراءات التحكيم والحكم الصادر من هيئة التحكيم، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التحكيـــــــــم الاختيارى فى مجال العقود الإدارية.

المطلب الثانى: اجراءات التحكيم الاختيارى فى منازعات عقد التوريد الإدارى.

المطلب الأول

التحكيم الاختيارى فى مجال العقود الإدارية

تعريف التحكيم(١):

يقصد بالتحكيم لغة، طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه، واصطلاحا اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة على أن يتم الفصل بحكم ملزم فى المنازعة - التى يحتمل أن تثور بينهم أو ثارت فعلا - عن طريق محكمين يتم اختيارهم.

---

(١) وقد عرف المشرع الفرنسى التحكيم فى المادة الأولى من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ بشأن التحكيم على أنه: إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضي اتفاق تحكيم:

L'arbitrage est un procédé privé de reglement de certaines catégories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juger en vertu d'une convention d'arbitrage.

كما عرفه المشرع المصرى فى المادة العاشرة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية بأنه: اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

وعرفته المحكمة الدستورية العليا بأن التحكم هو عرض لنزاع معين بين طرفين علي محكم=

ويتضح من التعريف المتقدم أن التحكيم يقوم على عدة عناصر تتكاتف معاً لتحديد مضمونه والهدف منه، وتتمثل هذه العناصر فى وضوح إرادة الأطراف فى اختيار التحكيم كأسلوب وحيد لفض النزاع، والتزامهم بتنفيذ الحكم الصادر عن المحكم أو المحكمين.

ومازال التحكيم فى مجال العقود الإدارية محل خلاف فى فرنسا، على عكس الوضع فى مصر والذى استقر بصدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على نحو ما سيرد تفصيلا.

التحكيم الاختيارى فى مجال العقود الإدارية فى فرنسا:

يكاد يجمع الفقهاء فى فرنسا على أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام الالتجاء إلى التحكيم لحل المنازعات التى قد تنشأ عن العقود الإدارية إلا بنص تشريعى صريح[١]. فقد أقام المشرع الفرنسى قاعدة حظر التحكيم فى العقود الإدارية بواسطة المادة ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية القديم والتى كانت تحظر الاتفاق على التحكيم فى القضايا التى تخضع لابلاغ النيابة العامة بشأنها، وحددت المادة (٨٣) من ذات القانون تلك القضايا بأنها التى تخص الدولة والأملاك العامة والمؤسسات والهيئات العامة.

بيد أن المشرع الفرنسى حاول التخفيف من حظر التحكيم فى حدود

= من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل فى النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة فى جوانبها، (حكمهافى الدعوى الدستورية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق - جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧).

- كما عرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه: اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.

(حكمها فى الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٩٤/١/١٨ - مجموعة مبادئها - السنة ٣٩ - الجزء الأول ص ٦٩١.

(١) د. محمد ماجد محمود - العقد الإدارى وشرط التحكيم الدولى - مجلة العلوم الإدارية - السنة الخامسة والثلاثون - العدد الثانى، ديسمبر ١٩٩٣، ص ١٢٦.

معينة وذلك بموجب القانون الصادر فى ١٩٠٦/٤/١٧ بأن رخص للدولة والمحافظات تصفية المنازعات المتعلقة بقبول الأشغال العامة وعقود التوريد بطريق التحكيم إذا كان النزاع منصبا على تحديد قيمة مبلغ مالى واجب الأداء[١]. ثم أصدر القانون رقم ٦٢٦ بتاريخ ١٩٧٢/٦/٥ بإلغاء المادتين ٨٣، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى، واضافة المادة رقم ٢٠٦٠ والتى تنص على أنه: لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم... فى شأن منازعات الجماعات العامة، والمؤسسات العامة، وبوجه عام فى كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام. وقد أضاف المشرع الفرنسى إلى تلك المادة فقرة جديدة بموجب القانون رقم ٥٩٦ بتاريخ ١٩٧٥/٧/٩ وتقضى بأنه «ومع ذلك فإنه يجوز أن يصرح لمختلف المؤسسات ذات الطابع الصناعى والتجارى اللجوء إلى التحكيم بموجب مرسوم فى هذا الشأن.

وأخيراً، وبموجب القانون رقم ٩٧٢ الصادر فى ١٩٨٦/٨/١٩ رخص المشرع الفرنسى للدولة وأجهزتها والمؤسسات العامة بأن تضع فى عقودها التى تبرمها بمشاركة شركات أجنبية لأجل القيام بعمليات اقتصادية وطنية، شرط التحكيم لينظم عند حالة الضرورة القاطعة المنازعات التي قد تثار عند تفسير وتنفيذ مثل تلك العقود[٢].

وبصدور هذا القانون يكون المشرع الفرنسى قد تحول عن مبدأ حظر التحكيم فى العقود الإدارية إلى جوازه بمراعاة الشرطين الآتيين:

- أن يرد فى عقد يتم ابرامه بمشاركة شركات أجنبية.
- أن يكون موضوع العقد عمليات اقتصادية وطنية.

ويشير الشرط الأول إلى إجازة التحكيم - فقط - فى العقود الإدارية الدولية، ومازال محظوراً فى العقود الإدارية الداخلية.

---

(١) لمزيد من التفاصيل: د. أنور أحمد رسلان، المرجع السابق، ص ٤، مستشار حمدى ياسين عكاشة، المرجع السابق ص ١٣١.

(٢) د. أنور أحمد رسلان، المرجع السابق ص ٥.

وفيما يتعلق بالاتجاه القضائى فإن قضاء مجلس الدولة مستقر على فكرة عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية استناداً إلى أنه لا يجوز سلب اختصاص القضاء الإدارى بنظر تلك المنازعات(١)، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث قرر بأنه إذا لم يقم المحكوم عليه فى التحكيم بتنفيذه فإنه لا يمكن نسبة ثمة خطأ إليه(٢).

التحكيم الاختيارى فى منازعات العقود الإدارية فى مصر:

أثار مدى جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية جدلا كبيرا فى الفقه والقضاء فى مصر، بين مؤيد(٣) ومعارض(٤). وحسما للخلاف بين الاتجاهين صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

---

(١) - C.E. 8-7-1959, Rec. p. 438.

(٢) - C.E. 20-5-1966 - Rec. p. 343.

(٣) من الاتجاهات الفقهية المؤيدة لمبدأ جواز التحكيم فى العقود الإدارية د. جورجى شفيق سارى - التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات فى العقود الإدارية- دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢٣١، د. جابر جاد نصار، التحكيم فى العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢٥٧، أحمد صالح مخلوف - التحكيم جائز فى منازعات العقود الإدارية- مقال منشور بجريدة الأهرام فى ١٩٩٧/٦/٢١ باب مع القانون - وأيدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع هذا الاتجاه: راجع افتاء الجمعية رقم ٦٦١ فى ١٩٨٩/٧/١ جلسة ١٩٨٩/٥/١٧، ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤ - مجموعة مبادئها السنتان ٤٣، ٤٤ ص ٣٧٥.

(٤) ومن الاتجاهات الفقهية المعارضة لهذا المبدأ: د. سليمان الطماوى، المرجع السابق ص ١٧٠. وكذلك د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ص ١٦، د. محمد كمال الدين منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختيارى فى العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية السنة ٣٣- العدد الأول يونيو ١٩٩١ - ص ٣٣٢.
ومن الأحكام القضائية المعارضة لهذا المبدأ: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق - جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠ مجموعة مبادئها - السنة ٣٥ ق، ص١١٤٣.

بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ونص فى مادته الأولى على أن «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون.

ولم يشفع صدور هذا القانون فى وضع حداً للخلاف حول جواز التحكيم في مجال العقود الإدارية مما أضطر المشرع إلى التدخل مرة أخرى بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ باضافة فقرة جديدة إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ سالف الذكر، وقد تضمن هذا التعديل النص صراحة على أنه «بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض فى ذلك.

وعلاوة على ذلك تضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى النص صراحة فى المادة (٤٢) منه على أن «يجوزلطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار فى تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد».

وبناء على ما تقدم يكون أمر جواز اللجوء إلى التحكيم فى منازعات العقود الإدارية قد بات محسوما دون أدنى تردد، ولا يبقى سوى دراسة إجراءات اللجوء إلى التحكيم فى تلك المنازعات، وهو موضوع المطلب التالى.

المطلب الثانى
إجراءات التحكيم الاختيارى
فى منازعات عقدا لتوريد الإدارى

تكفل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية بالنص على إجراءات التحكيم الاختيارى فى المنازعات الناشئة بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع، وسواء كان هذا التحكيم يجرى فى مصر، أو كان تحكيما دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه إلى اخضاعه لأحكام هذا القانون.

وفيما يتعلق بمنازعات عقد التوريد الإدارى فإن إجراءات التحكيم الاختيارى بشأنه هى ذات الاجراءات المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه وذلك بحسب التعديل بالاضافة الذى جاء به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ المشار إليه.

ونوضح فيما يلى إجراءات التحكيم الاختيارى:

١- الموافقة الصريحة من الوزير المختص أو من له اختصاصه:

استلزم المشرع فى الفقرة الثانية - المضافة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ إلي المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اللجوء للتحكيم فى منازعات العقود الإدارية، ولا يجوز التفويض فى ذلك.

والعلة من هذه الموافقة تكمن فى أنه بمقتضاها تكتمل الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة فى ابرام الاتفاق على التحكيم[١].

---

(١) افتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ - جلسة ١٩٩٦/١٢/١٨.

وغنى عن البيان أن من يتولى اختصاص الوزير بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة تنعقد له ولاية هذا الاتفاق، والمقصود بذلك رؤساء تلك الهيئات الذين أولاهم قانون إنشائها أو القرار الجمهورى الصادر بانشائها سلطات الوزير بشأنها(١).

حظر التفويض فى هذا الاختصاص:

وقد حظر المشرع - صراحة - على الوزير أو من له سلطاته، بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التفويض في الاختصاص بالموافقة على اللجوء للتحكيم فى العقود الإدارية، ولا يحد من هذا الحظر الاستناد إلى أحكام القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ بشأن التفويض فى بعض الاختصاصات باعتبار أن الخاص يقيد العام.

وجوب أن تكون موافقة الوزير مكتوبة:

تنص المادة (١٢) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه عليأنه:

«يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة».

والمستفاد من هذا النص أن اتفاق التحكيم لا بد وأن يكون مكتوبا وموقعا من الوزير أو من يتولى اختصاصه، سواء جاء ذلك فى صلب العقد محل النزاع، أو كان بمشارطة مستقلة اتفق بموجبها الطرفان على حل نزاعهما بطريق التحكيم.

وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه: إذا تضمن العقد الإدارى شرطا بالتحكيم

---

(١) مستشار ميلاد سيدهم - جواز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الرابع، السنة السابعة والأربعون، أكتوبر - ديسمبر عام ٢٠٠٣ ص ٨.

فى المنازعة التى تنشأ عنه، أو تم الاتفاق على ذلك بمشارطة تحكيم بعد نشوء النزاع، ولم يكن العقد أو مشارطة التحكيم موقعة من الوزير بأن وقعت من غيره، أو بتفويض منه لغيره، فإن من وقعها يكون غير مختص بذلك، والاختصاص هنا يقوم مقام الأهلية فى مجال القانون الخاص، فينعقد العقد ويقع شرط التحكيم باطلا غير منتج لأثره وتنحسر عنه ولاية هيئة التحكيم إذا رفع النزاع إليها(١).

٢- الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم والإجراءات التى تتبعها:

تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين، ويكون التشكيل من محكم واحد أو أكثر، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلا، وإن تعذر الاتفاق على عددهم كان العدد ثلاثة(٢). يختار كل طرف محكما، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، وإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الاخر، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين أخرهما، تولت المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع اختياره بناء على طلب أحد الطرفين، ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعنيان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم.

كما يتعين على طرفى التحكيم الاتفاق على الاجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى اخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أي منظمة أو مركز تحكيم فى مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة بمراعاة أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه(٣).

---

(١) حكم مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى القضية التحكيمية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٩- غير منشور.

(٢) مادة (١٥) من القانون رقم٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٣) مادة (١٧) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٣- اتصال علم هيئة التحكيم بالمنازعة:

يتصل علم هيئة التحكيم بالمنازعة من خلال قيام المدعى بتقديم بيانا مكتوبا بدعواه (صحيفة الدعوى) يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته، وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره فى هذا البيان(١).

وتعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من ابداء دفاعه، وتدون خلاصة وقائع كل جلسة فى محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك.

وتطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان، وإذا لم يتفقا طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه أكثر اتصالا بالنزاع(٢).

ثانيا: الحكم الصادر من هيئة التحكيم:

يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك(٣). ويصدر الحكم كتابة ويوقعه المحكمون، ويجب أن يكون الحكم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم(٤).

طبيعة الحكم الصادر من هيئة التحكيم:

اختلف فقه قانون المرافعات فى تحديد الطبيعة القانونية للحكم الصادر

---

(٢) مادة ٣٠ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية.

(٣) مادة ٣٩ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ سالف الذكر.

(٣) مادة ٤٠ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه.

(٤) لمزيد من التفاصيل بشأن تسبيب حكم التحكيم انظر د. هدى محمد مجدى عبد الرحمن - دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته - دار النهضة العربية عام ١٩٩٧ ص ١٧٤.

من هيئة التحكيم[١]، والرأى الراجح - دون الدخول فى تفاصيل هذا الخلاف - يميل إلى أن هذا الحكم يعتبر بمثابة حكم بقوة القانون وهو المعنى المستفاد من نص المادة ٤٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذى جرى على أن: على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان.

آثار الحكم الصادر من هيئة التحكيم:

تترتب آثار الحكم الصادر من هيئة التحكيم من وقت التوقيع عليه، وتتمثل هذه الآثار فى أن هذا الحكم يحوز حجية الشئ المحكوم به، ومن ثم لا يجوز للخصوم اعادة طرح النزاع من جديد أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، وإلا جاز التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، كما لا يجوز للمحكمين اعادة النظر فى القضاء الصادر عنهم، لخروج النزاع من ولايتهم، كما لا يجوز لهم تعديل أية عبارة وردت فى الحكم، وإن كان من الجائز تصحيح ما ورد به من أخطاء مادية بحتة، وفق القواعد العامة المتبعة بالنسبة للأحكام القضائية.

وتترتب الآثار المشار إليها لحكم التحكيم ولو كان غير مشمولا بالأمر بالتنفيذ، لأن هذا إنما يتطلب من أجل التنفيذ لا من أجل قوة الثبوت[٢].

---

(١) فى عرض هذا الخلاف انظر د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٢٧٩.

الخاتمـــة

ختـاماً، وبعد أن انتهـينا ـ بحـمد الله ـ من استـعـراض جـوانب البـحث المختلفة، لم يبق سوى جنى ثمار هذا البحث، والتي تتمثل في أهم النتائج التي توصل إليها البحث، وكذا فيما يبدو من مقترحات، وذلك على التفصيل الآتى:

أولا: النتائج التى توصل إليها البحث:

١ ـ ان عقد التوريد لا يعد من العقود الإدارية بتحديد القانون، كما أنه ليس من العـقـود الإدارية بطبـيـعـتـهـا، على خلاف الأمر بالنسـبـة لعـقـد التـزام المرافق العامة وعقد الأشغال العامة، حيث يعد كل منهما عقداً إداريا بطبيعته، ويتميز عقد التوريد الإدارى عن عقد التوريد الخاص فى ضرورة أن تبرم الإدارة عـقـد التـوريد الإدارى بوصـفـهـا سلطة عـامـة، وأن يتـصـل العقـد بالمرفق العـام، ويحتوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

٢ ـ ان ثمة أحكام وقواعد أساسية تحكم عقد التوريد الإدارى من حيث تكوينه، وتنفيذه، ونهايته.

ففيما يتعلق بتكوين العقد فإن جهة الإدارة ملزمة بإتباع معايير محددة للمفاضلة بين العطاءات المقدمة لاسيما بعد ما انتهج المشرع معيار الترسية علي العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، بأن اعتمد معيار الموازنة بين السعر والجودة الفنية للأصناف المزمع التعاقد على توريدها، بحيث يعد أقل العطاءات سعراً هو أكثرهم جودة فنية، وبذلك تضمن جهة الإدارة شراء أصناف تساعدها على تسيير المرفق العام بكفاءة عالية.

أما فيـما يتـعلق بتنفيـذ العـقـد فـقد أدى ارتبـاط عـقـد التـوريد الإدارى بالمصلحة العامة التى تسعي جهة الإدارة إلي تحقيقها إلى اختلاف النظرة إلي المورد من مـجـرد بائع للأصناف التى تحـتـاجـهـا الإدارة إلى مـتـعـاون مـعـهـا في تسيير مرافقها العامة، وهو ما يجعل التزامه بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في المواعيد المحددة وطبقاً للشروط والمواصفات ليس مجرد التزام ببذل عناية، وإنما يرقى إلى أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة مؤداها تحقق الغاية من التوريد

بأن تكون الأصناف الموردة ذات جودة عالية تسمح باشباع الحاجات العامة والتى هى فى المقام الأول والأخير الغاية النهائية من ابرام عقد التوريد الإدارى.

كما أن سعى الإدارة إلي تحقيق الصالح العام باعتباره سر وجودها فرض عليها الالتزام بالتعاون الصادق مع المورد على نحو يكفل مساعدته فى سبيل تنفيذ التزاماته المتولدة عن عقد التوريد الإدارى على أكمل وجه وهو ما يؤدى فى ذات الوقت إلى تحقيق الصالح العام من خلال مساهمة المورد فى تسيير المرفق العام.

ويتجلى هذا التعاون فى قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها المتولدة عن العقد والتعامل مع المورد بما يوجبه مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود، وتهيئة الظروف المناسبة لاتمام عملية التوريد.

وعلى صعيد انتهاء العقد فإن ثمة أحكام تتعلق بالنهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى آية ذلك أن مؤدى قيام الإدارة بالاستلام النهائى للأصناف الموردة انتقال ملكية تلك الأصناف لجهة الإدارة وتحملها تبعة الهلاك والتلف كما تباشر جهة الإدارة سلطتها فى انهاء عقد التوريد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة إذا ما قدرت انتفاء حاجتها للأصناف المتعاقد علي توريدها كذلك انتهاء عقد التوريد الإدارى بقوة القانون حال ثبوت استخدام المورد الغش والتلاعب مع جهة الإدارة.

٣ ـ أمكن من خلال استنتاج القواعد الأساسية التي تحكم حقوق والتزامات كل من الإدارة والمورد فى عقد التوريد الإدارى ـ استخلاص الطبيعة الذاتية المستقلة لهذا العقد والتي تميزه عن غيره من سائر العقود الإدارية الأخرى، من حيث كونه يرد دائما علي منقول والدور الحاسم الذى يلعبه عنصر الزمن لاسيما إذا ما انصب العقد على توريد أسلحة وقت الحرب، أو توريد مستلزمات طبية للمستشفيات أو توريد أغذية للقوات المسلحة أو الشرطة، وتقديراً من المشرع لعنصر الزمن فى عقود التوريد الإدارية أجاز لجهة الإدارة تجزئة المقادير لتدبير احتياجاتها الملحة من الأصناف متى كان صاحب العطاء

الأقل سعراً قد اشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب مع حالة العمل بالمرفق، وذلك بأن أجاز التعاقد مع أنسب العطاءات التالية لتوريد أقل كمية لازمة لسد حاجة المرفق خلال الفترة الواقعة بين تاريخى التوريد، بالاضافة إلى حق الجهة الإدارية في الشراء على حساب المورد المقصر لمواجهة امتناعه عن التوريد وهو إجراء خاص ينفرد به عقد التوريد الإدارى.

٤ ـ ان الخط العريض للأسس العامة التي تحكم حقوق والتزامات كل من الإدارة والمورد فى عقد التوريد الإدارى يتمثل فى محاولة التوفيق بين اعتبارين:

أولهما: تحقيق المصلحة العامة التى يرنو عقد التوريد الإدارى إلى تحقيقها من خلال المساهمة فى تسيير المرفق العام.

ثانيهما: مصلحة المورد والتى تتمثل فى هدف الحصول على الربح.

ويسمح التوفيق بين الاعتبارين المشار إليهما بكفالة اقامة التوازن بين الطرفين، آية ذلك أن كفتى المتعاقدان فى عقد التوريد الإدارى ـ بحكم طبيعته الذاتية وارتباطه بالمرفق العام ـ غير متساوية حيث تميل كفة الميزان ناحية جهة الإدارة بفضل السلطات والامتيازات التى تتمتع بها تجاه المورد، هذا بالاضافة إلى أن النصوص التشريعية قد حرصت على تقنين التزامات المورد بطريقة مفصلة، بينما لم تحدد التزامات الإدارة بشكل دقيق، ووردت في القوانين واللوائح فى صورة عامة ومبهمة فى أغلب الأحيان.

ولا يعني ذلك التضحية بمصالح المورد الذى قَبِل التعاون مع جهة الإدارة في تسيير المرفق العام، فالتزام المورد بتوريد الأصناف محل العقد يقابله حقه فى اقتضاء الثمن فور قبول الإدارة لهذه الأصناف، كما أن استعمال الإدارة لسلطتها وامتيازاتها تجاه المورد على نحو غير مشروع وعدم احترامها لالتزاماتها التعاقدية يقابله حق المورد في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء خطأ الإدارة، والمطالبة بفسخ العقد إن توافرت موجباته، وحتى خارج النطاق العقدى يستطيع المورد أن يطلب من جهة الإدارة مد يد العون له

إذا ما صادفه أثناء التنفيذ ظروف تعترض بلوغ العقد غايته المنشودة وهو ما يعبر عنه بالحق في التوازن المالى لعقد التوريد.

ثانيا: المقترحات وتتلخص فيما يلى:

١ ـ نقترح ضرورة تدخل المشرع المصرى بالنص على الدعوة للتعاقد بطريق المناقصة المحدودة والممارسة المحدودة بطريق الإعلان عنهما بجوار طريق الخطابات الموصي عليها بعلم الوصول وذلك تدعيماً لمبدأ الشفافية الذي اتخذه المشرع أساساً لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى (رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨)، وللحد من السلطة التقديرية لجهة الإدارة فى تحديدها للمشتغلين بنوع النشاط علي نحو يؤدى إلي محاباة البعض على حساب البعض الآخر تحت مظلة السلطة التقديرية.

٢ ـ نقترح النص علي مضاعفة المدة المقررة للنشر عن كل من المناقصة الخارجية والممارسة الخارجية لتكون ستون يوماً بدلا من ثلاثين يوماً لاسيما وأن المخاطبين بالتقدم لهما هم شركات أجنبية تحتاج إلي وقت أطول لإعداد العطاءات وما يسبقها من طلب بعض المعلومات التي وإن كانت لا تتصل بموضوع المناقصة أو الممارسة إلا أنها تؤثر بشكل مباشر على كيفية اعداد العطاء.

٣ ـ فيما يتعلق بالمناقصات العامة والمحدودة والممارسات العامة والمحدودة التى تجرى بالداخل نقترح النص على توحيد مدد توجيه الدعوة للتعاقد باعتبار أن المخاطبين بتلك الدعوة هم أصحاب العطاءات وذلك تلافياً لحدوث اللبس فى المدة التى يجب تقديم العطاء خلالها نتيجة المغايرة في موعد تقديم العطاءات.

٤ ـ تعديل نص المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه والذى لم يوضح العلة من فتح العطاء المتأخر مما يقتضى التدخل التشريعى بحذف عبارة «فتح العطاء» لعدم جدوى هذا الفتح وأن يفصح المشرع ـ صراحة ـ عن مآل ومصير العطاء المتأخر بالنص على عدم الاعتداد به وذلك اتساقا مع ما قررته المادة ٦٣ من ذات اللائحة.

٥ ـ تعديل الفقرة الثانية من المادة (٦) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سالف الذكر بوجوب اشتراك ممثل وزارة المالية وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة فى لجان البت في الممارسة الخارجية ـ عامة أو محدودة ـ إذا جاوزت قيمتها خمسمائة ألف جنيه أسوة بما هو مقرر بالنسبة للمناقصة الخارجية ـ عامة أو محدودة ـ وذلك لاتحاد علة اشتراكهما فى تلك اللجان ولحماية تعاقدات الإدارة من جرائم النصب الدولى.

٦ ـ تعديل نصاب مراجعة عقود التوريد الوارد النص عليه فى المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والذى أوجب الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لمراجعة عقود التوريد التى تزيد قيمتها عن خمسة ألاف جنيه لكى يكون نصاب مراجعة تلك العقود التي تزيد قيمتها عن خمسين الف جنيه وذلك لمواجهة الانخفاض الذى طرأ على قيمة العملة.

٧ ـ ضرورة تدخل المشرع لسد الفراغ التشريعى الناجم عن عدم معالجة التعاقد من الباطن لاسيما بعد التطور الذى شهده هذا النظام فى مجال عقود التوريد بظهور التعاقد من الباطن المفروض والتعاقد من الباطن المعين أصلا، وهو ما يستدعى النص على جواز التعاقد من الباطن لتنفيذ عقود التوريد الإدارية أسوة بالمشرع الفرنسى والذى نظم التعاقد من الباطن فى عقود التوريد العادية وأيضا الصناعية.

٨ ـ وفيما يتعلق بقبول الأصناف التى بها نسبة نقص، فإنه وفى ظل عدم جدوى موافقة لجنة البت على قبول هذه الأصناف، فإننا نقترح النص على اسناد أمر قبول تلك الأصناف إلى لجنة فحص عليا تقوم بتشكيلها السلطة المختصة برئاسة الرئيس المباشر لرئيس لجنة الفحص التي قامت بفحص الأصناف، على أن تضم في عضويتها أعضاء فنيين ذو مستوى وظيفى أعلى من المستوى الوظيفى لأعضاء لجنة الفحص التى قامت بفحص الأصناف.

٩ ـ ضرورة تدخل المشرع بالنص علي مزيد من الضوابط التى تكفل عدم اساءة استعمال جهة الإدارة لحقها فى تعديل عقد التوريد الإدارى بما يزيد عن

٢٥٪ من البنود المتعاقد عليها فى حالة الضرورة الطارئة خشية التحايل على القواعد الضابطة لأساليب ابرام عقد التوريد الإدارى وذلك بجعل تقدير مدى توافر تلك الظروف من اختصاص رئيس مجلس الوزراء أسوة بما هو متبع فى شأن الإذن بالتعاقد المباشر فى حالة الضرورة القصوى.

١٠ ـ تعديل الفقرة السادسة من المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات سالف الذكر بحذف عبارة «والتعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى» وذلك لازالة التعارض الظاهر بين هذا النص وبين نص الفقرة (د) من المادة (٦٦) من ذات اللائحة من ناحية، وتماشياً مع اتجاهات المحكمة الإدارية العليا فى هذا الصدد والتى لا تجيز للمورد المطالبة بفارق السعر الذى يكون مرده زيادة سعر العملة، بينما تشير تلك الاتجاهات إلى تحمل الجهة الإدرية بقيمة الفرق في زيادة الضرائب والرسوم الجمركية عما كانت عليه خلال الفترة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد دون تفرقة بين ما إذا كان سبب هذه الزيادة هو زيادة التعريفة الجمركية أو زيادة سعر الصرف الذى كانت تحسب على أساسه الرسوم الجمركية.

١١ ـ ضرورة تدخل المشرع بالنص صراحة على حق المورد فى اقتضاء جزء من الثمن يعادل قيمة ما قام بتوريده من أصناف، وذلك علي غرار حكم المادة (٨٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والتى نصت على هذا الحق في إطار عقود المقاولات وتمشيا مع التطور الحديث لعقود التوريد الإدارية لاسيما عقود التوريد الصناعية.

١٢ ـ ضرورة النص علي التزام جهة الإدارة بتسبيب قرار الفسخ الجزائي لعقد التوريد أسوة بنهج المشرع الفرنسي والذى أوجب تسبيب هذا القرار طبقاً للمنشور الصادر فى ١٩٨٧/٩/٢٨ من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن من شأن هذا التسبيب تدعيم مبدأ الشفافية الذى اعتنقه المشرع المصرى فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالى، ومن ناحية ثالثة لكى يقف المورد على أسباب فسخ عقده وما إذا كان توقيع هذا الجزاء يتناسب مع اخلاله بما التزم به من

عدمه، كما أن من شأن تسبيب قرار الفسخ الجزائى تمكين القضاء من بسط رقابته على الأسباب التى دعت جهة الإدارة لاصدار هذا القرار وما إذا كان لهذه الأسباب سنداً من الواقع يبرر صدوره حقاً وصدقاً.

١٣ ـ وفيما يتعلق بالفسخ التلقائى بقوة القانون بسبب افلاس المورد أو اعساره، فقد قرر المشرع استحقاق جهة الإدارة لمبلغ التأمين النهائى كأثر من آثار ذلك الفسخ، وهو استحقاق غير مبرر، باعتبار أن الافلاس أو الاعسار لا يعد أى منهما من قبيل الخطأ العقدى الذى يستوجب معاقبة المورد المفلس أو المعسر بمصادرة التأمين النهائى المقدم منه، كما يأخذ الافلاس أو الاعسار حكم الوفاد دون أن يرتب المشرع ذات الأثر بمصادرة التأمين النهائى فى حالة وفاة المورد، الأمر الذي يستدعى تدخل المشرع بالنص علي أن تكون تلك المصادرة للتأمين النهائى بمراعاة ضوابط محددة كالرجوع لإدارة الفتوى المختصة بشأن تقرير ما إذا كان فسخ العقد بيسبب افلاس المورد يستدعى مصادرة التأمين النهائى من عدمه.

وأخيراً، فإذا كنت قد حاولت من خلال هذه الدراسة وضع اطار نظرية عامة لعقد التوريد الإدارى، فإن ذلك جاء تبعا لقدرتى البشرية الناقصة، فإن كنت قد أخطأت فمن نفسى، وأن أصبت فمن الله وحده وبتوفيقه، وأدعوه سبحانه وتعالى ألا يحرمنى أجر المجتهدين، والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات، وأن آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجـــع

أولا: باللغة العربية:

١ـ المؤلفات العامة:

د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختيارى والاجبارى، منشأة دار المعارف، ١٩٨١.

د. اسماعيل غانم: مصادر الالتزام، ١٩٦٨.

د. أميرة صدقى: النظام القانوني للمشروع العام ودرجة اصالته، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

د. ثروت بدوى: مبادئ القانون الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.

د. ثورية لعيونى: القانون الإدارى المغربي ـ دار النشر الجسور بالمغرب ـ ١٩٩٩.

د. سعاد الشرقاوى: المسئولية الإدارية، دار المعارف، ١٩٧٣.

د. سليمان الطماوى: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٧٦.

د. طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.

د. عادل السعيد أبو الخير: القانون الإدارى، ٢٠٠١.

د. عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى القانون المدنى الجديد، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢.

د. عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون دار نشر، ١٩٨٤.

د. عبد المنعم البدراوى: النظرية العامة فى الالتزامات فى القانون المدنى المصرى، ١٩٧١.

المستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب: القرار الإدارى الباطل والقرار المعدوم، بدون دار نشر، ١٩٩٧.

د. ماجد راغب الحلو: القانون الإدارى، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤.

د. محمد عبد الحميد أبو زيد: الطابع القضائى للقانون الإدارى، دار الثقافة العربية، ١٩٨٤.

د. محمد فؤاد عبد الباسط: أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعى، بدون تاريخ نشر.

د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإدارى العربى في ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى، ١٩٦٣.

د. محمد كمال الدين منير: قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، نقابة المحامين، ١٩٩٠.

د. محمد ماهر أبو العينين: الوسيط في اختصاصات مجلس الدولة، مكتبة نادي مجلس الدولة ـ ٢٠٠٠.

د. محمود محمد حافظ: نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

د. مصطفى أبو زيد فهمى: القضاء الإدارى ومجلس الدولة، ١٩٧٩.

د. نبيل مدحت سالم: الخطأ غير العمدى، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.

٢ ـ المؤلفات المتخصصة:

المستشار/ أحمد منصور: المشكلات العملية فى المناقصات والمزايدات، ١٩٩٦.

د. أحمد يسرى عبده: أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى، منشأة المعارف، ١٩٩١.

أ/أنور العمروسي: شرح لائحة المخازن والمشتريات، مكتبة الباجورى، ١٩٧١.

د. ثروت بدوى:
- النظرية العامة فى العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣.
- النظرية العامة فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

جابر جاد نصار:
- العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- المناقصات العامة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
- التحكيم فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

جورجى شفيق سارى:
- تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الإدارى فى القانونين الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

المستشار/ حسين درويش عبد العال:
- وسائل تعاقد الإدارة، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٥٩.
- وسائل تعاقد الإدارة، المناقصات والمزايدات والممارسة، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٦٥.
- النظرية العامة فى العقود الإدارية، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٥٨.

المستشار/ حمدى ياسين عكاشة: العقود الإدارية فى التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر.

د. رفيق محمد سلام: الموسوعة العلمية العملية لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

د٠زين بدر فراج:
- الأحكام العامة للتعاقد وفقا للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

- الأحكام العامة للتأمينات وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

د٠سعاد الشرقاوى: العقود الإدارية، بدون دار نشر، ١٩٩٥.

د٠سليمان الطماوى:
- الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٨٤.
- الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٩١.

المستشار/سمير صادق: العقد الإدارى فى مبادئ الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩١.

د٠صلاح الدين فوزى: قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دارز النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د٠ عادل عبد الرحمن خليل: المبادئ العامة فى آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

د٠عبد المجيد فياض:
- العقد الإدارى فى مجال التطبيق، المكتبة القانونية، ١٩٨٣.
- نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى، دار الفكر العربى، ١٩٧٥.

د٠ عزيزة الشريف: دراسات فى نظرية العقد الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

د٠عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ أساسية في العقود الإدارية، بدون دار نشر، ١٩٩٧.

د٠ على جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ١٩٩١.

المستشار/ عليوه مصطفى فتح الباب: الموسوعة العملية فى المناقصات والمزايدات، مكتبة كوميت، ١٩٩٩.

د. عمر حلمى فهمي:

- معيار تمييز العقد الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- آثار العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعيـــــة، ١٩٩١.
- طبيعة اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

د. عمر حلمى فهمى ود. عادل عبد الرحمن خليل: العقود الإدارية، معيار تمييزها وأنواعها، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٥.

د. فتحى فكرى: محاضرات فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

د. محسن أحمد الخضيرى: التفاوض علم تحقيق المستحيل انطلاقاً من الممكن، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٨٨.

د. محمد أحمد عبد النعيم: مرحلة المفاوضات فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. محمد السنارى:

- الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
- التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء فى عقود الإدارة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.

د. محمد سعيد حسين أمين:

- العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩.
- العقود الإدارية، بدون دار نشـــــر، ٢٠٠٥.
- فكرة المعيار الوظيفى فى تمييز القرار الإدارى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

د. محمد عبد الواحد الجميلي: ماهية العقد الإدارى فى ضوء أحكام القضاء الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

د. محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات، مكتبة نادى مجلس الدولة، ٢٠٠٤.

د. محمود حلمى: العقد الإدارى، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.

د. هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم فى خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

٣ ـ الرسائل:

د. ابراهيم محمد عبد الحليم: أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، جامعة عين شمس، ١٩٩٤.

د. أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، جامعة القاهرة، ١٩٧٣.

د. السيد بدوى: حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية، جامعة القاهرة، ١٩٨٩.

د. ثورية لعيونى: معيار تمييز العقد الإدارى، جامعة عين شمس، ١٩٨٧.

د. حمدى حسن الحلفاوى: ركن الخطأ فى مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإدارى، جامعة القاهرة، ٢٠٠٢.

د. زكى محمد محمد النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، جامعة عين شمس، ١٩٨١.

د. صلاح يوسف عبد العليم: أثر القضاء الإدارى على النشاط الإدارى للدولة، جامعة عين شمس، ١٩٩٩.

د.عبد الفتاح صبرى أبو الليل: أساليب التعاقد الإدارى، جامعة طنطا، ١٩٩٤.

د.عبد الرحمن مصطفى عثمان: نظرية السبب، جامعة القاهرة، ١٩٨٤.

عبد الجبار ناجى الملا صالح: مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٧٣.

عبسي عبد القادر الحسن: التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، جامعة القاهرة ١٩٩٧.

د.عزيزة الشريف: نظرية التأميم وتجربته فى مصر، جامعة القاهرة، ١٩٧٦.

د.على عبد العزيز الفحام: سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى، جامعة عين شمس، ١٩٧٥.

د.على محمد على عبد المولى: الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى، جامعة عين شمس، ١٩٩١.

د.محمد سعيد حسين أمين: الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد الإدارى، جامعة عين شمس، ١٩٨٣.

د.محمد صلاح عبد البديع السيد: سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإدارى بإرادتها المنفردة، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣.

د.محمد عبد العال السناري: نفاذ القرارات الإدارية، جامعة عين شمس، ١٩٨١.

د.مهند مختار نوح: الايجاب والقبول فى العقد الإدارى، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

د.مصطفي كيره: نظرية الاعتداد المادى فى القانون الإدارى، جامعة القاهرة، ١٩٦٤.

د.نجم الدين حمد الأحمد: التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

د٠نصر الدين محمد بشير: غرامة التأخير في العقود الإدارية وأثرها فى تسيير المرفق العام في النظامين المصرى والفرنسي، جامعة القاهرة، ١٩٩٨٠

د٠هارون عبد العزيز الجمل: النظام القانونى للجزاءات فى عقد الأشغال العامة، جامعة عين شمس، ١٩٧٩٠

د٠وليد فاروق جمعة: حماية المقاول من الباطن فى اطار الأشغال العامة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠٠

د ـ الأبحاث والمقالات:

د٠ابراهيم الدسوقى أبو الليل: مبدأ حرية التعاقد، مضمونه ومداه، مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، ابريل ١٩٩٥٠

أ/ أحمد صالح مخلوف: التحكيم جائز في منازعات العقود الإدارية، جريدة الأهرام٠

أ/ اسماعيل عبد الحميد: طبيعة شرط مصادرة التأمين النهائى في العقد الإدارى، مجلة إدارة قضايا الحكومة٠

د٠الهادى السيد عرفة: حُسن النية فى العقود، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، السنة الأولي، العدد الأول، أكتوبر ١٩٨٦٠

د٠أنور أحمد رسلان:

ـ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٨، العددان الثالث والرابع، سنة ١٩٨٠٠

ـ التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبى، السنة السادسة، العدد الأول، يناير ١٩٩٨٠

المستشار/ جمال الدين جودة اللبان: المعيار المميز للعقد الإدارى، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الثالث، يوليو - سبتمبر ١٩٦٤.

د.زكي محمد محمد النجار: مدى سلطة القضاء فى تعديل العقد الإدارى، مجلة المحاماة، السنة ١٩٨٤، العددان الأول والثاني.

د. عبد الحميد كمال حشيش:

- التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الرابعة، العدد الثانى، ديسمبر ١٩٦٢.

- القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانونين المصرى والفرنسى، مجلة مصر المعاصرة، السنة السابعة والستون، العدد رقم ٣٦٣ - يناير ١٩٧٦.

د. عبد الحى حجازى: نظرية الاستحالة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة، العدد الثانى، أبريل - يونيو ١٩٦٣.

د.علي خطار شطناوى: صلاحية الإدارة فى فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الرابعة والعشرون، العدد الأول، مارس ٢٠٠٠.

د.فؤاد العطار: أساليب تعاقد الإدارة، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، يناير ١٩٥٤.

د.محمد السعيد رشدى: القوة الملزمة للإيجاب، مجلة الحقوق، جامعة القاهرة فرع بنى سويف، السنة الرابعة، العدد الثاني، يوليو ١٩٨٩.

مستشار/ محمد حامد الجمل: نظرة جديدة للمرافق العامة، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٣، العددين ٣٥٠، ٣٥١.

المستشار/ محمد طاهر عبد الحميد: التصرفات الصادرة أثناء ابرام عقود الإدارة ومتى يجوز الطعن عليها بدعوى تجاوز السلطة، مجلة مجلس الدولة، السنة الثانية عشر، ١٩٦٤.

د٠محمد فؤاد مهنا: المشروع العام طبيعته والقانون الذى يحكمه، مجلة العلوم الإدارية، السنة ١٣، العدد الأول، أبريل ١٩٧١.

د٠محمد كمال الدين منير: مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختيارى فى العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٣، العدد الأول يونيو ١٩٩١.

د٠محمد ماجد محمود: العقد الإدارى وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٥، العدد الثانى ـ ديسمبر ١٩٩٣.

د٠محمد مصطفي حسن: المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٢٥ العدد الأول، يونيو ١٩٨٣.

المستشار/ محمود سلامة جبر: المنازعة الإدارية وحل اشكالات تنازع الاختصاص في المجالين الإدارى والمدني، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة ٢٤، العدد الرابع، أكتوبر ١٩٨٠.

د٠مصطفي كمال وصفى:

ـ التكييف القانونى للمشروعات العامة، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثالث عام ١٩٧٦.

ـ مدى سلطة الإدارة فى تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، السنة ١٣، العدد الأول، ابريل سنة ١٩٧١.

المستشار/ ميلاد سيدهم: جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ٤٧، العدد الرابع، أكتوبر عام ٢٠٠٣.

د٠وحيد فكرى رأفت: مجلس الدولة كمحكمة إدارية عليا، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١١، العدد الأول، عام ١٩٤١.

د٠ وليم سليمان قلاده: اتجاهات حديثة في المعيار المميز للعقد الإدارى، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، عام ١٩٥٦.

٥ ـ المعاجم اللغوية:

ـ المعجم الوجيز: صدر عن مجمع اللغة العربية، عام ١٩٩٧.

ـ المعجم الفلسفى: مراد وهبه، الطبعة الثالثة، عام ١٩٧٩، بدون دار نشر.

٦ ـ الدوريات:

ـ مجلة البحوث القانونية والاقتصادية : تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة.

ـ مجلة الحقوق: تصدرها كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع بنى سويف.

ـ مجلة الحقوق: تصدرها كلية الحقوق، جامعة الكويت.

ـ مجلة العلوم الإدارية: تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولى للعلوم الإدارية.

ـ مجلة القانون والاقتصاد: تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة.

ـ مجلة المحامي: تصدرها جمعية المحامين الكويتية.

ـ مجلة المحاماة: تصدرها نقابة المحامين، جمهورية مصر العربية.

مجلة مجلس الدولة: يصدرها المكتب الفنى بمجلس الدولة.

ـ مجلة مصر المعاصرة: تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والتشريع والاحصاء.

ـ مجلة الأمن والقانون: تصدرها كلية شرطة دبى.

مجلة هيئة قضايا الدولة: تصدرها هيئة قضايا الدولة (إدارة قضايا الحكومة سابقا).

٧ ـ مجموعة الأحكام والفتاوى:

ـ مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى فى خمس سنوات ـ من عام ١٩٦٦ حتي ١٩٦٩ ـ المكتب الفنى ـ مجلس الدولة.

ـ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى عشر سنوات (١٩٥٥ ـ ١٩٦٥) المكتب الفنى لمجلس الدولة.

ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما (١٩٥٥ ـ ١٩٩٥) بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولة.

ـ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة معلقاً عليها في عشر سنوات يناير ١٩٦٠ ـ يناير ١٩٧٠ مجموعة المستشار/ أحمد سمير أبو شادى.

الموسوعة الإدارية الحديثة:

ـ مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من عام ١٩٤٦ حتى عام ١٩٨٥ (الجزء ١٨) ومن عام ١٩٨٥ حتى عام ١٩٩٣ (الجزء ٣٥) ومن عام ١٩٩٣ حتى عام ١٩٩٧ (الجزء ٤٩)، تحت اشراف د. نعيم عطية والأستاذ حسن الفكهانى، اصدار الدار العربية للموسوعات.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Ouvrages

Chapus "R.": Droit contentieux Administratif, 1982, Paris.

Dareste: La justice Administrative en france, 1898, Paris.

Debbasch "ch": Droit Administratif 2e edition 1971, Paris.

Duguit "L.": traite de droit constitutionnel Paris, 1928.

Jacqueline Morand: cours de droit administratif, Cours Thémes de reflexion commentaires d'arrêt ave corrigés, 5e édition Montchrestien, Paris 1997.

Jèze "G.": Les principes généraux du droit Administratif, Marcel Giard, Paris, 1934.

Laferiere "E.": Traité de la juridiction Administrative, Paris, 1896.

Laubadère "A.D.": traité theorique et pratique des contrats Administratifs, Paris, 1956.

Laubadére: Traite elementaire de droit Administratif, Paris, 1953.

Laubadere - A - Delvolve. P et Moderne. F.: Traite des contrats Administratifs, L.G.D.J., Paris, II2, 1984.

Le Clere "J": Les marchés de fournitures et de travaux publics - charles - lavauzelle Paris, 1949.

- Legouge "d.": la meilleur offre dans les marchés publics, le editions d'organisation, Paris, 1999.

Richer "L.": Droit des contrats Administratifs ed 1995, L.G.D.J.

Richer "L.": Droit des contrats Administratifs, Dalloz, Paris, 1991.

Rivero "J.": Droit Administratif, Dalloz, par is 1987.

Serrigny: questions et traités de droit Administratif, Paris, 1903.

Vedel "G.": Droit Administratif, edition 1990 Paris, Avec la collaboration de pierre Delvolvé.

Vedel et Delvolve: Droit Administratif, Paris, 1980.

Waline "M.": Précis de droit administratif 1969, Paris.

Waline "M.": L'adjudication des marchés publics, Sirey, 1945.

II These

Arrighi "P." essai sur le caractère Administratif des marchés de fournitures, Paris, 1945.

Baud "Audi": Essai sur l'evolution Récents des marchés de l'Etat, Paris, 1950.

Bloche: La Notion de travail public, thése, 1965.

Chapus "R.": Responsabilité publique et responsabilité prive, Paris, 1945.

Pequignot "G.": Theorie generale du contrat administratif, Paris, 1945.

Quncard "M.": L'Adjudication des marchés des travaux et des fournitures Paris, 1945.

Articles

Bonnard "R.": La Passation des marchés public, R.D.P. 1943.

Brechon - Monlenes, ch: Chois des procédures, choix dans les procédures A.J.D.A., 1998.

Daumard "J": Le sous traitonts dans les marchés industeriels, A.J.D.A, janvier, 1962.

Georgel "J.": marchés de fournitures et de services, J.C.A, 1989, fasc. 525.

Georgel "J.": contrats Administratifs par nature, J.C.A. fasc 502, 1987.

Homont "A.": Les marchés de fournitures et de services, J.C.A. 1961 fasc. 525.

Lamarque "J": Les difficultés presentes et les perspectives d'avenix de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé, A.J.d.A. 1961.

Laubadere "A.D": du pouvoir de l'Administration dimposer unilateralement des changements Aux dispositions des contrats Administratifs, R.D.P. 1954.

Mignon: Le déclin d'une technique classique l'Adjudication, D.1954.

Vedel "G.": remarque sur "La nature de clause exorbitant" Melongs Mestre 1956.

Waline "M.": note de jurisprudence, les clauses exorbitontes du droit commun, R.D.P, 1965.

(٤) المراسيم والقرارات ودفاتر الشروط:

- Code des marchés publics, edition mise à jour au 21 février 1996.

- Cahier des clauxes Administratives générales Applicables aux marchés de fournitures contrats 1965.

- Cahier des clauses administratives générales opplicables aux marchés industriels 1971.

Periodique

- L'actualité juridique de droit administratif. "A.J.D.A".

- Bulletin civil "Bull. Civ.".

- Jurisclasseur administratif "J.C.A".

- Jurisclasseur Periodique "J.C.P.".

- Moniteur des travaux publics "M.T.P.".

- Recueil des Arrets de conseil d'Etat "R.E.C.".

- Revue du droit publice "R.D.P".

- Revue des Marchés publics "R.M.A".

- Revue pratique de droit administratif "R.P".

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٩
عرض المشكلة	٩
أهداف البحث	١٣
منهج البحث	١٣
خطة البحث	١٤
الباب التمهيدى	
ماهية العقد الإدارى	١٥
الفصل الأول	
معيار تمييز العقد الإدارى	٢١
المبحث الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون	٢٢
المطلب الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون فى فرنسا	٢٣
المطلب الثانى: الوضع فى مصر	٣١
المبحث الثانى: المعيار القضائى في تمييز العقود الإدارية	٣٨
المطلب الأول: الإدارة طرف فى العقد	٤٥
المطلب الثانى: اتصال العقد بالمرفق العام	٥٧
الفرع الأول: نشأة فكرة المرفق العام وتطورها	٦٠
الفرع الثانى: درجة اتصال العقد بالمرفق العام	٧٠
الفرع الثالث: مدى فاعلية المرفق العام كضابط موضوعى لتمييز العقد الإدارى	٧٤
المطلب الثالث: احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة فى القانون الخاص	٧٥

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة وبيان صورها.....	٧٧
الفرع الثانى: الأساس القانونى للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية.....	٩٥
الفرع الثالث: القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية.....	٩٦
مبحث خاص: رأينا فى المعيار المميز للعقد الإدارى.....	١٠٠
الفصل الثانى	
ماهية عقد التوريد الإدارى وانواعه	١٠٥
المبحث الأول: ماهية عقد التوريد الإدارى.....	١٠٦
المطلب الأول: التطور التاريخى لفكرة التوريد.....	١٠٦
المطلب الثانى: تعريف عقد التوريد الإدارى.....	١١٢
المبحث الثانى: معيار تمييز عقد التوريد الإدارى.....	١١٦
المطلب الأول: مدى كفاية النصوص القانونية لتمييز عقد التوريد الإدارى.....	١١٧
المطلب الثانى: المعيار القضائى فى تمييز عقد التوريد الإدارى.....	١٢٣
المبحث الثالث: أنواع عقود التوريد الإدارية.....	١٢٩
الفصل الثالث	
أركان عقد التوريد الإدارى	١٣٥
المبحث الأول: الإرادة فى عقد التوريد الإدارى.....	١٣٦
المبحث الثانى: المحل فى عقد التوريد الإدارى.....	١٤٩
المبحث الثالث: السبب فى عقد التوريد الإدارى.....	١٥٣

الموضوع | الصفحة

الباب الأول

ابرام عقد التوريد الإدارى ١٥٩

الفصل الأول

اساليب ابرام عقد التوريد الإدارى ١٦١

المبحث الأول: الأساليب الأصلية لابرام عقد التوريد الإدارى..... ١٦٢

المطلب الأول: ابرام عقد التوريد الإدارى بأسلوب المناقصة العامة... ١٦٤

المطلب الثانى: ابرام عقد التوريد الإدارى بأسلوب الممارسة العامة.. ١٧١

الفرع الأول: الممارسة العامة فى فرنسا..... ١٧٣

الفرع الثانى: الممارسة العامة فى مصر..... ١٧٧

المطلب الثالث: الأحكام العامة التى تخضع لها المناقصة العامة والممارسة العامة..... ١٧٩

الفرع الأول: مبدأ المنافسة الحرة..... ١٨٠

الفرع الثانى: مبدأ المساواة..... ٢٠٠

الفرع الثالث: مبدأ العلانية..... ٢٠٤

المبحث الثانى: الأساليب الاستثنائية لابرام عقد التوريد الإدارى..... ٢٠٩

المطلب الأول: المناقصة المحدودة..... ٢١٠

المطلب الثانى: المناقصة المحلية..... ٢١٤

المطلب الثالث: الممارسة المحدودة..... ٢١٦

المطلب الرابع: الاتفاق المباشر..... ٢١٨

الموضوع	الصفحة
الفصل الثانى	
المراحل السابقة على ابرام	
عقد التوريد الإدارى	٢٢٧
المبحث الأول: القيود السابقة على ابرام عقد التوريد الإدارى.....	٢٢٨
المبحث الثانى: اعداد كراسة الشروط والمواصفات.....	٢٣٤
المبحث الثالث: الدعوة للتعاقد.....	٢٤٢
الفصل الثالث	
الايجاب فى عقد التوريد الإدارى	٢٥٣
المبحث الأول: اعداد العطاء ومرفقاته.....	٢٥٤
المطلب الأول: الشكل القانونى للعطاء.....	٢٥٤
المطلب الثانى: مرفقات العطاء.....	٢٦٦
المبحث الثانى: تقديم العطاء.....	٢٧٨
المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على تقديم العطاء.....	٢٨٣
الفصل الرابع	
القبول فى عقد التوريد الإدارى	٢٨٧
المبحث الأول: تكوين القبول.....	٢٨٨
المطلب الأول: الاختصاص بتكوين القبول.....	٢٨٩
المطلب الثانى: كيفية تكوين القبول.....	٣٠٨
الفرع الأول: تحديدأفضل العطاءات والارساء.....	٣٠٩
الفرع الثانى: اعتماد المناقصة أو الممارسة.....	٣٢٧
المبحث الثانى: الضوابط القانونية للقبول.....	٣٣٠
المبحث الثالث: الآثار القانونية المترتبة على القبول.....	٣٣٣

الموضوع	الصفحة
الباب الثانى	
تنفيذ عقد التوريد الإدارى	٣٤٣
الفصل الأول	
المبادئ العامة التى تحكم	
تنفيذ عقد التوريد الإدارى	٣٤٥
المبحث الأول: مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد	٣٤٦
المبحث الثانى: مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية	٣٥٣
المبحث الثالث: التزام المورد بالتنفيذ الشخصى للعقد	٣٦١
المطلب الأول: مضمون مبدأ الاعتبار الشخصى ونطاقه	٣٦١
المطلب الثانى: أحكام التنازل عن العقد	٣٦٥
المطلب الثالث: أحكام التعاقد من الباطن	٣٧٠
الفصل الثانى	
التزامات المورد فى عقد التوريد الإدارى	٣٧٩
المبحث الأول: الالتزام بالتوريد فى المواعيد المحددة	٣٨٠
المبحث الثانى: الالتزام بالتوريد طبقا للمواصفات المتفق عليها	٣٨٧
المبحث الثالث: كيفية تحقق الإدارة من تنفيذ المورد لالتزاماته	٣٩٥
المطلب الأول: مرحلة الاستلام المؤقت للأصناف	٣٩٦
المطلب الثانى: مرحلة الاستلام النهائى للأصناف	٣٩٨
الفصل الثالث	
امتيازات الإدارة فى مواجهة المورد	٤١٥
المبحث الأول: سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد	٤١٦
المطلب الأول: مفهوم وحدود سلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد	٤١٧
المطلب الثانى: الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى رقابة وتوجيه المورد	٤٢٢

الموضوع | الصفحة

المبحث الثانى: حق الإدارة فى تعديل عقد التوريد ٤٢٧
المطلب الأول: مضمون حق التعديل وحدوده ٤٣١
المطلب الثانى: الأساس القانونى لحق التعديل ٤٤٢
المبحث الثالث: سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المورد ٤٤٧
المطلب الأول: القواعد العامة لسلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات وأساسها القانونى ٤٤٨
المطلب الثانى: أنواع الجزاءات ٤٥٥
الفرع الأول: الجزاءات المالية ٤٥٦
الفرع الثانى: الجزاءات الضاغطة ٤٧٧
الفرع الثالث: الجزاءات الجنائية ٤٨٧

الفصل الرابع

حقوق المورد

المبحث الأول: حق المورد فى اقتضاء الثمن ٤٩١
المطلب الأول: تحديد الثمن وكيفية حسابه ٤٩٢
المطلب الثانى: أساليب وإجراءات الوفاء بالثمن ٤٩٣
الفرع الأول: أساليب الوفاء بالثمن ٥٠٧
الفرع الثانى: إجراءات الوفاء بالثمن ٥٠٨
المبحث الثانى: حق المورد فى التعويض عن اخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية ٥١٤
المطلب الأول: حق المورد فى أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها التعاقدية ٥١٧
المطلب الثانى: جزاء مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية ٥١٧
المبحث الثالث: حق المورد فى التوازن المالى للعقد ٥٢٥

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: صور اختلال التوازن المالى لعقد التوريد.....	٥٣١
المطلب الثانى: دور القاضى فى اعادة التوازن المالى لعقد التوريد...	٥٤١
الباب الثالث	
نهاية عقد التوريد الإدارى	٥٤٧
الفصل الاول	
النهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى وآثارها	٥٤٩
المبحث الأول: النهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى.....	٥٥٠
المبحث الثانى: الاثار القانونية المترتبة على النهاية الطبيعية لعقد التوريد الإدارى.....	٥٥٢
الفصل الثانى	
النهاية المبتسرة لعقد التوريد الإدارى	٥٥٧
المبحث الأول: سلطة الإدارة فى انهاء عقد التوريد الإدارى بالإرادة المنفردة.....	٥٥٨
المطلب الأول: سلطة الإدارة فى انهاء عقد التوريد الإدارى لدواعى المصلحة العامة.....	٥٦٠
المطلب الثانى: سلطة الإدارة فى فسخ عقد التوريد الإدارى.....	٥٦٧
المبحث الثانى: الفسخ القضائى لعقد التوريد الإدارى.....	٥٧٧
المطلب الأول: حالات الفسخ القضائى.....	٥٧٨
المطلب الثانى: الاثار القانونية المترتبة على الفسخ القضائى.....	٥٨٢
المبحث الثالث: انتهاء عقد التوريد الإدارى بقوة القانون.....	٥٨٤
المطلب الأول: الفسخ التلقائى بسبب غش المورد أو تلاعبه.....	٥٨٥
المطلب الثانى: الفسخ التلقائى بسبب افلاس المورد أو اعساره.....	٥٨٨

الموضوع | الصفحة

الفصل الثالث

الاختصاص بنظر منازعات عقد التوريد الإدارى ٥٩١

المبحث الأول: اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات عقد التوريد الإدارى..... ٥٩٢

المطلب الأول: اختصاص القضاء الكامل بمنازعات عقود التوريد الإدارية..... ٥٩٤

المطلب الثانى: قضاء الإلغاء فى منازعات عقود التوريد الإدارية... ٥٩٨

المبحث الثانى: اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمنازعات عقود التوريد المبرمة بين الجهات الإدارية..... ٦٠٦

المبحث الثالث: التحكيم الاختيارى فى منازعات عقد التوريد الإدارى. ٦١٣

المطلب الأول: التحكيم الاختيارى فى مجال العقود الإدارية..... ٦١٤

المطلب الثانى: إجراءات التحكيم الاختيارى فى منازعات عقود التوريد الإدارية..... ٦١٩

الخاتمة ٦٢٥

المقترحات..... ٦٢٨

قائمة المراجع..... ٦٣٣

الفهرس..... ٦٥١