مُوجَـز

العقـود الإداريـة

في ضوء القانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية

الدكتور

رفعت عيد

أستاذ ورئيس قسم القانون العام

كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة

الطبعة الأولى

2024

بسم الله الرحمن الرحيم

عموميات

تعريف العقد وأهميته بالنسبة للإدارة : العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء أو تعديل أو إنهاء رابطة قانونية . وتلعب العقود دوراً هاماً في ميدان الروابط القانونية التي ترتبط بها الإدارة . فالنشاط الخارجي للجهة الإدارية يتخذ مظهرين أساسيين هما : الضبط الإداري والمرفق العام . والإدارة في سبيل القيام بنشاطها الضبطي والمرفقي تلجأ تارة لأسلوب الأمر والنهي في صورة قرارات إدارية من جانبها وحدها سواء رضي الأفراد أم كرهوا . وتارة أخرى تلجأ لأسلوب التعاقد متى رأت أن أهدافها المبتغاة لن تتحقق إلا عن طريق تلاقي إرادتها وإرادة الفرد المتعاقد معها . فهناك مشروعات تريد الإدارة من خلال إنشائها أن تشبع رغبات الأفراد ، فلا تستطيع أن تصدر أوامر تجبر بها المقاول على القيام بها ، فلا يكون أمامها إلا أسلوب التراضي فتتمكن بذلك من انشاء مرافقها أو إدارتها أو تسييرها .

التمييز بين نوعي عقود الإدارة : العقود التي تبرمها الإدارة ليست من طبيعة واحدة ، فهناك اتفاقات تبرمها الإدارة لا تختلف عن تلك التي يبرمها الأفراد العاديين في علاقاتهم بعضهم ببعض . وهذه الاتفاقات تكتسي بالطابع المدني.

وبجانب ذلك قد تتصرف الإدارة كسلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات فتعقد عقوداً تختلف عن تلك التي نصادفها في القانون الخاص . وتوصف هذه العقود بأنها عقود إدارية .

أهمية التفرقة بين العقد الإداري والعقد المدني : وليست مسألة تحديد طبيعة العقد فيما نحن بصدده نظرية بحتة ، بل أنها تستتبع نتائج عملية في غاية الأهمية . فاعتبار العقد عقداً إدارياً يجعل المنازعات المتعلقة به من نصيب محاكم مجلس الدولة ، بينما تختص المحاكم العادية بدعاوى العقود المدنية .

ومن حيث القانون الواجب التطبيق ، فإن القانون الخاص يحكم العقود المدنية ، أما العقود الإدارية فتخضع ـ بصفة أساسية ـ لقواعد القانون العام ونظمه وهي قواعد خاصة متميزة عن القانون الخاص . فكون العقد عقداً إدارياً يجعل للإدارة سلطة تعديله في أي وقت دون أن يتوقف الأمر على رضاء المتعاقد ، طالما أن هذا التعديل تبرره المصلحة العامة . في حين أنه في حالة العقد المدني فإن قواعد القانون الخاص ومبادئه تأبى أن ينفرد أحد طرفي العقد بتعديله دون موافقة الطرف الآخر.

علة انفراد العقد الإداري بنظام قانوني خاص : وترجع علة انفراد العقد الإداري بنظام قانوني خاص إلى أن الهيئات الإدارية تهدف إلى تقديم الخدمات واشباع الحاجات العامة لجمهور الأفراد ، وأن هذه الهيئات في حاجة إلى استخدام أساليب خاصة لكي تتمكن بها من ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها . وإذا كان ابرام العقود من بين هذه الأساليب إلا أنها ستعجز عن تحقيق المصلحة العامة إن كانت خاضعة لنفس القواعد التي تخضع لها العقود المدنية .

زد على ذلك أن قواعد القانون الخاص وجدت لكي تنظم العلائق القانونية بين الأفراد ، تلك العلاقات التي يحكمها مبدأ المساواة ، حيث يقف الأفراد على قدم المساواة للدفاع عن مصالحهم الخاصة . بيد أن طرفي العقد الإداري ليسا على هذا النحو . فالإدارة باعتبارها أحد طرفي العقد تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بعكس الطرف الآخر الذي في الغالب يكون فرد حيث تدفعه المصالح الخاصة إلى ابرام العقد . ولتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة كانت الحاجة ملحة إلى خضوع العقد الإداري لنظام قانوني خاص من شأن قواعده أن تحقق هذا التوازن .

مصادر القواعد التي تحكم العقد الإداري : على المرء أن يتساءل من أين تستقى القواعد القانونية التي تحكم مختلف الروابط الناشئة عن العقد الإداري ؟

قد يتجه الفكر لأول وهلة إلى تحكيم النصوص الواردة بالقانون المدني والتي تنظم العقود المدنية ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً . فيمكن إذن تطبيق هذه النصوص كلما

تشابهت الروابط التي تنشأ عن نوعي العقد المدني والإداري . وهذا الاتجاه لا غبار عليه، فقواعد القانون المدني تعتبر الشريعة العامة للعقود يتعين تطبيقها إذا لم يوجد حكم خاص ينظم الرابطة الناشئة عن العقد الإداري .

لذلك لم يستبعد القضاء الإداري مبادئ القانون الخاص من نطاق العقود الإدارية بصفة مطلقة ، وإلا لما ألزم طرفي العقد الإداري بتنفيذ العقد بحسن نية وضرورة استلهام القاضي ـ حال قيامه بتفسير العقد ـ إرادة المتعاقدين ، وهما من مبادئ القانون الخاص .

وترجمة لذلك قضي بأن "بعض القواعد والمبادئ العامة في القانون المدني مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص وبالتالي فليس ثمة ما يمنع من نقلها إلى نطاق القانون العام وادماجها في القواعد الخاصة به . والنصان اللذان نقلتهما الإدارة من القانون الخاص (المادة 147 والمادة 158) ليس فيهما أي تعارض مع النظام القانوني الذي تخضع له العقود الإدارية . وتطور القانون الإداري وإنْ اتجه إلى الاستقلال بمبادئه وأحكامه، إلا أن ذلك لا يعني قطع الصلة من غير مقتضٍ بينه وبين القانون المدني"([1]) .

على أن طبيعة العقد الإداري والمصلحة العامة التي ترمي الإدارة إلى تحقيقها من خلال تعاقدها جعل الإدارة لا تقف على قدم المساواة مع الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية. ولما كان قوام قواعد القانون المدني هي المساواة بين الأفراد ، فإن نظمه ومبادئه لم تعد تتناسب مع الروابط الناشئة عن العقد الإداري .

ولعل هذا ما دفع محكمة القضاء الإداري إلى القول بأن "العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة ، وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام ، وأن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة، إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 31 مارس 1962 ، م (7) ، ص 527 .

شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد ، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين في تطبيقه وفي تفسيره وفي إنهائه"([1]) .

كما يجب أيضاً أن نحل اتفاق الطرفين محله من الأهمية . فالشروط الواردة في العقود الإدارية تلعب دوراً هاماً كمصدر لقانون العقود الإدارية . ونعني بذلك الشروط العامة للعقد الإداري ، وهي تلك التي تضعها الجهات الإدارية وتمنحها امتيازات لا مثيل لها في القانون الخاص . وهذه الشروط قد أمكن توحيدها بالنسبة للعقود الإدارية التي لها نفس المحل ، بحيث أصبحت سائر العقود المتصلة بنوع معين من الأنشطة حاوية لنفس الشروط بصرف النظر عن اختلاف الجهات الإدارية المتعاقدة .

وثمة مسألة تقتضينا أن نشير إليها . فقد يحصل أن يتضمن العقد الإداري شروطاً تخالف القانون أو اللائحة ، فما هو الحكم الواجب تطبيقه لتحديد حقوق والتزام طرفي العقد ؟

لا صعوبة إذا نص العقد على أن القانون أو اللائحة يعتبر جزء لا يتجزأ من أحكامه ، هنا يتعين على الطرفين التقيد بأحكام القانون أو اللائحة كتقيدهما بأحكام العقد. ولكن إذا تضمن العقد رغم ذلك أحكاماً تخالف تلك الواردة بالقانون ، فإن الأولوية في التطبيق يكون لما ورد بالعقد. وهذا الحل مستمد من طبيعة الأمور ، إذ أن الشروط الواردة بالعقد كانت محل مفاوضة بين المتعاقدين ، كما أنها دونت بعد القانون ولائحته ، فتعارض أحدها مع القانون يكشف عن قصد المتعاقدين في العدول عن أحكام القانون .

ويتأيد هذا الرأي إذا عرفنا أن من المبادئ المسلمة أن الخاص يقيد العام ، وبالتالي فإن الحكم الوارد بالعقد باعتباره حكماً خاصاً يقيد ما ورد بالقانون واللائحة باعتبارهما قواعد عامة .

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 2 ديسمبر 1952 ، م (7) ، ص 76 .

ولكن استثناء من هذا الحل لا يجوز للعقد أن يخالف ببنوده ما ورد بالقانون من قواعد آمرة متصلة بالنظام العام لأن هذه القواعد مبنية على اعتبارات تمس المصلحة الاجتماعية ، وبالتالي لا يجوز الخروج عليها . والقاعدة تعد آمرة إذا كانت صياغتها تدل على الأمر أو النهي أو أن الأسباب التي دفعت المشرع إلى وضعها تخلع عليها هذه الصفة ، أي عندما تكون مستندة إلى اعتبارات من النظام العام والمنفعة الاجتماعية . وترجمة لذلك قضي بأن "القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الكافة وعلمهم بمحتوياتها مفروض ، فإن أقبلوا ـ حال قيامها ـ على التعاقد مع الإدارة ، فالمفروض أنهم ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندرج في شروط عقودهم وتصير جزء لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الإلتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام ، ولما كان قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية قد نظما صرف دفعات مقدمة تحت الحساب وذلك بموافقة سلطات لها أولية معينة وردت بنص المادة 67 من اللائحة وبشرط تقديم خطاب ضمان بنكي كل ذلك بصيغة آمرة مما يعني تعلقها بالنظام العام ، ومن ثم فإنه طبقاً لما تقدم لا يجوز الإتفاق على مخالفتها في اتفاق خاص أو عقد منفصل"([1]) .

وعلاوة على ذلك تضمن قانون العقود الإدارية كثير من المبادئ التي أنشأها القضاء الإداري ، ومن قبيل ذلك نظرية الظروف الطارئة التي واجه بها القضاء نتائج العوامل والظروف المؤدية إلى قلب اقتصاديات العقد .

وليس المشرع بغافل أيضاً عن تنظيم العقود الإدارية من خلال النصوص القانونية. فنراه يصدر القانون رقم 89 لسنة 1998 لتنظيم المناقصات والمزايدات ، وقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والذي ظل مطبقاً طيلة عشرون عاماً ، والقانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزام

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1295 لسنة 34 ق ، جلسة 29 يونيه 1993 ، مجموعة الأربعين عاماً ، مبدأ 203 ، ص 380 .

المرافق العام ، ثم القانون الحالي رقم 182 لسنة 2018 بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019 والذي بمقتضاه تم إلغاء قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

مما تقدم يتضح أن هناك مصادر أربعة مختلفة نستقي منها أحكام القانون الواجب التطبيق على مختلف العقود الإدارية ، إلا أن القواعد والمبادئ التي صاغها ولا يزال القضاء الإداري لها المحل الأول بين هذه المصادر .

تعريف العقد الإداري ومعيار تمييزه : يمكن تحديد طبيعة العقد من خلال أساليب ثلاثة: فمن ناحية ، قد يتولى المشرع نفسه مهمة تحديد طبيعة العقد ، أي أن يصف القانون صراحة العقد بأنه إداري أو مدني . وتطبيقاً لذلك نص المشرع الفرنسي على اعتبار عقود إشغال المال العام عقود إدارية من خلال المرسوم 17 يونيه 1938 . من ناحية أخرى ، قد يكتفي المشرع بتحديد الجهة المختصة بنظر النزاع المتعلق بالعقد . فإذا عهد القانون بمهمة نظر النزاع بشأن عقد ما إلى القضاء الإداري ، فإن هذا العقد يعد عقداً إدارياً ، أما إذا كان من اختصاص القضاء المدني فيعد مدنياً . وهذا الأسلوب هو الذي اتبعه المشرع المصري في قانون مجلس الدولة بشأن عقود الإلتزام والتوريد والأشغال العامة . كذلك فعل المشرع الفرنسي بالنسبة للعقود المتعلقة بتنفيذ الاشغال العامة وذلك من خلال المادة 4 من قانون 28 بلوفيوز السنة الثامنة Loi de pluviôse an VIII

هذه كلها أمور بينة لا تثير صعوبة ما . إنما تثور الصعوبة في حالة إذا صمت المشرع عن وصف العقد أو لم يحدد الجهة القضائية المختصة بنظر منازعاته . فهل يعد مثل هذا العقد عقداً إدارياً ، أم يكتسي بالطابع المدني ؟

عرفت محكمة القضاء الإداري العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه "شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، وأن يظهر

نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه ، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"([1]) .

وهذا هو ما أقرته المحكمة الإدارية العليا في حكم لها قررت فيه "أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمناً شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص"([2]) .

كذلك فعلت المحكمة الدستورية العليا بمناسبة نظرها لدعوى تنازع الاختصاص، حيث أوضحت أنه "يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه ، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص"([3]) .

وفي حكم حديث للمحكمة الدستورية العليا ، قضت بأنه "وكان القانون رقم 59 لسنة 1979 بشأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة، قد أنشأ بمقتضى نص المادة 27 منه هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ومنحها الشخصية الاعتبارية العامة المستقلة، كما تضمن التنظيم القانوني الحاكم للتصرف في الأراضي والعقارات بالمجتمعات العمرانية الجديدة ، والذي تم تخصيص الأرض محل التداعي تنفيذاً له ، وحظرت المادة 9 منه على أي شخص طبيعي أو معنوي بعد صدور قرار تخصيص الأراضي المملوكة للدولة لإنشاء مجتمعات عمرانية جديدة حيازة أي جزء من الأراضي المخصصة لهذه الأغراض أو وضع اليد أو الاعتداء عليها أو إجراء أي أعمال أو إقامة منشآت أو أغراس أو أشغال بأي وجه من الوجوه إلا بإذن الهيئة ، ومنحت المادتان 10 و14 من القانون مجلس إدارة الهيئة سلطة إزالة التعديات والمخالفات بالطريق الإداري ، وخوّل نص المادة 16 من هذا

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 2 يونيه 1957 ، م (11) ، ص 493 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 21 فبراير 1987 ، م (32) ، ص 853 .

([3]) . المحكمة الدستورية العليا ، جلسة 19 يناير 1980 ، م (1) ، ص244 .

القانون الهيئة في سبيل اقتضاء حقوقها سلطة اتخاذ اجراءات الحجز الإداري طبقاً لأحكام القانون المنظم لذلك، وتناولت اللائحة العقارية الخاصة بهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة والأجهزة التابعة لها الصادرة بقرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم 14 لسنة 1994 المعدلة بالقرار رقم 3 لسنة 2001 ، الأحكام التفصيلية الخاصة بالتصرف في تلك الأراضي والعقارات ، وناطت المواد 4 و5/7 و6/1 و2 منها باللجنة الرئيسية المشكلة بقرار من رئيس مجلس إدارة الهيئة من شاغلي الوظائف القيادية بها، بالإضافة إلى الخبراء في مجال عملها ، وبناء على توصية اللجان المختصة، تخصيص الأراضي والعقارات وتحديد أسعارها ، ومنحت المادة 17 منها اللجنة الرئيسية المشار إليها ، وبناء على توصية اللجان الفرعية ـ المشكلة بكل جهاز مجتمع عمراني، طبقاً لنص المادة 5 من اللائحة ـ سلطة إلغاء التخصيص في الحالات التي عينتها المادة 16 من اللائحة ، والتي تعود في مجملها إلى طلب صاحب الشأن أو مخالفة شروط التخصيص ، ولم تجز المادة 39 من اللائحة المعدلة بالقرار رقم 194 لسنة 2003 ، كقاعدة عامة تحرير عقد بيع نهائي بالنسبة للأراضي والعقارات إلا بعد سداد كامل قيمة الأرض أو العقار ، وبشرط أن يكون صاحب الشأن قد حصل على رخصة البناء ، وأقام مشروعه بالنسبة لأراضي الإسكان ، وهذه الأحكام جميعها يلتزم بها صاحب الشأن، طبقاً لنص البند (ز) من المادة 13 من اللائحة التي تنص على أن يتضمن إخطار التخصيص البيانات الآتية : ... الإلتزام بجميع الأحكام والقواعد زالشروط المنصوص عليها في هذه اللائحة، بما لازمه اعتبار أحكام اللائحة المذكورة جزءاً لا يتجزأ من قرار التخصيص وشروطه، بحيث يلتزم بها صاحب الشأن والهيئة باعتبارها الشروط والقواعد الحاكمة للعلاقة العقدية بينهما في مختلف مراحلها ، وهي شروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، وتدل على انتهاج الهيئة لوسائل القانون العام، وتمتعها في هذا الشأن بمظاهر السلطة العامة. متى كان ذلك ، وكان البين من محضر التسليم المؤقت لقطعة الأرض محل التداعي بتاريخ 20 مارس 1999 المخصصة لغرض صناعي، أنه تضمن ضرورة التزام الشركة المدعية بتنفيذ الاشتراطات الواردة بكراسة الشروط المرفقة ، فضلاً عن التزامها بالانتفاع بالأرض

في الغرض المخصصة له ، وما تصدره سلطة جهاز تنمية مدينة السادات حالاً أو مستقبلاً من قواعد في هذا الشأن ، وفي حالة المخالفة يحق لسلطات المدينة أن تزيل أسبابها أو تلغي التخصيص ، دون حاجة إلى اتخاذ أية اجراءات قضائية ، فضلاً عن عدم اعتبار التخصيص نهائياً إلا بعد اتخاذ الشركة المدعية الخطوات الجدية بصدد مشروعها ، وكذلك يحظر عليها التصرف في الأرض بأي وجه من الوجوه إلا بعد موافقة سلطات جهاز مدينة السادات ، ومما سبق يُخرج العلاقة بين هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة وبين الشركة المدعية في شأن الأرض موضوع النزاع من نطاق علاقات القانون الخاص ، لتندرج ضمن علاقات القانون العام، وذلك بما تضمنه العقد محل التعاقد من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص، لتضحى المنازعة الماثلة التي تدور حول أحقية المدعى عليه الأول في تحصيل فروق ثمن الأرض التي تم تخصيصها للشركة المدعية، وفوائد تأخير سداد أقساط هذا الثمن، منازعة إدارية ينعقد الاختصاص بالفصل فيه لمحاكم مجلس الدولة..." ([1]).

ومن هذه الأحكام يمكن استنتاج معيار العقد الإداري . هذا المعيار نتلمسه في اتصال العقد بمرفق عام مع احتوائه على شروط استثنائية ليس لها نظير في روابط القانون الخاص . وسنعرض فيما يلي لمقومات هذا المعيار .

(***أولاً***) ***أن تكون الإدارة طرفاً في العقد*** . لا شك أن العقد لا يكون إدارياً إلا إذا كانت الإدارة أحد طرفيه([2])، فقواعد القانون الإداري ومبادئه نشأت لتتمشى مع أهداف الإدارة وطبيعة نشاطها . ويترتب على هذا العنصر عدة نتائج ملموسة منها :

([1]) . المحكمة الدستورية العليا ، الدعوى رقم 3 لسنة 44 تنازع ، جلسة 7 يوليه 2024 .

([2]) . أنظر : T.C., 21 Mars 1983, U.A.P. AJDA. 1983.P. 356.
حيث أكدت محكمة التنازع بأن العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام يُعد من حيث المبدأ عقداً إدارياً : contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif

*- أن العقد لكي يكون إدارياً ، فضلاً على كون الإدارة طرفاً فيه ، فإنه يتعين عليها أن تتعاقد بوصفها سلطة عامة ، فإذا تعاقدت كشخص من أشخاص القانون الخاص ، فإن العقد يظل خاضعاً لقواعد القانون المدني . ومن اليسير تفهم ذلك ، فتطبيق القانون العام يتوقف على عدم تكافؤ طرفي العقد في السلطات والامتيازات ، فإذا تخلت الإدارة عن امتيازاتها وسلطتها وأصبحت كالأفراد سواء بسواء ، فلا محل لتطبيق القانون العام .

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "إذا أعلنت وزارة المعارف عن مسابقة في شراء حق التأليف في كتب بشروط معينة لتدريسها في المدارس الثانوية ، فإنها لا تكون قد فعلت ذلك بوصفها سلطة عامة وإنما باعتبارها شخصاً معنوياً ، ولا يغير من طبيعة هذا النزاع أن الكتب المقدمة فحصتها لجان فنية شكلت لهذا الغرض ، ذلك لأن هذه اللجان بحكم تكوينها وطبيعة عملها لا تعدو أن تكون هيئات داخلية استشارية رأت الوزارة الاستعانة برأيها الفني قبل الإقدام على شراء حق التأليف"([1]) . وقضي كذلك بأن "تعاقد وزارة الأوقاف مع مقاول مباني لا يسبغ على العقد الطابع الإداري ، طالما أنها لم تتعاقد كسلطة عامة وإنما بوصفها ناظرة على وقف أي كشخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص"([2]) . كما قضي بأن "عقد التأمين المبرم بين الإدارة وإحدى شركات التأمين يعتبر عقداً خاصاً بطبيعته ما دامت أحكامه تخضع للقانون الخاص كعقد العمل أو عقد النقل البحري سواء بسواء بالإضافة إلى أن جهة الإدارة ارتضت نموذج العقد الذي قدمته شركة التأمين المختصة فأبانت بذلك الجهة الإدارية صراحة عن اعتبارها العقد المذكور يخضع للقانون الخاص ، وينبني على ذلك عدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظر الدعوى"([3]) .

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 16 ديسمبر 1947 ، م (2) ، ص 163 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 21 فبراير 1987 ، م (32) ، ص 853 .

([3]) . محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم 56 لسنة 2 ق ، جلسة 6 أكتوبر 1960 .

*- يتحول العقد الإداري إلى عقد مدني إذا زالت الصفة الإدارية عن أحد طرفيه([1]) . لأن قواعد القانون العام تطبق على الأشخاص العامة بسبب ما تهدف إليه من مصلحة عامة، فإذا زالت صفة الشخص العام عن المتعاقد أصبح من أشخاص القانون الخاص فتطبق عليه أحكامه ، حتى لو كان العقد متضمناً لشروط غير مألوفة في القانون الخاص .

وإذا حدث العكس بأن كان العقد بين شخصين من اشخاص القانون الخاص، فهل يتحول العقد إلى عقد إداري بمجرد تحول أحد طرفيه إلى شخص عام؟ أجابت محكمة القضاء الإداري على هذا السؤال بالإيجاب ، وكان ذلك بمناسبة عقد أبرمته شركة مساهمة مع شخص خاص ثم تحولت هذه الشركة إلى مؤسسة عامة . وفي تبرير هذا القضاء أشارت المحكمة إلى أن "من شأن تغيير طبيعة الشخص المعنوي 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 الذي أصبح إدارياً نتيجة حلول الإدارة محل أحد طرفيه من وضعه الإداري ، إلا إذا أفصحت الإدارة عن رغبتها في اتباع وسائل القانون الخاص في تنفيذ العقد"([2]).

ونحن من جانبنا نرى غير ذلك ، لأن العقد المبرم كان عقداً خاصاً خالياً من الشروط الاستثنائية وكان طرفاه متكافئين وعلى قدم المساواة ، فإذا تحول أحد طرفيه إلى شخص عام ، فإن العقد يبقى خاصا طالما لم يصاحبه تغيير في شروطه ولم يتضمن أحكاماً غير مألوفة . فإذا أراد الشخص العام أن يعدل من العقد ويضيف إليه ما يمنحه سلطات وامتيازات ، فإننا سنكون بصدد عقد جديد مختلف عن العقد الأول الذي أبرمه

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 1386 لسنة 33 ق ، جلسة 18 يناير 1994 ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء 49 ، ص 43 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، القضية رقم 675 لسنة 16 ق ، جلسة 29 مارس 1964 ، مجموعة الأحكام في خمس سنوات (1961 - 1966) ، ص 315 .

قبل تحوله إلى شخص عام ، في هذه الحالة يمكن اعتبار العقد الجديد عقداً إدارياً إذا استوفى باقي الشروط والضوابط .

*- يبقى العقد محتفظاً بطبيعته الإدارية رغم إبرامه بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، متى قام المتعاقد بتنفيذ مهام تعد بطبيعتها من شأن الدولة أو أن المتعاقد تصرف لحساب الدولة Action pour le compte de.... . ويعد حكم محكمة التنازع الصادر في 8 يوليه 1963 تطبيقاً لهذا الفرض ، وهو ما يعرف بحكم شركة منشأة بيرو Société entreprise Peyrot ضد شركة طريق السيارات استيريل - كوت دازور Esterel-Côte d'Azur وهي شركة اقتصاد مختلط ، حيث أبرمت شركة استيريل عقداً مع الدولة بمقتضاه تقوم بإنشاء طريق وطني لصالح الدولة . فقامت الشركة في وقت لاحق بابرام عقدا مع شركة بيرو (شركة تخضع للقانون الخاص) لتنفيذ هذا الطريق . ولا شك أن العقد الأخير رغم إبرامه بين شركتين خاصتين ، إلا أنه يُعد - ضمنياً - كأنه أبرم لحساب أو لصالح الدولة فيعتبر عقداً إدارياً طالما كان محل العقد ينتمي للمهام التي بطبيعتها تخص الدولة مثل إنشاء الطرق. وفي هذا تقول محكمة التنازع الفرنسية :

« La construction de routes nationales ou d'autoroutes a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État ; les contrats passés en vue de cette construction sont soumis aux règles du droit public. »([1])

كذلك يُعد العقد إدارياً إذا أبرم بين شخصين ينتميان إلى القانون الخاص طالما أن أحدهما تصرف باسم ولحساب شخص معنوي عام استنادا إلى وجود تفويض أو نيابة un mandat. ويؤيد هذا النظر - في اعتقادنا - أن النيابة تجعل آثار العقد الذي أبرمه المتعاقد النائب تنصرف حالاً ومباشرة إلى الإدارة التي حصلت النيابة عنها كما لو كان العقد قد تم بمعرفتها . فمتى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة

([1]) . أنظر :
T.C., 8 juillet 1963, Entreprise Peyrot contre Société de l'autoroute Esterel-Côte-d'Azur

لحساب الإدارة ومصلحتها ، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها([1]) .

وتطبيقاً لذلك انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن "شركة شل في العقدين موضوع النزاع إنما تعاقدت لحساب ومصلحة الحكومة ، فلا نزاع في أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وفي أنهما اتبعت فيهما وسائل القانون العام ، متى كان الأمر كذلك ، فإن العقدين المشار إليهما على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية"([2]).

وقضي كذلك باختصاص مجلس الدولة بعقد الانتفاع بكازينو في منطقة الشاطئ بالمعمورة والمبرم بين شركة المعمورة للإسكان والتعمير بوصفها نائبة عن الدولة في إدارة واستغلال شاطئ المعمورة وأحد الأفراد ، لكونه ينطوي على شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ويتصل بنشاط مرفق عام([3]).

على أنه إذا لم يعلن المتعاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد لحساب الدولة أو بصفته نائباً عنها ، فإن أثر العقد لا يُضاف إلى الدولة ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الدولة (الأصيل) أو النائب . ويعتبر من القرائن القوية على علم المتعاقد بوجود النيابة كون المتعاقد من التجار الذين يحترفون تنفيذ الأعمال محل العقد ، أو أن يكون الهدف الأساسي للمتعاقد هو تحقيق ربح دون أن يعتد بشخص المتعاقد معه قدر اعتداده بملاءمة شروط العقد لمصلحته ، أو أن شروط العقد قد تم وضعها من قِبل المتعاقد معه بعد إقرارها من الإدارة، إذ في تصرف المتعاقد على هذا النحو ما يدل على علمه بالنيابة . وعلى المتعاقد الذي يدعي عدم علمه بصفة المتعاقد معه وأنه نائب عن الإدارة أن يثبت جهله بذلك .

([1]) . أنظر : T.C., 16 mai 1983, Comp.toulousaine de transport, R.778.

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 7 مارس 1964 ، م (9) ، ص 763 .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 605 لسنة 23 ق ، جلسة 26 يناير 1980 .

*- العقود التي تُبرم بين أشخاص القانون الخاص ولحسابهم تحتفظ بطبيعتها المدنية (أنظر حكم محكمة التنازع الفرنسية في 3 مارس 1969 Soc. Interlait) ، حتى لو تضمنت شروطاً غير مألوفة أو كانت تستهدف تنفيذ أشغال عامة([1]) . فالقانون المدني لا يحظر على الأفراد أن يعقدوا فيما بينهم أي نوع من أنواع العقود وهم لا يلزمون، في حالة ما إذا كان العقد من بين العقود الواردة في القانون باتباع القواعد المنظمة له إلا إذا كانت من القواعد الآمرة. وبذلك يمكن للأفراد أن يتفقوا في عقودهم على وجود شروط غير مألوفة في القانون المدني طالما أنها لم تخالف قواعده الآمرة ويبقى العقد رغم ذلك تحت مظلة القانون الخاص .

*- ويلاحظ أخيراً أن الطبيعة الادارية للعقد تتحقق طالما أن الشخص الخاص تم إنشائه بمبادرة من شخص عام ويتحكم الأخير في تنظيمه وتشغيله ويزوده بمعظم موارده . ويمكن أن يشهد على هذا الفرض الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 21 مارس 2007 الخاص ببلدية بولون بيلانكور ضد شركة Mayday للأمن([2]).

وتتحصل وقائع هذا الحكم في أنه بموجب عقد أبرم في 10 أغسطس 1989 بين جمعية تسيير حلبة التزلج على الجليد والمسبح في بولون بيلانكور وشركة Mayday، حيث عهدت الأولى إلى الثانية بالمراقبة ومهمة أمنية لحلبة التزلج . وعلى إثر التسوية القضائية في 28 يوليو 1996 طلبت الشركة من بلدية بولون بيلانكور سداد الخدمات غير المدفوعة من قبل الجمعية. وفي 9 ابريل 2002 أمرت المحكمة الإدارية بباريس بلدية بولون بدفع المبلغ المطلوب للشركة . ولم تتقبل البلدية هذا الحكم ، فقامت باستئنافه، إلا أن محكمة الاستئناف الإدارية بباريس قضت في 20 ابريل 2005 برفض الطعن . ولما رفع النزاع إلى مجلس الدولة ليقضي في الموضوع ، أقر الأخير بالطبيعة الإدارية للعقد المبرم بين الجمعية والشركة ، رغم كون الطرفين من أشخاص القانون الخاص .

([1]) . المحكمة الدستورية العليا ، جلسة 5 يناير 1991 ، م (5) ، ص 536 .

([2]) . أنظر : CE, du 21 mars 2007, Commune de Boulogne – Billancourt, n° 281786.

وفي تبرير قضائه أعلن المجلس أنه عندما يتم إنشاء شخص خاص بمبادرة من شخص عام يتحكم في تنظيمه وتشغيله ويزوده بمعظم موارده، فيجب اعتبار هذا الشخص الخاص شفافًا والعقود التي يبرمها لتنفيذ مهمة المرفق العام المنوطة بها ـ هي عقود إدارية

Considérant que lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme **transparente** et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs

وهذا الذي خلص إليه الحكم بديهي ومنطقي . فالشخص الخاص هنا لا يتمتع بأي استقلال إزاء الشخص العام ، لا من حيث النشأة ولا التنظيم ولا الموارد ، فكلها أمور تربطه بالشخص العام على نحو يجعله كأنه شخص شفاف يمكننا أن ننظر من خلاله إلى الشخص العام نفسه. وبالتالي تعد العقود التي يبرمها ـ متى تحققت الشروط الأخرى ـ عقود إدارية .

(ثانياً) أن يتصل العقد بمرفق عام service public، سواء لتنظيمه أو لتسييره .

يتعين لإسباغ الصفة الإدارية على أي عقد أن يكون موضوعه مرفق عام . واصطلاح المرفق العام قد ينظر إليه من زاوية عضوية ، وفي هذه الحالة يعني الهيئة أو المنظمة القائمة بالخدمة أو المشروع . وبالمقابل قد ينظر إلى المرفق من ناحية موضوعية ومن ثم يكون المرفق هو مشروع يحقق مصلحة عامة عن طريق الخدمات التي يقدمها بصرف النظر عن طبيعة القائم به([1]) .

([1]) . وطبقاً للمعيار المختلط الذي يمزج المعيار العضوي بالمعيار الموضوعي فإن المرفق العام هو كل مشروع تنشؤه الدولة بقصد إشباع حاجات عامة للجمهور ، بحيث تعجز المشروعات الفردية عن تحقيقه على وجه مُرضٍ ، فتتولاه الإدارة العامة وتديره إما بنفسها مباشرة أو تعهد به إلى أفراد يديرونه تحت إشرافها وتوجيها .

ويلوح لنا أن المعيار الموضوعي هو السائد في القضاء بصدد العقود الإدارية ، ويظهر هذا جلياً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قضية الزوجين "برتان" حيث تعهد الزوجان بعقد شفوي بكفالة تغذية الرعايا السوفييت المقيمين بأحد مراكز إعادة التوطين في انتظار عودتهم إلى روسيا مقابل مبلغ جزافي . ولا شك أن إعادة ترحيل الرعايا الأجانب وإيواؤهم قبل رحيلهم يدخل في اختصاص الدولة ، فهي مهمة قد تؤدي إلى مسئوليتها الدولية ، ومن ثم يعد مرفقاً عاماً. فإذا تعهدت الدولة بتنفيذه إلى شخص فإن العقد يكون إدارياً([1]) .

وقد سار مجلس الدولة المصري في هذا الاتجاه ، حيث أدرجت محكمة القضاء الإداري الروابط القائمة بين الحكومة والجمعيات التعاونية المنتشرة في المدن والقرى في دائرة العقود الإدارية ، بحجة أن استهداف الحكومة مكافحة الغلاء وضمان وصول السلع الضرورية للمعيشة إلى أيدي المستهلكين بأسعار معقولة من خلال هذه الجمعيات دون نظر إلى تحقيق الربح ما دامت الحكومة ستعوضها عن خسائرها ، يحقق مصلحة عامة هي مكافحة الغلاء([2]) .

ولا شك أن تبني المعيار الموضوعي للمرفق العام من شأنه أن يوسع من نطاق العقود الإدارية المتصلة به ، فلا تقتصر على العقود المتصلة بالمرافق الإدارية فقط ، بل ستمتد أيضاً إلى بعض العقود المتصلة بالمرافق الاقتصادية . وتفصيل ذلك أن المرفق الاقتصادي يمارس أنشطة اقتصادية من نوعية الأنشطة التي يمارسها الأفراد العاديين . وحتى تتمكن الإدارة من منافسة النشاط الفردي المقابل لها فإنها تخضع مرفقها الاقتصادي لنفس الظروف التي يمارس فيها الأفراد نشاطهم سواء من ناحية التنظيم أو من ناحية القواعد التي تحكمها . في هذه الحالة فإن العقود المرتبطة بهذه المرافق تخضع للقانون الخاص وتعتبر عقوداً مدنية . ولكن إذا دعت الحاجة إلى تضمين العقود التي تبرمها

([1])- CE. Sect. 20 avril 1956, Epoux Bertin, Rec. P. 167.

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 6 يناير 1963، المبادئ في خمس سنوات (1961-1966) ، ص 147 .

المرافق الاقتصادية شروطاً مغايرة في طبيعتها لتلك التي تشتمل عليها عقود الأفراد ، فأنها تصبع عقوداً إدارية .

وتطبيقاً لذلك قضي بأن "العقد مثار النزاع قد أبرم بين الهيئة المدعية ـ الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية ـ والمدعى عليه بقصد الاستفادة من خدمة المرفق الاقتصادي الذي تديره الهيئة ، دون أن تكون له أدنى صلة بتنظيم المرفق أو تسييره ، فإنه يخضع للأصل المقرر في شأن العقود التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص لانتفاء مقومات العقود الإدارية فيها ، وبالتالي يكون العقد موضوع الدعوى عقداً مدنياً"([1]) . وقضي كذلك بأن عقد اشتراك التليفون يعتبر من عقود القانون الخاص التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية والمنتفعين بخدماتها([2]) . وعكس ذلك قضي بأن العلاقة القائمة بين الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية والشخص المتعاقد معها على تركيب كابينة تلغراف أو تليفون أهلي علاقة عقدية مصدرها القانون العام ، اتصال العقد بنشاط مرفق عام كما يعتبر الشخص المتعاقد مع الهيئة مساهماً في تسيير مرفق عام وانطواء العقد على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص واتصاله بتسيير مرفق عام يجعله من العقود الإدارية([3]) .

وقد يتبادر إلى الذهن خطأ أنه يكفي اتصال العقد بمرفق عام حتى يعتبر عقداً إدارياً دون حاجة إلى بحث تضمنه لشروط استثنائية من عدمه . ويدفع إلى هذا الوهم صدور بعض الأحكام القضائية سواء من مجلس الدولة الفرنسي أو نظيره المصري تكتفي بمعيار المرفق العام لتمييز العقد الإداري .

([1]) . المحكمة الدستورية العليا ، جلسة 19 يناير 1980 ، م (1) ، ص 244 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 182 لسنة 29 ق، جلسة 28 ديسمبر 1985، س 31، ص 46.

([3]) . المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 732 لسنة 28 ق ، جلسة 14 مايو 1988 ، س 33 ، ص 66.

ومن قبيل ذلك ما قرره القضاء الفرنسي في قضية الزوجين "برتان" حيث تم إيواء المواطنين السوفييت الذين كانوا موجودين في فرنسا عند التحرير في مراكز لإعادة التوطين وضعت تحت سلطة وزارة قدماء المحاربين . وفي 22 نوفمبر سنة 1944 تعهد الزوجان برتان بإيوائهم بعقد شفوي أبرم مع رئيس المركز نظير مبلغ جزافي قدره 30 فرنكاً عن كل رجل في اليوم . وفي أول ديسمبر طلب رئيس المركز من الزوجين تقديم طعام إضافي ولكن وزير المحاربين رفض أداء قيمة المبلغ المستحق عن الإضافة . وقد عرضت القضية على مجلس الدولة الذي أنكر عليه الوزير اختصاصه . وقرر المجلس اختصاصه بالنزاع نظراً لارتباط العقد بمرفق عام، وهذا يكفي لإضفاء الصفة الإدارية عليه ، دون حاجة إلى بحث اشتماله على شروط غير مألوفة في القانون الخاص([1]) .

وما قرره القضاء المصري من أن "قاعدة ضرورة اطراد سير المرفق تتطلب في الحقيقة أن تطبق على الأشخاص الذين يساهمون في تسييره قواعد معينة لا يجب تعليق تطبيقها على وجود أو تخلف شروط غير مألوفة في العقد المبرم بين الشخص المعنوي العام (الإدارة) وبين الأفراد المعاونين له خاصة إذا توافرت للمرفق أهمية خاصة أو بلغت معاونة الفرد المتعاقد مع الإدارة درجة كبيرة ، فإن معيار العقد الإداري يكون حينئذ معياراً مفرداً قائماً بذاته لا ضرورة لبحث شروطه من ناحية ما إذا كانت تتضمن استثناءات غير مألوفة في القانون الخاص"([2]) .

على أن ذلك كله لا ينفي كون العقد قد أبرم في ظروف تعد بمثابة استثناء على ما هو مألوف في العقود الخاصة . فوزير المحاربين في قضية الزوجين "برتان" أخذ على عاتقه بعد الحرب إيواء رعايا الحلفاء الذين تتخذ إجراءات ترحيلهم إلى أوطانهم ، لذلك أنشأ في مدينة "مو" مركزاً للرعايا السوفييت ، وكان يستطيع أن يحتفظ بالإدارة كاملة ، وأن يستدعي لتغذية المأويين موردين يتكفلون بتقديم المواد الغذائية اللازمة للمعيشة وعمال

([1])- CE. Sect. 20 avril 1956, Epoux Bertin, Rec. P. 167.

([2]) ـ محكمة القضاء الإداري ، جلسة 27 يناير 1963 ، المبادئ في خمس سنوات (1961ـ1966) ، ص 164 .

يهيئون الغذاء ، وكانت العقود التي ستبرم مع هؤلاء ستكون ذات طبيعة خاصة ، إلا أنه اختار أن يتخلص من مهمته فعهد إلى الزوجين "برتان" مقابل أجر جزافي بمجموع هذه المهام . وهكذا ترك لهما الوزير ليس فقط مهمة أن يقدما للمرفق الوسائل الضرورية لإتمامه ، ولكن أيضاً مهمة التنسيق والإدارة المعهود بها إليه. في ظل هذه الملابسات هل يُعقل أن يسبغ هذا العقد بالطابع المدني ؟!

أما حيثيات الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري فتشير إلى الاكتفاء باتصال العقد بمرفق عام حتى يتصف بالطابع الإداري في فرضين : الأول إذا كان المرفق العام توافرت له أهمية خاصة ، والثاني أن تبلغ معاونة الفرد المتعاقد مع الإدارة درجة كبيرة . والحقيقة أنه في الفرضين توجد دلالة على أن الظروف والملابسات المحيطة بالعقد تدفع إلى خضوع العقد لقواعد القانون العام . فمما لا شك فيه أن الإدارة ستتسلح بامتيازاتها وسلطاتها حال تعاقدها مع الأفراد متى اتصل العقد بمرفق له أهمية خاصة لديها . كما أن مشاركة الفرد المتعاقد في تنفيذ أعمال المرفق مشاركة وثيقة تبرر منحه امتيازات غير مألوفة في العقود الخاصة .

أياً كان الأمر فإن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام يأخذ أكثر من مظهر :

*- عقد تفويض في إدارة مرفق عام أو الاشتراك في تنفيذ المرفق العام ذاته Contrat d'habilitation à gérer un sevice public ou d'association à l'exécution même du service public. ويعد حكم الزوجين "برتان" مثالاً لهذا الفرض ، وليس لنا أن نضيف هنا إلى ما قلناه في هذا الصدد فنكتفي إذن بالإحالة إليه.

*- عقد توظيف شخص في مرفق عام إداري يديره شخص عام . Contrat de recrutement d'une personne dans un service public à caractère administratif géré par une personne publique .

ومن الأحكام التي تبنت هذا الفرض حكم "بيركاني" Berkani لمحكمة التنازع الصادر في 1996. ويتعلق الحكم بنزاع بين السيد بيركاني والمركز الإقليمي للأعمال الجامعية والمدرسية Centre Régional des Œuvres Universitaires et

Scolaires (CROUS) في ليون سانت إتيان Lyon–Saint–Etienne ، حيث كان الأول يعمل مساعد بالمطبخ التابع للمركز الثاني قبل فصله من العمل . ونتيجة لرفضه قرار الفصل رفع بيركاني قضيته أمام مجلس التحكيم Conseil des prud'hommes بليون مطالباً التعويض عن الفصل غير القانوني. بيد أن محافظ منطقة رون ـ ألب Rhône-Alpes رفض اختصاص مجلس التحكيم بنظر النزاع . ولما وصل النزاع ساحة محكمة التنازع قررت بأن الموظفين غير القانونيين الذين يعملون لحساب مرفق عام ذو طبيعة إدارية هم وكلاء متعاقدون بموجب القانون العام مهما كانت وظائفهم ومرتبطون بهذا المرفق بعقد إداري.

Tout contrat de recrutement en vertu duquel une personne travaille pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique est un contrat administratif. L'agent signataire d'un tel contrat a nécessairement la qualité d'agent public([1]).

ورغم أهمية قرار بيركاني ، إلا أن مجاله يبقى محصوراً في المرفق العام الإداري الذي يديره شخص عام ، وبمفهوم المخالفة ، فإن الموظفين الذي يعملون لصالح مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية وتجارية يبقى خاضعاً لأحكام القانون الخاص ، ومن ثم اختصاص القضاء المدني .

*ـ العقد المبرم مع أحد المنتفعين بخدمات مرفق عام إداري([2]). وبخلاف ذلك يعد العقد المبرم مع المستفيد بخدمات مرفق عام صناعي وتجاري عقداً خاصاً .

هكذا يتصل العقد بالمرفق العام بنماذج شتى ، منها : عقد تفويض في إدارة إنشاء وتنظيم واستغلال وتنفيذ المرفق العام مثل عقود الإلتزام والأشغال العامة . ومنها

([1])- TC. 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon, n° 03000.

([2])- CE, 6 mai 1985, Ricard, n° 47861. CE. Sect. 20 avril 1956, Epoux Bertin, Rec. P. 167.

اشتراك المتعاقد مباشرة في تنفيذ المرفق العام أو تسييره مثل عقود التوريد والنقل وعقود ايجار الخدمات .

فإذا اختفت الرابطة بين العقد والمرفق العام، ارتفعت الطبيعة الإدارية عنه واكتسى بالطابع المدني . لذلك قضي بأن العقد المتعلق ببيع الوحدات السكنية التي تقيمها الإدارة للأفراد لا يعتبر عقداً إدارياً يدخل في اختصاص محاكم مجلس الدولة([1]) . وقضي أيضاً بأن العقد المبرم بين الإدارة العامة لأملاك الدولة الخاصة والطاعن وموضوعه بيع قطعة أرض زراعية له لا يعتبر عقداً إدارياً لعدم اتصاله بمرفق عام([2]) .

(ثالثاً) **أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية des clauses exorbitantes غير مألوفة في القانون الخاص ، أي أن يخوّل العقد أطرافه امتيازات أو يضع على عاتقهم أعباء تختلف في طبيعتها عن تلك التي يمكن للأفراد الإتفاق عليها في نطاق القانون الخاص.**

وأول ظهور قضائي لهذا الضابط كان مع حكم السيد "تريبه" سنة 1903 ، ورغم أن الحكم لم يشر إليه صراحة ، إلا أن تقرير مفوض الحكومة "روميو" تضمن إشارة صريحة إليه .

وتدور وقائع هذا الحكم في أن مجلس أحد الأقاليم اتخذ قراراً يقضي بمكافأة كل من يثبت أنه أعدم "حية" . فتوجه السيد تريبه إلى مدير المركز للحصول على مكافآته ، إلا أن الأخير رفض بحجة نفاذ الإعتماد المخصص . فحمل السيد "تريبه" قرار الرفض إلى ساحة مجلس الدولة مطالباً بإلغائه نظراً لمخالفته للعقد الذي أبرمه مع صائدي الحيات. وفي دفاعه أوضح مدير المركز أن المنازعة ليست من اختصاص مجلس الدولة . وفي تعقيبه على هذا الدفاع أوضح مفوض الحكومة السيد "روميو" أنه في "اللحظة التي نكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها ، سواء تعلق الأمر بمصالح

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 5811 لسنة 42 ق ، جلسة 24 نوفمبر 1998 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2054 لسنة 48 ق ، جلسة 24 مارس 2007 .

قومية أو محلية ، فلا يمكن اعتبار إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني" . وفي تفصيل ذلك وضع المفوض مبدأ عاماً ثم أدخل عليه استثناء . فالمبدأ هو أن "كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق بمعناها الحقيقي، سواء أكانت مرافق عامة أو محلية ، يكوِّن عملية إدارية ، وبالتالي تعد بطبيعتها من اختصاص القضاء الإداري ، فكل الدعاوى بين الأشخاص العامة والغير أو بين هذه الأشخاص العامة نفسها، مستندة إلى تنفيذ مرفق عام أو عدم تنفيذه أو سوء تنفيذه ، من اختصاص القضاء الإداري".

ولكن ـ وهذا هو الاستثناء ـ "يظل مفهوماً أنه يجب الاحتفاظ للأقاليم والبلديات كما هو الأمر بالنسبة للدولة بالظروف التي يجب فيها اعتبار الإدارة تتصرف في نفس أوضاع فرد بسيط فتخضع للقواعد نفسها وكذلك للمحاكم نفسها. وهذه التفرقة بين ما اقترح تسميته بالإدارة العامة والإدارة الخاصة يمكن أن تتم إما على أساس طبيعة المرفق محل النظر، وإما على أساس القرار الذي يتعين تقديره. فقد يكون المرفق مع أهميته لشخص عام لا يتعلق إلا بإدارة دومينه الخاص؛ وفي هذه الحالة يعتبر الشخص العام يتصرف، كشخص خاص، كمالك في أوضاع القواعد العامة. ومن جهة أخرى قد يحدث أن الإدارة وإن تصرفت لا كشخص خاص ولكن كشخص عام لمصلحة مرفق عام بالمعنى الحقيقي لا تتمسك بالإفادة من مركزها كشخص عام وتضع نفسها باختيارها في نفس أوضاع الفرد"

وأخذ المجلس بما انتهى إليه المفوض ولكن في عبارة مقتضبة ، حيث قرر اختصاصه بنظر النزاع لأنه برفض المدير قبول الطلب الذي عُرِض عليه نشأت بين الأطراف منازعة يختص مجلس الدولة بالنظر بها([1]) .

وهكذا وضع تقرير مفوض الحكومة أول أساس لضابط الشروط الاستثنائية لتمييز العقد الإداري ، وذلك من خلال التمييز بين ما سمي بالإدارة العامة حال استخدام الإدارة لسلطتها وامتيازاتها ، وبين ما سمي بالإدارة الخاصة إذا ما قنعت الإدارة بالبقاء في نطاق علاقات الأفراد بعضهم ببعض وفي أوضاع القانون الخاص .

([1])- CE. 6 février 1903, Terrier, Rec. P. 94.

وحسم حكم "شركة الجرانيت البورفيرويد بفوج" سنة 1912 المسألة ، حيث طالبت شركة الجرانيت Société des Granits porphyroides des Vosges بمبلغ مالي تم خصمه من قبل مدينة ليل من قيمة ثمن توريد البلاط باعتبارها غرامة بسبب التأخر في التوريد . إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أعلن "أن العقد المبرم بين مدينة ليل وشركة الجرانيت خلا من أي أشغال تنفذها الشركة وكان محله الوحيد التوريد عند التسليم ، حسب قواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد ، وأنه على هذا الوجه فإن الطلب المذكور يثير منازعة لا يختص القضاء الإداري بنظرها"([1]) .

وبهذا الحكم عدل مجلس الدولة الفرنسي عن قضائه السابق في قضية "تيرون" Thérond عام 1910 والذي كان يؤدي إلى اعتبار كل عقد تبرمه الإدارة بقصد كفالة مرفق عام عقداً إدارياً([2]) حتى لو لم يتضمن أي شرط غير مألوف في القواعد العامة. فالعقد الذي ابرمته مدينة مونبلييه مع السيد تيرون كان يدور حول منح الأخير وحده ومنفرداً امتياز إمساك وحبس الكلاب الضالة وجمع الحيوانات النافقة وبالتالي فهو عقد "إجارة أشخاص". ورغم الطابع المدني للعقد، إلا أن المنازعات الخاصة به تدخل في اختصاص القضاء الاداري نظراً إلى الغرض الذي يستهدفه العقد. فمدينة مونبلييه تصرفت من أجل صحة السكان وطمأنينتهم، وبذلك كان هدفها تحقيق مرفق عام .

ولكن متى يعد الشرط استثنائياً ؟

الشروط الاستثنائية تطلق على الشروط الواردة بالعقد الإداري وغير معتاد استعمالها في العلاقات بين الأفراد . وذلك كأن تمنح طرفي العقد حقوقاً أو تحملهما التزامات غير مألوفة عن تلك التي يمكن أن يقبلها برضىً حر أي فرد في نطاق القانون الخاص([3]) .

([1])- CE. 31 juillet 1912, Société Des Granits Porphyroïdes Des Vosages, Rec. P. 909 .

([2])- CE. 4 mars 1910, Thérond, Rec. P. 193 .

([3])-T.C, 13 octobre 2014, SA Axa IARD, requete numéro 3963.

ومفاد ذلك أن الشروط الاستثنائية قد تكون في صالح الإدارة أو في صالح المتعاقد معها([1]) .

ومن أمثلة الشروط المقررة لمصلحة الإدارة قيام الأخيرة بإدخال تعديلات على شروط العقد في أي وقت دون اشتراط موافقة الطرف الآخر ، الأمر الذي يمثل خروجاً على القاعدة المعمول بها في القانون الخاص والتي تقضي بأنه لا يجوز إدخال أي تعديل على العقد إلا باتفاق الطرفين . ونفس الطبيعة الاستثنائية تتحقق إذا قامت الإدارة بتوجيه المتعاقد أو متابعته أو مراقبة تنفيذ العقد أو توقيع غرامة تأخير عليه أو سحب العمل من المقاول المقصر والقيام بتنفيذه سواء عن طريق الجهة الإدارية نفسها أو بواسطة غيرها وذلك على حساب المقاول . ونفس الوضع يُقال بالنسبة لسلطة الإدارة في مد مدة العقد إذا قدرت حاجة المرفق لذلك أو حجز كل أو بعض الآلات والمواد التي يستحضرها المقاول لموقع العمل واستخدامها في إنجاز الأعمال أو لضمان الوفاء بحقوق الجهة الإدارية قبله([2]) ، أو إنهاء العقد بالإرادة المنفردة دون اللجوء إلى القضاء .

وترجمة لذلك قضي بتوافر الشروط الاستثنائية في العقد متى تضمن بنوداً تعطي للإدارة حق "استرداد أي جزء من الأرض ترى أنها تحتاج إليها خلال فترة معينة من تاريخ التوقيع على العقد والتزام الشركة بعدم استغلال الأرض المبيعة إلا في إقامة مصنع لإنتاج الأجزاء والإنشاءات سابقة التجهيز وحق الجهة الإدارية في فسخ العقد في حالة إخلال

([1]) . وهذا ما أعلنته المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها ، حيث تقول أن الإدارة "بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها ، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة ، كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله، وإما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .. أو منح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص" (المحكمة الإدارية العليا، جلسة 25 مايو 1963 ، م (8) ، ص 1225) .

([2]) . المحكمة الدستورية العليا ، جلسة 2 يناير 1982 ، م (2) ، ص 239 .

المتعاقد معها بأحد شروط العقد وأيلولة الأرض إليها دون مقابل"([1])، وضرورة البدء في البناء خلال مدة معينة من تاريخ العقد وإلا اعتبر العقد لاغياً دون حاجة إلى إنذار أو اتخاذ أي إجراء قانوني آخر([2]).

وبالمقابل قضي بعدم توفر الشروط الاستثنائية رغم تضمن العقد بنوداً تحظر تغيير النشاط المبين في العقد أو التنازل عنه للغير وحق الجهة الإدارية في فسخ العقد في حالة مخالفة المتعاقد معها لشروط العقد. فهذه الأحكام مألوفة في عقود الإيجار السكنية ويجري إعمالها ما لم ينص القانون على أحكام آمرة على خلاف ما هو منصوص عليه في العقد([3]).

ولنفس العلة يتحقق الشرط الاستثنائي بمنح المتعاقد مع الإدارة بعض الامتيازات، مثل حق الاستيلاء على المنقولات جبراً ، وحق نزع الملكية للمنفعة العامة ، واستعمال واستغلال الدومين العام كالحق في اقتضاء رسوم من المنتفعين بالمرفق العام. وهذه الامتيازات رغم تمتع المتعاقد بها إلا أنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة المرجوة من العقد الإداري .

وقد يتوهم البعض خطأ أن الشروط الاستثنائية لا تثقل كاهل الإدارة بالتزامات غير مألوفة غن تلك التي يتحملها الأفراد العاديين في علاقاتهم . ويدفع إلى هذا الوهم تلك الضوابط التي تضعها الإدارة في كراسة الشروط وكلها تتجه نحو منح الإدارة سلطات وامتيازات تدافع بها عن المصلحة العامة التي تبغيها . على أن ذلك لا ينفي أن الإدارة قد تتحمل بأعباء لا مثيل لها في القانون الخاص . وليس ببعيد عنا أن الأفراد في القانون الخاص لهم الحرية في اختيار من يريدون التعاقد معهم ، أما الإدارة فإنها ملزمة بأن تسلك

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 3096 لسنة 45 ق ، جلسة 19 مارس 2002 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 13837 لسنة 50 ق ، جلسة 15 ابريل 2008 .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن 853 لسنة 45 ق ، جلسة 20 فبراير 2001 .

الطريق الذي حدده المشرع لاختيار المتعاقد معها عن طريق إجراءات المناقصات أو المزايدات .

ويهمنا أن نشير هنا إلى أنه لا يلزم أن ترد الشروط الاستثنائية في العقد ذاته ، فقد تستفاد هذه الشروط من ظروف العقد أو إجراءاته ، حيث يُبرم العقد وينظم في ضوء نظام استثنائي للقانون العام régime exorbitant du droit commun . ويُعد حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 19 يناير 1973 بشأن شركة الاستغلال الكهربائي لبحيرة سانت Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant هو الأول الذي يشير إلى النظام الاستثنائي لإضفاء الصفة الإدارية على العقود المبرمة في ظله . وتدور وقائع الحكم حول نشوب نزاع بين مؤسسة كهرباء فرنسا EDF باعتبارها مؤسسة عامة صناعية وتجارية وبين مورد مستقل ومنتج للكهرباء . فطبقاً للنظام الذي ابرم العقد وفقاً له ، فإن المنتجين للكهرباء ملزمون بالتعاقد مع شركة كهرباء فرنسا ، ويتعين عليهم - في حال وجود نزاع - اللجوء إلى وزير الكهرباء قبل اللجؤء إلى القضاء . وعلى الرغم من خلو العقد المبرم من الإشارة إلى شروط استثنائية ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استند في حكمه لإضفاء الصفة الإدارية على العقد إلى الإجراءات التي أبرم العقد طبقاً لها والتي فرضها مرسوم 20 مايو 1955. فالعقد يُبرم جبراً وتتيح منازعاته محلاً للتدخل المسبق للوزير .

Les producteurs sont obligés de contracter avec EDF pour vendre leur électricité et, en cas de litige, qu'ils doivent obligatoirement saisir le ministre de l'Industrie préalablement à tout recours juridictionnel. L'existence de ce régime particulier conduit à qualifier les conventions en cause de contrats administratifs

هكذا تتميز الشروط الاستثنائية من النظام الاستثنائي . فالشرط الاستثنائي يرجع إلى شرط وارد في العقد ارتضاه المتعاقدون ، بينما النظام الاستثنائي هو أمر خارج عن العقد وموجود قبل ابرام العقد ، حيث يُفرض على المتعاقدين ابرام العقد طبقاً لإجراءات هذا النظام .

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء السابق دفع المشرع إلى تقنين اعتبار عقود شراء الكهرباء عقود إدارية وذلك من خلال المادة 88 الفقرة ثالثاً من القانون رقم 788 لسنة 2010 المتعلق بالمسئولية الوطنية تجاه البيئة . رغم ذلك فإن القضاء أعمل فكرة النظام الاستثنائي régime exorbitant بالنسبة للعقود التي تبرمها المؤسسات العامة التجارية والصناعية متى تضمنت شروط استثنائية أو أبرمت طبقاً لنظام استثنائي :

Lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial « les contrats conclus pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux comportant des clauses exorbitantes du droit commun ou relevant d'un régime exorbitant du droit commun ainsi que de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique »([1]) .

وهناك فرض أخر يتعلق بإحالة العقد إلى نظام غير مألوف مستفاد من نصوص أخرى مثل كراسات الاشتراطات والشروط العامة التي وضعتها الإدارة . كأن يُشار في العقد بأنه على المتعاقد مراعاة الواجبات والالتزامات العامة الواردة بكراسة الشروط . ويثور التساؤل هنا لمعرفة هل تكفي هذه الإحالة وحدها لدمغ العقد بالصفة الإدارية ؟

نعتقد أن الإحالة في حد ذاتها غير كافية ، إلا إذا كانت القواعد المحال إليها تتضمن شروطاً غير مألوفة في علاقة الأفراد بعضهم ببعض. وقد تستفاد الشروط الاستثنائية من النصوص التي تنظم إبرام العقد وتنفيذه . وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يبين من "العقد محل الطعن أنه أبرم طبقاً لأحكام القانون رقم 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، وقد تضمن تحديداً للأرض المبيعة وثمنها والدفعة المقدمة التي سددها الطاعن شاملة رسوم التسجيل وطريقة سداد باقي الأقساط وأن الأرض المبيعة واردة في تكليف الإدارة العامة لأملاك الدولة الخاصة ، كما أن العقد يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا خالف المشتري

([1])-T.C, 7 avril 2014, Société d´édition de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet, requête numéro 3949.

أية التزامات واردة في العقد أو في القانون رقم 100 لسنة 1964 ، وعليه فالعقد على هذا النحو الذي تكشف عنه بنوده وإن كان أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام، إلا أنه لا يتسم بسمات العقود الإدارية ، فهو لا يعدو أن يكون مجرد عقد بيع مال مملوك للدولة ملكاً خاصاً وقد أبرم بشروط ليس فيها أدنى خروج على أسلوب القانون الخاص ولا توحي باتجاه نية الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام"([1]).

ولا يلزم أن يحتوي العقد على جملة شروط استثنائية لاعتباره إدارياً ، فيكفي وجود شرط استثنائي واحد لاكتسابه الوصف الإداري . ولكن يحدث أحياناً أن القاضي يشترط توافر أكثر من شرط استثنائي حتى يستبين له طبيعة العقد([2]) .

خصائص العقد الإداري : للعقد الإداري خصائص عامة لا ينفرد بها ، وإنما يشترك فيها مع كثير من عقود القانون الخاص ، ومن هذه الخصائص أنه عقد تبادلي ويتضح هذا من تلك الإلتزامات المتبادلة التي تنشأ في ذمة كل من الإدارة والمتعاقد معها . فالمتعاقد في عقد الأشغال العامة يلتزم بإنشاء بناء أو القيام بأعمال الترميم والصيانة له ، في نظير التزام الإدارة بدفع المقابل المالي. كذلك في عقد التوريد يلتزم المتعاقد بتوريد منقولات لازمة لمرفق عام في مقابل ثمن معين تدفعه الإدارة المتعاقدة .

على أن الملاحظ أن التزام كل طرف مرتبط بقيام الطرف الآخر بتنفيذ ما تعهد به ، أي أن تنفيذ كل طرف معلق على شرط ، هو تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته . فيكون للمتعاقد أن يسترد ما صرفه على الأعمال التي قام بها قبل توقف العمل بسبب الإدارة . وفي حالة توقف المتعاقد عن العمل بدون مبرر فللإدارة أن تحجز التأمين وتحصل منه على مستحقاتها ... وهكذا.

وحقيقة الأمر أن التعليق على الشرط لا ينصب على التزام المتعاقد أو الإدارة من حيث وجوده ، ولكن من حيث تنفيذه فقط . وتعليق تنفيذ الإلتزام على تحقق الشرط

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 3125 لسنة 34 ق ، جلسة 24 نوفمبر 1990 .

([2])- CE. 6 décembre 1989, SA de crédit à l'industrie française, Rec. 542.

على هذا النحو لا يجرد العقد من خاصته التبادلية . إذ ينشأ التزام الطرفين فور انعقاد العقد ، ويكون التزام كل طرف سبباً لالتزام الطرف الآخر . فطالما أن موعد التزام الإدارة أو الواقعة المسببة له لم تحن بعد لا يقبل من المتعاقد أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بحجة أن الإدارة لم تلتزم بشيء ، إنما يكون له أن يتمسك بهذا الدفع إذا تحقق سبب التزام الإدارة ولم تقم به .

ويتفرع من الخاصية السابقة أن العقد الإداري من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها كلا الطرفين مقابلاً لما يعطي . كما يعد من العقود المستمرة ـ ولا سيما عقد الإلتزام الذي قد يمتد إلى ثلاثين سنة ـ سواء بالنسبة لالتزام المتعاقد الذي يظل قائماً طول مدة العقد أو بالنسبة للإدارة التي تلتزم بالسماح للمتعاقد بأن يحصل الرسوم من المنتفعين . ومن طبيعة العقود المستمرة أن يظل التوازن محفوظاً بين مركزي المتعاقدين طوال مدة قيام العقد ، فإذا اختل هذا التوازن جاز لأيهما أن يطلب التحلل من الرابطة العقدية . وعادة ما يكون الاختلال ضد مصلحة المتعاقد مع الإدارة، لذلك كان طبيعياً ألا يُفرض عليه الاستمرار في تحمل التزاماته إذا طرأت ظروف من شأنها أن تجعله أشد مؤونة وأثقل عبئاً . فبقاء التزامه بالتنفيذ منوط إذن ببقاء ظروف العقد بالحالة التي كانت عليها وقت التعاقد . فكل تغيير يطرأ عليها بعد ذلك من شأنه أن يخل بالتوازن العقدي . ومن هنا جاء حق المتعاقد في التوازن المالي للعقد وهو ما سيكون محل دراسة تفصيلية عندما تأتي مناسبته في هذا الموجز .

وبجانب الخصائص السابقة ، فإن العقد الإداري يقترب كثيراً من عقود الإذعان، وهو وصف يلحق العقود التي لا يتحقق فيها التوازن الاقتصادي بين مركزي المتعاقدين . ومما لا شك فيه أن العقد الإداري يعتبر بمثابة عقد إذعان من هذه الزاوية ، حيث أن طرفيه ليسا في مركز متساوٍ . فالإدارة تستهدف المصلحة العامة كما أنها تتمتع بمركز اقتصادي قوى تدعمه يسر ميزانيتها ، فيكون في وسعها أن تضع في دفاتر الشروط ما تراه محققاً للصالح العام .

إلا أن تشبيه العقد الإداري بعقود الإذعان لا يصدق من زاوية أخرى . ففي القانون الخاص يندر أن يكون الطرف الأضعف في مركز الند حتى يتمكن من مناقشة الشروط التي وضعها الطرف الأقوى والتخفيف من حدتها ، لذلك قضت المادة 100 من القانون المدني بأن "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها" .

ومن قبيل عقود الإذعان في القانون الخاص عقد التأمين ، حيث أن سواد المستأمنين يكون مضطراً إلى توقيع وثيقة مطبوعة دون أية مناقشة لشروطها ، فلا تترك لهم الحرية إلا في اختيار التأمين من عدمه ، فمن شاء أن يُؤَمّن فليوقع على ما فرضت شركة التأمين من شروط. أما في العقود الإدارية فالطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة كثيراً ما يكون شركة تستطيع أن تدخل في مفاوضات مع الإدارة لمناقشة الشروط الواردة في دفاتر الشروط وقد تنتهي المفاوضات إلى ابرام العقد أو العدول عنه .

ولم يتردد القضاء في تأييد هذه النظرة ، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن "قبول المتعاقد مع الإدارة للشروط التي تضعها هذه الأخيرة جملة لا يعني أنه في مركز الطرف الأضعف الذي تحميه فكرة الإذعان ، إذ تستند إلى حماية الطرف الأضعف فإنها تقصد الشخص الذي تضطره الظروف إلى القبول بدون مناقشة الإيجاب الذي يعرض عليه وهو ما لا ينطبق على القبول الذي يصدر ممن يريد التعاقد مع جهة الإدارة ، إذ لا يمكن التسليم بأنه يوجد في ظروف تضطره إلى هذا القبول ، كما أن جهة الإدارة وهي تعرض شروطها على من يرغب في التعاقد معها فإنها تعرضها لتكون موضع الدراسة والتقدير ، ثم القبول المطلق أو القبول المشروط أو الرفض"([1]) .

ويترتب على استبعاد طابع الإذعان عن العقود الإدارية نتيجتان فيما يتعلق بسلطة القاضي الإداري :

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 30 يونيه 1957 ، رقم 983 ، س 9 ق ، بند 377 السنة 11 ، ص 621 .

*- فمن ناحية تنص المادة 149 من القانون المدني على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعَن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك" .

وهذا الحكم يعد استثناء من أحكام القواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، حيث يؤدي إلى عدم استقرار معاملات الأفراد . فقد يبلغ الأمر بالقاضي حد استبعاد بعض الشروط بدعوى كونها جائرة وأن المذعَن قد أكره على قبولها ، ولو تبين أنه قد تنبه إليها وارتضاها. ذلك لأن المشرع لم يقيد القاضي بأي قيد تشريعي سوى النزول على ما تقضى به العدالة ، وتلك مسألة يختلف فيها التقدير .

أما العقود الإدارية فإنها تقوم أولاً وقبل كل شيء على فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فإذا ما وجد شرط يبدو جوره للطرف المتعاقد مع الإدارة فلا يجوز استبعاده على نحو يضر بالمصلحة العامة ، لأن إرادة طرفي العقد اتجهت إلى هذا الشرط باعتباره السبيل إلى تحقيق المصلحة العامة .

*- من ناحية أخرى ، تنص المادة 151 من القانون المدني على أن "يفسر الشك في مصلحة المدين ، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعَن" . ووجه العدالة ظاهر في عقود الإذعان ، فالمفروض أن العاقد الآخر، وهو أقوى العاقدين ، هو الذي يفرض على المذعَن شروط التعاقد ، فإذا لم يضع شروطاً بينة واضحة ، اعتبر متسبباً في هذا الغموض ، فتقع عليه وحده تبعة خطئه أو تقصيره .

أما في العقود الإدارية ، فإن شروط العقد وأحكامه عُرضت على المتعاقد مع الإدارة ودخل بخصوصها في مفاوضات معها انتهت إلى ابرام العقد ، فإذا وجد شرط غامض ، فإن المتعاقد قد ساهم فيه بقدر مساهمة الإدارة ، لأن فترة المفاوضات كانت

الفترة المناسبة ليزيل أي غموض اكتنف بنود العقد ، ألا أنه لم يفعل فلا يلومن إلا نفسه. من هنا لا يجوز إعمال قاعدة أن الشك يُفسر في مصلحة المدين .

خطة البحث : الآن وقد عرضنا بعض الأفكار العامة التي تعتبر تمهيداً لازماً لدراسة العقد الإداري، نستطيع أن نحدد الخطة التي سننهجها في البحث ، وتدور حول دراسة طبيعة هذا العقد وكيفية انعقاده وطريقة تنفيذه وأسباب انقضائه . ثم ننتقل إلى دراسة بعض التفصيلات الخاصة بأهم أنواع العقود الإدارية وأكثرها انتشاراً . ثم نختم بمبحث نتعرض فيه للمنازعات التي تثور بشأن العقود الادارية وموقف القاضي الإداري منها ، ومدى جواز التحكيم بشأنها .

وهكذا تتناول دراستنا هذه موضوعات أربعة نفرد لكل منها فصلاً خاصاً :

الفصل الأول : في ابرام العقد الإداري .

الفصل الثاني : في أحكام العقد الإداري أو آثاره .

الفصل الثالث : في انقضاء العقد الإداري .

الفصل الرابع : في أهم أنواع العقود الإدارية .

مبحث ختامي : طرق فض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية .

الفصل الأول

إبرام العقد الإداري

العقد الإداري عقد رضائي : بما أن العقد الإداري عقد رضائي ، أي من العقود التي تنعقد بمجرد توافق الإرادتين([1]) ، فلا يلزم قانوناً إفراغه في شكل خاص . فيصح أن يكون مكتوباً كما يصح ـ طبقاً للقواعد العامة ـ أن ينعقد شفاهة([2]) ، وإن كان هذا الوضع لا يتحقق كثيراً من الناحية العملية . وترجمة لذلك نصت المادة 32 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أنه يجب أن يُحرر عقد متى بلغ مجموع قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه ، أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملاً كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ العقد .

ولا يلزم كذلك أن يُحرر العقد بلغة معينة ، فيكفي إذن أن يحرر بلغة يفهمها الطرفان، إلا إذا نص القانون على ضرورة تحرير العقد بلغة معينة. في هذه الحالة لا

([1]) . طبقاً للمادة 89 من القانون المدني يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد .

([2]) . لذلك نرى القضاء يجيز العقد الشفوي واعتباره من العقود الإدارية طالما توافرت فيه عناصره الأخرى. ومن قبيل ذلك ما جرى به القضاء الفرنسي في قضية الزوجين "برتان والتي سبقت الإشارة إليها في المتن. وكذلك فعلت محكمة القضاء الإداري عندما قضت بأن "المدعى عليه بتقدمه إلى الحكومة للحصول منها على أذونات لتسلم الدقيق لصنع المكرونة يكون في الواقع قد قبل جميع ما نصت عليه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بصناعة هذا الصنف (...) ويكون بذلك قد نشأ بينه وبينها عقد إداري غير مكتوب ، إذ لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوباً ، وهذا العقد قد بينت قواعده وأحكامه وشرائطه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بهذا الصنف" (محكمة القضاء الإداري ، جلسة 4 يناير 1959 ، م (13) ، ص 160) . وأيدت المحكمة الإدارية العليا الطبيعة القانونية لعقد شفوي مكمل لعقد إداري مكتوب . بحيث تنصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه به وتعويله عليه ، وبالتالي فلا حاجة البتة إلى استظهار اركان العقد الإداري فيه (المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 18 مايو 1968 ، الموسوعة ، ج 18 ، قاعدة 452 ، ص 692) .

يوجد ما يمنع قانوناً بوجود ترجمة بلغة أجنبية تيسيراً للتعامل مع الجهات القائمة والمشرفة على تنفيذ العقد .

ولا يخل بالطبيعة الرضائية للعقد الإداري كون أسلوب التعاقد وإجراءات إبرامه تتطلبان إفراغ الإتفاق في الشكل الكتابي . فبالرغم من أن العقود التي تتم عن طريق المناقصات تتطلب تقديم عطاءات وإعداد كراسة شروط وهو ما يفيد الشكل الكتابي للعقد، فإن الإجماع يكاد ينعقد على أن الكتابة غير لازمة لتكوين العقد ، بل لإثباته فقط . وهذا ما أعلنته المحكمة الإدارية العليا بقولها "أن العقد غير المكتوب وسيلة غير مألوفة في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها العقدية بالكتابة ، إلا أنه لا يزال يؤدي دوراً مكملاً لبعض أنواع العقود الإدارية. وللإدارة التحلل من الشكل الكتابي للعقود إلا أنه في معظم الأحيان تتضمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة ، ويستند القضاء أحياناً إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقول بقيام الروابط التعاقدية حتى لو كانت طبيعة العقد تستلزم الصورة الكتابية"([1]) .

على أنه في بعض الأحيان تتضمن بعض العقود شرطاً من مقتضاه أن العقد لا يصير نافذاً إلا بعد التوقيع عليه وصرف الإدارة الدفعة الأولى من المستحقات . والأصل أن مثل هذا الشرط لا يؤدي إلى تأجيل إنعقاد العقد ، وإنما يؤدي إلى تأجيل تنفيذه فقط . وذلك ما لم يتضح أن الإدارة والمتعاقد معها قصدا أن يجعلا تمام العقد مرتبطاً بتحقيق هذا الشرط . ففي مثل هذا الفرض يصبح التوقيع على العقد أو الوفاء بالدفعة الأولى من المستحقات ركناً لازماً لإنعقاد العقد.

تطبيق القواعد العامة في الأهلية وعيوب الرضاء : لما كان العقد الإداري من العقود التي لم ينظمها المشرع تنظيماً خاصاً ، كانت القواعد السارية عليه هي القواعد العامة التي

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2289 لسنة 30 ق ، جلسة 20 مارس 1990 .

تحكم سائر العقود الرضائية ، سواء من حيث تحديد الأهلية اللازمة في المتعاقدين أو من حيث شوائب الرضاء .

* ***الأهلية*** : لا تظهر أهمية الأهلية في نطاق العقود الإدارية إلا بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة ، فيتعين أن يتوافر فيه أهلية التصرف ، إذ العقد الإداري بطبيعته من عقود المعاوضة التي تعتبر بطبيعتها من أعمال التصرف . أما الإدارة المتعاقدة فيكفي أن تكون هي السلطة المختصة بإبرام العقد . وطبقاً للمادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 يقصد بالسلطة المختصة الوزير ومن له سلطاته (أي سلطات الوزير في النواحي المالية) أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة . ويجوز التفويض في هذا الإختصاص في الحالات التي حددها قانون المناقصات والمزايدات . أما المسائل التي سكت عنها القانون ولم يجز التفويض بشأنها ولم يحظره ، فلا يجوز للسلطة المختصة التفويض في إختصاصاتها الوارد بأحكام القانون إلا لشاغل الوظيفة الإدنى مباشرة دون سواه .

* ***عيوب الرضاء*** : أما عيوب الرضاء فمثالها الغلط والتدليس والإكراه .

الغلط : قد يكون الغلط في ماهية العقد ، كما إذا ورد المتعاقد سلعاً على أنها بمقابل وأخذتها الإدارة على أنها مساهمة مجانية ، أو في ذاتية محل العقد ، كما إذا أرادت الإدارة أن تشتري سلعاً معينة فوردها المورد المتعاقد سلعاً آخرى . مثل هذا الغلط في ماهية العقد أو في ذاتية الشئ محل الإلتزام يترتب عليه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ، لا للغلط في ذاته، بل لعدم توافق الإرادتين.

أما الغلط في مادة الشئ أو في شخص المتعاقد فهو الذي يعبر عنه القانون بالغلط الجوهري . وهذا الغلط لا يبطل العقد ، ما لم يشترك فيه المتعاقدان ، أو يعلم به أحدهما ، أو يكون في مقدوره أن يعلم به إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر . ومما تنبغي ملاحظته أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة

الغلط فحسب، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبرام العقد. وهذا هو المقصود بكون الغلط جوهرياً .

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "متى ثبت من الأوراق أن مجلس المدينة كان يتعجل التعاقد على توريد الشعير المطلوب منذ أوائل شهر مايو للحاجة الماسة إليه في غذاء مواشي مجلس المدينة وللحصول عليه من المحصول الجديد الذي يظهر في شهر ابريل وذلك بأرخص سعر خشية ارتفاع أسعاره فيما لو تراخى مجلس المدينة في اتخاذ اجراءات الشراء . ومن شأن هذا ولا شك أن يثير لدي مقدمي العطاءات أن جهة الإدارة حريصة كل الحرص على سرعة توريد الكمية المتعاقد عليها . وإذا كانت شروط ومواصفات التوريد قد تضمنت أن يتم توريد جزء من كمية الشعير فوراً والباقي بعد اعتماد الميزانية فإن هذا النص في ذاته لا يوحي بأن طلب الكمية الباقية المؤجل توريدها إلى ما بعد اعتماد الميزانية كان يمكن أن يتراخى أكثر من المدة المعقولة التي لا يمكن بحال أن تجاوز أياماً أو أسابيع قليلة ، أما أن تصل هذه المدة إلى ما يزيد على ثلاثة شهور فإن ذلك لم يكن بالأمر المتوقع ... فالمتعاقد قد وقع في غلط عندما توهم على غير الواقع أن موعد توريد باقي كمية الشعير المتعاقد عليها سيكون خلال أيام أو أسابيع قليلة لا تجاوزها تصدر خلالها ميزانية مجلس المدينة التي لم يكن من المتوقع أن يتراخى صدورها إلى بعد بداية السنة المالية بما يقرب من الأربعة أشهر . وآية وقوع المتعاقد في هذا الغلط أنه بادر إلى إيداع كمية الشعير المؤجل توريدها بشونة البنك الأهلي المصري على ذمة التوريد بما يدل على أنه كان يتوقع إخطاره بتوريدها في أقرب أجل ، وهيأ بذلك نفسه لتنفيذ التزامه فور صدور هذا الإخطار إليه . ولكن الواقع أن كمية الشعير هذه ظلت دون طلب شهوراً دون أن يصل إلى المتعاقد الإخطار المرتقب إلى أن دب السوس فيها وأصبحت بذلك مخالفة للمواصفات المتعاقد عليها فتصرف فيها خشية فسادها تماماً بعد أن أعيته الوسائل في دفع مجلس المدينة إلى تسلمها أو تأجيل توريدها إلى الموسم الجديد ولكن دون جدوى . وهذا الغلط الذي وقع فيه المتعاقد يعتبر غلطاً جوهرياً إذ كان من شأنه ولا شك أن يمتنع عن التعاقد عن توريد الشعير المطلوب بالسعر وبالشروط التي تم العقد على أساسها .

ولما كان الأمر كذلك وكان هذا الغلط قد اتصل بجهة الإدارة المتعاقدة بالنظر إلى أنها تشارك في إعداد الميزانية وكانت تعلم أو في الأقل كان من السهل عليها أن تعلم أن اعتماد الميزانية سوف يتراخى شهوراً ذات عدد ، وكان عليها بهذه المثابة مراعاة لإعتبارات النزاهة في التعامل أن تبصر مقدمي العطاءات إلى هذه الحقيقة حتى يكونوا على بينة من أمرهم عند التقدم بعطاءاتهم ولكنها لم تفعل . وعلى ذلك فإن المتعاقد يكون على حق في طلب إبطال العقد للغلط الجوهري الذي وقع فيه"([1]) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المصري ركن في تقديره لجوهر الغلط إلى معيار شخصي ، كما أورد تطبيقين لهذا النوع من الغلط المبطل للعقد :

أولهما يتعلق بالغلط في صفة للشئ يعتبرها المتعاقدان جوهرية ، أو تعتبر كذلك بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية . وهنا يرتبط تقدير الغلط بعامل شخصي ، هو حسن النية وبعامل مادي قوامه الظروف التي لابست تكوين العقد .

وثانيهما يرتبط فيه تقدير الغلط بمعيار شخصي بحت ، وهو يتصل بالغلط في ذات الشخص المتعاقد ، أو في صفة من صفاته كانت هي السبب الرئيسي في التعاقد([2]).

وعليه فإن الغلط الواقع في شخص المتعاقد لا يفسد العقد الإداري إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار عند التعاقد . فإذا ابرمت الإدارة عقداً مع مورد معتقدة أنه الشخص المشهور في مجال التوريد ، ثم تنكشف لها أنها كانت واهمة فيما ذهبت إليه ، هنا يكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً . ولما كان التعاقد مع الإدارة يمر بإجراءات ومراحل متعددة ، فإنه يكاد يستحيل تحققه في العمل .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 297 لسنة 16 ق ، جلسة 29 يونيه 1974 .

([2]) . انظر المادتين 120 و121 من القانون المدني .

وتواجه المادة 123 من القانون المدني حكم الغلط المادي ، كالخطأ في الكتابة أو في الحساب ، فمثل هذا الغلط لا يؤثر في صحة العقد الإداري بوجه عام ، وإنما يجب تصحيحه . وترجمة لذلك نصت المادة 64 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أن "يكون للجهة الإدارية الحق في مراجعة الأسعار المقدمة سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها وإجراء التصحيحات المادية إذا اقتضى الأمر ذلك . ويعول على السعر المبين بالحروف ولا يعتد بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة" .

فإذا كان المتعاقد قد بادر فور فض المظاريف وقبل البت في المناقصة إلى إخطار الجهة الإدارية بالغلط الذي وقع فيه ، فإنها "إذ طرحت اعتراضه رغم قيامه على أساس سليم من الواقع والقانون ولم تقم بما يوجبه عليها القانون من وجوب تصحيح عطاء المدعي على أساس أن ما وقع فيه كان من غلطات القلم ... وأرست العملية بمبلغ لم يعرضه في عطائه ولم يصدر به ايجاب منه وبتغاضيها عن كل اعتراضاته وتحفظاته ، فإنها تكون بذلك قد خالفت حكم القانون على وجه يتحقق به ركن الخطأ الموجب لمسئوليتها"([1]) .

ومتى كان من المحقق أن الإدارة المتعاقدة قد أرادت أن تبرم عقداً ، فمن الواجب أن تلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما دام أن المتعاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه. وعلى ذلك تظل الإدارة التي اشترت بضاعة ، معتقدة خطأ أنها هي المحددة أوصافها في كراسة الشروط ، مرتبطة بالعقد ، إذا عرض المورد استعداده لأن يورد لها نفس البضاعة التي انصرفت نيتها إلى شرائها . ومما لا شك فيه أن هذا الحكم يهيئ نطاقاً رحباً لإعمال الأحكام المتعلقة بالعقد بحسن النية كما ورد بالمادة 124 من القانون المدني .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1314 لسنة 13 ق ، السنة 19 ، جلسة 24 نوفمبر 1973 ، ص 17 .

التدليس : وفقاً للقواعد العامة يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم المتعاقد الآخر العقد . ويعتبر من قبيل الحيل السكوت من جانب المتعاقد عن واقعة جوهرية يجهلها المتعاقد الآخر ، إذا ثبت أن هذا الجهل قد ضلل به إلى التعاقد (المادة 125 من القانون المدني) . وعليه فإن "مجرد إيهام الإدارة للمتعاقد أن السعر الذي ارتضى التعاقد به هو سعر مجزي ، لا يعتبر بحال من الأحوال من قبيل الطرق الإحتيالية التي يجوز وصفها بالتدليس لا سيما وأن المتعاقد الآخر تاجر محترف اعتاد على التعامل في الأسواق وتوريد هذه المحاصيل ، وهو أعلم بمجال السوق وتطلباته وأسعاره ، ومن ثم لا يجوز عليه ايهام أو تغرير"([1]) .

الإكراه : احتكم المشرع فيما يتعلق بتقدير الإكراه إلى معيار شخصي بحت قوامه الإعتداد بجنس المكره وسنه وحالته الإجتماعية والصحية وكل ظرفٍ آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة ما يقع عليه . ويجب أن تكون الرهبة التي بعثها المكرِه في نفس المكرَه دون حق، أي أن يكون الغرض من الإكراه غير مشروع . ويستوي في ذلك أن يكون الإكراه الذي عاناه المتعاقد مادياً أو أدبياً ، فإنه على أي الحالين مفسد للعقد .

والأصل أن التعاقد تم برضاء الطرفين ، فإذا ادعى أحدهما خلاف ذلك فعليه أن يثبت ما يدعيه . لذلك قضي بأنه "لا وجه لما يدعيه المتعاقد من أنه وقع تحت سلطان الرهبة والخوف من بطش المسئولين إن لم يذعن للتعاقد ، ذلك أنه لم يقم دليل على أن أحداً من المسئولين قد لوح للمتعاقد بأية وسائل لإكراهه على التعاقد بالأسعار المتفق عليها"([2]) .

الأحكام الخاصة بالعقد الإداري : الآن وقد انتهينا من عرض القواعد العامة التي تسري على العقد الإداري ، ننتقل إلى بيان الأحكام الخاصة بهذا العقد . وبيان تلك الأحكام

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 877 لسنة 27 ق ، جلسة 21 يناير 1984 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 877 لسنة 27 ق ، جلسة 21 يناير 1984 .

يقتضينا أن نستعرض المراحل المختلفة التي تجتازها عملية التعاقد حتى تنتهي بانعقاد العقد وصيرورته ملزماً لطرفيه . وهي مرحلتان نجملهما فيما يلي :

(أولاً) ـ الأعمال والإجراءات التمهيدية للتعاقد .

(ثانياً) ـ اختيار المتعاقد وانعقاد العقد .

المبحث الأول

الأعمال والإجراءات التمهيدية للتعاقد

سنكتفي في هذا المبحث بذكر أهم الأعمال التمهيدية التي تسبق انعقاد العقد الإداري([1]) .

(***أولاً***) ***توافر الإعتماد المالي*** : يعتبر العقد الإداري من الأعمال القانونية التبادلية التي تقوم على أساس تقابل الإلتزامات ، أي أنه ينشئ التزامات متبادلة في ذمة طرفيه . ففي نفس الوقت الذي يلتزم فيه المتعاقد بالقيام بعمل ، تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفع المقابل المالي المحدد في العقد. وهذا المقابل تحصل عليه الإدارة من خلال الإعتماد المالي الذي لا سلطان للإدارة في تقريره ، بل أن المرجع في ذلك للسلطة التشريعية بما تم تقريره في الميزانية . لذلك كان طبيعياً تطلب توافر الإعتماد المالي لتغطية الأعباء التي يضعها العقد على عاتق الإدارة المتعاقدة تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بضرورة استناد النفقات إلى اعتماد ورد في الميزانية .

([1]) . وفقاً لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية يتعين على الجهة الإدارية القيام ببعض الأمور قبل ابرام العقد الإداري منها : مراعاة سياسات الدولة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية المعلنة من مجلس الوزراء ومراعاة اعتبارات الجودة والتكلفة وهو ما يسمى بالتعاقد المستدام (المادة 8 من القانون) ؛ ووضع خطة باحتياجات الجهة الإدارية السنوية بالتزامن مع تقديم مشروع موازنتها لوزارة المالية (المادة 9 من القانون) ؛ تخطيط إجراءات التعاقدات والشروع فيها (المادة 14 من اللائحة التنفيذية) ؛ إعداد المواصفات الفنية (المادة 14 من القانون والمواد من 19 إلى 26 من اللائحة التنفيذية) .

وتستند هذه القاعدة إلى إعتبارات من النظام العام . فلو لم يكن العقد مغطى باعتماد مالي ، لزعزعت الثقة في الإدارة ، لأنه ليس في مقدور "الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح ، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الإعتماد ، أو ليس في حدود هذا الغرض ، كل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها . ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهناً بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ، ولتعطل سير المرافق العامة"([1]) .

وقد استشعر المشرع أهمية الاعتماد المالي فأهتم بتنظيم أحكامه اهتماماً بالغاً ، آيته نص المادة 11 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية من خلال المادة 15 .

فطبقاً للمادة 11 "يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد على أن تتضمن شروط الطرح ما يفيد ذلك" .

ولتأكيد هذا الالتزام حظرت المادة 15 من اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019 على الجهات الإدارية النشر على بوابة التعاقدات العامة والإعلان أو توجيه الدعوات لأي عملية للتعاقد ما لم يكن لها اعتماد مالي .

ومما تجب ملاحظته عند تحديد السلطة التقديرية للإدارة ـ حال التعاقد عند توافر الاعتماد المالي ـ أنه يتعين أن يكون التعاقد في "حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية" (المادة 11 من القانون والمادة 15 من اللائحة التنفيذية) ، فلا يجوز لها أن تتعاقد رغم

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 175 لسنة 1 ق ، جلسة 11 فبراير 1956 ، الموسوعة الإدارية، ج 23 ، قاعدة 737 ، ص 1570 .

توافر الاعتماد المالي طالما أنها ليست بحاجة ضرورية لهذا التعاقد . فالاعتماد المالي مجرد ترخيص بالإنفاق ، ومن ثم لا إلزام على الإدارة بإنفاق كل قيمة الاعتماد .

فإذا قررت الإدارة التعاقد على كميات من سلعة معينة لا تمثل الإحتياجات الفعلية لها فإن العقد يبقى صحيحاً وملزماً لها مع قيام المسئولية التأديبية للقائمين على تحديد الإحتياجات الفعلية للجهة الإدارية. ولا يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد معها بفروق الأسعار الناتجة عن توريد هذه الكميات التي لا تحتاجها ، طالما أن المتعاقد قام بتوريد الكمية الواردة بأوامر التوريد الصادرة إليه من قِبل الإدارة([1]) .

وقد كشف لنا المشرع عن حالتين تنتفي فيهما ضرورة التعاقد : أولهما حظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية . وترجع علة الحظر هنا إلى "ضغط الإنفاق الحكومي وعدم التبذير والإسراف بدون فائدة مرجوة إلا مجرد استنفاد الاعتمادات المالية المتاحة"([2]). وثاني هذه الحالات حظر التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية . حيث أوجد القانون قرينة بأن التعاقد في هذا الشهر سيكون بغرض استنفاد الاعتمادات المالية. إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة، فهي قابلة لإثبات العكس. ومن مظاهر ذلك وجود حالة استثنائية تقتضيها ضرورة العمل شريطة موافقة السلطة المختصة (الفقرة الأخيرة من المادة 11 من القانون) .

ويمكن أن نضيف إلى ما سبق أنه لا يجوز للإدارة أن تتعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها أو بديلة عنها تفي بالغرض .

وفي شأن عقود التوريدات والخدمات الدورية ، فإنه يجوز للإدارة إبرامها لمدة تجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب عليها زيادة الالتزامات في إحدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر في السنة التي يتم فيها التعاقد .

([1]) . محكمة القضاء الإداري بقنا ، دعوى رقم 780 لسنة 1 ق ، جلسة 17 نوفمبر 1999 .

([2]) . خالد أحمد حسن ابراهيم ، الرقابة القضائية على الإجراءات السابقة على العقد الإداري ، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ، بدون تاريخ ، ص 62.

ولا يتولد عن مخالفة الإدارة للقواعد المتعلقة بالإعتماد المالي بطلان العقد الإداري، بل يظل صحيحاً ونافذاً ، ولكن لن يتمكن المتعاقد من الحصول على مستحقاته إلا بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لتغطية ما حدث من تجاوز . لذلك قضي بأنه لا يسوغ للإدارة التعلل بعدم وجود اعتماد مالي لعدم صرف مستحقات المتعاقد معها([1]). كما أن امتناع الإدارة عن أداء قيمة العقد بدعوى عدم كفاية الإعتمادات المالية يعد إخلالاً من جانبها بما التزمت به رضاء وحق عليها أن تقوم بتنفيذه طبقاً لشروط العقد، ومن ثم يتعين إلزامها بأداء المبلغ المطالب به([2]) .

وهذا الذي قررته المحكمة مستقيم مع ما استقر عليها قضاؤها وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من أن "الثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير ـ كعقد من عقود الاشغال أو التوريد مثلاً ـ ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الاشغال أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد ، أو لو خالفت الغرض المقصود منه ، أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات لو وجدت من جانب الإدارة لا تمس صحة العقد ولا نفاذه ، وإنما قد تستوجب المسئولية السياسية ، وعلة ذلك ظاهرة ، وهي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية ، وليست تنظيمية عامة ، ويجب من ناحية حماية هذا الغير ، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة ، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح ، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود هذا الغرض ، كل أولئك من الدقائق التي يتعذر

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2867 لسنة 38 ق ، جلسة 18 فبراير 1997 .

([2]) . فتوى رقم 896 في 7 نوفمبر 1993 بجلسة 3 نوفمبر 1993 .

على الفرد العادي ، بل الحريص التعرف عليها ، ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهناً بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرافق العامة"([1]).

وتُعفى الإدارة من التعويض إذا أثبتت أن المتعاقد معها كان يعلم بنفاذ الإعتماد المالي للعقد ورغم ذلك استمر في اجراءات التعاقد إلى نهايته.

(**ثانياً**) **الحصول على إذن بالتعاقد** : لإبرام بعض العقود يلزم المشرع صدور إذن أو تصريح بالتعاقد من الجهات المعينة قانوناً . في هذه الحالة لا يجوز للإدارة أن تبرم العقد دون الحصول مسبقاً على هذا الإذن . لذلك نصت المادة 16 من اللائحة التنفيذية لقانون 2018 على أنه قبل طرح العملية للتعاقد على الجهة الإدارية الحصول على الموافقات والتصاريح والتراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع الطرح من الجهات المعنية وفقاً للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك .

ومن صور الإذن السابق على التعاقد صدور قانون ، أي موافقة البرلمان ، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 32 من دستور 2014 فيما يتعلق بمنح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة . كذلك المادة 127 من ذات الدستور بشأن عقد القرض فلا يجوز للسلطة التنفيذية ابرامه إلا بعد موافقة مجلس النواب .

كذلك قد يأخذ الإذن صورة قرار جمهوري ، ومن أمثلته القانون رقم 61 لسنة 1958 الذي يعطى رئيس الجمهورية سلطة منح الإمتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بعد موافقة البرلمان . كذلك موافقة رئيس الجمهورية على شراء صفقات الأسلحة طبقاً للقانون رقم 204 لسنة 1975 المعدل بالقانون رقم 79 لسنة 1975 .

وقد يكون الإذن في صورة قرار من رئيس مجلس الوزراء ومن قبيله ما نصت عليه المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 361 لسنة 1986 بترشيد الإنفاق

([1]) . المحكمة الادارية العليا ، طعن 175 لسنة 1 ق ، جلسة 11 فبراير 1956 ، سبقت الاشارة إليه .

الحكومي والذي حظر على الجهات الإدارية شراء سيارات الركوب الجديدة بغير الحصول على إذن رئيس مجلس الوزراء في الحالات التي يقدرها .

وقد يشكل القرار الوزاري الإذن الواجب الحصول عليه قبل التعاقد ، لذلك لا يجوز للمجلس الشعبي المحلي للمركز التصرف بالمجان أو التأجير بإيجار اسمى أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الإعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية إلا لغرض ذي نفع عام وبموافقة الوزير المختص بالإدارة المحلية (الفقرة الثالثة من المادة 42 من قانون الحكم المحلي رقم 43 لسنة 1979) .

وأخيراً قد يلزم المشرع بضرورة الحصول على موافقة مسبقة من جهة إدارية قبل ابرام العقد الإداري ، ومن قبيل ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 42 من قانون الحكم المحلي رقم 43 لسنة 1979 بضرورة موافقة السلطة المركزية ممثلة في المحافظ على تصرف المجلس الشعبي المحلي للمركز بالمجان في مال من أموال المركز الثابتة أو المنقولة أو تأجيره بايجار اسمى أو بأقل من أجر المثل بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام ، وذلك إذا كان التصرف لإحدى الوزارات أو المصالح الحكومية أو الهيئات العامة أو شركات قطاع الأعمال والجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام .

وإذا ثبت أن الإدارة ابرمت العقد دون الحصول على إذن مسبق بذلك ، فما أثر ذلك على صحة العقد ؟

أجابت إدارة الفتوى بمجلس الدولة على هذا التساؤل بقولها بأنه "إذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها ، فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب ، وإنما تكون منعدمة اطلاقاً ، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع ، يعتبر منها طغياناً

على السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة . ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً في نظر القانون"([1]) .

وفي الحقيقة أنه لا يمكننا فهم هذه الفتوى إلا على أساس أن ابرام العقد يكون من اختصاص كل من الإدارة المتعاقدة والسلطة التشريعية وبالتالي لا يجوز للأولى أن تنفرد بابرام العقد دون إذن مسبق من الجهة الثانية . وإذا حدث ذلك فإن المخالفة تكون جسيمة لدرجة أنها تهبط بالعقد إلى مرتبة الإنعدام لما يمثله ذلك من اغتصاب للسلطة وبالتالي يصبح العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً مما يستطيع معه كل من المتعاقدين على السواء أن يتمسك بالبطلان .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يقاضيها على أساس العقد، لأنه كما قدمنا منعدم ، ولكن هذا لا يحول دون مساءلة الإدارة على أساس آخر ، مثل المسئولية التقصيرية إذا أثبت المتعاقد أنه أصيب بضرر من بطلان العقد، أو على أساس الإثراء بلا سبب متى حققت الإدارة نفعاً من وراء العقد وإصابة المتعاقد بضرر . في هذه الحالة تلتزم الإدارة في حدود ما أثريت به بتعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الإلتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد (المادة 179 من القانون المدني) .

ومن نتائج بطلان هذا العقد أيضاً أنه لا تصح إجازته لاحقاً من قِبل الجهة التي كان يتعين الحصول على إذنها. لأن الإجازة معناها التنازل عن الإحتجاج بالبطلان، وهذا الإحتجاج ليس مقرراً لمصلحة طرف واحد، بل هو مقرر لطرفي العقد، لذلك إجازة العقد من قِبل السلطة صاحبة الإذن لا يعنى سقوط حق المتعاقد الآخر في التمسك بالبطلان.

(***ثالثاً***) ***الإستشارة السابقة*** : يقدر المشرع أحياناً أهمية استشارة الإدارة المتعاقدة لبعض الجهات، الأمر الذي يجعلها في وضع أفضل لإبرام العقد الإداري .

([1]) . فتوى قسم الرأي ، جلسة 22 سبتمبر 1954 ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة ومنتصف التاسعة ، ص 226 .

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به المادة 190 من دستور 2014 بأن يختص مجلس الدولة بمراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها . كذلك قضت الفقرة الثالثة من المادة 58 من قانون مجلس الدولة بأنه لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة .

وعلى ذات النسق كانت المادة 35 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 9 لسنة 1983 قبل إلغائه تنص على أنه لا يجوز إبرام عقد تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأي الجهة المختصة بمجلس الدولة .

ويلوح لنا أن القانون لم يشترط استشارة هذه الجهة عبثاً ، "وإنما أراد به أن يجنب الوزارات والمصالح المختلفة مواطن الخطأ وأن يكفل لها أسباب السلامة في صياغة تلك العقود ووضح أحكامها ما تحقق به المصلحة العامة للدولة على أكمل وجه"([1]) .

وفرض طلب مشورة إحدى الجهات قبل ابرام العقد ، لا يفيد ابرام العقد مطابقاً لتلك المشورة . فالتزام الإدارة المتعاقدة يتحقق باستطلاع رأي الجهة التي حددها القانون ، ولها عقب ذلك الحرية في تحديد مضمون هذا العقد. وفي حالة مخالفة الإدارة لهذا الإلتزام بأن ابرمت العقد دون استشارة الجهة المحددة فإن العقد يبقى صحيحاً حماية للمتعاقد معها حسن النية .

(***رابعاً***) ***إعداد كراسة الشروط والمواصفات*** : مما لا شك فيه أن العقد الإداري ينطوي على عدة عناصر أساسية يستند بعضها إلى الناحية القانونية ، ويستند البعض الآخر إلى الناحية الفنية. أما العناصر القانونية فهي التي تلزم لتكوين العقد الإداري ، أي أنها الأركان

([1]) ـ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، جلسة 17 اكتوبر 1960 ، المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً (1955 ـ 1970) ، ص 111 .

الأساسية التي لا يقوم هذا العقد بدونها . أما العناصر الفنية فهي تلك التي تقوم عليها الإدارة وهيئاتها . وهي تتلخص في إعداد كراسة الشروط وما تتضمنه من مواصفات للسلع والأعمال محل التعاقد، بالإضافة إلى دراسة السوق ووضع القيمة التقديرية للعملية محل التعاقد.

كراسة الشروط تمثل الجانب الفني في ابرام العقد الإداري : طبقاً للمادة السابعة من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة تعتبر المناقصة العامة كطريق أصلي يتعين على الجهة الإدارية اتباعه عند التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية . واستثناءًا من هذا الأصل أجاز المشرع للإدارة عند التعاقد أن تلجأ إلى طرق أخرى (الممارسة العامة، الممارسة المحدودة، المناقصة المحدودة، المناقصة ذات المرحلتين، المناقصة المحلية، الاتفاق المباشر) بشروط وقواعد وإجراءات محددة بالقانون .

وقبل الإعلان عن العملية التي ترغب الإدارة في طرحها من خلال إحدى طرق التعاقد السابقة ، ألزم المشرع ، بموجب المادة 19 من القانون ، الجهة الإدارية أن تُعد كراسة بالشروط والمواصفات للعملية المراد طرحها تتضمن الإحالة لجميع القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها في القانون ولائحته التنفيذية.

وقد ناط المشرع بمقتضى المادة 90 من القانون ، بإدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة مراجعة كراسات الشروط والمواصفات للعمليات التي تطرحها الجهات الإدارية وفقاً لأحكام قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

وظاهر أن مراجعة كراسة الشروط والمواصفات من قبل إدارة الفتوى يعني رقابة قانونية تمارسها تلك الإدارة لتستوثق من مطابقة محتوى الكراسة لأحكام القانون ولائحته التنفيذية، تفادياً لإلغاء المناقصة أو الممارسة قبل البت فيها إعمالاً لحكم المادة 37 من القانون ، والتي تقضي في فقرتها الاخيرة بأن تُلغى المناقصة أو الممارسة قبل البت فيها إذا تبين وجود نقص أو خطأ في كراسة الشروط والمواصفات.

ويتعين على اللجنة المختصة بوضع مواصفات فنية دقيقة ومفصلة للعملية محل التعاقد. ووضع المشرع لهذه اللجنة عدة معايير استرشادية تستعين بها في عملها ، منها مراعاة الإلتزام بنماذج كراسات الشروط زالمواصفات ، وأنماط العقود النموذجية والأدلة الإرشادية ، وغيرها الصادرة عن الهيئة العامة للخدمات الحكومية والتي تعدها الوزارات والجهات المعنية وفقاً لاختصاصاتها وطبيعة عملها([1]) .

وتتولى اللجنة التي تشكلها السلطة المختصة وتضم الخبرات والتخصصات النوعية اللازمة إعداد القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي للعملية موضوع التعاقد من خلال دراسة السوق وتعاقدات الجهة الإدارية السابقة أو تعاقدات غيرها من الجهات الإدارية إن وجدت، آخذاً في الاعتبار المواصفات التي تتناسب واحتياجاتها. وأهمية هذا التقدير تظهر إذا علمنا أن المناقصة يمكن إلغائها قبل البت فيها إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية([2]) .

وبعد الإنتهاء ترفع اللجنة تقريرها متضمناً كل ما سلف إلى السلطة المختصة للإعتماد.

وضماناً لسرية القيمة التقديرية لكي تبقى بمنأى عن اتصالها بعلم من يرغب في الاشتراك في المناقصة، أو الممارسة المعلن عنها، وتحقيقاً للشفافية والمساواة، وضماناً لموضوعية العروض التي يتم تقديمها، بما يتيح للجهة الإدارية الحصول على أفضل المواصفات الفنية بأقل الأسعار، لا يجوز أن يشارك أعضاء اللجنة التي وضعت القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي في أي من اللجان الأخرى المنصوص عليها في القانون، مثل اللجان الفنية والمالية المشكلة لدراسة العطاءات المقدمة في العملية محل التعاقد. وفي حال الاشتراك، فسنكون بصدد مخالفة إجرائية تستوجب النظر في المساءلة التأديبية في

([1]) . المادة 19 من القانون .

([2]) . أنظر المادة 37 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

ضوء ظروف الحال ومقتضياته، إلا أنه لا يترتب عليها بذاتها بطلان ما بني عليها من إجراءات أو بطلان العقد الذي أبرم بناء على هذه الإجراءات([1]).

ويتعين أن تشتمل كراسة الشروط والمواصفات على العديد من البيانات من بينها طريقة التعاقد (تحديدها بأنها مناقصة عامة أو غيرها من طرق التعاقد) ؛ والمواصفات والأطر الفنية لموضوع التعاقد ومكان التنفيذ ؛ البرنامج الزمني المتوقع للإجراءات ومواعيد ومكان انعقاد الجلسات ؛ مواعيد تقديم الإيضاحات من صاحب العطاء المحتمل أو من قاموا بشراء كراسة الشروط والمواصفات بشأن ما ورد بها والرد عليها من الجهة الإدارية؛ شروط الطرح العامة والخاصة ؛ المدة اللازمة لصلاحية سريان العطاءات ؛ صور سداد ورد التأمين المؤقت ومبلغه والتأمين النهائي ونسبته ؛ اسلوب تقييم العطاءات وأسس وعناصر التقييم والوزن النسبي والحد الأدنى للقبول في حالة التقييم بنظام النقاط ؛نسبة الدفعة المقدمة إن وجدت ، وطلب تحديد أوجه صرفها ؛ آلية تسوية الخلافات والمنازعات؛ الجزاءات والغرامات وشروط فسخ العقد ؛

مشتملات كراسة الشروط والمواصفات : جرى العمل على أن تكون كراسة الشروط في محرر مطبوع ، تشرف على طبعه جهة الإدارة التي تتولى صياغته . وليس بمستطاع أن نورد بالتفصيل البيانات التي يتحتم على الإدارة أن تضمنها في كراسة الشروط . ولكنا نستطيع أن نقرر ـ كمبدأ عام ـ أنه يجب أن تتضمن الكراسة على ثلاثة أنواع من البيانات :

ـ **<u>النوع الأول</u>** يمثل الشروط العامة التنظيمية التي تبين كيفية ابرام العقد وتعليمات لمقدمي العطاءات والضمانات الممنوحة لهم من خلال المبادئ العامة التي تضمن المنافسة الحرة والمساواة بينهم . وتتميز هذه الشروط بأنها "ملزمة للإدارة ومن شأن مخالفتها بطلان اجراءات التعاقد ، ويستطيع صاحب المصلحة الطعن على مسلك الإدارة بدعوى

([1]) . الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، الفتوى رقم 608 لسنة 2017 ، تاريخ 26 مارس 2017، ملف رقم 572/1/54.

تجاوز السلطة"([1]) . وتطبيقاً لذلك قضي بأن "الشروط التي تطرح على أساسها المناقصة هي الأساس في تحديد العلاقة بين مقدمي العطاءات وبين جهة الإدارة ويجب التقيد بما ورد بها ، ولا يجوز الخروج عليها إلا باتفاق الطرفين"([2]) .

- **النوع الثاني** يضم الشروط التعاقدية الخاصة، وهي تلك التي تضعها الإدارة لتضمن بها تنفيذ العقد على نحو يحقق الهدف منه، ومن قبيل ذلك تحديد طريقة التوريد وأماكن التسليم والتخزين وكيفية أداء الثمن وقيمة الدفعة المقدمة وغرامات التأخير والجزاءات التي يمكن توقيعها وأسباب الفسخ ...الخ . ويعتبر هذا النوع من الشروط بمثابة جزء لا يتجزأ من العقد إذا قبلها المتعاقد مع الإدارة ، أو إذا قبلها مع وجود تحفظات وافقت عليها الإدارة .

- **النوع الثالث** يحوى قوائم الأصناف والمواصفات الفنية ، وهي تختلف في كراسة الشروط عنها في الأخرى ، لأنها تتضمن البيانات الخاصة بالسلع محل التوريد أو الأعمال محل الإلتزام من حيث نوعها وكميتها ومواعيد التسليم أو التنفيذ . ويتعين على المتعاقد حال تنفيذه العقد أن يلتزم بما ورد بهذا النوع من الشروط ولا يستطيع الفكاك منها ، كما تلتزم الإدارة بقبول الأصناف الموردة إليها طالما أنها كانت مطابقة للمواصفات المحددة في هذه الشروط .

وإذا تعارض شرطان ، أحدهما من الشروط التنظيمية العامة والآخر خاص ، وجب إعمال الأخير وإهمال الأول . وهذا الحل مستمد من طبيعة الأمور ، إذ أن الشروط العامة لا تسري فقط على العقد محل الإتفاق ، بل تطبق على جميع العقود ، بينما الشروط الخاصة فهي تتعلق بعقد بعينه مما يدل على أنها راعت ظروف التعاقد وملابساته وكانت محل اهتمام الإدارة، لذا فتعارض الشرط الخاص مع العام يكشف عن قصد الإدارة في

([1]) . عاطف سعدي محمد ، عقد التوريد الإداري ، 2005 ، ص 238 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 5601 لسنة 43 ق ، جلسة 5 يوليه 1992 .

العدول عن الشرط العام. زد على ذلك أن الخاص يقيد العام وفقاً للمبادئ العامة في التفسير .

مراجعة كراسة الشروط من قِبل مجلس الدولة : قلنا أن قانون مجلس الدولة حظر في المادة 58 منه على الجهات الإدارية إبرام أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذه في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة . ولم يرتب القانون أي أثر على مخالفة هذا الإلتزام ، لذلك إذا أبرمت الإدارة العقد دون أن تعرض كراسة الشروط على مجلس الدولة ، فإن العقد يظل صحيحاً "خاصة وقد تعلقت به حقوق الغير المتعاقد مع جهة الإدارة ، وهو غير مسئول عن مخالفتها لأحكام القوانين المنظمة لعملها ، كما أن الرقابة القانونية التي تتولاها إدارة الفتوى واللجنة المختصة بمجلس الدولة إنما هي رقابة للتحقق من مطابقة أحكام مشروع العقد للقوانين دون أن تتطرق إلى مسائل الملائمة والتقدير التي ينفرد القضاء برقابتها لا جهة الفتوى"([1]) .

وإذا ابرمت الإدارة عقداً استناداً إلى كراسة شروط سبق وإن أبدت إدارة الفتوى بمجلس الدولة برأيها فيها فلا داعي لأن تعرض الإدارة ذات الكراسة على مجلس الدولة بخصوص عقد آخر . لذلك قضي بأنه "لا يسوغ للشركة المدعية الإمتناع عن توقيع العقد بزعم أنه لم تتم مراجعته بمعرفة إدارة الفتوى المختصة ، أنه يغني عن ذلك أنه تم على نمط عقود سبق مراجعتها بمعرفة مجلس الدولة خاصة وأن النص على مراجعة العقود التي تتجاوز قيمتها حداً معيناً هو نص موجه للجهة الإدارية ولا شأن للمتعاقد به"([2]) .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز إضافة أو حذف أو تعديل أي مادة في الإشتراطات العامة أو الخاصة بعد مراجعتها من مجلس الدولة إلا بعد الرجوع إليه وموافقته.

([1]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، جلسة 20 مارس 1985 ، ملف 252/1/54.

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 2083 لسنة 39 ق ، مشار إليه لدي عليوة مصطفى فتح الباب ، الموسوعة العملية في المناقصات والمزايدات وعقود الجهات الإدارية ، 1999 ، ص 758 .

مدى جواز تعديل كراسة الشروط والمواصفات : هل تستطيع الإدارة أن تعدل في كراسة الشروط والمواصفات بعد الإعلان عنها ؟ يتلخص الموقف فيما يأتي : المصلحة العامة قد تفرض على الجهة الإدارية أن تعدل في كراسة الشروط سواء بإضافة مواصفات أو أصناف جديدة أو تعديل في طريقة التسليم أو بيان شرط غامض أو أي بيان آخر بعد الإعلان عنها ، وفي نفس الوقت قد يشكل هذا التعديل عبئاً جديداً على المتعاقد لا سيما وأن ما ورد بالكراسة مسئولية الإدارة فهي التي قامت بتحريرها فتكون مخطئة إن لم تتحر الدقة في بيان الشروط الواردة فيها .

وللتوفيق بين هذه المصالح المتعارضة يجب أن نواجه الأمر قبل وبعد تقديم العطاءات.

فإذا قامت الإدارة بتعديل كراسة الشروط قبل تقديم العطاء، فإن المتعاقدين يصبحان في موقف مماثل لموقفهما قبل تعديل كراسة الشروط . فيكون من حق الإدارة أن تزيد أو تنقص في الشروط الواردة بالكراسة ، ويحق لمقدمى العطاءات أن ينسحبوا من العملية إن لم يرق لهم هذا التعديل .

أما إذا لم يحدث التعديل إلا بعد تقديم العطاءات ، فإنه لا يكون صحيحاً إلا بتوافر قيدين : "الأول ضرورة الإعلان مرة أخرى عن الشروط التي تم تعديلها وبذات الإجراءات التي تم بها الإعلان أول مرة .

"الثاني ، ضرورة احترام المدة التي حددها القانون بين النشر وبين تقديم العطاءات، وذلك حتى يستطيع المتقدمون في المناقصة تكييف عطاءاتهم على ضوء الشروط الجديدة التي عدلتها جهة الإدارة"([1]) . ويلاحظ في مثل هذه الحالة أن الإعلان الجديد لا يقتصر فقط على مقدمي العطاءات في المرة الأولى ، بل يشمل أيضاً غيرهم ممن رفضوا الدخول في المناقصة لعدم ملاءمة كراسة الشروط قبل تعديلها لإمكانياتهم .

([1]) . عاطف سعدي محمد ، عقد التوريد الإداري ، 2005 ، ص 240 .

وبمقتضى الفقرة الثانية من المادة 19 من القانون يجوز إدخال تعديلات على كراسة الشروط والمواصفات اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك أو كانت التعديلات نتيجة جلسة الاستفسارات التي تمت بين الادارة والمشاركين معها . ويتعين اعتماد تلك التعديلات من قِبل السلطة المختصة ، وإخطار من قاموا بشراء كراسة الشروط بالتعديلات ، وذلك خلال 3 أيام على الأكثر من تاريخ إجراء التعديلات أو جلسة الاستفسارات ، وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تقل المدة بين الإخطار بهذه التعديلات والموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية عن سبعة أيام . وفي جميع الأحوال لا يجوز التعديل في كراسة الشروط والمواصفات بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية .

حجية كراسة الشروط والمواصفات : يختلف مدى ما لهذه الكراسة من حجية باختلاف ما اتفق عليه المتعاقدان في العقد :

*- فإذا تضمن العقد شروطاً تم ذكرها في كراسة الشروط ، فإن هذه الشروط تكون ملزمة لطرفي العقد باعتبارها من أحكام العقد وليس باعتبارها شرطاً في كراسة الشروط .

وإذا كان الشرط الوارد في العقد يخالف ما ورد بكراسة الشروط فإن العبرة بشروط العقد، لأن هذه الشروط كانت محل مفاوضة بين المتعاقدين بخلاف كراسة الشروط التي انفردت الإدارة المتعاقدة بوضعها ، كما أنها - أي شروط العقد - حررت بعد كراسة الشروط، فتعارض أحدها مع هذه الكراسة يكشف عن قصد المتعاقدين في العدول عن كراسة الشروط .

*- أما اذا أحال العقد إلى كراسة الشروط ، فإن إرادة المتعاقدين لم تنصرف إلى كل الأحكام الواردة بكراسة الشروط ، بل تقتصر فقط على الأحكام التي ليس لها مقابل في العقد . هنا تصبح الكراسة ملزمة لطرفي العقد فيما يتعلق بهذه الأحكام باعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد.

(**خامساً**) **الدعوة للتعاقد** : الدعوة للتعاقد هي أن توجه الإدارة بالطريقة التي حددها القانون الدعوة إلى جميع الموردين والمقاولين المشتغلين بنوع النشاط محل العقد المزمع ابرامه للتقدم بعطاءاتهم خلال الأجل المحدد ووفقاً للشروط والمواصفات الواردة بكراسة الشروط تمهيداً للتعاقد معهم .

وتلعب الدعوة إلى التعاقد دوراً هاماً في ميدان العقود الإدارية ، حيث يقصد بها حمل حاجة الإدارة إلى التعاقد إلى علم مقدمي العطاءات ، فتمكنهم من الحصول على كراسة الشروط وتجهيز عطاءاتهم وفقاً لما ورد بالكراسة من مواصفات وشروط . كما أن الدعوة إلى التعاقد تعد السبيل الجدي لتحقيق المبادئ التي جاء بها المشرع في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ، حيث نصت المادة السادسة منه على أن تخضع طرق التعاقد والاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص.

ومما لا شك فيه أنه مما يخالف تكافؤ الفرص والمساواة قيام الإدارة خلسة التعاقد مع شخص دون علم الآخرين ، الأمر الذي لا يصب في صالح المصلحة العامة . فالدعوة إلى التعاقد وسيلة من وسائل تحقيق العلانية ، وهذه بدورها تؤدي إلى علم الكافة بعملية التعاقد فينفتح أمام الجميع وعلى قدم المساواة فرصة الإشتراك في التعاقد فتتحقق المساواة بينهم مما يُمَكِّن لحرية المنافسة كحرية دستورية وقانونية أقرها المشرع ، وينعكس ذلك كله على مصلحة الإدارة .

والدعوة إلى التعاقد تكون في صورة نشر على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها. ويتضمن النشر طريق التعاقد وشروطه والأسباب المبررة لاتباع هذا الطريق أو ذاك، وأسلوب التقييم الفني والمالي، وغيرها من البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون .

وفي حالة التعاقد عن طريق المناقصة العامة أو الممارسة العامة الداخلية أو المزايدة العلنية العامة أو المزايدة بالمظاريف المغلقة ، فيجب الإعلان مرة واحدة بإحدى

الصحف اليومية واسعة الانتشار . أما المناقصة العامة والممارسة العامة الخارجية فيضاف إلى ما سبق الإعلان بإحدى الصحف الدولية والإعلام عنها من خلال السفارات والقنصليات (المادة 20 من القانون) .

وسوف نزيد وسيلة الإعلان تفصيلاً حال دراستنا لإختيار المتعاقد مع الإدارة .

الأثر القانوني للإعلان عن التعاقد : الأصل أن اعلان الادارة عن العملية محل التعاقد، لا يترتب عليه أي التزام قانوني ، سواء بالنسبة للإدارة ، أو المشاركين المحتملين ، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها ، حيث قالت "إن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة إلى التعاقد ، وأن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد"([1]).

إلا أن المحكمة الإدارية العليا في حكم لها حديث أعلنت "أن الإعلان عن المناقصة العامة من جهة الإدارة هو بمثابة الدعوة للتعاقد ، وكراسة الشروط هو الإيجاب الصادر منها ، ورضاء الطرف المتعاقد مع الإدارة هو القبول ، فإذا ما تطابقت إرادتهما انعقد العقد ، فإذا تقدم مقدم العطاء بشروط أخرى تخالف ما ورد بكراسة الشروط أو أورد بها تحفظات ، فمن ثم فإنه يعد عرض مقابل ويتعين على جهة الإدارة إما بقبوله أو رفضه"([2]) .

***

عدم جواز تجزئة محل العقد : تضمن قانون رقم 182 لسنة 2018 حظراً يقضي بعدم جواز تجزئة محل العقد الإداري . ويرمي القانون من وراء هذا الحظر إلى الحيلولة دون كل تواطئ من جانب الإدارة للتحايل بقصد تفادي الشروط والقواعد والإجراءات وغير ذلك

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 333 ، س 10 ق ، جلسة 2 ديسمبر 1967 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2280 لسنة 58 ق ، جلسة 23 يناير 2018.

من ضوابط وضمانات منصوص عليها في القانون (المادة 10 من القانون) . ومن بين هذه القواعد تلك المتعلقة باختصاصات السلطة المختصة التي تكون للوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو الصندوق أو من يعادلهم من سلطات في الجهات المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصدار القانون . وغالباً ما يتم تجزئة محل التعاقد وصولاً لتعديل الاختصاص من سلطة إلى أخرى أدنى منها .

طلب الحصول على معلومات وإبداء الاهتمام : أجاز القانون لجهة الإدارة قبل التعاقد أن تصدر طلباً للحصول على معلومات أو مقترحات أو مواصفات أو غيرها بغرض استيفاء إجراءات دراسة السوق ، على أن تعلن عن ذلك بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار أو توجه الطلب بدعوة المشتغلين بنوع النشاط المطلوب ، وذلك بالاضافة للنشر على بوابة التعاقدات العامة (المادة 12 من القانون)

بجانب ذلك أجازت المادة 13 من ذات القانون للجهة الإدارية ـ حال رغبتها في معرفة المشاركين المحتملين أو المهتمين بالدخول في عملية معينة تنوي طرحها بأي من طرق التعاقد ـ أن تصدر طلباً لإبداء الاهتمام قبل الشروع في طرح العملية .

والأصل أن مجرد تقديم طلب الحصول على معلومات أو ابداء الاهتمام لا يترتب عليه أي التزام قانوني ، سواء بالنسبة للإدارة أو المشتغلين بنوع النشاط محل الطلب . وهذا ما قضت به المادة 13 من القانون بنصها على أنه "لا يترتب على طلب إبداء الاهتمام أي حق لمن قاموا بالرد على الطلب" .

ولا شك أن هذا الحكم مطابق للقواعد العامة ، إذ أن طلب الحصول على المعلومات أو إبداء الاهتمام لا يعتبر إلا مجرد عمل تمهيدي من قِبل الإدارة بغرض استيفاء اجراءات دراسة السوق أو تحديد احتياجاتها على نحو دقيق وفقاً لمستجدات السوق أو لإعداد خطة احتياجاتها السنوية أو لغرض معرفة المشاركين المحتملين أو المهتمين بالدخول في عملية معينة تنوي طرحها بأي من طرق التعاقد .

وبناء على ذلك يكون من حق الإدارة أن تعدل عن التعاقد في أي وقت شاءت، متى رأت من خلال المعلومات التي حصلت عليها أو من خلال ما أُبدي من اهتمام المشاركين، عدم جدوى التعاقد .

وفي حال طلب إبداء الاهتمام لا يجوز للإدارة حال عزمها طرح التعاقد أن تكتفي بمن شارك في طلب ابداء الاهتمام دون غيرهم . فالمادة 13 من القانون حظرت من أن يؤدي طلب إبداء الاهتمام إلى الحد من عدد المشاركين .

وطبيعي أيضاً ألا يلتزم المشاركون بهذا الطلب ، الذين لهم مطلق الحرية في الدخول في التعاقد حال طرحه .

وفي حال طلب الحصول على معلومات ، فإن قيام أحد المشتغلين بنوع النشاط بتقديم معلومات غير صحيحة وكان سيء النية ، فإنه يجوز للإدارة استبعاده من قائمة من توجه لهم الدعوة للتعاقد. أما إذا لم يقم الدليل على سوء نيته ، فلا نرى محلاً لاستبعاده.

المبحث الثاني

اختيار المتعاقد وانعقاد العقد

تعدد طرق إختيار المتعاقد وجزاء عدم التزام الإدارة بالطريق الذي حدده المشرع : من الأصول المسلم بها أن الإدارة حال ابرامها للعقد الإداري لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة ، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع على نحو يكفل إختيار أفضل الأشخاص للتعاقد سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو الكفاية الفنية أو المالية ، وضماناً في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكبرها تحقيقاً للصالح العام بحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة من ابرام العقد([1]) .

([1]) ـ المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 320 و456 لسنة 17 ق ، جلسة 5 ابريل 1975 ، مجموعة مبادئ المحكمة في خمسة عشر عاماً ، ج 2 ، ص 1833 .

وطبقاً للمادة السابعة من القانون رقم 182 لسنة 2018 يكون التعاقد بطريق المناقصة العامة ، ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة ـ بناء على عرض إدارة التعاقدات ـ إجراء التعاقد بإحدى الطرق الآتية : الممارسات العامة ؛ الممارسة المحدودة ؛ المناقصة المحدودة ؛ المناقصة ذات المرحلتين ؛ المناقصة المحلية ؛ الاتفاق المباشر .

يستنتج من ذلك أن هناك طرقاً ثلاثة لإختيار المتعاقد مع الإدارة وهي :

(**أولاً**) **المناقصات في حالة الشراء والمزايدات عند البيع** . ويهدف القانون من وراء هذا الطريق إلى الحصول على أفضل العروض من الناحيتين المالية والفنية . ومن مقتضى الإجراءات التي نص عليها القانون فإن المناقصات أو المزايدات تمر عبر مراحل وإجراءات تتسم بالطول وتستغرق وقتاً طويلاً حتى تصل إلى نهايتها بإبرام العقد ، لذلك كان من الطبيعي أن ينص المشرع على طرق أخرى تسلكها الإدارة لإختيار المتعاقد معها بحيث تتفادى هذه الإجراءات ، إذا ما استدعت الظروف ذلك ، ومن قبيل هذه الظروف حالة الإستعجال أو تفاهة قيمة التعاقد .

(**ثانياً**) **الممارسة** . وهذا الطريق يكفل للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها مباشرة دون مناقصة أو مزايدة ، ومن قبيل العقود التي تقر هذا الطريق عقود الإلتزام ، نظراً لأهميتها على المرفق العام ، لذلك كان منطقياً أن يترك للإدارة مطلق الحرية في اختيار الملتزم .

(**ثالثاً**) **الإتفاق المباشر** . وهذا الطريق تسلكه الإدارة في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اجراءات المناقصة وبناء على ترخيص مسبق من السلطة المختصة وذلك إذا لم تزد قيمة العقد عن مبلغ معين . بعبارة أخرى ، تلجأ الإدارة إلى أسلوب الإتفاق المباشر إذا كان المنتظر من التعاقد لا يتناسب ـ بسبب تفاهته ـ مع التكاليف والمصاريف التي تنفقها الإدارة في حالة إجراء المناقصة .

وبمقتضى الفقرة قبل الأخيرة من المادة السابعة من القانون "لا يجوز بأي حال تحويل أي من طرق التعاقد المنصوص عليها في هذه المادة إلى طريق تعاقد آخر" . فإذا أخلت الإدارة بهذا الإلتزام بأن سلكت طريقاً غير الذي حدده المشرع لها لإختيار المتعاقد معها ، فإن عملها يعد مخالفاً للقانون مما يستوجب مسئوليتها . لأن المشرع سن لكل موضوع يصح ليكون محلاً للعقد طريقاً خاصاً وأحكاماً متفردة لا يتسع أحدها ليشمل الآخر وإنما جاء كل طريق مستوياً بذاته متفرداً بحكمه لإعتبارات قدرها المشرع ، وبالتالي لا يجوز بحال من الأحوال استعارة طريق أو مد مظلته لتشمل تعاقداً تنتظمه أحكام الطريق الآخر([1]) .

ومسئولية الإدارة في هذه الحالة هي مسئولية تقصيرية أساسها القانون وليس العقد، لأن الإدارة لم تخالف بنود العقد بل خالفت نصوص القانون الذي فرض عليها أن تسلك طريق بعينه . ولقيام هذه المسئولية يتعين على المتعاقد أن يثبت خطأ الإدارة بأنها قد اساءت استعمال الإجراءات ، أي أنها سلكت لبلوغ هدفها طريقاً إجرائياً مغايراً لذلك الذي فرضه عليها القانون . بجانب ذلك يثبت حدوث ضرر له وأن هناك علاقة سببية بين خطأ الإدارة والضرر الذي أصيب به . ومن قبيل ذلك يثبت أن الطريق الذي سلكته الإدارة في التعاقد كلفه مصاريف باهظة ما كان ينفقها لو التزمت الإدارة الطريق الذي حدده القانون .

ورغم مسئولية الإدارة ، إلا أن العقد يظل صحيحاً منتجاً لآثاره ، حيث تعلقت به حقوق الغير المتعاقد مع جهة الإدارة وهو غير مسئول عن مخالفتها لأحكام القوانين المنظمة لعملها([2]).

([1]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، جلسة 19 يناير 2000 ، ملف رقم 364/1/54.

([2]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، جلسة 26 يونيه 1985 ، ملف رقم 308/6/86، مجموعة مبادئ الجمعية ، السنتان التاسعة والثلاثون والأربعون ، ص 452 .

بعد هذا الإيضاح ، نتعرض الآن للقواعد المنظمة لطرق إختيار الإدارة للمتعاقد معها وفقاً للترتيب المشار إليه .

§ 1 ـ المناقصات

قلنا أن المناقصة تهدف إلى ضمان حسن اختيار المتعاقد مع الإدارة من حيث الحصول على "أصلح المواد الأولية والأيدي العاملة بأفضل سعر بغير مساس بجودة العمل وبمواعيد إنجازه، أي من حيث توافر خير الشروط المالية والفنية المحققة لمصلحة المرفق العام الذي تتولاه الهيئة الإدارية"([1]). وتعتمد خطتنا للإقتراب من أسلوب المناقصات على تحديد أنواعها (أولاً) ، قبل أن نعرج على مراحلها (ثانياً) ، ثم نختتم حديثنا بالإشارة إلى إنعقاد العقد (ثالثاً) .

ولنا كلمة عن كل جزئية مما سبق .

(***أولاً***) ***أنواع المناقصات*** : يجب ـ طبقاً للقواعد العامة ـ أن تفتح الإدارة باب الإشتراك في المناقصة لكل من يرغب في التعاقد مع الإدارة طالما استوفى الشروط المطلوبة . يستوي في ذلك أن يكون الراغب في التعاقد داخل مصر أو خارجها . في هذه الحالة نكون بصدد **مناقصة عامة**.

على أنه يمكن للإدارة أن تقصر الإشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين معينين سواء في الداخل أو في الخارج ، هنا نكون أمام **مناقصة محدودة** إذا توافرت شروطها . فمثلاً، إذا كان موضوع العقد يتطلب خبرات خاصة لا تتوافر إلا لدي عدد محدود من المشتغلين في هذا المجال، كإنشاء المطارات أو تجهيز المستشفيات بأجهزة طبية حديثة ، فإن اللجوء إلى المناقصة المحدودة دون العامة هو الطريق الصحيح ، لأنه لا توجد جدوى من الإعلان واتباع طريق المناقصة العامة ما دام المخاطبين بالمناقصة معروفين ومحدودين .

([1]) . توفيق شحاته ، مبادئ القانون الإداري ، 1955 ، ص 772 .

كما تتوفر حالة اللجوء إلى المناقصة المحدودة في العمليات التي اتخذت الجهة الإدارية إجراءات تأهيل مسبق في شأنها ، بحيث يتم دعوة من تم تأهيلهم للإشتراك فيها.

كذلك التعاقدات المرتبطة باعتبارات الأمن القومي أو المرتبطة بالمحافظة على الحياة والصحة ، مثل توفير المستحضرات والأجهزة الطبية والأدوية ، فإن الطريق المتاح قانوناً للتعاقد هو المناقصة المحدودة .

كما أن التعاقد بطريق المناقصة المحدودة يبقى الخيار القانوني المتاح إذا كان الوقت أو التكلفة اللازمان للطرح بطريقة المناقصة العامة لا يتناسبان مع قيمة التعاقد. وأيضاً في حال عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصات العامة التي تم طرحها مرة أو أكثر وانتهت دراسة الجهة الإدارية إلى مناسبة تغيير الطرح (المادة 57 من القانون) .

بقيت حالة **المناقصة المحلية** وهي تلك التي أشار إليها المشرع في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مادته 59 حيث تقتصر على التعاقدات التي لا تزيد قيمتها على أربعة ملايين جنيه ، ولا يحق الإشتراك فيها إلا على المقاولين والموردين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ التعاقد .

وتجيز الفقرة الثانية من المادة 59 النزول بالحد الأقصى إلى مليوني جنيه في حال قصر المناقصة المحلية على المشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية في الصغر التي يقع نشاطها في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ موضوع التعاقد .

وأخيراً نصادف ما نص عليه المشرع في المادة 58 فيما يُعرف **بالمناقصة ذات المرحلتين** . ويسري هذا النوع من المناقصات على التعاقدات التي يصعب الوقوف على مواصفاتها الفنية لحظة الدعوة إليها ومن ثم الاعلان عنها. وبناء على ذلك تطبق المناقصة ذات المرحلتين على التعاقدات ذات المواصفات الفنية المركبة .

وتسري كذلك على التعاقدات التي ترغب الجهة الإدارية بشأنها أن تأخذ في الاعتبار مختلف الحلول الفنية أو التعاقدية لها ، والمزايا النسبية لتلك الحلول قبل اتخاذ قرار بشأن المواصفات الفنية النهائية والشروط التعاقدية .

وليس هناك شك في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في وجوب تطبيق المناقصة ذات المرحلتين على التعاقدات التي لا تتوفر لها تفاصيل المواصفات الفنية الدقيقة أو خصائص الموضوع محل التعاقد عند البدء في إجراءات الطرح وبما يمكنها من تحديد الجوانب الفنية أو التعاقدية بشكل متكامل يضمن الحصول على عطاءات تنافسية .

والغرض من هذا النوع من المناقصات منح الجهة الإدارية متسع من الوقت لاتاحة الفرصة أمامها للوقوف على مواصفات العملية محل التعاقد للوصول إلى أفضل مقدمي العطاءات وأكثرهم تناسباً لتلك العمليات . ولتحقيق هذا الغرض تمر المناقصة هنا بمرحلتين ، لكل منها غرض محدد يتم استيفائه من خلال مجموعة من الإجراءات .

وبمقتضى المادة 127 من اللائحة التنفيذية يتم من خلال المرحلة الأولى تلقي الاستفسارات ومناقشة مقدمي العروض للوقوف على مدى استجابة عروضهم للمتطلبات والشروط التعاقدية المطلوبة. ومن أجل ذلك يتم تشكيل لجنة لتلقي العروض الفنية الأولية ودراستها وإعداد تقرير بنتائج أعمال الدراسة والمراجعة والمناقشات التي تم التوصل اليها مع مقدمي العروض المستجيبة للحد الأدنى من المتطلبات والشروط التعاقدية الواردة بكراسة الشروط وبما لا يخل بمبدأ تكافؤ الفرص بينهم. ولتفعيل ما انتهت اليه اللجنة يتعين تكليف اللجنة الفنية التي وضعت كراسة الشروط والمواصفات الأولية بإعداد كراسة الشروط النهائية وفقاً للنتائج التي تم التوصل إليها . وفي نهاية المرحلة الأولى يتم استبعاد العروض الفنية غير المستجيبة للمتطلبات الأساسية .

وفي المرحلة الثانية يتم التأكد من توافر الاعتماد المالي للعملية وتدقيق القيمة التقديرية ومبلغ التأمين المؤقت في ضوء الشروط النهائية التي تم اعدادها . وفي هذه

المرحلة تقوم إدارة التعاقدات بتوجيه إخطار لكافة المتقدمين المستجيبين للتقدم بعطاءات فنية ومالية ونهائية طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات النهائية المدققة (المادة 128 من اللائحة التنفيذية) .

(**ثانياً**) ***مراحل المناقصة*** : المناقصة عملية مركبة تتكون من عدة مراحل تبدأ بالإعلان من قِبل الجهة الإدارية المتعاقدة ثم يليها التقدم بالعطاءات من قِبل المتقدمين الراغبين في التعاقد، ثم فتح المطاريف والبت في العطاء المقدم ثم اعتماد التوصية من قبل لجنة البت.

وإليك تفاصيل هذه المراحل .

1 *الإعلان عن المناقصة* : يمثل الإعلان وسيلة الإدارة لتنبيه أصحاب الشأن للمناقصة المزمع السير في إجراءاتها . وبهذا الإعلان تتحقق المبادئ الأربعة التي حددها القانون في المادة السادسة ، حيث قضى بأن تخضع طرق التعاقد والاجراءات المنصوص عليها في القانون لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص . فمما لا شك فيه أن الإعلان عن المناقصة يؤدي إلى خلق مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة ، كما أنه يمنع الإدارة من أن تقصر عقودها على طائفة بعينها بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا للعملية محل التعاقد .

والقاعدة أن الجهة الإدارية المتعاقدة لا تلتزم باتباع أسلوب محدد للإعلان عن المناقصة، إلا إذا ألزمها القانون بذلك . ويتضمن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ولائحته التنفيذية الأحكام التي تنظم الإعلان وهي تختلف باختلاف نوع المناقصة .

ففي جميع طرق التعاقد المنصوص عليها في القانون يجب النشر على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقاً لما تقدره السلطة المختصة . هنا يتعين أن يتضمن النشر طريق التعاقد وشروطه والأسباب المبررة لاتباع هذا الطريق وأسلوب التقييم الفني والمالي ، وغيرها من البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون .

وفي فرض المناقصات العامة أو الممارسة العامة الداخلية أو المزايدة العلنية العامة أو المزايدة بالمظاريف المغلقة، فإنه بجانب النشر، يتم الإعلان مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار . وإذا كانت المناقصة أو الممارسة خارجية ، فبالاضافة إلى ما سبق يجب الإعلان عنها بإحدى الصحف الدولية وبالإعلام عنها من خلال السفارات والقنصليات .

أما إذا كانت المناقصة محدودة أو محلية أو ممارسة محدودة أو مزايدة محدودة أو محلية ، فيلزم توجيه الدعوة لأكبر عدد ممكن من المسجلين المتخصصين أو المؤهلين المشتغلين بالنشاط موضوع الطرح .

ويحدث أحياناً تأجيل موعد فتح المظاريف ، هنا يجب الإعلان عن المواعيد الجديدة بالطريقة ذاتها .

وفي جميع الحالات يتعين الحصول على موافقة السلطة المختصة على الإعلان، ويجوز بموافقتها الإعلان في أكثر من صحيفة مصرية أو دولية وفقاً لأهمية وطبيعة التعاقد في الحالات التي تقتضي ذلك([1]) .

وإذا تقرر طرح أكثر من مناقصة عامة في تاريخ واحد أو تواريخ متقاربة فيراعى النشر عنها في إعلان واحد (المادة 37 من اللائحة التنفيذية) .

وأياً كان نوع المناقصة ، فإن الإعلان يجب أن يتضمن الجهة التي تقدم إليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف أو العمل المطلوب وقيمة التأمين الإبتدائي والنهائي وثمن كراسة الشروط وأية بيانات أخرى ترى الجهة الإدارية أنها ضرورية لصالح العمل مثل ميعاد جلسة فتح المظاريف .

وعلى ضوء ذلك "لا يجوز بعد الإعلان عن المناقصة وما تضمنه من تحديد للمدة التي يجب أن يتقدم المتنافسين بعطاءاتهم خلالها ، أن تقوم جهة الإدارة بتقصير

([1]) . المادة 20 من القانون .

تلك المدة لما ينطوي عليه مثل هذا الإجراء من إخلال بمبدأ المنافسة والمساواة بين المتنافسين ، الأمر الذي 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 في تلك المناقصة"([1]) .

وينظر القضاء إلى الإعلان على أنه دعوة للتعاقد([2]) تقدمها الإدارة المتعاقدة للراغب في التعاقد لكي يضطلع على شروط التعاقد والوقوف على متطلباته ليقرر على ضوئها ما إذا كان راغباً في التعاقد من عدمه . ويُفهم من ذلك أن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد.

وفي حالة عدم التزام الإدارة بنشر الإعلان في الصحيفة اليومية ، فإن الإعلان يبطل ما دام عدم النشر أدى إلى حرمان عدد غير محدد من الأشخاص من الإشتراك في المناقصة . أما إذا تحققت الغاية من النشر فلم تؤثر المخالفة التي وقعت فيها الإدارة في عدد العطاءات المقدمة في المناقصة جاز التجاوز عن مخالفة النشر([3]) .

وأخيراً ، إذا تقرر ارساء المناقصة قبل الإعلان عنها في الصحف اليومية ، فإن قرار الترسية وإن كان باطلاً ، إلا أنه لا يؤثر على صحة انعقاد العقد الذي تم بناء عليه، إذ يظل العقد على الرغم من ذلك صحيحاً نافذاً وملزماً لطرفيه([4]).

([1]) . إفتاء إدارة الفتوى لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية ، رقم 748 بتاريخ 27 يوليه 1989 ، ملف رقم 493/2/3 . مشار إليه لدي عاطف سعدي محمد ، المرجع السابق ، ص 251 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 2 ديسمبر 1977 ، م (23) ، ص 166 .

([3]) . تقرير هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، رقم 122 ، بتاريخ 31 يناير 1988. وانظر كذلك تقرير نفس الهيئة ، ملف رقم 26/1/67 ، جلسة 11 سبتمبر 1989 ، مشار إليه لدي عاطف سعدي محمد ، المرجع السابق ، ص 250 وما بعدها .

([4]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 195 لسنة 12 ق ، جلسة 23 نوفمبر 1968.

2 التأهيل المسبق : بمقتضى هذا الإجراء يجوز للجهة الإدارية إصدار طلب للتأهيل المسبق للتحقق من توافر القدرات الفنية والإمكانيات المالية والإدارية والبشرية وغيرها في طالبي التأهيل لتنفيذ أحد العقود بالكفاءة المطلوبة قبل دعوتهم لتقديم عطاءات حال الطرح([1]).

ولا شك أنه لو لم تكن لعملية التأهيل المسبق مزية أخرى غير التأكد من كفاءة الأفراد أو الشركات التي تتم دعوتها إلى تقديم العطاءات لكفى ذلك لاقرارها وحث الجهات الإدارية على استخدامها . فمن خلال التأهيل المسبق يمكن معرفة المتناقصين المهتمين بموضوع العقد ، وفي حال انخفاض عدد المتناقصين المتقدمين ، يكون لدي جهة الإدارة الفرصة الكافية لإجراء أي تعديلات مطلوبة على عملية الطرح . كما أن التأهيل المسبق يجنب الإدارة المشكلات الناتجة لاحقاً على عملية رفض العطاءات المقدمة من شركات غير مؤهلة وذوي القدرات المتشكك بها والأسعار المتدنية.

من ناحية أخرى يعد التأهيل المسبق في مصلحة المتناقصين، نظراً لأنه في حال تأهلهم، سوف يتأكدون من اقتصار المناقصة على عدد محدود من الشركات المماثلة لهم من حيث الكفاءة والقدرة. بالإضافة إلى مساعدة المتناقصين الذين ليس لديهم القدرة الكافية على تنفيذ أعمال العقد، على تجنب تكاليف الدخول في المناقصات .

وللوصول إلى الغاية من التأهيل المسبق ، قضت المادة 39 من اللائحة التنفيذية بتشكيل لجنة التأهيل المسبق بقرار من السلطة المختصة وتضم في عضويتها عناصر فنية ومالية وقانونية . وتختص هذه اللجنة بإعداد مستندات التأهيل ووضع معاييره والرد على استفسارات طالبي التأهيل ودراسة طلباتهم ، وما يقتضيه ذلك من إمكانية طلب الإيضاحات والمستندات التي تراها لازمة لدراستها وتحديد المؤهل منهم واستبعاد غير المؤهل (المادة 41 من اللائحة التنفيذية) .

([1]) . المادة 21 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

ومن المعايير التي تضعها لجنة التأهيل تلك التي تتعلق بأهلية طلبي التأهيل وحجم المشاركة في عمليات مماثلة والنزاعات القانونية بينهم وبين الجهة الإدارية المتعاقدة أو الجهات الإدارية الأخرى ، والكفاءة الفنية والملاءة المالية([1]) .

وفي مقابل ما تملكه لجنة التأهيل، فإن صاحب العطاء المحتمل أو من قام بشراء كراسة الشروط والمواصفات له الحق في طلب أية إيضاحات بشأن ما ورد بالكراسة([2]) أو طلب استفسارات. ويتعين على الإدارة ان ترد على هذه الإيضاحات في الوقت الذي حدده القانون، وأن تعقد جلسات للاستفسارات من خلال لجنة تشكلها لهذا الغرض وتكون مهمتها تلقي تلك الاستفسارات ودراستها وإعداد محضراً بشأنها يتم اعتماده من قبل السلطة المختصة. وفور الاعتماد تتولى إدارة التعاقدات إخطار مقدمي الاستفسارات أو الايضاحات ومن قاموا بشراء كراسة الشروط والمواصفات كتابة بالتعديلات التي يسفر عنها الاستفسار . وتعتبر هذه التعديلات جزءاً لا يتجزأ من كراسة الشروط والمواصفات وتسري في مواجهة جميع أصحاب العطاءات([3]) .

وفي حال اعتبار المشارك مؤهلاً يتم ارسال دعوة إليه للمشاركة في اجراءات المناقصة. وفي فرض العكس يعتبر المشارك غير مؤهل لأنه غير مستوفي لواحد أو أكثر من معايير التأهيل. ويجوز للأخير تقديم شكوى لجهة الإدارة وفي ذات التوقيت يخطر مكتب شكاوى التعاقدات العمومية بصورة منها. وإذا لم تفصل جهة الإدارة في الشكوى أو كان قرارها لم ينل رضاء طالب التأهيل غير المؤهل ، فيكون للأخير الحق في التقدم بشكواه إلى المكتب وذلك قبل اللجوء إلى القضاء. وتكون قرارات المكتب ملزمة لطرفي الشكوى ، وعلى الجهة الإدارية تنفيذ القرار خلال مدة لا تجاوز 7 أيام . ويجوز للمكتب وقف إجراءات العملية محل الشكوى لمدة يحددها قرار رئيس مجلس الوزراء للفصل فيها،

([1]) . انظر المادة 40 من اللائحة التنفيذية .

([2]) . المادة 42 من اللائحة التنفيذية .

([3]) . المادة 43 من اللائحة التنفيذية .

عدا الحالات الطارئة أو العاجلة التي يقدرها المكتب وفقاً للاعتبارات التي تقدمها الجهة الإدارية([1]) .

وفي اعتقادنا أن العمليات التي اتخذت الجهة الإدارية إجراءات تأهيل مسبق في شأنها، فإن التعاقد سيكون من خلال المناقصة المحدودة ، بحيث يتم فقط دعوة من تم تأهيلهم للاشتراك فيها([2]) .

وتجدر الإشارة إلى أن التأهيل لا يشكل أي إلزام لطالب التأهيل أو الدخول في علاقة تعاقدية مع الإدارة ، ولا يعطي لأي جهة أو شخص أية أولوية أو أفضلية أو أسبقية عند المنافسة على ترسية المشروع . وترتيباً على ذلك لا يجوز أن تتضمن طلبات التأهيل المسبق أية أسعار أو جداول أسعار أو أي إشارة إلى معدلات أو أسعار خاصة بتنفيذ المشروع محل التعاقد .

3 ***التقدم بالعطاءات*** : بعد الإعلان عن المناقصة وعلى ضوء ما جاء بكراسة الشروط والمواصفات يقرر الراغب في التعاقد تقديم عطائه للجهة الإدارية ، حتى تسطيع الأخيرة ـ على ضوء ما جاء بالعطاء ـ أن تقرر ما إذا كان في وسعها أن تقبل التعاقد معه أم لا . ويقدم العطاء على نموذج العطاء المختوم بخاتم الجهة الإدارية ، ويتعين أن يكون موقعاً من مقدمه أو من يمثله قانوناً . وهذا التوقيع يعد دليلاً على أن العطاء يعود لصاحبه وأنه كان عالماً بكل شروط التعاقد كما وردت بكراسة الشروط .

* ***مشتملات العطاء*** : يتعين أن يقدم العطاء في مظروفين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي ، ويوضع كلا المظروفين داخل مظروف آخر مكتوب عليه اسم مقدم العطاء وموضوع المناقصة واسم الجهة الإدارية المقدم لها العطاء([3]) .

([1]) . انظر المادة 5 من القانون .

([2]) . المادة 57 من القانون .

([3]) . المادة 44 من اللائحة التنفيذية .

. المظروف الفني : ليس بمستطاع أن نورد بالتفصيل البيانات والمستندات التي يتعين أن يضمها المظروف الفني . ولكنا نستطيع أن نقرر ـ كمبدأ عام ـ أن المظروف يجب أن يشمل كل ما من شأنه أن يمكن الإدارة من الوقوف على المقدرة الفنية والمالية لمقدم العطاء([1]).

وهذه البيانات والمستندات إما أن تكون متصلة بموضوع التعاقد نفسه ، أو بشخص مقدمي العطاء .

والبيانات المتصلة بموضوع التعاقد تشمل جميع البيانات الفنية عن العرض المقدم وطريقة التنفيذ والبرنامج الزمني للتنفيذ ومدته والكتالوجات والبيانات الخاصة بمصادر ونوع المواد والمهمات والمعدات والإجهزة التي تستخدم في التنفيذ وتلك المقدم عنها العرض وقائمة بقطع الغيار ومستلزمات التشغيل مع بيان معدلات استهلاكها .

أما البيانات المتعلقة بشخص مقدمي العطاء ، فمن بينها ما يتعلق بخبرته في مجال موضوع العقد ، لذلك اشترط القانون أن تكون هناك سابقة الأعمال ويقصد بها تلك الأعمال التي نفذها مقدم العطاء من قبل وتكون مماثلة للأعمال المطروحة في المناقصة. ولا شك أن هذا البيان ومستنداته يعطي للإدارة فكرة واضحة عن إمكانيات صاحب العطاء الفنية ومدى نجاحه في تنفيذ العقد .

وهناك بيانات يراد بها التثبت من القدرة الفنية لمقدمي العطاء . فمن ذلك البيانات المتعلقة باسماء ووظائف وخبرات الكوادر التي سيستند إليها الإشراف على تنفيذ العملية وبيانات كاملة عن الشركات التي يسند إليها جزء من التنفيذ وبيانات القيد في السجلات الخاصة بالنشاط موضوع التعاقد وبطاقة عضوية الإتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء وشهادة التسجيل لدي مصلحة الضرائب والبطاقة الضريبية .

([1]) . انظر المادتين 49 و50 من اللائحة التنفيذية .

وتلتزم الجهة الإدارية بالحصول على إقرار من مقدم العطاء يضمنه بمظروفه الفني يفيد التزامه بالتأمين على العمالة وفقاً لقوانين التأمينات السائدة إذا تطلبت طبيعة العملية لذلك . وإذا رغب مقدم العطاء في إبداء أية ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية فيثبتها في كتاب مستقل يضمنه المظروف الفني . ولا يلتفت إلى أي إدعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ في عطائه إذا قدم بعد فتح المظاريف الفنية .

ونظراً لأهمية المظروف الفني ، فإن جهة الإدارة حال فتحها للمظاريف فإنها تبدأ به ، فإذا لاقي قبولاً منها قامت بفتح المظروف المالي لصاحب العطاء . وهذا ما قضت به المادة 23 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ، إذ "يقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنياً" .

على أننا نرى أن قصر فتح المظاريف المالية على العطاءات المقبولة فنياً يعد حكماً استثنائياً لا يجوز التوسع فيه . لذلك نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن فتح المظاريف المالية يصح بالنسبة للمظاريف التي قُبِلت بعض عروضها الفنية وليست كلها([1]) . ولكن لا نذهب ـ كما ذهب هذا البعض ـ إلى القول بأن مقدم العطاء لا يجوز له أن يحتج ، إذا رفض عرضه الفني ومن ثم لم يُفتح العرض المالي ، بأن ثمة مستندات تتعلق بالجانب الفني أودعها في المظروف المالي ، بحجة أن مسلك صاحب الشأن هنا يعتبر خطأ منه لا يلومن عليه إلا نفسه([2]) . فهذا القول يتعارض مع الطبيعة الإستثنائية للحكم الوارد بالمادة 23 .

ـ <u>المظروف المالي</u> : يحتوي المظروف المالي على قوائم الأسعار وطريقة السداد وقيمة الصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وغيرها من العناصر التي تؤثر في القيمة المالية للعرض([3]) .

([1]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 114 .

([2]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 113 .

([3]) . انظر المواد من 51 إلى 54 من اللائحة التنفيذية .

وإذا سكت مقدم العطاء عن تحديد سعر أحد البنود ، فهل للإدارة حق استبعاد العطاء؟

فرقت المادة 53 من اللائحة التنفيذية بين عمليات شراء أو استئجار المنقولات (عقد توريد) والتعاقد على مقاولات (مقاولات الأعمال) . ففيما يتعلق بعمليات شراء واستئجار المنقولات فإن سكوت مقدم العطاء عن تحديد سعر أحد الأصناف المطلوب توريدها يعد امتناعاً منه في الدخول في المناقصة بالنسبة لهذا الصنف .

أما في مقاولات الأعمال (الأشغال العامة) فللجهة الإدارية ـ مع الإحتفاظ بالحق في استبعاد العطاء ـ أن تضع للبند المسكوت عنه سعراً وفقاً للفرضين التاليين :

فقبل ارساء المناقصة تضع الإدارة لهذا البند أعلى فئة له في العطاءات المقبولة، وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات . وعلة ذلك واضحة أن مقدم العطاء قد أخطأ بسكوته عن بيان السعر ، فيتحمل نتيجة هذا الخطأ . وخير مثال لتحمل المسئولية هو وضع أعلى فئة لهذا البند . فالعدالة تأبى أن نكافئ صاحب العطاء المخطأ بأن نضع له سعراً أقل عن نظيره الذي لم يخطأ .

وفي حالة ارساء المناقصة على مقدم العطاء الذي سكت عن بيان سعر البند فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطاءات المقبولة دون أن يكون له حق المنازعة في ذلك .

وفي تبرير هذا الإختلاف بين عقد التوريد وعقد الأشغال العامة ، أشار البعض إلى ثلاث مبررات : فمن ناحية اختلاف المحل ، "إذ بينما ينصب عقد التوريد على منقولات حيث يمكن لجهة الإدارة شراؤها من غير مقدم العطاء الذي سكت عن تحديد سعرها ، في حين ينصب عقد الأشغال العامة على بناء عقار 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 ـ فيما لو رست عليه المناقصة ـ إلى مقاول آخر" .

زد على ذلك "أن التقييم المالي للعطاء في عقود التوريد يتم بالنظر إلى سعر الصنف مضروباً في الكمية ، وبالتالي تستطيع جهة الإدارة إجراء هذا التقييم أياً كان عدد الأصناف المحددة سعرها أو تلك التي سكت مقدم العطاء عن تحديد سعرها ، أما في عقد الأشغال العامة فإن سكوت مقدم العطاء عن تحديد سعر أحد البنود لن يمكن جهة الإدارة من إجراء التقييم المالي للعطاء على نحو دقيق ومقارنته بباقي العطاءات" .

وأخيراً "طبيعة عقد التوريد تسمح لجهة الإدارة بالتعاقد مع أكثر من مورد لا سيما إذا كانت الأصناف المطروحة لا توجد لدي مورد واحد ، ومن ثم فإن سكوت المورد عن تحديد سعر الصنف يشير إلى عدم اشتغاله بهذا الصنف ، في حين أن طبيعةعقد الأشغال العامة تستلزم قيام المقاول بالعمل كوحدة واحدة لا تقبل التجزئة"([1]) .

وفاة مقدم العطاء : في حال وفاة مقدم العطاء يجوز للجهة الإدارية استبعاد العطاء المقدم منه ورد التأمين الموقت . كما يجوز السماح للورثة بالاستمرار في الإجراءات بشرط أن يعينوا عنهم وكيلاً وتوافق عليه السلطة المختصة([2]) .

التعاقد من الباطن : ليس بمستبعد أن يعهد مقدم العطاء ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم وما سيتم إسناده اليهم من بنود وفقاً لما وارد بكراسة الشروط والمواصفات . ولا يجوز للمتعاقد (بعد أن كان مقدم عطاء) تغيير أي منهم دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة([3]) .

وإذا كان القانون أجاز لمقدم العطاء أن يلجأ إلى التعاقد من الباطن ، إلا أن المادة 56 من اللائحة وضعت قيداً على ذلك . فبمقتضى هذه المادة لا يجوز أن تمثل البنود التي يعهد صاحب العطاء إلى غيره من الباطن للقيام بها، الجانب الأكبر أو الجوهري من العملية ، وذلك بناء على دراسة موثقة تعدها إدارة التعاقدات من واقع دراستها

([1]) . عاطف سعدي محمد ، المرجع السابق ، ص 263 و264 .

([2]) . المادة 24 من القانون والمادة 55 من اللائحة التنفيذية .

([3]) . انظر المادة 25 من القانون .

للسوق ووفقاً لطبيعة العملية وتعتمدها السلطة المختصة ، على أن تتضمن كراسة الشروط والمواصفات بيان تلك البنود .

من هنا كان منطقياً أن يُضْمِنْ صاحب العطاء العرض الفني المقدم منه ما سيعهد به إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم وما سيتم اسناده إليهم([1]) .

وأياً كان الأمر فإن المتعاقد مع الإدارة سيظل دون غيره مسئولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن أية أفعال أو أعمال أو أخطاء في تنفيذ العقد .

الفئات المحظور عليها التقدم بعطاءات : وهي الفئات التي أشار إليها المشرع في المادة 26 من القانون بقوله : "مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم 106 لسنة 2013 في شأن حظر تعارض مصالح المسئولين في الدولة ، وكذا القواعد الحاكمة للسلوك الوظيفي والمهني([2]) ، يحظر على الموظفين والعاملين بالجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات، ولا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بأعمال. .." .

([1]) . المادة 57 من اللائحة التنفيذية .

([2]) . بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 106 لسنة 2013 الخاص بحظر تعارض مصالح المسئولين في الدولة ، يخضع لأحكام هذا القانون كل من : رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء والمحافظين وسكرتيري عموم المحافظات ورؤساء الوحدات المحلية ورؤساء الهيئات والمؤسسات والمصالح والأجهزة العامة ونواب ومساعدي الأشخاص شاغلي المناصب والوظائف المشار إليهم سابقاً ومن يفوضونهم في بعض اختاصاصاتهم . وعرفت المادة الثانية من ذات القانون تعارض المصالح بأنها : كل حالة يكون للمسئول الحكومي (أي شخص من المشار إليهم) أو الشخص الرتبط به (كل شخص تربطه بالمسئول الحكومي صلة قرابة حتى الدرجة الرابعة، والشركات التي يساهمون فيها أو يديرونها) مصلحة مادية أو معنوية تتعارض تعارضاً مطلقاً (كل حالة يترتب عليها ضرر مباشر أو محقق للمصلحة أو الوظيفة العامة) أو نسبياً (كل حالة يحتمل فيها وقوع ضرر للمصلحة أو الوظيفة العامة) مع ما يتطلبه منصبه أو وظيفته من نزاهة واستقلال وحفاظ على المال العام ، أو تكون سبباً لكسب غير مشروع لنفسه أو للشخص المرتبط .

إذن القاعدة أنه لا يجوز أن يشترك في تقديم العطاءات كل من يخشى استغلال مركزه لتحقيق مصالح خاصة على حساب المصلحة العامة .

وبناء على ذلك يتناول الحظر الموظفين والعاملين بالجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ، بسبب اضطلاعهم بحكم مراكزهم على أسرار العملية التعاقدية ، مما يخل بمبادئ المساواة وتكافؤ الفرص ومن ثم المنافسة بين المتقدمين بالعطاءات .

ويشمل الحظر التقدم بالذات أو بالواسطة بعطاءات أو عروض ، أو شراء أصناف منهم أو تكليفهم بأعمال، أو الدخول بالذات أو بالواسطة في المزايدات بأنواعها .

واستثناء من هذا الحظر يجوز شراء كتب من تأليف هؤلاء الموظفين والعاملين أو تكليفهم بأعمال فنية أو شرائها منهم بشرط أن تكون ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وألا يشاركوا بأي صورة من الصور في إجراءات قرار الشراء أو التكليف([1]) .

والخروج من الحظر هنا يجد مبرره في عدم حرمان الإدارة مما لدى هؤلاء الموظفين والعاملين من كتب هم مؤلفيها ولها علاقة بالمرفق . فهؤلاء هم أكثر الأشخاص الذين يمكنهم الوقوف على المشكلات التي تواجه مرافقهم والحلول المناسبة لهم ، فإن أمكن لهم وضع ذلك في مؤلفات ، فلا داعي لحرمان الجهة الإدارية منها ، طالما أن هؤلاء الموظفين لم يشاركوا بأي صورة من الصور في إجراءات قرار الشراء أو التكليف .

على أنه يلاحظ بالنسبة للتكليف بأعمال فنية أو شرائها أن المشرع اشترط في اللائحة التنفيذية عدم وجود من يمكنه أداء العمل المطلوب من بين الموظفين أو العاملين

([1]) . أفردت المادة 58 من اللائحة التنفيذية حكماً يتعلق بشراء حق المؤلف أو الطبع أو النشر ، حيث اشترطت أن يكون المؤلف وثيق الصلة بأعمال الجهة الإدارية وأن تكون الحاجة ماسة إلى الحصول عليه وألا تقل النسخ اللازمة منه عن ثلاثة آلاف نسخة ، ما لم يكن المؤلف قد وضع خصيصاً بناء على طلب الجهة الإدارية ، فيجوز عن الضرورة أن يقل العدد عن ذلك ...

ويدخل في نطاق أعماله الوظيفية ، وألا يدخل العمل المطلوب ضمن الاختصاص الوظيفي للموظف أو العامل ولا يعتبر امتداداً له([1]) .

كما يجوز لهؤلاء الموظفين والعاملين الدخول في المزايدات بأنواعها سواء بالذات أو بالواسطة متى كانت الأصناف المشتراة لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات إدارية أخرى غير جهة عملهم ولا تخضع لإشراف هذه الجهة .

التأمين المؤقت : نصت المادة 22 من القانون على أن "يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت لضمان جديته، ويستبعد كل مقدم عطاء أو متزايد لم يسدد مبلغ التأمين المحدد" .

ويلوح لنا أن العلة من التأمين المؤقت هي ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء في المناقصة والتحقق من سلامة قصده في تنفيذ العقد في حالة رسو العطاء عليه وتفادي سلب كل من تحدثه نفسه بالإنصراف عن العملية إذا رسا عطاؤها عليه فتصادر جهة الإدارة قيمة التأمين . وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا : "ولما كان التأمين المؤقت الذي يقدم لدخول المزايدة هو إجراء قصد به النأي بالمزايدة وما يتعلق بها من اجراءات من عبث العابثين ويجنبها التعرض لأهواء لا تمت للغايات السالف بيانها بصلة مما يحافظ على حقوق الجهة الإدارية ويضمن جدية المتزايد وصدق مبتغاه في الظفر بالمزايدة والانتفاع بأملاك الدولة الخاصة دون بواعث أخرى صادرة منه تُزكيها مآرب غير سوية تجافي المصلحة العامة"([2]) .

وتحدد السلطة المختصة مبلغ التأمين المؤقت ضمن شروط الطرح([3]) ، ويتعين تقديره دون مبالغة لإتاحة الفرصة لأكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط للمشاركة في العملية محل الطرح ، وبما لا يجاوز 1.5% من القيمة التقديرية في حال عمليات شراء

([1]) . المادة 16 من القانون .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 22428 لسنة 56 قضائية ، جلسة 27 مارس 2018 .

([3]) . المادة 57 من اللائحة التنفيذية .

أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية . وفي فرض شراء أو استئجار العقارات فإن مبلغ التأمين لا يجاوز نسبة 0.5% من القيمة التقديرية للعملية المطروحة .

أما عمليات بيع وتأجير المنقولات والعقارات والمشروعات فيتم تحديد مبلغ التأمين المؤقت حسب طبيعة وأهمية المزايدة .

ورغم أن القانون حدد مقدار التأمين المؤقت، إلا أنه لم يحدد ما إذا كانت القيمة التقديرية للعملية كلها، أم للعطاء عن البنود التي اشترك فيها صاحب الشأن فقط دون غيرها.

ولتقريب هذه المسألة ساق البعض مثالاً حول "مناقصة توريد ملابس ومهمات بمائة بند وقيمتها مائة مليون جنيه ، لكل بند مليون جنيه . وكانت قيمة التأمين مليون جنيه 1% أو مليونين 2% ، وأراد أحد المتناقصين أن يتقدم في بندين أو ثلاثة من هذه البنود مما يتاجر فيهما كالأحذية مثلاً ، فهل يتعين عليه حتى يقبل عطاؤه هذا أن يتقدم بالتأمين المحدد في الإعلان على النحو المتقدم عن كامل القيمة التقديرية للعملية !

لا شك أن تفسير النص على هذا النحو سيقضي "على التنافس ويقصر العمليات الكبيرة بأسرها ـ رغم أنها تقبل التجزئة ـ على كبار المتناقصين . لذلك يتعين قبول العطاء المقدم عن أحد بنود هذه العملية أو بعضها ـ متى كان ذلك جائزاً ـ وأنه قد استوفى شرط التأمين متى قدم تأميناً عبارة عن 2% من قيمة عطائه عن هذا البند أو هذه البنود"([1]) .

أياً كان الأمر فإنه يجب أن يكون التأمين صالحاً لمدة ثلاثين يوماً بعد تاريخ انتهاء مدة صلاحية سريان العطاء أو تاريخ انتهاء مدة مد صلاحيته .

ويُؤدَى التأمين المؤقت بأي من الوسائل التي يصدر بتحديدها قرار من وزير المالية ومنها وسائل الدفع الالكتروني أو بموجب خطاب ضمان مصدراً من أحد المصارف

([1]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 161 وما بعدها .

المحلية المعتمدة وألا يقترن بأي قيد أو شرط . وتقبل خطابات الضمان من البنوك الخاجية بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المحلية المعتمدة . كما يجوز لصاحب العطاء سداد التأمين المؤقت من مستحقاته الصالحة للصرف في تاريخ فتح المظاريف الفنية([1]) .

والسؤال المثار الآن يدور حول جزاء الإخلال بالتزام تقديم تأمين مؤقت مع العطاء.

تقتضينا الإجابة على هذا السؤال أن نفرق بين الوضع قبل وبعد قانون المناقصات الحالي .

فالقضاء المصري قبل قانون المناقصات رقم 89 لسنة 1998 كان متردداً ، فتارة يبطل العطاء ، وتارة أخرى يبقيه . ففي حكمها الصادر سنة 1960 أعلنت المحكمة الإدارية العليا أن "الأثر المترتب على العطاء غير المصحوب بالتأمين المؤقت كاملاً هو عدم الإلتفات إليه ، وبالتالي استبعاده وكأنه لم يُقدم ، فليس يجوز لجهة الإدارة مع هذه الضوابط القانونية الموضوعة لحماية المصلحة العامة في المناقصات أن تهدر أحكام تلك النصوص ، بقبول عطاء واجب الإستبعاد"([2]) .

أما في حكمها الصادر سنة 1969 فذهبت ذات المحكمة منحى آخر ، حيث قضت بأن "إيداع التأمين من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط أساسي للنظر في عطائه ، وهذا الشرط مقرر للصالح العام دون جزاء البطلان عن مخالفته إذا اطمأنت جهة الإدارة إلى ملاءة مقدم العطاء ، ومن ثم فإنه لا يقبل من مقدم العطاء التحدي بأنه لم يقم بدفع التأمين المؤقت ما دام أن التأمين غير مشروط لمصلحته ، وبناء على ذلك فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من ضرورة استبعاد العطاء لأنه لم يكن مصحوباً

([1]) . المادة 31 من اللائحة التنفيذية .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 19 نوفمبر 1960 ، طعن رقم 284 لسنة 5 ق ، السنة السادسة، ص 139 .

بالتأمين المؤقت ، دون أن يكون لجهة الإدارة الحق في قبوله أمر غير سديد لتعارضه مع اعتبارات المصلحة العامة"([1]) .

وبعد صدور قانون المناقصات رقم 89 لسنة 1998 جاءت المادة 17 منه لتقضي باستبعاد كل عطاء غير مصحوب بكامل مبلغ التأمين المؤقت ، وهو ذات الحكم الذي تبناه القانون الحالي لتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 في مادته 22 مع اختلاف في الصياغة .

ويتعين رد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة فنياً دون توقف على طلب منهم ، وذلك فور انتهاء جميع إجراءات مرحلة البت الفني . كذلك يجب رد التأمين المؤقت إلى المتزايدين الذين لم ترس عليهم المزايدة فوراً دون توقف على طلب منهم .

وفي حال انسحاب مقدم العطاء من العملية قبل الموعد المحدد لجلسة فتح المظاريف الفنية ، يصبح التأمين المؤقت المؤدى، حقاً للجهة الإدارية ، دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر.

على أنه مما تنبغي ملاحظته هنا أن المحكمة الإدارية العليا ساوت بين الانسحاب قبل الموعد المحدد لجلسة فتح المطاريف الفنية في حال المناقصة العامة وإعراض المتزايد عن المزايدة بعد تقديمه العطاء الحامل لسعره وعزوفه عن تكملة إجراءاتها بعدما علم يقيناً من لجنة البت بالموافقة على عرضه . "بل إن حق الجهة الإدارية على التأمين في مجال المزايدة يكون أدعى وأشد لزوماً نظراً لأن المتزايد قد علم يقيناً من لجنة البت على الموافقة على عرضه ، ومع ذلك أحجم عن استكمال الاجراءات . وبناء على ذلك جميعه فإن تصرف المتزايد على هذا الوجه من شأنه استنهاض حق الجهة الإدارية على مبلغ التأمين المؤقت باعتبار أن هذا التصرف يلقي بظلال من الشك والريبة على مدى جدية المتزايد

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 8 مارس 1969 ، طعن رقم 535 لسنة 10 ق ، السنة 14 ، مبدأ 56 ، ص 437 .

حيال هذه المسألة ، لذلك كان لزاماً رد قصده عليه ، ومن ثم مصادرة التأمين المؤقت الخاص به كجزاء له على ذلك فيضحى مبلغ التأمين والحالة هذه حقاً خالصاً للجهة الإدارية على نحو ينتفي معه أي التزام عليها لإقامة الدليل على حدوث أضرار لها ، فلها أن تمضي في هذه المصادرة دون حاجة منها إلى الإقدام على إنذاره أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أخرى إضافية"([1]) .

وإذا لم يكن ثمة تأمين مؤقت تم تقديمه ، يحق لجهة الإدارة استئداء قيمة التأمين المؤقت من أي مبالغ مستحقة لمقدم العطاء أو تستحق لدي الجهة الإدارية أو لدي أي جهة إدارية أخرى لصاحب العطاء المذكور.

وتكون الإدارة مسئولة عن التأخير في رد التأمين المؤقت، وتلتزم بأن تؤدي لمقدمه قيمة المصاريف البنكية لتجديد خطاب الضمان، وتكلفة التمويل أو الفائدة المستحقة عن فترة التأخير في الرد وفقاً لسعر الإئتمان والخصم المعلن من البنك المركزي، مع إحالة المتسبب في التأخير إلى التحقيق([2]).

تبقى مسألة أخيرة تتعلق بالتكييف القانوني للتأمين المؤقت ، فهل يعد عربوناً وفقاً لأحكام المادة 103 من القانون المدني ؟

في زعمنا أن التأمين المؤقت لا يعد عربوناً ، لأن الأخير يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد ، فإن عدل من دفع العربوم وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه . أما التأمين المؤقت فلا يجوز لمقدم العطاء أن يستغله لنقض العطاء أو نقض قرار إرساء المناقصة عليه ، بل هو ضمان للإدارة على جدية المتناقص في عطائه . والفارق شاسع بين الفكرتين .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 22428 لسنة 56 قضائية ، جلسة 27 مارس 2018 .

([2]) . الفقرة الأخيرة من المادة 22 من القانون .

حظر التقدم بأكثر من عطاء والاستثناء الوارد عليه : حظرت المادة 33 من القانون في فقرتها الأولى على مقدمي العطاءات التقدم بالذات أو بالشراكة مع الغير بأكثر من عطاء لعملية واحدة . ويستند هذا الحظر إلى مكافحة الإحتكار ومنع تقييد المنافسة أو الإضرار بها، من ناحية ، والتأثير على الملاءة المالية لصاحب العطاء .

واستثناء من هذا الحظر ، يجوز الجمع إذا كان صاحب العطاء الأول شريكاً مع الغير بحصة لا تسمح له بالتأثير في اتخاذ قرار ذي صلة بالعطاء . فتفاهة المشاركة ينتفي معها الإضرار بحرية المنافسة أو وجود الاحتكار .

ويترتب على مخالفة هذا الحظر عدة نتائج ، أهمها استبعاد العطاءات المخالفة، وأيلولة التأمين المؤقت إلى الجهة الإدارية .

ولكن ما الذي يتم استبعاده ، هل جميع العطاءات التي تقدم بها صاحب العطاء الأول، أم للإدارة أن تختار أي من العطاءين فتقوم باستبعاده ؟

مما لا شك فيه أن الصياغة العامة التي أتت بها المادة 33 تجنح إلى إستبعاد جميع العطاءات .

* **الأثر القانوني لتقديم العطاء** : لمسنا فيما تقدم أن الإعلان عن المناقصة ليس إلا دعوة للتعاقد من قِبل الإدارة المتعاقدة . وفي ضوء هذا الإعلان يتقدم المتعاقد بعطائه متى وجد في نفسه الكفاية المالية والفنية لتنفيذ ما ورد بهذا الإعلان . وبهذا المعنى يعد العطاء بمثابة ايجاب من المتعاقد في انتظار قبول من جهة الإدارة لينعقد العقد صحيحاً وملزماً لجانبيه.

والقاعدة أن الإيجاب لا يسقط متى حدد له ميعاد ، ما لم ينقض هذا الميعاد . فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول ؛ فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب ، بل يسقط سقوطاً تاماً. لأن المتعاقد الموجب يقصد ألا يبقى قائماً إلا خلال المدة المحددة ، وإلا لما

لجأ إلى التحديد، فإذا صدر القبول من قِبل الإدارة بعد انقضاء الميعاد ، اعتبر بمثابة قبول الذي ليس له محل ، فتعاد إجراءات التعاقد مرة أخرى([1]) .

ويفهم من ذلك 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 .

مدة سريان العطاء : عن مدة سريان العطاء قضت المادة 27 من القانون بأنها لا تقل عن 45 يوماً وألا تجاوز 90 يوماً وفقاً لطبيعة العملية . ويجوز استثناء تجاوز الحد الأقصى في الحالات التي تتطلب طبيعتها ذلك، ويتعين في كل الحالات تضمين كراسة الشروط مدة سريان العطاءات المعتمدة من السلطة المختصة ، وتحسب مدة سريان العطاءات اعتباراً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية.

وألزم القانون الجهة الإدارية بأن تبادر بإجراء البت من اللجنة المختصة وإخطار مقدم العطاء بالترسية قبل انتهاء مدة سريان العطاء .

فإذا ما انقضت هذه المدة دون أن تبت الجهة الإدارية في العطاء ، فإنه يجوز لمقدم العطاء استرداد التأمين الابتدائي المقدم منه . وفي هذه الحالة يُصبح العطاء ملغياً وغير نافذ المفعول . وعدم سحب مقدم العطاء للتأمين الابتدائي (المؤقت) على الرغم من انقضاء مدة سريان العطاء يُعد قرينة على قبول مقدمه لامتداد سريان ونفاذ هذا العطاء ، فيظل مرتبطاً بعطاءه وتظل مدة سريان العطاء ممتدة إلى أن يصل إلى جهة الإدارة ما يدل على العدول . بيد أن القرينة المشار إليها تعد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ،

([1]) . وقد جرى القضاء في هذا الشأن على أن الإيجاب لا يسقط إذا تبين بجلاء أن المتعاقدين قد اتفقا ضمناً على ميعاد . فقد يقع أحياناً أن يستفاد تحديد الميعاد ضمناً من ظروف التعامل ، أو من طبيعته ، وذلك كأن تحدد الإدارة ميعاداً لفتح المظاريف ، فيستفاد من ذلك أن المتعاقدين قصدا الإرتباط بالإيجاب لحين حلول هذا الميعاد . وللقاضي عند النزاع أن يقوم بتحديد هذه المدة بالرجوع إلى نية الطرفين وفقاً لظروف كل حالة بخصوصها .

كأن يثبت مقدم العطاء أن عدم استرداده للتأمين برغم انتهاء المدة يرجع لعوائق مادية أو تأخير في المطالبة لا يد له فيها .

ولكن هل يجوز لمقدم العطاء بدلاً من سحب عطاءه أن يقوم بتعديله ؟

الأصل أنه لا يُعتد بأي تعديل في العطاء يرد بعد ميعاد فتح المظاريف الفنية . إلا أنه رغم ذلك يجوز التعديل متى توافرت شروط ثلاثة : أولهما أن يكون موضوع التعديل لصالح الجهة الإدارية ، وثانيهما أن يقدم التعديل من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط ، وثالثهما ألا يؤثر التعديل في أولوية العطاء .

مد مدة العطاءات : للحفاظ على العطاءات المقدمة وحماية للإجراءات التي تمت، أجاز المشرع مد مدة ميعاد البت والترسية . وتمر إجراءات المد من خلال إدارة التعاقدات التي عليها أن تعرض على السلطة المختصة الأسباب التي أدت إلى التأخير في البت والترسية، وهنا يجب موافقة السلطة المختصة على ما اقترحته إدارة التعاقدات من مدة المد([1]) . ثم يلي ذلك إخطار مقدمي العطاءات كتابة لمد مدة سريان عطاءاتهم لهذه المدة مع تمديد مدة صلاحية التأمين المؤقت .

ولمنع مفاجأة أصحاب العطاءات ، ألزم المشرع بأن إجراءات المد والإخطار به يتعين أن تتم قبل تاريخ انتهاء مدة سريان العطاءات الأصلية بخمسة عشر يوماً.

ولصاحب العطاء الإبقاء على عطاءه على الرغم من المد ، أو الانسحاب من العملية فيتم استبعاد عطاءه ويرد إليه تأمينه فور انتهاء مدة سريان العطاء .

4 ***فتح المظاريف*** : نظراً لطول الاجراءات التي تقتضيها العملية التعاقدية ودقتها، فهي تقتضي أن يتم توزيع مراحلها على عدة لجان ، تتولى كل منها إجراء معين ، فمنها من تتولى فتح المظاريف ، وأخرى للبت وأخرى لدراسة النواحي الفنية والمالية ... الخ .

([1]) . المادة 27 من القانون .

وتتولى السلطة المختصة تشكيل هذه اللجان . بيد أن سلطة الجهة المختصة في التشكيل ليست مطلقة ، بل شاءت حكمة المشرع بأن تقيدها بعدة ضوابط تهدف في مجموعها إلى تحقيق المصلحة العامة([1]).

فمن هذه الضوابط أن تضم اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفقاً لأهمية وطبيعة التعاقد . إلا أن المشرع لم يعلق صحة عمل تلك اللجان على ضرورة حضور كل العناصر المشار إليها ، ذلك أنه لو أراد تعليق سلامة عمل تلك اللجان وصحة انعقادها على ضرورة حضور كل العناصر لما أعوزه النص على ذلك . وآية ذلك أن المشرع في المادة 29 من القانون عندما رأى ضرورة وأهمية حضور عناصر معينة كممثل وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ضمن تشكيل لجنة البت إذا تجاوزت القيمة التقديرية للمناقصة حدود معينة ، فإنه قرر عدم صحة انعقادها إذا تخلف مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى. من ناحية أخرى، فإن بعض اللجان لا تقتضي اختصاصاتها حضور جميع العناصر التي سبقت الإشارة إليها. فمثلاً التدقيق في اختصاص لجنة فتح المظاريف يبين أنها مجرد لجنة لإثبات حالة العطاءات والأوراق المرفقة بها، وبالتالي لم ينط بتلك اللجنة إصدار أية توصيات سواء أكانت نهائية أو غير نهائية، الأمر الذي يغدو معه عمل تلك اللجان مجرد تسهيل لأعمال لجنة البت التي سوف تتولى مراجعة كافة الإجراءات ومعرفة مدى سلامتها واتخاذ التوصيات النهائية بخصوص العملية. من هنا يصح انعقاد لجنة فتح المظاريف بدون حضور العضو القانوني.

ومن الضوابط أيضاً أن يتضمن قرار تشكيل اللجان موعد انتهائها من أعمالها حتى لا يطول أمد الإجراءات ، فتضحى عقبة أمام تحقيق الصالح العام . كذلك ضماناً للحيدة لا يجوز الجمع بين رئاسة اللجان المنصوص عليها في القانون واعتماد أعمالها .

وفيما يتعلق بلجنة فتح المظاريف قضت الفقرة الثانية من المادة 28 بأن يكون البت في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين، تتولى إحداهما فتح المظاريف ، وتتولى

([1]) . المادة 28 من القانون .

الأخرى البت في المناقصة ، على أنه بالنسبة للمناقصة التي لا تجاوز قيمتها ثلاثمائة ألف جنيه، يكون فتح المظاريف والبت فيها عن طريق لجنة واحدة .

وتشكل لجنة فتح المظاريف بقرار من السلطة المختصة ، برئاسة موظف تتناسب درجة وظيفته وخبراته مع قيمة وأهمية وطبيعة المناقصة ، وتضم في عضويتها عناصر فنية وقانونية ومالية وفق أهمية وطبيعة التعاقد . وإذا كان تشكيل هذه اللجنة من تقديرات الإدارة ، إلا أن هناك قيد يتمثل في عدم جواز أن تترأس هذه اللجنة السلطة المختصة باعتماد نتيجة المناقصة.

وينحصر اختصاص لجنة فتح المظاريف في مجرد اثبات حالة العطاءات وحصرها وفضها للتأكد من احتوائها على مظروفين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي ثم ترقيمها ومراجعة العينات والأوراق المرفقة تمهيداً لعرضها على لجنة البت . ويجب أن تتم اللجنة عملها بأكمله في الجلسة ذاتها (المادة 62 من اللائحة التنفيذية).

ولا يحق للجنة فتح المظاريف أن تستبعد أي عطاء أو أن تطلب من أصحاب العطاءات تصحيح الأخطاء أو تلافي الملاحظات الواردة في عطاءاتهم ، أو اتخاذ أية قرارات تتعلق بالعطاءات المقدمة . وفي حال ورود عطاءات بعد موعد فتح المظاريف الفنية ، فلا يجوز للجنة فتح المظاريف أن تستبعدها ، بل عليها تقديمها فور ورودها إلى رئيس اللجنة للتأشير عليها . وتبقى سلطة استبعاد هذه العطاءات المتأخرة في يد لجنة البت دون غيرها .

ويلاحظ أنه قد تطرأ بعد فتح المظاريف تغيير في الظروف تدفع الإدارة إلى أن تستغنى عن المواد أو الأعمال محل المناقصة أو تدفعها إلى الإستغناء عن المناقصة كطريق لإختيار المتعاقد معها فتلجأ إلى طريق آخر أنجع منها في الوفاء بالغرض الذي ترمي إليه أو أن المصلحة العامة تفرض عليها هذا الإستغناء. لذلك نصت المادة 37 من القانون على أن "تلغى المناقصة قبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك" . ويكون قرار الإلغاء مسبباً.

ويترتب على هذا الحكم أنه من الممكن إثارة مسئولية الإدارة إذا تبين أنها ألغت المناقصة في فرض آخر غير الفرضين المشار إليهما. كأن قامت الإدارة بعد إلغاء المناقصة بإعادة طرحها من جديد وعن ذات الأعمال، "أو كان الإلغاء راجعاً لتمكين أحد الأشخاص من الدخول في المناقصة من جديد"([1]) .

5 ***البت في العطاء*** : يتم البت في العطاءات من خلال لجنة يصدر بتشكيلها قرار من السلطة المختصة برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة ، وتضم في عضويتها عناصر فنية وقانونية ومالية وفق أهمية وطبيعة التعاقد . ويجب أن يشترك في عضوية اللجنة ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت القيمة التقديرية للمناقصة مليون جنيه، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة التقديرية مليوني جنيه([2]) .

وليس بخافٍ ما في انضمام ممثل وزارة المالية وعضو مجلس الدولة إلى لجنة البت من الفائدة . فبسبب استقلالهما عن الجهة القائمة على أمر المناقصة ، يمكن فرض رقابة على عملية البت مما يمنع أي تلاعب من جانب الإدارة لمصلحة أحد المتناقصين على حساب الآخرين.

ويجوز للجنة البت ، بدلاً من أن تبت في العطاءات بكامل أعضائها ، أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها أو غيرهم من أهل الخبرة ، بدراسة النواحي الفنية والمالية في العطاءات ومدى مطابقتها للشروط المعلنة ، وكذا التحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة في شأن مقدمي العطاءات ورفع تقرير بنتائج الدراسة إلى لجنة البت([3]) .

([1]) . حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، 2002، ص 189

([2]) . المادة 29 من القانون .

([3]) . المادتان 29 و32 من القانون . أنظر كذلك المادة 34 من ذات القانون .

ونقصد بالكفاءة الفنية تلك التي تستند إلى أعمال وخبرات تم اكتسابها في إطار من الشرعية طبقاً لأحكام القوانين واللوائح . وعليه يتعين أن يتوافر لدي كوادر مقدمي العطاءات المؤهلات المناسبة والمستندات التي تؤكد على طبيعة العمل الذي مارسه المرشح للوظيفة وشهادة من التأمينات تفيد اشتراكه وسداده الرسوم المقررة وكذلك تفرغه للعمل المنوط به .

أما الملاءة المالية فهي قدرة المتعاقد على سداد الالتزامات عند استحقاقها. ومن ثم فإن ما يملكه المتعاقد من سيولة كافية لدفع التزامه في وقت معين يعد أحد عناصر الملاءة المالية . وهذه الملاءة توجب على المتعاقد عدم التوقف عن تنفيذ العقد عند تأخر صرف مستخلصاته . من هنا للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد ، إذا لم تسعفه ملائته المالية عن مواجهة التأخير في صرف المستخلصات أو منحه مدد إضافية أو المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى.

وللجنة البت أن تنظر في الجانب الفني أولاً ، ثم يليه البت المالي .

البت الفني : في سبيل القيام بمهمتها في إجراء عملية **التقييم الفني** للعطاءات، للجنة أن تستوفي من مقدمي هذه العطاءات ما تراه من بيانات ومستندات واستيضاح ما غمض من أمور فنية ، وذلك خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أيام من تاريخ اخطارهم ودون أن يخل ذلك بتكافؤ الفرص والمساواة بين مقدمي العروض . وفي حال عدم استجابة صاحب العطاء لطلب استيفاء البيانات أو المستندات ، يتم استبعاد عطاءه باعتباره غير واضح أو غير قابل للمقارنة مع العطاءات الأخرى (المادة 67 من اللائحة التنفيذية)..

وعلى اللجنة أن تبين بالتفصيل الكافي أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات في العطاءات التي تسفر الدراسة عن عدم قبولها فنياً . ويعتبر تصرفها باستبعاد أحد مقدمي العطاءات بسبب عدم الإطمئنان إلى كفايته الفنية أو المالية أو حسن السمعة بمثابة قرار إداري نهائي يجوز الطعن فيه بالإلغاء والمطالبة بالتعويض عنه .

ولجنة البت تهدف من وراء تقييمها للعطاءات المقدمة إلى المفاضلة بينها وارساء المناقصة على صاحب أفضل عطاء فنياً ومالياً([1]) . لذلك قضي بأنه "من الأسس التي يقوم عليها تعاقد الإدارة مع الأفراد أو الهيئات عن طريق المناقصات العامة أو المحلية أن يخضع هذا التعاقد لإعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق المالية التي تتمثل في إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأرخص بتغليب مصلحة الخزانة على أي إعتبار آخر ، وكذا بالمصلحة الفنية التي تبدو من اختيار المناقص الأفضل من حيث الكفاية الفنية وحسن السمعة ، وفي ترجيح أي من هاتين المصلحتين تتمتع الإدارة بسلطة تحددها القواعد المقررة في هذا الشأن"([2]) .

وللوصول إلى أفضل العروض فنياً ومالياً يجب على لجنة البت أن تضع نصب عينيها عدة إعتبارات ، منها :

- توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية . وهذا الاعتبار من شأنه يعين الجهة الإدارية على استبعاد العطاءات المخالفة للشروط والمواصفات المطروحة ، فضلاً عن كونه مؤثراً في تحديد العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً . فمثلاً "إذا كان الطرح على أساس تسليم مخازن الجهة خالصة الرسوم الجمركية ، ويتقدم أحد مقدمي العروض بعطاء اشترط فيه التسليم بمخازنه وأنه لا يتحمل الرسوم الجمركية ، فعند إجراء المقارنة المالية يُضاف تكاليف ذلك كله إلى القيمة الواردة بعطائه"([3]) .

([1]) . وهذا ما نصت عليه المادة 35 من القانون بقولها "يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ، والشروط والمواصفات والمتطلبات المحددة بكراسة الشروط والمواصفات . وتتم ترسية المناقصة أو الممارسة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً أو الذي يتم ترجيحه وفقاً لنظام النقاط المحددة عناصره وأسسه بشروط الطرح ، وذلك بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية" .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 288 لسنة 4 ق، جلسة 9 مايو 1959، السنة 4، ص 1252

([3]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 199 ، هامش 1 .

ـ العطاءات المقترنة بتسهيلات إئتمانية تكون محل اعتبار عند البت في أولوية العطاءات .

ـ يعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الإنتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعراً إذا لم تتجاوز الزيادة فيها 15% من قيمة أقل عطاء أجنبي([1]) .

ـ لا يجوز تعديل شروط الطرح قبل موعد فتح المظاريف الفنية .

ـ طلب تفاصيل العطاء المقدم كتابة ، إذا تبين للجنة البت أن العطاء الأقل سعراً منخفض انخفاضاً غير عادي مقارنة بالعطاءات الاخرى والقيمة التقديرية . أما إذا تبين للجنة البت من دراسة ما قدمه من تفاصيل ومعلومات أن العرض المقدم منه ما يزال يثير الريبة ويتعذر التنفيذ به ، توصي اللجنة باستبعاده ، ويتعين أن توثق اللجنة كل ما يتخذ من إجراءات أدت إلى ذلك([2]) .

ـ تفضل العطاءات المقدمة من أصحاب المنشآت الصغيرة والمتناهية الصغر متى تساوت مع أقل العطاءات سعراً وكانت مطابقة للشروط والمواصفات .

وفي نهاية البت الفني تقوم لجنة البت بإعداد محضراً يتضمن ما انتهت إليه توصياتها بناء على دراستها من قبول أو استبعاد للعطاءات مع ذكر أسباب عدم القبول وترفع محضرها للسلطة المختصة للاعتماد .

([1]) . المادة 35 من القانون .

([2]) . المادة 76 من اللائحة التنفيذية . وهي تتعلق بالبت في في الشق المالي للعطاء ، حيث يتعين على لجنة البت دراسة ما ورد من صاحب العطاء الأقل سعراً، فإذا ما تبين أن الأسس التي استند عليها مقبولة يمكنها قبول العطاء، وإذا ما تبين لها أن الأسس التي استند عليها غير واقعية ويتعذر التوريد أو التنفيذ بها، وجب عليها التوصية باستبعاد عطائه والترسية على العطاء التالي في الترتيب مقارنة بالقيمة التقديرية.

وبعد الاعتماد يتم إخطار أصحاب العطاءات بنتائج البت الفني سواء بالقبول أو أسباب الاستبعاد أو الإلغاء ، ويكون لأصحاب تلك العطاءات الحق في التقدم بشكواهم كتابة خلال سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطارهم بالقرار .

وفور ارسال الاخطارات يتم نشر النتيجة في لوحة الاعلانات المخصصة لهذا الغرض ولمدة 7 أيام كما يتم النشر على بوابة التعاقدات العامة . وبعد انقضاء هذه المدة يتم إخطار أصحاب العطاءات المقبولة فنياً بموعد جلسة فيح المظاريف المالية .

البت المالي : تجتمع لجنة فتح المظاريف لفتح المظاريف المالية للعروض المقبولة فنياً فقط . وتباشر اللجنة مهمتها في جلسة علنية بحضور من يرغب من أصحاب العطاءات المقبولة عروضهم الفنية . ولا يحق للجنة فتح المظاريف أن تستبعد أي عطاء أو أن تطلب من أصحاب العطاءات تصحيح الأخطاء أو تلافي الملاحظات الواردة في عطاءاتهم أو اتخاذ أية قرارات تتعلق بالعطاءات المقدمة، وينحصر دورها في توثيق محتويات المظاريف (المادة 70 من اللائحة التنفيذية).

وإذا تبين للجنة البت حال قيامها بتفريغ ومراجعة العروض المالية وجود أخطاء حسابية ، فيجب عليها تصحيحها وفق الضوابط التالية : ـ في فرض اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالي سعر الوحدات فيعول على سعر الوحدة ؛ ـ يعول على السعر المبين بالتفقيط([1]) في حال الاختلاف بينه وبين السعر المبين بالأرقام ؛ ـ يعول على السعر المبين بالنسخة الأصلية في حال وجود اختلاف في السعر بين النسخ المقدمة .

وأثناء إجراء تقييم للعروض المالية تراعي لجنة البت عدة اعتبارات منها :

ـ التوفيق بين مبدأ سير المرفق العام بانتظام ومراعاة صالح الخزانة العامة ، ومن ذلك ما جاءت به المادة 72 من اللائحة ، حيث قضت بأنه إذا تساوت الأثمان بين

([1]) . المادة 74 من اللائحة التنفيذية .

عطاءين أو أكثر يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها إذا كان ذلك في صالح العمل .

وتجوز التجزئة أيضاً إذا كان مقدم العطاء الأقل سعراً يشترط مدداً بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسب العطاءات التالية على أقل كمية تلزم لتموين المخازن في الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد ، ومع صاحب العطاء الأقل عن باقي الكميات .

- شروط توفير الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التي تؤثر في تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظروف وطبيعة موضوع التعاقد.

- حساب نسبة الدفعة المقدمة وذلك بغرض المقارنة والمفاضلة بإضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزي في تاريخ جلسة فتح المظاريف الفنية إلى قيمة العطاءات المقترنة بالدفع المقدم .

- في حال تقديم العطاء بعملات أجنبية يتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن من البنك المركزي في تاريخ فتح المظاريف الفنية .

- في حال سكوت صاحب العطاء في عرضه المالي عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها أو بند من بنود الأعمال في مقاولات الأعمال، فللجهة الادارية الحق في استبعاد العطاء باعتبار ذلك امتناع من صاحب العطاء عن الدخول في هذا الصنف أو البند .

إلا أنه في حالة مقاولات الأعمال ، للإدارة أن تضع للبند الذي سكت صاحب العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند في العطاءات المقبولة ، وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات ، فإذا أرسيت عليه العملية فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطاءات المقبولة دون أن يكون له حق المنازعة في ذلك .

- لا يعتد بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية عن قيمة أقل عطاء مقدم في العملية .

وتتولى إدارة التعاقدات فور اعتماد السلطة المختصة لمحضر لجنة البت إخطار أصحاب العطاءات بنتائج قرارات اللجان بالقبول أو أسباب الاستبعاد أو الإلغاء ، ويكون لأصحاب العطاءات الحق في التقدم بشكواهم كتابة خلال سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطارهم بالقرار .

وفور ارسال الاخطارات يتم نشر النتيجة في لوحة الاعلانات المخصصة ولمدة سبعة أيام كما يتم النشر على بوابة التعاقدات العامة .

حالات إلغاء المناقصة (***أو الممارسة***) : نصت الفقرة الأولى من المادة 37 من القانون على أن "تُلغى المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها قبل البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك ، أو في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون رقم 5 لسنة 2015" .

وواضح من هذه الفقرة أن المشرع أوجد حالات بتوافرها يجب إلغاء المناقصة قبل البت فيها بقرار مسبب من السلطة المختصة . وهذه الحالات هي :

- إذا استغنى عن المناقصة العامة نهائياً ؛

- إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . ويمكن لنا أن نعطي عدة أمثلة لما تمثله المصلحة العامة، ولكن قبلها نود الإشارة إلى الآتي :

يتم المساس بالمصلحة العامة إذا كانت المناقصة تخالف أحكام القانون في قواعده الآمرة ؛ أو كانت المناقصة تتعارض مع الأهداف التي عداها المشرع من تنظيم إجراءات المناقصة العامة من أجل تمكين الجهة الإدارية من الوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار حفاظاً على المال العام ، وبمراعاة مصالح المتعاملين مع الجهة الإدارية

من مجتمع الأعمال وتوفير مناخ لهم يسوده حرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص ومنع ممارسات الفساد والتواطؤ والاحتكار .

واستناداً إلى ما سبق ، تنتفي المصلحة العامة ، ومن ثم تتوفر حالة الإلغاء الوجوبي : إذا خلت أوراق العملية مما يفيد توافر الاعتماد المالي أو لم تتضمن شروط الطرح ما يفيد ذلك ، وفي هذا مخالفة للمادة 11 من القانون.

ومن ذلك أيضاً إذا تم الاشارة إلى علامة تجارية معينة أو اسم تجاري أو منتج معين أو بلد معين في المواصفات الفنية المحددة بشروط الطرح . في هذا الفرض تُلغى المناقصة لمساسها بالمصلحة العامة ، حيث أوجبت المادة 14 من القانون أن يكون الطرح على أساس مواصفات ورسومات فنية دقيقة ومفصلة أو معايير أداء عامة وكافية توضع بمعرفة لجنة فنية متخصصة على أن تُراعى المواصفات القياسية المصرية أو الدولية مع تجنب الإشارة إلى علامة تجارية معينة أو اسم تجاري أو براءة اختراع أو تصميم أو نوع أو منتج أو بلد معين ، ويستثنى من ذلك الأصناف التي يتعذر توصيفها بإضافة عبارة ما يعادلها أو ما يماثلها أو ما يكافئها في الأداء . ومما لا شك فيه أن الحظر السابق يهدف إلى تحقيق الأهداف التي عناها المشرع ونص عليها صراحة في المادة الثانية من القانون ولاسيما معايير حرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص ومنع ممارسات التواطؤ والفساد .

كذلك إذا تبين أن القيمة التقديرية للعملية غير معتمدة من السلطة المختصة، أو أن مظروف القيمة التقديرية للعملية فُتح قبل الوصول لمرحلة البت المالي في العملية، أو مشاركة أعضاء اللجنة التي وضعت القيمة التقديرية في أي من اللجان الأخرى للعملية ذاتها، وذلك بالمخالفة لأحكام المادة 15 من القانون .

ومن أمثلة مخالفة المصلحة العامة أيضاً، أن يتم تحديد قيمة التأمين المؤقت بالمخالفة لأحكام القانون ولاسيما المادة 16 ، أو تحديد ثمن كراسة الشروط بالمخالفة لأحكام القانون (المادة 19) ولائحته التنفيذية (المادة 36) .

ومن تطبيقات المساس بالمصلحة العامة عدم إخطار لجنة تفضيل المنتج الصناعي بنسخة من شروط ومواصفات الطرح التي تزيد قيمتها على مليون جنيه أو عدم مراعاة المواعيد المقررة قانوناً في شأن هذا الإخطار بالمخالفة للمادة 19 من القانون .

وثمة مثال آخر للمساس بالمصلحة العامة جاءت به الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون ونقصد بذلك عدم النشر عن العملية محل الطرح على موقع بوابة التعاقدات العامة أو عدم الإعلان عنها في صحيفة يومية واسعة الانتشار .

وأخيراً، إذا حددت مدة تقديم العطاءات بالمخالفة لأحكام القانون ولائحته التنفيذية، فإن باب الإلغاء الوجوبي للمساس بالمصلحة العامة ينفتح أمام السلطة المختصة . لمخالفة ذلك لأحكام المادة 46 من اللائحة التنفيذية .

- إذا توافرت الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 12 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 5 لسنة 2015 في شأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية .

وبمقتضى الفقرة المشار إليها يجب إلغاء إجراءات التعاقد قبل البت فيها إذا تبين للجنة تفضيل المنتج الصناعي المصري أن شروط طرح العقود المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 11 تخالف أحكام هذا القانون .

وباستدعاء الفقرة الأولى من المادة 11 نجد أن القانون ألزم الجهات المختصة بموافاة لجنة تفضيل المنتج الصناعي المصري بشروط ومواصفات الطرح أو العقود التي يسري عليها أحكام القانون متى كانت قيمتها التقديرية تزيد على عشرة ملايين جنيه، وذلك قبل اتخاذ إجراءات الإعلان عنها أو إسنادها بطريق الاتفاق المباشر بمدة لا تقل عن 15 يوماً، وعلى اللجنة أن توافي تلك الجهات بملاحظاتها إن وجدت خلال 15 يوماً من تاريخ تسلمها المواصفات وشروط الطرح أو التعاقد ، ولا يجوز لتلك الجهات التعاقد خلال هذه المدة .

وقد جاء بالفقرة الثانية من المادة 37 من القانون أن يكون الإلغاء بقرار مسبب من السلطة المختصة سواء من تلقاء ذاتها أو بناء على توصية لجنة البت أو الممارسة في حالتين :

الأولى، إذا تبين وجود تواطؤ بين مقدمي العطاءات أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار ؛

الثانية، إذا تبين وجود نقص أو خطأ في كراسة الشروط والمواصفات .

وبجانب حالات الإلغاء الوجوبي السابقة والتي أوردها القانون، أشارت اللائحة التنفيذية إلى حالة أخرى بمقتضى المادة 97 ، حيث تلغى المناقصة وجوبياً إذا لم تحدد الجهة الإدارية البنود المتغيرة أو مكوناتها ضمن شروط الطرح الخاصة بعمليات مقاولات الأعمال التي تكون مدتها ستة أشهر أو أكثر .

أما **الإلغاء الجوازي** ، فتصدت لبيانه الفقرة الثالثة من المادة 37 من القانون، حيث يجوز عند توفر إحداها إلغاء المناقصة قبل البت فيها بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت :

- إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد . وبرغم ذلك يجوز بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت قبول العطاء الوحيد إذا توافر الشرطين الآتيين : أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها ؛ وأن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً للقيمة التقديرية.

- إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات يصعب معها مقارنتها بالعطاءات الأخرى.

- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية التي وضعتها الجهة الإدارية، ما لم تبين دراسة لجنة البت عدم جدوى إعادة الطرح والآثار المترتبة عليها، أخذاً في الاعتبار

احتمالات الوصول إلى سعر أقل من عدمه وما يمكن أن تتكبده الجهة الإدارية من نفقات لإعادة الطرح (المادة 77 من اللائحة التنفيذية) .

وفي جميع حالات إلغاء المناقصة، يُرد ثمن كراسة الشروط والمواصفات والتأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات، وذلك عملاً بحكم المادة 37 من القانون .

***

وإذا اغفلت لجنة البت إعمال قاعدة ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل فنياً ومالياً مسترشدة في ذلك بالأسعار السابقة وبأسعار السوق ، فإن قرارها يقع مخالفاً لأحكام القانون، "ويشترك في هذه المخالفة جميع أعضاء اللجنة بغير أي استثناء ، لأن المشرع قد ألقى بحث هذا الإجراء على اللجنة ولم يقصره على بعض أعضائها دون البعض الآخر"([1]) .

وإذا اختلف أعضاء لجنة البت في الرأي حول قبول أو رفض أي من العطاءات فيتم إثبات ذلك في محضر اللجنة ويكون الفصل فيه للسلطة المختصة([2]).

6 ***اعتماد توصية لجنة البت*** : بعد التأكد من عدم وجود أية شكاوى ، ترفع لجنة البت محضراً بتوصياتها النهائية للسلطة المختصة بارساء العملية على صاحب العطاء الفائز للاعتماد أو تقرير ما تراه([3]) .

هكذا ينتهي دور لجنة البت بأحد قرارين : إما إرساء المناقصة على إحدى العطاءات المقدمة دون أن يكون لها أية سلطة تقديرية حيال تحديد المتناقص الذي يجب التعاقد معه ، وإما التوصية بإلغاء المناقصة . وترفع اللجنة محضراً بتوصياتها موقعاً من جميع أعضائها للسلطة المختصة لإعتماده وتقرير ما تراه.

([1]) . فتوى الجمعية رقم 784 ، جلسة 14 يونيه 1967 ، السنة 21 ، ص 225 .

([2]) . المادة 85 من اللائحة التنفيذية.

([3]) . المادة 79 من اللائحة التنفيذية .

ولا يعتبر قرار لجنة البت بتحديد من يجب التعاقد معه هو القبول الذي يتم به العقد ، لأنه ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد ولا يعدو أن يكون إجراء تمهيدياً ضمن عملية العقد الإداري المركبة . وعليه فإن قرار لجة البت "يعتبر في حقيقته قراراً إدارياً نهائياً شأنه شأن أي قرار إداري نهائي وتنطبق عليه جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية، ومن بينها وجوب الطعن عليه خلال الميعاد المقرر قانوناً وهو ستون يوماً من تاريخ النشر أو الإعلان"([1]). لذلك قضي بأنه "ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي يمهد بها لإبرام العقد ، فإن مثل هذه الإجراءات ما يتم بقرار إداري كقرار لجنة البت بإرساء المناقصة ، وهو قرار إداري منفصل عن العقد يجوز الطعن فيه بالإلغاء استقلالاً"([2]).

وبوصول التقرير إلى السلطة المختصة ينفتح أمامها خياران :

الأول - إذا رأت ابرام العقد فعليها أن تتعاقد مع صاحب العطاء الأفضل الذي عينته اللجنة المختصة بالبت في المناقصة ، ولا تملك أن تستبدل به غيره ، حتى ولو كان منصوصاً في شروط المناقصة على أن لها الحق في قبول أو رفض أي عطاء دون إبداء الأسباب ، لمخالفة هذا الشرط لأحكام القانون ولائحته وما تضمنته من قواعد قصد بها تحقيق المساواة بين جميع المناقصين([3]) .

وقد أوجب القانون في مادته 39 أن تعلن أسباب القرار الخاص بارساء المناقصة في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض ، وذلك لمدة أسبوع ، وتحدد السلطة المختصة

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1668 لسنة 33 ق ، جلسة 4 يناير 1994 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 3445 لسنة 31 ق ، جلسة 31 يناير 1993 ، المجموعة ، السنة 37 ، ص 235 .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 812 لسنة 13 ق، جلسة 1 فبراير 1969، المجموعة س 14، ص 313 .

لها مكاناً ظاهراً للكافة ، كما يتم إخطار مقدمي العطاءات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بالعطاء .

الثاني - عدم اتمام العقد والعدول عنه بإلغاء المناقصة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. ولإعمال هذه الحالة يتعين أن يكون رائد السلطة المختصة هو المصلحة العامة وألا تستبدل من عينته لجنة البت باعتباره صاحب العطاء الأفضل بغيره من أصحاب العطاءات الأخرى إذا ما رأت ابرام العقد .

(**ثالثاً**) ***انعقاد العقد*** : الأصل أن توصية لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد العطاءات لا يترتب عليه أي التزام قانوني بالتعاقد بالنسبة للإدارة .

ولا شك أن هذا الحكم مطابق للقواعد العامة ، إذ أن لجنة البت ليست هي الجهة التي يتعين عليها أن تعبر عن إرادتها لإبرام العقد . كما أن السلطة المختصة بالإبرام لها مطلق الحرية في أن تستجيب لتوصية لجنة البت أو أن ترفضها على النحو السابق بيانه.

أما إذا اعتمدت السلطة المختصة توصية لجنة البت بالتعاقد مع صاحب أفضل عطاء، فإن هذا يعد بمثابة قبول . ولكن هذا القبول لن يؤتى أكله إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من أُرسيت عليه المناقصة . ويعتبر وصول التعبير عن الموافقة قرينة على علم المتعاقد به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك . فربما تقوم بمن وجهت إليه موافقة السلطة المختصة بالتعاقد ظروف تمنعه من العلم فعلاً بما وصله من التعبير ، ولذلك لم يجعل المشرع المدني (المادة 91) من هذه القرينة قرينة قاطعة ، بل أجاز لمن يؤخذ بها أن يقيم الدليل على أنه لم يعلم به فعلاً .

وحتى يكون اعتماد السلطة المختصة ملزماً للإدارة يتعين أن يكون مستكملاً لسائر العناصر التي تجعل منه قبولاً حقيقياً . فيجب أن يطابق الإيجاب الصادر ممن رست عليه المناقصة . أما القبول الذي ينطوي على ما يعدل في الإيجاب أو ما يعارضه يكون بمثابة إيجاب جديد ، قد يؤدي عند قبوله من قِبل الطرف الآخر إلى قيام عقد يتم

بمقتضى إرادة جديدة ، لا بمقتضى القبول المعدل . أما أثر هذا القبول المباشر فإنه يعتبر رفضاً للإيجاب الأول ويستتبع بذلك سقوط هذا الإيجاب .

على أن هذا القبول المعدل لا ينزل منزلة الإيجاب الجديد ، إذا ثبت أن الإدارة لم تكن لتبديه لو علمت بسقوط الإيجاب الأول .

من ناحية أخرى ، يجب أن يعلم المتعاقد بقبول الإدارة بموجب إخطاره بهذا القبول من قِبل مدير إدارة المشتريات خلال مدة لا تجاوز يومين تبدأ من اليوم التالي لإنقضاء السبعة أيام من تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بارساء المناقصة في لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض([1]) .

ويلاحظ مع ذلك أن إخطار من أرسيت عليه المناقصة يجب أن يتم خلال مدة سريان الإيجاب ، أي مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط .

إلا أن بعض الأحكام ذهبت إلى جواز الإخطار بعد الميعاد المحدد لسريان العطاء في حالة عدم طلب مقدم العطاء استرداد التأمين الإبتدائي المقدم منه فور انتهاء مدة ارتباطه . لذلك قضي بأنه من الثابت "أن مورث المطعون ضدهم تقدم بعطائه في الممارسة التي أعلنت عنها الهيئة الطاعنة لتوريد خمسة آلاف شريط آلة كاتبة وقرر أنه مرتبط بعطائه لمدة أسبوعين من تاريخ إجراء الممارسة في 27 /1988/8 وأن الهيئة قامت بالبت في العطاءات وترسية العملية على مورث المطعون ضدهم في 1988/9/10 أي في اليوم الأخير لإرتباطه بعطائه، ووصله إخطار الهيئة بالترسية بتاريخ 1988/9/13 فمن ثم كان عليه الإلتزام بالتوريد وإتمامه باعتبار أنه لم يطلب استرداد التأمين المؤقت الذي سدده عن العملية ولم يطلب سحب عطائه فور انتهاء مدة ارتباطه"([2]).

([1]) . المادة 80 من اللائحة التنفيذية .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 7259 لسنة 47 ق ، جلسة 19 ابريل 2005 . مشار إليه في عاطف سعدي محمد ، المرجع السابق ، ص 333 .

والحقيقة أن هذا الحكم لا يفهم إلا في إطار أن هناك ارادة ضمنية من المتعاقد الذي لم يطالب باسترداد التأمين الإبتدائي فور انتهاء مدة الإرتباط، بأنه مستمر في عطائه فإذا تصادف قبولاً خلال هذه الفترة إنعقد العقد بمجرد إخطاره به .

وأهم ما يؤخذ على هذا المخرج أن هناك ارادتان للشخص صاحب الشأن : الأولى صريحة ومعلن عنها في استمارة العطاء وهي ارتباط العطاء بمدة اسبوعين، والإرادة الثانية ضمنية استشفتها المحكمة من مجرد سكوت صاحب الشأن عن المطالبة بالتأمين الإبتدائي. وفي مجال التنازع بين الإرادتين فإن الأولوية للإرادة الصريحة وليست الضمنية. كما أن سكوت صاحب الشأن عن المطالبة بالتأمين فور انتهاء مدة سريان العطاء قد يقف ورائه ظروف تعرض لها منعته من هذه المطالبة في وقتها ، وبالتالي لا يجوز التعويل عليه .

التأمين النهائي : على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي ، خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه ، التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوي 5% من قيمة العقد . وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج يكون الأداء خلال عشرين يوماً .

إلا أنه يجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة للأداء في الحالتين بما لا يجاوز عشرة أيام (المادة 81 من اللائحة التنفيذية) .

ويجوز في حالتين الإستغناء عن التأمين النهائي : أولهما إذا جاوز التأمين المؤقت التأمين النهائي ، هنا يتعين رد الزيادة فوراً بغير طلب([1]) . والحالة الثانية إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأشياء التي رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية نهائياً خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائي([2]) . والعلة من الحالة الأخيرة أن التأمين

([1]) . المادة 40 من القانون .

([2]) . المادة 40 من القانون .

النهائي يعد ضامناً لتنفيذ العقد ، وما دام العقد تم تنفيذه وقبلته الإدارة فلا داعي لهذا التأمين لتحقق العلة منه . إلا أنه إذا كان المتعاقد يضمن سلامة محل العقد ، فيتم خصم نسبة 5% من مستحقات صاحب العطاء الفائز .

وفور انتهاء مدة الضمان المحددة بالعقد (أي فور تنفيذ العقد) يتعين على جهة الإدارة رد التأمين النهائي أو ما تبقى منه بغير طلب خلال عشرة أيام ما لم تُعدل مدة التعاقد . وإذا تأخرت الإدارة عن ذلك التزمت بأن تؤدي للمتعاقد قيمة المصاريف البنكية لتجديد خطاب الضمان والفائدة المستحقة عن فترة التأخير وفقاً لسعر الإئتمان والخصم المعلن من البنك المركزي ، وإحالة المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك .

وتجدر الإشارة إلى أن عدم تكملة التأمين النهائي ليس له تأثير على انعقاد العقد. فالعقد يتم بمجرد إخطار صاحب الشأن بقبول عطائه ، أما واقعة تراخي المدعي في تكملة التأمين النهائي فلا تؤثر على صحة انعقاد العقد من تاريخ الإخطار([1]) . فكل ما يترتب على عدم قيام صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة ، أنه يجيز للجهة الإدارية ـ بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لإتخاذ أي إجراء آخر ـ أن تتخذ أكثر من موقف :

ـ إما إلغاء العقد ؛

ـ وإما تنفيذ العقد بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولوياتها.

وفي كلا الحالتين يصبح التأمين المؤقت من حق الإدارة ، كما يكون لها أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور، إذا تبين أنه المتسبب فيها. وفي حالة عدم كفاية هذه المصادر ، تلجأ الإدارة

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 138 لسنة 11 ق ، جلسة 27 ابريل 1968 ، السنة الثالثة عشرة ، ص 832 .

إلى خصم مستحقاتها من مستحقات صاحب الشأن لدي أية جهة إدارية أخرى ، أياً كان سبب الإستحقاق([1]) .

تحرير العقد : يجب أن يتم توقيع العقد مع المتعاقد خلال مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ سداد التأمين النهائي. ويحرر العقد من أصل وأربع نسخ على الأقل: النسخة الأصلية منها للإدارة المالية، ونسخة لإدارة التعاقدات لحفظها بملف العملية، ونسخة للمتعاقد، ونسخة للإدارة الطالبة أو المستفيدة، ونسخة للإدارة المشرفة على التنفيذ([2]).

§ 2 ـ الممـــارســـة

الممارسة هي مجموعة من الإجراءات تتيح لجهة الإدارة مكنة التفاوض مع مقدمي العطاءات بهدف التعاقد مع صاحب أفضل عطاء فنياً ومالياً في إطار من الشفافية والمنافسة الحرة والمساواة([3]) .

ويشترط المشرع في المادة 54 لإعمال آلية الممارسة أن تتوافر عدة شروط :

فمن ناحية ، يتعين أن يكون في مكنة الجهة الإدارية وضع توصيف محدد ودقيق لموضوع التعاقد . من ناحية ثانية ، أن يتوفر لموضوع التعاقد معايير قابلة للقياس الكمي والتي على أساسها يتم تحديد مدى استجابة العروض فنياً . من ناحية ثالثة ، أن يكون معلوماً للجهة الإدارية وجود عدد كاف من الموردين أو المقاولين أو مقدمي الخدمات للمشاركة في العملية لضمان تحقيق المنافسة الفعالة .

([1]) . المادة 41 من القانون . وإذا لم تسطتع الإدارة أن تستوفي حقها بالطريق الإداري المشار إليه بالمتن، فلها أن تلجأ إلى القضاء .

([2]) . المادة 88 من اللائحة التنفيذية .

([3]) . انظر عاطف سعدي محمد ، المرجع السابق ، ص 172 .

والغريب هنا أن المادة 122 من اللائحة التنفيذية استثنت من الشروط السابقة التعاقد على الدراسات الاستشارية ، رغم أن القانون جاء بصيغة عامة لا تسمح بوجود استثناءات . لذلك هناك شبهة عدم مشروعية ازاء هذه اللائحة في مادتها المشار إليها .

وتتولى إجراءات الممارسة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف مسئول وعضوية عناصر فنية وقانونية ومالية، علاوة على مندوب من وزارة المالية إذا جاوزت قيمة العقد مليون جنيه، وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة مليوني جنيه([1]) .

والإعلان عن الممارسة يتم بنفس طريق الإعلان عن المناقصة وذلك بمدة لا تقل عن أربعة عشر يوماً قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية ، ويجوز في حالة الإستعجال وبموافقة السلطة المختصة تقصير المدة المحددة لتقديم العروض على ألا تقل تلك المدة عن عشرة أيام من تاريخ توجيه الدعوة([2]) .

وتعقد لجنة الممارسة جلسة علنية يحضرها مقدمو العروض أو مندوبيهم ، وذلك لفتح المظاريف الفنية فقط ـ دون المظاريف المالية ـ وقراءة محتوياتها ، واتخاذ كافة الإجراءات المنصوص عليها بشأن فتح المظاريف الفنية في المناقصة . وعقب ذلك تتولى لجنة الممارسة دراسة العروض فنياً للتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية المطروحة . وهو ما يوضح اختلاف دور لجنة الممارسة عن لجان المناقصة ، ففي الأخيرة تتولى فتح المظاريف والبت فيها لجنتان ، أما في الممارسة فتوجد لجنة واحدة تتولى فتح المظاريف ودراستها معاً .

وعقب الدراسة الفنية ترفع اللجنة تقريرها إلى السلطة المختصة يتضمن توصياتها من حيث قبول أو رفض أي من العروض وأسباب ذلك .

([1]) . المادة 29 من القانون .

([2]) . المادة 123 من اللائحة التنفيذية .

وبعد اعتماد توصيات اللجنة من قِبل السلطة المختصة تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمي العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان إنعقاد لجنة فتح المظاريف المالية السابق تقديمها منهم ليتسنى حضورهم أو مندوبيهم أعمال لجنة الممارسة .

ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو استبعاد العروض الفنية في لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض وبين تاريخ ارسال الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية .

وتقوم لجنة الممارسة بمناقشة من تقدم من المتمارسين في جلسات علنية مفتوحة للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار بمراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من جميع النواحي الفنية والمالية([1]) .

وترفع اللجنة محضراً بتوصياتها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه .

وفيما عدا هذه الفوارق تسري على الممارسة كل الأحكام المقررة بالنسبة للمناقصة وقد سبق لنا تفصيلها .

وأخيراً ، اعتبر المشرع المصري أن **الممارسة المحدودة** استثناء على الأصل وهو المناقصة العامة والممارسة العامة . وبالتالي لا يجوز للإدارة أن تلجأ إلى الممارسة المحدودة إلا في حدود وبضوابط معينة . ومن بين هذه الحدود تعداد حالات اللجوء إلى الممارسة المحدودة على سبيل الحصر ، وهذه الحالات تكفلت المادة 55 من القانون ببيانها على النحو التالي:

ـ الأصناف التي لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدي جهات أو أشخاص بذواتهم. "ففي هذه الحالة تنتفي علة إشتراط الطرح في مناقصة عامة أوممارسة عامة ، لأن الإعلان مقصود به إعلام الراغبين في الدخول في المناقصة وهم كثير وعددهم غير محدود ، فلا يجدي في إعلامهم والحفاظ على تكافؤ الفرص بينهم إلا الإعلان . وأما إذا

([1]) . المادة 124 من اللائحة التنفيذية .

كان الشئ المطلوب لا تصنعه أو تستورده أو لا يوجد إلا لدي جهات أو أشخاص بذواتهم، فيكون اشتراط المناقصة العامة أو الممارسة العامة ضرباً من العبث"([1]) .

ـ الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن انتاجها . لذلك لا حاجة لوجود وساطة بين الإدارة وهذه الأماكن وما تعنيه ذلك من تكليف الإدارة مصاريف هذه الوساطة .

ـ الأصناف أو الأعمال أو الخدمات التي تتطلب أن تكون متوافقة مع ما هو موجود حالياً بسبب عدم وجود بدائل لها ، وتكون متوافرة لدي أكثر من مصدر .

ـ التعاقدات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرية . فنظراً لإرتباط موضع هذا النوع من العقود بالأمن القومي كان لزاماً على الإدارة ألا تلجأ إلى طريق من أهم سماته العلانية ، لذلك فطريق الممارسة المحدودة هو طريق هذا النوع من العقود لإختيار المتعاقد مع الإدارة .

§ 3 ـ الإتفاق المباشر

الإتفاق المباشر هو أسلوب لإختيار المتعاقد مع الإدارة تلجأ إليه الإخيرة في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها ، فتتعاقد مباشرة مع مَنْ وقعت اختيارها عليه .

وبما أن لجوء الإدارة إلى الإتفاق مباشرة مع متعاقد بعينه يعتبر بمثابة خروج على مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة ، كان حتماً ألا يلجأ إلى هذا الطريق إلا في الحالات التي يحددها القانون([2]) ، ومن بينها وجود حالة طارئة ناجمة عن ظروف فجائية لم يكن في الإمكان توقعها أو التنبؤ بها ، أو تلك التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري ، ولا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيها .

([1]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 74 .

([2]) . انظر المادة 62 من القانون والمادة 132 من اللائحة التنفيذية .

كذلك ينفتح الباب أمام الجهة الإدارية للجوء إلى الاتفاق المباشر إذا وجد مصدر واحد لديه القدرة الفنية أو القدرة على تلبية متطلبات التعاقد أو لديه الحق الحصري أو الاحتكاري لموضوع التعاقد .

وأيضاً في الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح باتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيها، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهات الإدارية ، وألا يكون ذلك ناجماً عن سوء التقدير أو التأخر في اتخاذ الإجراءات.

فإذا توافرت إحدى هذه الحالات أو تلك التي أشار إليها القانون ، فإنه يتعين استيفاء الشروط التالية :

(الأول) استئذان السلطة المختصة بالتعاقد وهي رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته فيما لا يجاوز قيمته مليون جنيه بالنسبة لشراء أو استئجار المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الإستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، وخمسة ملايين جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال.

أما ما لا تجاوز قيمته عشرة ملايين جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الإستشارية أو الأعمال الفنية وعشرين مليون جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال فمن اختصاص الوزير ومن له سلطاته أو المحافظ . رغم ذلك يجوز لرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة القصوى أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز هذه الحدود .

ويكون الوزير المختص بالصحة والسكان هو صاحب الإختصاص بمنح الإذن بالتعاقد عن طريق الإتفاق المباشر بالنسبة للأمصال واللقاحات والعقاقير الطبية ذات الطبيعة الإستراتيجية وألبان الأطفال .

(الثاني) أن يكون قرار السلطة المختصة بالتعاقد عن طريق الإتفاق المباشر مسبباً ، لمعرفة هل محل التعاقد يدخل ضمن إحدى الحالات التي حددها القانون أم لا .

(الثالث) على الجهة التي يناط بها مباشرة إجراءات التعاقد (لجنة الاتفاق المباشر) أن تتحقق 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.

(الرابع) تلتزم هذه الجهة أيضاً ، في الحالات التي تتطلب بحسب طبيعتها ضمان المتعاقد لسلامة ما يتم توريده أو تنفيذه من أعمال ، بحجز ما يعادل 5% من مستحقاته تصرف له بعد انتهاء مدة الضمان المتفق عليه([1]) .

تتولى إدارة التعاقدات نشر نتيجة التعاقد فور اعتماده على بوابة التعاقدات العامة واستكمال باقي الإجراءات المقررة قانوناً .

([1]) . المادة 133 من اللائحة التنفيذية .

الفصل الثاني

أحكام العقد الإداري أو آثاره

سنتكلم في هذا الفصل عن أحكام العقد الإداري ، أي الآثار التي تترتب عليه بعد إبرامه. وذلك يقتضينا التعرض لالتزامات كل من المتعاقد والإدارة ، من حيث طبيعتها، ومداها، والجزاء الذي يستتبعه عدم الوفاء بها .

وسوف نخصص المبحث الأول من هذا الفصل للبحث في التزامات المتعاقد ؛ ثم نعرج في المبحث الثاني على التزامات الإدارة .

المبحث الأول

التزامات المتعاقد

يلتزم المتعاقد بموجب العقد الإداري بالتزامات ثلاثة هي :

1. التنفيذ الشخصي للعقد ؛
2. الإلتزام بمدد التنفيذ ؛
3. الإلتزام بالتسليم وضمان الأعمال .

والالتزامات السابقة تمثل في ذات الوقت حقوق الجهة الإدارية المتعاقدة . وكثيراً ما تثير ممارسة الإدارة لامتيازاتها في سبيل استيفاء حقوقها والمحافظة على المصلحة العامة مسألة هامة تتصل بمدى ما تتمتع به من سلطات يمنحها إياها العقد الإداري .

المطلب الأول

التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه

بما أن أساس العقود هي الثقة التي يضعها أحد طرفي العقد في الطرف الآخر الذي اختاره شخصياً لتنفيذ ما تعهدا عليه ، فإنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يلقي على عاتق غيره عبء الاضطلاع بهذا الإلتزام الشخصي ما لم تصرح له الإدارة بذلك أو تدفعه

إليه ضرورة ملحة. فأهم التزام تنشغل به ذمة المتعاقد بمجرد ابرام العقد هو التزامه بتنفيذ التعهدات والإلتزامات التي يضعها العقد على عاتقه بنفسه لا بوساطة غيره([1]) .

وليست أهمية الطابع الشخصي للإلتزام العقدي نظرية بحتة . بل إن لها أهميتها العملية سواء في تنفيذ العقد أو في إنهائه .

أولاً أثر الإعتبار الشخصي في تنفيذ العقد([2]): هل يجوز للمتعاقد أن يتفق مع غيره للحلول محله في تنفيذ كافة التزاماته الواردة في العقد أو أن يتعاقد بشأن بعضها من الباطن ؟

([1]) . لذلك قضي بأنه "بالنظر إلى صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام فإنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها" (المحكمة الإدارية العليا، جلسة 28 ديسمبر 1963، المجموعة، س 8، ص 324). "ولذلك يعتبر المتعاقد الأصلي هو المسئول الوحيد أمام الإدارة ولها دائماً حق الرجوع عليه في حالة وقوع التقصير في التزامه أياً كان المقصر. ومن ثم فليس للمتعاقد أن يتحلل من المسئولية التي يرتبها عقد التوريد في ذمته متذرعاً بأن الفعل الموجب للمسئولية قد وقع من مندوبه دون علمه أو رضاه" (محكمة النقض، جلسة 30 ابريل 1964، المجموعة، نقض مدني، س 15، ص 619).

([2]) . يجب على المتعاقد الذي يمضي في تنفيذ العقد الإداري أن يلتزم الحدود التي رسمها له هذا العقد أو التي تقتضيها طبيعة العمل الملتزم به. فإن تجاوز حدود الإلتزام أصبح مسئولاً قِبل الغير الذي تعامل معه إذا كان قد جهل عليه سعة التزامه. وإن نفذ العمل الملتزم به ولكن بطريقة أخرى غير تلك التي اقتضاها العقد أو الإدارة فإنه يكون مسئولاً قبل الإدارة إذا ثبت أنها قد لحقها ضرر من جراء عمل المتعاقد، ولو لم يثبت أي خطأ من جانب هذا الأخير. على أنه إذا ثبت أن الإدارة لم تضار من تغيير طريقة التنفيذ فلا يكون لها سبيل على المتعاقد. فإذا اشترى المتعاقد بضاعة من نوع البضاعة التي كلف بتوريدها، ولكن من مكان آخر غير المكان الذي تعاقد بالشراء منه فلا يكون مسئولاً لذلك قبل الإدارة. كذلك المتعاقد إذا اشترى الشئ الملتزم بتوريده بسعر أعلى من السعر المحدد في العقد المبرم مع الإدارة، لا تثريب عليه إن هو تحمل فرق السعر. ولا يكون للإدارة أن تتهرب من الصفقة استناداً إلى أن المتعاقد لم يلتزم حدود العقد بشرائه بسعر أعلى من السعر المحدد في العقد الإداري. ويُسأل المتعاقد عن تقصيره الحادث بفعله أو بمجرد إهماله. فإذا لم يتخذ في صدد تنفيذ العقد الإحتياطات التي تقتضيها رعاية مصالح الإدارة أصبح مسئولاً قبلها عما يصيبها من ضرر من جراء هذا الإهمال. ولا يُسأل المتعاقد عن عدم التنفيذ أو عن عدم

سنحاول الإجابة على هذا التساؤل في فقرتين : الأولى نخصصها للتنازل عن العقد ، بينما نكرس الثانية للتعاقد من الباطن .

(أ) ***إحلال المتعاقد شخصاً آخر محله*** (***التنازل***) : نصت المادة 92 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 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 ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق".

من هذا النص يتضح أنه لا يجوز التنازل عن العقد الإداري . فكثيراً ما تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار لدي الإدارة . كأن تكون الأخيرة قد اعتمدت على يسار الأول وحسن سلوكه ويقظته وكفاءته الفنية لتتعاقد معه شخصياً دون أن يتعدى أثر هذا التعاقد إلى الغير . لذلك قضي بأنه "من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن"([1]). وقضي كذلك بأن "العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها العقد ، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية .. أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن"([2]) .

ويظهر الاعتبار الشخصي بصورة واضحة في حال العقود التي تبرمها الجهات الإدارية بطريق الاتفاق المباشر ، حيث أن من بين الحالات التي يجوز فيها طرق هذا

الإستمرار في التنفيذ المتسبب عن قوة قاهرة. إلا إذا كان قد قبل العقد وهو على بينة من العقبات القائمة في سبيل تنفيذه.

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 28 ديسمبر 1963 ، م (9) ، ص 324 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 27 يناير 1957 ، م (11) ، ص 174 .

الطريق كون المتعاقد في وضع احتكاري أو بسبب تميزه الفني في الموضوع محل التعاقد، بحيث لا يوجد غيره من يقوم بتنفيذ هذا العقد .

جزاء مخالفة المتعاقد لإلتزام التنفيذ الشخصي : إذا لم تصرح النصوص للمتعاقد بأن يتنازل عن العقد كان حتماً عليه أن يؤدي العمل بنفسه لا بوساطة غيره . فإن عمد المتعاقد إلى التنازل فإن ذلك يكون منه إخلالاً للعقد يفتح الباب أمام الإدارة لاستعمال حقها في فسخ العقد أو سحب العمل من المتعاقد وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها ، مع مصادرة التأمين والحصول على التعويض المناسب .

وفي الفترة السابقة على الفسخ أو السحب يصبح المتعاقد مسئولاً في مواجهة الإدارة حتى عن القوة القاهرة التي نجمت بسبب التنازل أو بصددها . وبعبارة أخرى عن تلك الحوادث التي ما كانت لتقع لو أن المتعاقد باشر تنفيذ العقد بنفسه . كما لو هلك الشئ المكلف بتوريده بين يدي المتنازل إليه بحادث قهري كحريق أو غرق ، ذلك لأن مثل هذه الحوادث تعتبر في الواقع نتيجة لخطأ المتعاقد ، فمجرد تنازله عن العقد يعتبر إخلالاً بما التزم به فتتقرر مسئوليته على أي حال . ولا يعفي المتعاقد من المسئولية في هذه الحالة إلا أن يثبت أن هذه الحوادث ما كان ليمكن تفاديها حتى لو باشر العمل بنفسه.

علاقة الإدارة بالمتنازل إليه في حالة رفضها التنازل : لا يجوز للمتنازل إليه الرجوع على الإدارة ، طالما أنها لم تقبل بالتنازل أو تقره . فطبقاً للمبدأ القائل بأن العقود لا تفيد ولا تضر غير عاقديها ، فإن الإدارة تعد من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين المتعاقد الإصلي والمتنازل إليه والذي بمقتضاه تنازل الأول للثاني عن تنفيذ الإلتزامات الواردة بالعقد الإداري. فرفض التنازل ينفي وجود أية علاقة تعاقدية بين الإدارة والمتنازل إليه . رغم ذلك يمكن للأخير أن يرجع على الإدارة بحقوقه التعاقدية استناداً إلى فكرة الإثراء بلا سبب .

علاقة الإدارة بالمتنازل إليه في حالة قبولها التنازل : أما في فرض قبول الإدارة للتنازل، فإن بعض الأحكام تذهب إلى أنه لا يجوز للمتنازل إليه الرجوع على الإدارة ، حيث قضي

بأنه "لا يجوز للشركة الطاعنة الإستناد إلى الإتفاق المبرم مع شركة ملكسيلان بشأن تنازل الأخيرة عن العقد محل المنازعة للشركة الطاعنة لمطالبة الإدارة بأية حقوق قد تولدت للشركة المتنازلة عن تنفيذ العقد المبرم بينها وبين الإدارة ، ومن ثم يكون طلب الشركة الطاعنة إلزام الإدارة برد خطابات الضمان المقدمة من شركة ملكسيلان وكذا تسليمها المهمات والمعدات والتشوينات المقدمة من تلك الشركة غير قائم على أساس من الواقع والقانون جديراً بالرفض دون أن ينال من ذلك ما قالت به الشركة الطاعنة من أن السيد / وزير الدفاع ومجلس إدارة جهاز مشروعات أراضي القوات المسلحة وافق على حلولها محل شركة ملكسيلان في تنفيذ العقد ـ ذلك لأنه فضلاً عن مخالفة تلك الواقعة للقانون حيث لا تملك الإدارة طبقاً لحكم المادة 75 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 9 لسنة 1983 (وذات الحكم جاءت به اللائحة التنفيذية للقانون الحالي) الموافقة على تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد لفترة ، فإنه ليس من شأن تلك الموافقة اكتساب الشركة الطاعنة لثمة حقوق تعاقدية في ذلك ..." ([1]) .

ونحن نعتقد بخلاف هذا الحكم . فليس هناك ثمة ما يحول دون أن يتفق المتعاقد مع الغير على التنازل ، ولكن هذا الإتفاق لا يحتج به في مواجهة الإدارة إلا بقبولها إياه. وليس أدل على ذلك من أن المشرع جعل جزاء الإخلال بشروط العقد (فسخ العقد أو سحب العمل المتعاقد عليه) لا يتحرك إلا بالتمسك به من قِبل الإدارة . فمجرد وقوع التنازل الذي يجر إلى المسئولية لا يؤدي بذاته وتلقائياً إلى وقوع الجزاء ، طالما أن الإدارة لم تطالب به . وفي ذلك دلالة كافية على أن المشرع أراد أن يترك الأمر لجهة الإدارة لتوازن في كل حالة على حده بين توقيع الجزاء المشار إليه وبين استبقاء العقد قائماً ـ تحقيقاً للمصلحة العامة ـ رغم تنازل المتعاقد عنه للغير .

بل وأزيد من ذلك أن بين نصوص القانون ذاته ما يبيح للإدارة أن تستمر في تنفيذ العقد مع غير المتعاقد . فالمادة 52 من القانون منحت الإدارة الخيار بين إنهاء

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 25 نوفمبر 1997 ، طعن رقم 3596 لسنة 36 ق .

العقد أو السماح للورثة بالإستمرار في تنفيذ العقد . ولا شك أن الإعتبار الشخصي للتعاقد سينعدم في حالة وفاة المتعاقد ، بينما يبقى له ظل في حالة التنازل ، حيث يبقى المتعاقد الذي تنازل عن التزاماته للغير مسئولاً أمام الإدارة ، مما يدفعه إلى أن يمارس نوعاً من الرقابة على أعمال المتنازل إليه خشية المسئولية . وأمام هذين الفرضين فإنه يكون مجانباً للمنطق أن نحظر على الإدارة قبول التنازل مع بقاء الإعتبار الشخصي قائماً ، في حين نسمح لها بأن تستمر في تنفيذ العقد مع الورثة حيث ينعدم هذا الإعتبار !!

علاوة على ما سبق ، فإن الإعتداد بشخصية المتعاقد مع الإدارة لا يعد هدفاً في حد ذاته بقدر ما يكون وسيلة لضمان تنفيذ الإلتزامات المتولدة عن العقد والتي يتحقق بها المصلحة العامة . فإذا ثبت للإدارة أثناء تنفيذ العقد أن المتعاقد الأصلي لم يعد يوفر لها ما كانت تبغيه من التعاقد معه بسبب انخفاض كفاءته الفنية أو بسبب مروره بضائقة مالية يصعب الخروج منها في الزمن القريب ، وعرض عليها هذا المتعاقد بأن يتنازل عن تنفيذ العقد لشخص آخر يتمتع بكفاية تمكنه من تنفيذ العقد على النحو المطلوب ، فإن المنطق يقضي بفتح الباب أمام الإدارة لتوافق على هذا التنازل تحقيقاً للمصلحة العامة ، بدلاً من فسخ العقد واتخاذ اجراءات جديدة للبحث عن متعاقد آخر مع ما يعنيه ذلك من ضياع للوقت والجهد .

وقد أحست الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بقوة هذه الإعتبارات فأفتت بأن "الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد. ولكن يجوز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد إذا ما قدرت الجهة الإدارية أن مقتضيات الصالح العام تتيح قبول تنازل المتعاقد معها عن العقد بهدف تسيير المرفق العام الذي يستهدفه العقد"([1]) .

فإذا خلصنا إلى أنه يجوز للإدارة أن تقبل التنازل فإن التصرفات التي تصدر عن المتنازل إليه تصبح كما لو كان المتعاقد قد باشرها بنفسه . فتلتزم بها الإدارة ما دامت

([1]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، جلسة 19 يونيه 1996 ، ملف 336/1/54 .

في حدود العقد . كما يكون للمتنازل إليه أن يرجع على الإدارة مباشرة بالمصاريف المقررة له ، إذ أنه يعتبر في حكم المتعاقد معها مباشرة .

علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي : لا يُسأل المتعاقد الذي قبلت الإدارة تنازله عن تصرفات المتنازل إليه إلا إذا أساء اختياره ؛ بأن تنازل إلى شخص معسر أو غير كفء من الناحية الفنية أو كان مشهوراً بالإهمال . فإنه بذلك يكون قد عرض بخطئه مصالح الإدارة للضياع فيُسأل عن هذا الخطأ .

ويمكن أن يرد علينا أحد هنا بالقول بأن العبرة في حالة تحديد المتنازل إليه من قِبل المتعاقد بوقت اختياره . فإذا اختار المتعاقد شخصاً موسراً مشهوداً له بالكفاءة ، ثم طرأ بعد اختياره ما سبب إعساره ، فإنه لا يُسأل عن ذلك قِبل الإدارة . على أننا نرى أن التنازل يعتبر استثناء من الأصل العام الذي يلزم المتعاقد بأن ينفذ التزاماته العقدية بنفسه، من هنا لا يجوز التوسع فيه ، بل يظل المتعاقد ملتزماً دائماً بمراقبة المتنازل إليه ، وهذا الإلتزام بالمراقبة يستلزم حتماً أن يسهر المتعاقد على رعاية مصالح الإدارة وعدم تعريضها للضياع بإعسار المتنازل إليه طول مدة تنفيذ العقد .

شكل قبول التنازل عن العقد : لا يلزم حتماً أن يحصل قبول التنازل عن العقد صراحة وقت إبرام العقد الإداري ، فليس ثمة ما يحول أن يستفاد هذا القبول ضمناً من عبارات العقد والظروف التي تم فيها . كما يمكن للقاضي أن يقف على هذا القبول من خلال التصرفات اللاحقة على تنازل المتعاقد الأصلي . فإقرار الإدارة تصرفات المتنازل إليه وتعاملها معه يعتبر قرينة على أن الإدارة قدرت أن المصلحة العامة مع هذا التنازل ، أو على الأقل لا يتعارض معها . فالإجازة اللاحقة تعمل عمل الأذن السابق . ولكن يتعين أن يستنتج القبول الضمني من وقائع لا تدع مجالاً للشك في أن الإدارة قصدت حقيقة إحلال المتنازل إليه محل المتعاقد الإصلي في تنفيذ العقد .

(ب) **التعاقد من الباطن** : نكون بصدد تعاقد من الباطن إذا اتفق المتعاقد الأصلي مع الغير على تنفيذ جزء من التزاماته العقدية . ويعد هذا النوع من التعاقد أمراً مقبولاً بصدد بعض أنواع العقود الإدارية ، لا سيما تلك التي تقبل التجزئة مثل عقود توريد أصناف متعددة لجهات متفرقة وعلى فترات دورية ، حيث يكون أمام الإدارة أحد طريقين : إما أن تبرم عدة عقود توريد لتلبية احتياجات عدة مرافق وما يعنيه ذلك من إضاعة الوقت والمال؛ وإما أن تتعاقد مع مورد واحد يكون مسئولاً أمامها عن تنفيذ التوريد وتمنحه سلطة الإستعانة بمجهودات الغير لتسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية .

وظاهر أن مصلحة كل من الإدارة والمتعاقد معها يدعم السير في الطريق الثاني. لذلك أعلنت المحكمة الإدارية العليا أنه "لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير الإستعانة بمجهودات غيره ، وإلا وضع أمام استحالة مطلقة"([1]) .

ولما كانت اللائحة التنفيذية للقانون الحالي جاءت خالية من أي نص يحظر التعاقد من الباطن ، لم يكن مناصاً من أن نحتكم إلى القواعد العامة ، ومن ثم فالتعاقد من الباطن غير محظور شريطة موافقة الإدارة عليه .

تمييز التعاقد من الباطن من الإتفاقات الأخرى : لا يعد تعاقداً من الباطن ، وبالتالي لا يحتاج إلى موافقة الإدارة ، الإتفاق الذي يبرمه المتعاقد مع الغير بغرض الحصول على الأشياء والمواد اللازمة لتنفيذ عقده ، أو اتفاقه مع بعض رجال المال في شأن تمويل العملية محل العقد([2]). فمثل هذه الإتفاقات لا تؤدي إلى اشتراك الغير مباشرة في تنفيذ جزء من العقد ، إنما يقتصر دورها على تزويد المتعاقد الأصلي بالعناصر المادية والمالية اللازمة لتنفيذ العقد الإداري ، وهو ما يسمى بـ "اتفاقات تسهيل الأعمال" .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 16 يناير 1971 ، م (16) ، ص 150 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 27 يناير 1957 ، م (11) ، ص 174 .

كما يختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد . ففي الأول فإن المتعاقد مع الإدارة يتعاقد مع الغير ليقيم علاقة قانونية جديدة مستقلة عن تلك التي تربطه بالجهة الإدارية ، بحيث تقتصر هذه العلاقة عليهما دون أن تندمج أو تختلط بعلاقة المتعاقد الأصلي مع الجهة الإدارية. أما في حال التنازل فإن المتنازل إليه يحل ـ نتيجة لهذا التنازل ـ محل المتعاقد مع الإدارة في حقوقه والتزاماته .

حالات التعاقد من الباطن : لا يعدو الأمر حالة من ثلاث :

(1) ***عدم التصريح للتعاقد من الباطن في سند العقد الإداري*** : إذا لم يصرح للمتعاقد الأصلي بأن يتعاقد من الباطن كان حتماً عليه أن يؤدي جميع الإلتزامات الواردة بالعقد بنفسه رغم المشاق التي قد يتعرض لها. ولا شك أن هذه المشاق كانت حاضرة وقت ابرام العقد ونطاقها كان معلوماً لدي المتعاقد لا سيما بعد رفض الإدارة التعاقد من الباطن. فلا يجوز للمتعاقد التذرع بهذا الرفض للتخفيف من مسئوليته. فإن عمد المتعاقد إلى التعاقد من الباطن فإن ذلك يعد إخلالاً بالتزامه العقدي فيصبح وحده مسئولاً عن تنفيذ العقد في مواجهة الإدارة، مما يسمح لها أن تفسخ العقد والمطالبة بالتعويضات ومصادرة التأمين .

ولا حاجة بنا إلى القول بأنه لا توجد علاقة تعاقدية تربط الإدارة بالمتعاقد من الباطن ، لذلك لا يجوز للأخير أن يختصم جهة الإدارة مباشرة ولا أن يتظلم من الجزاءات الموقعة على المتعاقد الأصلي . فكل ما له أن يطالب بحقه من المتعاقد الأصلي وفقاً لطبيعة العقد المبرم بينهما .

(2) ***الترخيص للمتعاقد الإصلي بالتعاقد من الباطن دون عرض شخصية المتعاقد من الباطن على الإدارة*** : إذا رخصت الإدارة للمتعاقد معها بأن يتعاقد من الباطن، فإن المتعاقد يبقى مسئولاً في مواجهة الإدارة عن تنفيذ كل التزامات العقد حتى تلك التي تعاقد بشأنها مع الغير. فإذا حدث خلل من المتعاقد من الباطن في تنفيذ العقد، فإن للإدارة أن ترجع على المتعاقد الأصلي، ولا يعفي الأخير من المسئولية الإدعاء بأن الإدارة رخصت له

بالتعاقد من الباطن، وأن الضرر الذي أصابها بسبب خطأ المتعاقد من الباطن. لأن مسئولية المتعاقد الأصلي هنا تستند إلى خطئه المتمثل في سوء اختيار المتعاقد من الباطن أو إلى تقصيره وإهماله في الرقابة عليه.

نتيجة لذلك قضي بصحة توقيع غرامة التأخير على المقاول الأصلي لتأخير المقاول من الباطن في تسليم العمارات محل العقد([1]).

ورغم موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن فإنه لا تنشأ أية رابطة بينها وبين المتعاقد من الباطن ، فيبقى هذا الأخير أجنبياً عن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد الأصلي . وترتيباً على ذلك فإن المستحقات المالية المترتبة على تنفيذ العقد يتم دفعها للمتعاقد الأصلي حتى بالنسبة لجزء الأعمال المنفذة بواسطة المتعاقد من الباطن . وبالمقابل لا يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن بأن ينفذ التزاماته المنصوص عليها في العقد المبرم بينه وبين المتعاقد الأصلي .

ومما تجدر الإشار إليه بأنه يجوز للإدارة ـ رغم ما سبق ـ أن تحل محل المتعاقد الأصلي في الدعاوى التي تنشأ له قِبل المتعاقد من الباطن الذي أخل بالتزاماته العقدية ، استناداً إلى فكرة الحلول الإتفاقي الضمني ، فيفترض أن المتعاقد الأصلي قد نقل حقوقه قبل المتعاقد من الباطن إلى الإدارة ، أو استناداً إلى فكرة التنازل الضمني من جانب المتعاقد الأصلي لصالح الإدارة عن كافة حقوقه ودعاويه قبل المتعاقد من الباطن ، في حدود ما يتحمل به الأخير من تعويض بسبب إخلاله بأحكام العقد المبرم بينه وبين المتعاقد الأصلي .

وبالمقابل يملك المتعاقد من الباطن أن يرجع على الإدارة بمستحقات المتعاقد الإصلي قبلها إستناداً إلى فكرة الحلول أو التنازل الضمنيين ، شريطة وجود ما يمنع رجوع المتعاقد من الباطن على المتعاقد الأصلي وفقاً للعقد المبرم بينهما .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 6036 لسنة 43 ق ، جلسة 30 نوفمبر 1999 .

وكل ما سبق جائز إلا إذا حال دون ذلك اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام .

(3) ***الترخيص للمتعاقد الإصلي بالتعاقد من الباطن مع موافقة الإدارة على شخصية المتعاقد من الباطن*** : إذا تم عرض المتعاقد من الباطن على الإدارة وقبلته انتفت مسئولية المتعاقد الأصلي ، لأنه لم يكن في اختياره لمتعاقد بعينه إلا حائزاً على الضوء الأخضر من الإدارة . فإن كانت الإدارة قد أساءت اختيار المتعاقد من الباطن أو لم تستقصي عن حقيقته وقدرته المالية والفنية فعرضت بذلك مصالحها للضياع ، فعليها وحدها تقع سوء الإختيار ، ولا يكون لها بذلك سبيل على المتعاقد الإصلي إلا بمقدار تقصيره في الرقابة على أعمال المتعاقد من الباطن . لأن قبول الإدارة لمتعاقد بعينه يتعلق بضمان الإختيار ولا يمتد إلى ضمان الرقابة التي تبقى من مسئولية المتعاقد الأصلي فيصبح مسئولاً عنها .

جمع الإدارة بين الدعويين : هل يجوز للإدارة في حالة عدم قبولها للتعاقد من الباطن أن تجمع بين دعويين : الأولى توجه إلى المتعاقد الأصلي وتستند إلى أحكام المسئولية العقدية (أي أساسها العقد الإداري) ؛ بينما توجه الثانية إلى المتعاقد من الباطن وتستند إلى أحكام المسئولية التقصيرية؟

لا شك أن الإجابة هي النفي . فإذا فرضنا وأن الإدارة بدأت بمقاضاة المتعاقد الأصلي، وتم لها فعلاً قبض التعويض الذي حكم به لصالحها ، فإنه يكون للمتعاقد من الباطن أن يحتج بأن الإدارة ، وقد تم تعويضها فعلاً ، لا يصح أن تتخذ من العقد الإداري وسيلة للإثراء ، لأن ذلك يخرج العقود الإدارية عن طبيعتها وغايتها ، ويتعارض بالتالي مع النظام العام .

جواز التعبير عن قبول التعاقد من الباطن بأية وسيلة : كما يصح أن يكون قبول التنازل ضمنياً ، يصح أن يكون قبول التعاقد من الباطن ضمنياً كذلك . ولكن لما كان قبول التعاقد من الباطن في صالح الطرفين ، فإنه يمكن استنتاجه من أية قرينة تدل عليه .

على أن علم الإدارة بالتعاقد من الباطن لا يعد ذريعة للمتعاقد الأصلي للتخلص من نتائج التعاقد من الباطن غير المصرح به ، إلا إذا اقترن هذا العلم بظروف ترفعه إلى مرتبة الإجازة أو القبول الضمني . فمجرد علم الإدارة بسبب البطلان المقرر لمصلحتها ، لا يؤدي في ذاته إلى سقوط حقها في التمسك بالبطلان ، بل يجب لذلك أن يقترن بإظهار رغبتها في استبقاء العقد . ومن الأدلة القوية على رغبة الإدارة في ذلك استمرارها في صرف المستحقات الدورية المتعلقة بالعقد للمتعاقد من الباطن دون المتعاقد الأصلي .

ثانياً أثر الإعتبار الشخصي في إنهاء العقد : لما كان العقد الإداري من العقود التي تقوم على أساس الإعتبار الشخصي نظراً لإرتباطها بالمرافق العامة ، كان طبيعياً أن تتأثر بكل ما يطرأ على حالة المتعاقد ، كوفاته أو إفلاسه . فما هو أثر هذه الظروف في العقد الإداري ؟ هل يترتب عليها إلغاء العقد ؟ أم أنها تؤدي بالعكس إلى نقل الحقوق والإلتزامات المترتبة عليه إلى أشخاص آخرين ؟ يجب أن نميز في هذا الصدد بين وفاة المتعاقد ، وإفلاسه .

(1) ***وفاة المتعاقد الأصلي***: الأصل أن وفاة المتعاقد لا تنهي العقد الإداري ، ما لم تقتض ذلك طبيعة العقد نفسه ، كما في حالة العقود التي تعتمد على الإعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة . وفيما عدا هذه العقود لا يتأثر العقد الإداري بوفاة المتعاقد ، بل ينتقل العقد بأكمله إلى ورثته طبقاً للمبدأ العام والذي يقضي بأنه يُفترض في المتعاقد أنه يتعاقد لنفسه ولورثته من بعده ، مالم يُشترط عكس ذلك أو يُستنتج بالعكس من طبيعة العقد .

ونتيجة لهذا التحفظ الأخير جاءت المادة 52 من القانون بالحكم التالي : "في حالة وفاة المتعاقد أثناء التنفيذ، يحق للجهة الإدارية إنهاء العقد ورد التأمين النهائي للورثة ما لم يكن لها مطالبات قِبل المتعاقد أو السماح لهم بالاستمرار في تنفيذ العقد. وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم، جاز للجهة الإدارية إنهاء العقد مع رد التأمين النهائي ما لم يكن لها مطالبات أو السماح لباقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه".

وسنحاول فيما يلي بتحليل الحكم الذي جاءت به المادة المزبورة آنفاً . وذلك يقتضينا أن نفرق بين كون المتعاقد مع الإدارة فرد واحد ، وكونه مجموعة من الأفراد .

* ***وفاة المتعاقد الفرد*** : لما كانت القاعدة أن العقود لا تنتهي بوفاة أحد المتعاقدين، فإن وفاة المتعاقد مع الإدارة لا يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون ، بل يتوقف ذلك على الموقف الذي تتخذه الإدارة .

فلها أن تفسخ العقد متى ثبت أن شخصية المتعاقد كانت محل اعتبار عند التعاقد. وفي هذه الحالة تلتزم الإدارة برد التأمين النهائي إلى الورثة ما لم يكن لها مطالبات مالية قِبل المتعاقد المتوفي ، فيتم خصم قيمة المطالبات من التأمين وترد الباقي إلى الورثة .

وسلطة الإدارة في تقرير الفسخ ليست مطلقة ، بل يتعين أن تسندها وقائع تبررها. فإذا كانت الجهة الإدارية "متعاقدة مع متعاقد يعمل ورثته معه في ذات الشركة التي يمتلكها وينفذ التعاقد من خلالها ، فلا يوجد مبرر إذا ما توفي هذا الشخص أن تفسخ الجهة الإدارية العقد بسبب وفاته ثم تعود لطرح العملية من جديد"([1]) .

وبجانب سلطة فسخ العقد تملك الإدارة أيضاً سلطة السماح لورثة المتعاقد الإستمرار في تنفيذ العقد شريطة تعيين وكيل عنهم بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه الجهة الإدارية المختصة . والعلة من وجود هذا الوكيل هي التيسير على الإدارة فلا تضطر إلى التعامل مع جميع الورثة وإنما مع من اختاروه وكيلاً عنهم .

ومع أن المشرع قد أجاز للإدارة أن تستمر في تنفيذ العقد مع الورثة ، إلا أنه لا يجوز لها أن تجبر الورثة على استكمال العقد الذي بدأه مورثهم وتوفي قبل استكماله ، لأنه وإن كان يجوز أن تنتقل الحقوق إلى الورثة ، إلا أنه لا يجوز الزامهم شخصياً بتعهدات مورثهم دون موافقتهم .

([1]) . عاطف محمد عبد اللطيف ، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، 2009 ص 591.

* ***وفاة أحد المتعاقدين في حالة تعددهم*** : إذا تعدد المتعاقدين مع الإدارة وتوفي أحدهم أو بعضهم ، فإن ذلك لا يمنع المتعاقدين الباقين من الإستمرار في تنفيذ العقد ولو كان تعاقدهم بعقد واحد طالما نال موافقة الإدارة . فإذا رفضت الإدارة استمرار العقد وقامت بفسخه كان عليها أن ترد التأمين النهائي إلى باقي المتعاقدين ما لم يكن لها مطالبات قبلهم نشأت قبل وفاة المتعاقد فيتم خصم قيمة تلك المستحقات من قيمة التأمين ثم يتم رد الباقي .

على أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يستمر العقد بناء على طلب الجهة الإدارية نفسها . في هذه الحالة لا يجوز لباقي المتعاقدين الإمتناع عن تنفيذ العقد ، اللهم إلا أن يكون وفاة المتعاقد قد أثرت عليهم من الناحية المالية أو الفنية .

وسواء كانت مصيبة الموت قد أصابت المتعاقد بمفرده أو كان المتوفي أحد المتعاقدين فإن إنهاء العقد يتم بموجب خطاب موصى عليه بعلم الوصول ، دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو اللجوء إلى القضاء .

(2) ***إفلاس المتعاقد الأصلي وإعساره*** : يمكن قياس تغير الحالة المالية على الوفاة واشراكهما في الحكم. وبناء على ذلك ينفسخ العقد بقوة القانون إذا أفلس المتعاقد أو أعسر، لأن ذلك من مقتضاه رفع يد المفلس عن إدارة أمواله وتفويض ذلك إلى وكيل الدائنين. فلا يُعقل أن يستمر المتعاقد المفلس في تنفيذ العقد وما قد يعنيه ذلك من الدخول في تعاقدات ثانوية مع الغير، لأنه بالإفلاس غير أهل للإلتزام بالتزامات المتعاقد الطبيعي.

على أن العقد لا ينتهي بالفسخ إلا بصدور حكم شهر الإفلاس ، لأن انتهاء العقد مترتب على منع المفلس من إدارة أعماله ، وهو متوقف على صدور الحكم بشهر الإفلاس.

ويسري حكم الإفلاس على إعسار المتعاقد . ووفقاً للمادة 249 من القانون المدني يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء .

ويترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة (المادة 255 من القانون المدني) . وعلى ذلك يُفسخ العقد بقوة القانون متى أشهر إعسار المتعاقد مع الإدارة . فبهذا الإشهار نصبح أمام قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس بأن المتعاقد غير أهل للإستمرار في تنفيذ العقد ، فبقاء العقد قائماً سيعرض مصالح الإدارة ومرافقها العامة للخطر .

وفي اعتقادنا أن الفسخ القانوني الذي أقره القانون وإن كان يرعى مصالح الإدارة، إلا أنه يهدر مصالح جماعة الدائنين التي كثيراً ما تكون لها مصلحة جدية في الإحتفاظ بالعقد. ولن يحقق التوازن بين المصلحتين إلا بفتح الباب أمام وكيل الدائنين للمطالبة بالإستمرار في تنفيذ العقد ، مع ترك حرية التقدير للإدارة لتقدر في كل حالة على حده ما إذا كان الإستمرار في تنفيذ العقد يحقق المصلحة العامة أم لا .

المطلب الثاني

التزام المتعاقد بمدد التنفيذ

يجب على المتعاقد أن ينفذ التزاماته العقدية خلال المدة المحددة لتنفيذ العقد . أي خلال المدة المحصورة بين البدء في التنفيذ طبقاً لإذن التشغيل المسلم له ، واستلام الأعمال .

والأصل أن المدة المحددة لتنفيذ العقد مقررة لمصلحة الطرفين ، فلا يجوز لأيهما أن يطالب الآخر بإلانتهاء من تنفيذ العقد قبل المدة المحددة .

مدة التنفيذ وبدء سريانها : ليست هناك مدة محددة لتنفيذ الإلتزامات العقدية ، فتحديد هذه المدة متروك للمتعاقدين وفقاً لطبيعة العقد والهدف الذي يرمي إلى تحقيقه ، واتفاقهما في هذا الشأن واجب الإحترام ، إذ لا مخالفة فيه للنظام العام .

وقد جرى العمل على أن يتفق الطرفان في العقد على تحديد تاريخ محدد يجب على المتعاقد أن يفي فيه بكل التزاماته ، وهو الفرض الغالب في مجال العقود . ولكن

هل يلزم لصحة العقد أن يتم تحديد موعد انتهاء التنفيذ بالضبط ؟ أم يكفي النص على أن اتمام التنفيذ يتحقق بمجرد الإنتهاء من الأعمال المطلوبة أو التوريدات المتفق عليها ؟

في اعتقادنا أن العقد يصح في الفرض الثاني ، لأن القول بغير ذلك سيكون بمثابة تعطيل لإرادة طرفي العقد ، كما انه سيحول بين العقد الإداري وبين أن يؤتي ثماره في أخصب ناحية تعود بالنفع على المجتمع ، ألا وهي المرافق العامة . ففيم يكون العقد إدارياً إذا حيل بين الإدارة وبين تسيير مرافقها العامة ، سواء لنشئتها أو إدارتها !! فطالما أن العقد سينتهي بمجرد الانتهاء من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة ، فما حاجتنا بتحديد موعد انتهاء التنفيذ بالضبط خلال بنود العقد ؟ ألا يكفي أن يكون قابلاً للتحديد وقت التنفيذ ؟

أيًا كان الأمر ، فإنه في هذه الحالة يتعين أن يتم التنفيذ خلال مدة معقولة وفقاً للمجرى العادي للأمور ووفقاً لطبيعة العقد والهدف الذي يرمي إليه .

وتطبيقاً لذلك أفتي بأنه "من المبادئ المسلمة في العقود عامة أنها تخضع لأصل عام من أصول القانون يظلها جميعاً ، يقضي بأن يكون تنفيذها ، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل ـ على ما جرى به افتاء مجلس الدولة ـ لا مندوحة من التقيد به في العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية ، بل أن التقيد به في العقود الإدارية أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة الذي تنطبع به هذه العقود ولا ينفك عنها ، ومقتضى ذلك ولزامه أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد لتنفيذ الالتزام فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمني وإنما يتعين أن يتم في مدة معقولة ، وفقاً للمجرى العادي للأمور وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرنو إليه"([1]) .

([1]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ 1992/11/11 برقم 1007، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ انشائها حتى عام 2005، في شأن العقود الإدارية ، المكتب الفني عام 2005 ، ص 733.

وثمة ملاحظة يجدر بنا أن نضيفها ، وهي تتعلق بامكانية فرض جهة الإدارة مواعيد للتنفيذ بارادتها المنفردة ودون أن تستند إلى العقد الاداري . بمعنى آخر، هل تملك الإدارة سلطة تحديد موعد تنفيذ العقد في وقت لاحق على إبرامه ودون أن يشاركها المتعاقد معها في هذا التحديد ؟

اتجهت محكمة نانسي الإدارية في حكمها الصادر عام 2001 إلى إمكانية تحديد آجال للأداءات بمقتضى قرار يصدر من الجهة الإدارية المتعاقدة([1]) . وتم تأييد هذا الحكم من قبل محكمة الاستئناف الإدارية بنانسي في 26 يناير 2006 بعد أن تبين للمحكمة أن الشركة الطاعنة كانت على علم بمواعيد التنفيذ وأنها لم تبدي أي تحفظات بشأنها وأن تلك المواعيد كانت مختومة بختم الشركة([2]).

ويفهم من هذا الحكم ، أنه لا يجوز للإدارة أن تنفرد بتحديد موعد تنفيذ العقد إذا خلا العقد الاصلي منه ، وأنه يجب موافقة المتعاقد معها ، سواء أكانت موافقة صريحة أو ضمنية ، على موعد التنفيذ .

وتحديد موعد انتهاء التنفيذ في العقد الإداري لا ينفي حق الإدارة في التبكير في الانتهاء من التنفيذ إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . إلا أن هذا التغيير في مدة التنفيذ يتوقف على قبول الطرف المتعاقد مع الإدارة ، وهذا بدوره يتوقف على قدرة هذا الطرف وامكاناته في الانتهاء من التنفيذ خلال المدة الجديدة التي فرضتها الجهة الادارية المتعاقدة. ولا يشترط لصحة تغيير مدة التنفيذ صدوره في شكل معين . كما يصح أن يكون صريحاً أو ضمنياً . إنما يجب أن يستنتج هذا التغيير الضمني من وقائع لا تدع مجالاً للشك في أن الإدارة قصدت حقيقة تغيير الموعد الأصلي .

وكما يصح أن يكون تغيير مدة التنفيذ ضمنياً ، يصح أن يكون قبول الموعد الجديد من قِبل المتعاقد ضمنياً كذلك .

([1])- TA Nancy. 20 février 2001, SA Ronzat, CMP 2001. N°135, note Delelis.
([2])- CAA Nancy. 26 janvrier 2006, SA Ronzat.

والإدارة في حال تغييرها موعد التنفيذ من خلال التبكير فيه ، يتعين عليها مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود . فيجب عليها أن تخطر المتعاقد معها قبل الموعد الذي حددته لإنجاز التزاماته بوقت كافي ليتمكن من موائمة أوضاعه ، فيعد العدة لذلك سواء مالياً أو مادياً أو فنياً . فإذا تأخر المتعاقد عن التنفيذ خلال المدة الجديدة نظراً لأن الإدارة لم تخطره أو أخطرته في وقت غير كافي ، فلا يحق للإدارة المطالبة بغرامة التأخير . كذلك يتعين ـ كما أسلفنا ـ أن يكون الميعاد الجديد المضروب من قِبل الإدارة معقولاً يمكن للمتعاقد أن ينجز فيه الأعمال المتفق عليها . والمعقولية هنا تتوقف على مدى امكانية تنفيذ بنود العقد وفقاً لحالة المتعاقد مع الإدارة على نحو لا ينطوي على ارهاق شديد له. فحالة المتعاقد وامكاناته كانت أمام الادارة وقت التعاقد ، ومن ثم لا يجوز لها حال تغيير موعد التنفيذ أن تتغافل عن تلك الامكانات فترهقه من أمره عسراً .

والأصل أن تكون مدة التنفيذ واحدة ، على أن ذلك لا يمنع من أن يعمد الطرفان إلى ذكر مدد فرعية خاصة بكل التزام من الإلتزامات المفروضة على عاتق المتعاقد .

ولكن هل يبدأ سريان مدة التنفيذ من وقت ابرام العقد ، أم من وقت آخر ؟

قررت اللائحة التنفيذية في الفقرة الثانية من المادة 104 حسبان المدة ـ بالنسبة لعقود الأعمال ـ ابتداء من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خالياً من الموانع، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك. ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين، ومحرر من أصل وأربع نسخ، يُسلم الأصل للإدارة المالية، ونسخة لإدارة التعاقدات، ونسخة للمقول، ونسخة للإدارة الطالبة أو المستفيدة، ونسخة للإدارة المشرفة على التنفيذ. وإذا لم يحضر المقاول أو من يفوضه لتسلم الموقع في التاريخ الذي تحدد له في أمر الإسناد، فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدء تنفيذ العمل.

أما عقود التوريد فنقطة انطلاق المدة هي اليوم التالي لإخطار المورد بأمر التوريد، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك . ويكون إخطار الموردين في الخارج بموجب برقيات

تؤيد بكتاب لاحق على أن يتضمن أمر التوريد الأصناف والكميات والفئات ومكان التسليم ومواعيد بدء التوريد وانتهائه (الفقرة الأولى من المادة 104 من اللائحة) .

وفيما يتعلق ببقية العقود ، فتبدأ المدة المحددة لتنفيذ العقد وفقاً لما تضمنته كراسة الشروط والمواصفات، والعقد .

جزاء الإخلال بهذا الإلتزام : لا شك أن إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته خلال المدة المحددة سينعكس بالسلب على تسيير المرافق العامة، ومن ثم على اشباع الحاجات العامة لجمهور الأفراد التي أبرم العقد من أجلها .

وليس القضاء بغافل عن أهمية التزام المتعاقد بمواعيد التنفيذ المحددة في العقد، فنراه يحرص على القول بأن "العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة اجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله ، بل يتعين ، إزاء هذه الإعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق، فلا يسوغ له الإمتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي"([1]) .

ولكن هذا الإلتزام المشار إليه في الحكم السابق ليس مطلقاً "إذ لا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يمكن فيها للمتعاقد مع الإدارة تذليل هذه الإجراءات الإدارية وتجاوزها والإستمرار في التنفيذ دون ضرر جسيم يصيبه ، أما لو كان إخلال الإدارة بالتزام جوهري يقع على عاتقها تنفيذه حتى يستطيع المتعاقد معها الإستمرار في التنفيذ ومع ذلك تقاعست

([1]) . المحكمة الإدارية العليا، جلسة 5 يوليه 1969، الموسوعة الإدارية، ج (18)، قاعدة 683، ص 1082. بل أن مجلس الدولة الفرنسي رفض المبررات التي استند إليها المتعاقد لتبرير تأخره في تنفيذ الإلتزامات بحجة تراخي الإدارة في اعتماد العقد. وكانت حجة المجلس في الرفض أن الفترة من اعتماد العقد حتى الميعاد المقرر لإنتهاء الإلتزامات كانت كافية لتنفيذ العمل المتفق عليه، ومن ثم يتحمل المتعاقد مغبة عدم التنفيذ في المدة الواردة في العقد :

CE. 9 janvier 1957, Etablissement Chaumeil, AJDA, 1957, 11, P. 119.

عن القيام به فلا وجه للتمسك بالأصل المشار إليه ، كما لو لم تقم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الرسومات الهندسية التي يتم التنفيذ استناداً إليها أو إذا توقفت عن سداد مستحقاته المالية باعتبارها المصدر الذي يمكنه من تمويل العملية محل التعاقد سيما إذا كانت هذه المستحقات مبالغ كبيرة ، ففي مثل هذه الأحوال يكون من حق المتعاقد مع الإدارة التوقف عن تنفيذ التزاماته حتى توفي الإدارة بالتزاماتها التعاقدية"([1]) .

فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية في خلال المدة المحددة في العقد، فإن الجزاء الطبيعي هو منح الإدارة سلطة تقديرية في فسخ العقد متى ظهر من ظروف الحال أن الإدارة كانت في منتهى الحرص على تنفيذ التعاقد خلال تلك المدة .

ويترتب على فسخ الإدارة للعقد حقها في مصادرة التأمين النهائي كاملاً. ولكن إذا كانت قيمة الضرر الذي أصاب الإدارة قد تجاوزت هذا التأمين، فللإدارة أن تجمع بينه وبين استحقاق تعويض إضافي، إلا إذا وجد شرط في العقد يحظر الجمع بين مصادرة التأمين واقتضاء تعويضات إضافية([2]) .

على أن الإدارة بدلاً من فسخ العقد لها أن تلجأ إلى سحب الأعمال من المتعاقد وتنفيذه على حسابه بعد إعلانه بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد. وفي جميع الحالات لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ على حساب المتعاقد، لأن الفسخ يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية، بينما الجزاء الثاني يبقيها، وهو ما لا يجوز بسببه الجمع بين النقيضين.

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 30 نوفمبر 2004 ، طعن رقم 10572 لسنة 47 ق . ولذات المحكمة الطعن رقم 291 لسنة 43 ق ، جلسة 14 مارس 2000 . والطعن رقم 4483 لسنة 41 ق ، جلسة 6 مايو 1997 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 27 نوفمبر 1965 ، طعن رقم 1180 لسنة 8 ق : ولذات المحكمة جلسة 21 يونيه 1969 ، طعن رقم 108 لسنة 11 ق .

الدفوع المقررة للمتعاقد : يستطيع المتعاقد أن يفلت من الحكم عليه بالجزاءات السابقة، إذا أثبت أن تخلفه عن الوفاء بالتزاماته في الميعاد كان بسبب خارج عن إرادته .

فللمتعاقد أن يحتج بأنه ما تخلف إلا بسبب قوة قاهرة ، أو حادث مفاجئ حال بينه وبين تنفيذ التزامه خلال المدة المحددة .

ويستطيع المتعاقد أن يفلت من الجزاء أيضاً إذا أقام الدليل على أن التأخير بسبب تصرفات الإدارة نفسها، كأن تأخرت في تسليمه موقع العمل خالياً من العوائق، أو تأخرت في تسليمه الدفعة المقدمة أو الرسومات اللازمة لبدء العمل .

وكذلك يمكن للمتعاقد طلب إبطال العقد لوقوعه في غلط بشأن مدة تنفيذه . "فالمتعاقد إذا توهم على غير الواقع من الظروف والملابسات التي 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 في هذا الغلط الذي شاب إرادته ، فإنه يكون على حق في طلب إبطال هذا العقد للغلط الجوهري إذا ما اتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر"([1]) .

الحق في مد مدة التنفيذ : قد يطرأ بعد انعقاد العقد تغيير في الظروف من مقتضاه أن يصبح تنفيذ العقد في مواعيده المحددة أمراً مستبعداً ، فهل يجوز أن يُمنح المتعاقد مهلة إضافية ؟

يلوح لنا أن تحديد الأجل المقرر لإتمام الأعمال في العقود الإدارية وإن كان يخضع لمحض تقدير الجهات الإدارية حسبما تقتضيه ظروف العمل في المرفق العام الذي تتولاه، ومن ثم فإنها تملك تعديل الأجل الذي سبق لها أن حددته ، إلا أن ذلك مشروط بموافقة الطرف الآخر في العقد، سواء أكانت الموافقة صريحة أم ضمنية ، وسواء

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 297 لسنة 16 ق ، جلسة 29 يونيه 1974 ، مجموعة العقود في أربعين عاماً ، المبدأ رقم 466 ، ص 733 .

تم هذا التعديل قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أم بعد انقضائه . إلا أنه في الفرض الأخير لا يحق للإدارة المطالبة باقتضاء غرامة التأخير المستحقة في الفترة التي امتد إليها الأجل المحدد .

وقد تردد صدى هذا المنطق في التشريع نفسه . فالقانون المصري ولائحته التنفيذية فرّق بين عقود الأشغال وعقود التوريد .

فطبقاً للمادة 48 من القانون إذا تأخر المتعاقد عن إنهاء الأعمال موضوع التعاقد في المواعيد المحددة جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر([1]).

وتُحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر من العمل يمنع الإنتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة . أما إذا رأت الإدارة أن الجزء المتأخر من العمل لا يسبب شيئاً من ذلك ، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

ويُعفى المتعاقد من الغرامة في حالتين : إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، أو إذا لم ينتج عن التأخير ضرر . ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارة في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير .

أما عن التأخير في تنفيذ عقود التوريد فقد قضت المادة 48 من القانون بأنه يجوز للإدارة أعطاء مهلة إضافية للتوريد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، على أن

([1]) . وتقدر هذه الغرامة اعتباراً من بداية المهلة المضافة وإلى أن يتم التسليم الإبتدائي بواقع 10% من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 10% من المدة الكلية للعملية ، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة 15% إذا جاوزت مدة التأخير ذلك .

توقع على المتعاقد غرامة تأخير عن هذه المهلة([1]). ويُحسب مقابل التأخير من القيمة الإجمالية للعقد إذا رأت الإدارة أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم توريده أو تنفيذه . وفي فرض العكس فيحسب مقابل التأخير من قيمة الجزء المتأخر فقط .

وفي حالة عدم قيام المورد بالتوريد خلال المهلة الإضافية فعلى الإدارة أن تتخذ أحد إجراءين طبقاً لما تمليه المصلحة العامة : إما شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه ، وإما إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف . وفي الحالتين من حق الجهة الإدارية أن تستولي على التأمين النهائي ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها ، بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية ، من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها ، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدي أية جهة إدارية أخرى أياً كان سبب الإستحقاق ، دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية . وفي حالة فشل الإدارة في استيفاء حقوقها بالطريق الإداري لها أن تلجأ إلى القضاء.

وإذا لم يتفق الطرفان على مد أجل التنفيذ ، فإنه يجوز للإدارة بقرار منها أن تقوم بمد المدة استناداً للأحكام المقررة في العقد أو كراسة الشروط . فكثيرا ما تمنح كراسة الشروط الجهة الادارية المتعاقدة سلطة مد أجل التنفيذ في حال ظهور صعوبات غير متوقعة أثناء العمل في الموقع أو في حال استبدال الاعمال المتفق عليها بأخرى مختلفة، أو في حال حدوث تغيير في حجم الأعمال المتفق عليها ابتداء، أو في فرض تأخر جهة الإدارة في تنفيذ عمليات أولية تقع على عاتقها وضرورية لتنفيذ المتعاقد معها لإلتزاماته. في هذه الحالات وشابهاتها يتم مد الاجل بقرار منفرد من قبل الإدارة دون حاجة لقبول من المتعاقد ، طالما كان العقد أو كراسة الشروط يسمح بمد الأجل في حالات تم تحديدها.

([1]) . وتقدر هذه الغرامة بواقع 3% من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 10% من المدة الكلية للعقد ، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة 5% إذا جاوزت مدة التأخير ذلك .

المطلب الثالث

التزام المتعاقد بالتسليم وضمان الأعمال

إحالة: لما كان الإلتزام بالتسليم والضمان يختلف باختلاف نوع العقد ، فإننا نرجئ الحديث عنه عندما يأتي موضع بحث كل عقد من العقود على انفراد في الفصل الرابع .

المطلب الرابع

سلطات الإدارة المتعاقدة

السلطات المتنوعة للإدارة : من شأن ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام أن يخول الإدارة المتعاقدة سلطات واسعة وقت ابرام العقد ووقت تنفيذه ووقت إنهائه . وإذا كنا قد انتهينا من بيان السلطات التي تتمتع بها الإدارة وقت ابرام العقد ، فإنه لم يتبق لنا إلا عرض تلك السلطات التي تتدثر بها الإدارة وقت تنفيذ العقد وإنهائه .

هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة تمكنها من أن تباشر على موضوع العقد ما تشاء من تعديلات في حدود ضوابط معينة ، كما تستطيع أن تباشر على المتعاقد سلطة الرقابة والتوجيه، بالإضافة إلى سلطة توقيع الجزاءات .

وإليك تفاصيل ما أجملناه .

§1 ـ سلطة الإدارة في رقابة وتوجيه المتعاقد

مجرد ابرام الإدارة للعقد لا يعني انفصالها عن العملية التعاقدية وتراجعها لتفسح المجال للمتعاقد بأن يقوم بتنفيذ ما تعهد به، ثم الإنتظار إلى نهاية المدة لإستلام ما انتهى إليه هذا المتعاقد. فالإدارة تبقى مرتبطة بالمتعاقد طيلة فترة التنفيذ ، فإذا وجدته يقوم بتنفيذ ما عليه على الوجه الصحيح كان بها، وإذا وجدت منه اعوجاجاً قامت بتصويبه.

والرقابة التي تمارسها الإدارة هي التي تمكنها من التحقق من التزام المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما تضمنه من شروط. لذلك ليست الإدارة في حاجة إلى نص يقرر لها هذا

الحق، باعتباره من مقتضيات العقد الملزم للجانبين. فهذا النوع من العقود لا يعني فقط وجود التزامات متبادلة بين طرفيه، بل يفيد بحق طرفية في مراقبة كل منهما الآخر. بل أن عدم ممارسة الادارة لحقها في الرقابة قد يؤدي إلى قيام مسئولياتها([1]).

والرقابة هنا تمارسها الإدارة عبر عدة طرق: منها طلب معلومات من المتعاقد تتعلق بالتنفيذ وبالمواد المستخدمة فيه ، وزيارة أماكن التنفيذ، وتعيين مندوب للإدارة لدي المتعاقد ليتولى التحقق من سلامة المواد المستخدمة أو الإستعانة بمكاتب استشارية تتولى رقابة المتعاقد ... الخ.

والرقابة بالمعنى السابق لا تنفرد بها العقود الإدارية ، بل يمكن مقابلتها في العقود الخاصة . فالمادة 650 من القانون المدني أجازت لرب العمل إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو منافٍ للعقد ، أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له .

ولكن ما تنفرد به العقود الإدارية هو ما تملكه جهة الإدارة المتعاقدة من سلطة الإشراف والتوجيه على المتعاقد معها لدرجة أنها تملك أن تفرض على المتعاقد اتباع طريقة معينة لتنفيذ العقد تختلف عن تلك التي يرغب في اتباعها . ويظهر هذا الإتجاه جلياً في بعض نصوص التشريع وفي قضاء المحكمة الإدارية العليا.

فبالنسبة إلى التشريع تصادفنا المادة السابعة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة والمعدلة بالقانونين رقمي 497 لسنة 1954 ، و185 لسنة 1958 ، حيث نصت على أن "لمانح الإلتزام أن يراقب إنشاء المرفق موضوع الإلتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية ، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لإستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الإلتزام .

([1])- CE.23 janvier 1981, Coudert et Société Entreprise Robinet et Fils, n° 97392 et n° 97645.

"ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير مانح الإلتزام والمشرف على الجهة المانحة أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة انشاء المرفق وسيره من الناحية المالية، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة، كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر لتولي أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة. وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الإلتزام .

"وعلى الملتزم أن يقدم لمندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الإلتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت" .

وفي خصوص عقد المقاولات قضت المادة 105 من اللائحة التنفيذية بأن يكون المتعاقد مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

كذلك نصت المادة 117 من ذات اللائحة على أن "يقوم مهندس الجهة الإدارية بعملية القياس أو الوزن للأعمال أثناء سير العمل بالإشتراك مع المقاول أو مهندسه أو من يفوضه، ويتم التوقيع بصحة المقاسات والأوزان من الأثنين ، فإذا تخلف المقاول أو من يفوضه، بعد إخطاره، يُلزم بالمقاسات والأوزان التي يجريها مهندس الجهة الإدارية . على أنه بالنسبة للجهات التي لا يتوافر فيها العنصر الفني اللازم فينتدب مهندس من مديرية الإسكان المختصة ويكون مهندس الجهة الإدارية أو مديرية الإسكان مسئولاً عن صحة وسلامة ما يثبته من بيانات في هذا الشأن".

أما المحكمة الإدارية العليا فقد أقرت بأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع شخصي خاص مناطه "احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود

المدنية متوازية ومتساوية ، إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة ، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة ، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري"([1]) . وترتيباً على ذلك للإدارة "سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته([2]).

وغني عن القول أن سلطة الإدارة الرقابية تختلف عن سلطتها في تعديل العقد الإداري، فبينما التعديل ينصب على زيادة أو نقصان في الإلتزامات التعاقدية ، فإن الرقابة والتوجيه تنصب على طريق التنفيذ . ولكن إذا كان من شأن تغيير طريقة التنفيذ أن زادت التزامات المتعاقد ، فإننا نكون بصدد تعديل للعقد يخضع للضوابط التي قررتها النصوص وأحكام القصاء .

كما تختلف سلطة الرقابة عن سلطة الضبط الإداري ، فالسلطة الأولى تملكها جهة الإدارة المتعاقدة ، بينما الثانية فهي من اختصاص سلطة إدارية أخرى ليس لها علاقة بالعقد . كما أن سلطة الضبط مقررة وفقاً للقوانين واللوائح وهي سابقة على ابرام العقد الإداري وتهدف إلى المحافظة على النظام العام بمدلوله الثلاثي الأمن والصحة والسكينة العامة . أما سلطة الرقابة فتهدف الإدارة من وراء ممارستها تحقيق مصلحة المرفق الذي يرتبط به العقد .

وإذا كانت العقود التي تبرمها الإدارة تختلف في موضوعها وفي درجة اتصالها بالمرفق العام ، فإن سلطة الرقابة تختلف بدورها من عقد إلى آخر . فبينما في عقد الإلتزام يقوم الملتزم باستغلال مرفق عام بنفسه ، فإن نطاق حق الإدارة في الرقابة يتسع . أما في عقد الأشغال العامة فإن درجة الرقابة تكون أوسع منها في عقود التوريد ، حيث القاعدة السارية أن المورد يملك حرية اختيار أسلوب التنفيذ .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 20 ابريل 1957 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 532 ، ص 833 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 25 مايو 1963 ، المجموعة ، س 8 ، ص 1225 .

وفيما يتعلق بمسئولية المتعاقد نلاحظ أنه لا يعفي من المسئولية كونه خاضعاً لرقابة الإدارة . لأن هذه الرقابة مهما اتسعت نطاقها فلن تمحي ما للمتعاقد من دور رئيسي في تنفيذ العقد على نحو مسئ ومخالف للشروط والمواصفات . وكل ما للمتعاقد من حق للإعفاء من المسئولية هو أن يثبت أن سوء تنفيذ العقد كان بسبب تنفيذه لتعليمات وتوجيهات الإدارة رغم أنه سبق وابدى تحفظات بشأنها في الوقت المناسب . إذ لا يُستساغ أن تُحاسِب الإدارة المتعاقد على تنفيذه لأوامرها وتوجيهاتها .

أما عن المسئولية المدنية لجهة الإدارة عما يحدثه عمال المتعاقد الخاضع لرقابتها، فنرى بقيام هذه المسئولية متى توافرت شروطها . فطبقاً للمادة 174 من القانون المدني "يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها . وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه" .

وبتحليل هذا النص يتضح أنه توجد علاقة تبعية بين الإدارة والمتعاقد معها ، قوامها ولاية الرقابة والتوجيه ، ولا يلزم لقيام هذه التبعية حرية الإدارة في اختيار تابعها (أي المتعاقد) . ولم يقصر المشرع مسئولية الإدارة (المتبوع) على ما يقع من المتعاقد (التابع) من الأفعال غير المشروعة أثناء تنفيذه للعقد ، بل بسط نطاقها على ما يكون هذا التنفيذ قد هيأ فرصة ارتكاب هذه المخالفة .

ولا تستطيع الإدارة أن تدفع المسئولية عن نفسها ، بأن تقيم الدليل على انتفاء الخطأ في "الرقابة والتوجيه" من ناحيتها . وقصارى ما تستطيع في هذا الصدد ، نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي .

*

§ 2 ـ سلطة الإدارة في تعديل العقد

لا تخلو العقود الإدارية من ظروف استثنائية قد تتعرض لها أثناء تنفيذها، كارتفاع أسعار بعض السلع أو المواد محل التعاقد، أو ظهور بعض التقنيات الحديثة التي لم يشملها العقد الإداري ولكنها في صالح تسيير المرفق العام ... الخ.

هذه الظروف وغيرها يمكن أن تفرغ العقود الإدارية من مضمونها ويشل دورها في تشييد وتسيير المرافق العامة وتجعلها عاجزة عن مسايرة الحاجات المستحدثة ، وبالتالي يتعين تسليح الإدارة ، لمواجهة هذه الظروف ، بسلطات موازية للأخطار التي تتضمنها .

إلا أن بعض المبادئ الحاكمة للعقود المدنية لا تجيز تلك السـلطات. فمثلاً قضى المشرع المصري في المادة 147 من القانون المدني بأن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسـباب التي يقررها القانون. ومفاد ذلك أن المتعاقدين ملزمون بمراعاة شروط العقد كما يلتزمون بإتباع قواعد القانون. وبعبارة أخرى، يجب عليهم احترام العقد وتنفيذ شـروطه، فيلتزمون بتنفيذ ما ابرموه من تعهدات كما لو كانت مفروضة قانوناً، ولا يكون في وسع احدهما أن يتحلل ـ بدون موافقة الأخر ـ من تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها بمقتضى العقد .

وعلة هذه القاعدة ظاهرة وهي أن التزام طرفي العقد بتنفيذ ما تعهدا به في العقد من القواعد اللازمة لحفظ كيان المجتمع وتوليد الثقة المتبادلة بين الناس عن طريق حماية حقوقهم المكتسبة ، بحيث يمكن القول بأنها قاعدة ضرورية لا غناء عنها .

وللتغلب على الصـعوبات التي يمكن أن تولدها قاعدة "العقد شـريعة المتعاقدين" منح القضاء الإداري جهة الإدارة عدة امتيازات من بينها سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة.

فمن السـمات المميزة لهذه العقود أن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة ، وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم ، حق تعديل العقد وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها ، على نحو وبصـورة لم تكن معروفة

وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الأخر أو تنقصـــها ، من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .

موقف القضاء من مبدأ تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة : وسلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة أبرزها القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه . ففي قراره الصادر سنة 1902 في قضية غاز مدينة Deville–Lès–Rouen اعترف مجلس الدولة للإدارة المتعاقدة أن تطلب من الملتزم بإدخال التحسينات والوسائل العلمية والتقدمية الحديثة في خدمات المرافق العامة . وتوصل المجلس إلى هذه النتيجة من خلال تفسيره لبنود العقد المبرم بين المدينة المذكورة وشركة الغاز . ففي عام 1874 ابرم العقد بين الطرفين بمقتضاه تلتزم الشركة بإنارة المدينة دون تحديد الوسيلة ، ولما كانت الكهرباء في ذلك الوقت لم يكن استعمالها منتشراً ، فإن الشركة كانت تتولى تنفيذ تعهداتها بالغاز . وعلى أثر تمديد العمل بهذا العقد إلى 1887 ، وفي ظل انتشار الكهرباء قامت البلدية بتخيير الشركة الملتزمة بين أمرين : إما استخدام الكهرباء بدلاً من الغاز وإما التعاقد مع شركة كهرباء جديدة تتولى تنفيذ العقد بالكهرباء . وأمام سكوت العقد وعدم نصه صراحة على حق الإدارة في التعديل ، قام مجلس الدولة بتفسير هذا السكوت على أساس الإرادة أو النية المشتركة لطرفي العقد . فلشركة الغاز امتياز تحقيق الإضاءة بأية وسيلة كانت ، ولكن للمدينة حقاً في تحقيق ذلك بالكهرباء بمنح التزامها إلى الغير في حالة رفض شركة الغاز القيام بذلك بعد إعذارها([1]) .

وقد ذهب حكم الشركة الفرنسية العامة للترام Compagnie Générale Française Des Tramways الصادر في 11 مارس 1910 مدى أبعد بإقراره السلطة المنفردة في تعديل العقد استقلالاً عن نية الطرفين . وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن مدير إقليم Bouches–du– Rhône عندما قام بتحديد مواعيد خدمة الترام في الصيف

([1])- CE. 10 janvier 1902, Compagnie Nouvelle Du Gaz De Deville-Lès-Rouen, Rec. P. 5.

فرض على الشركة الفرنسية العامة للترام زيادة عدد عربات الترام القائمة بالخدمة وذلك ليسد حاجات السكان المتزايدة .

واستند المدير في طلبه إلى المادة 33 من مرسوم 6 أغسطس سنة 1881 الخاص بحقوق الدولة قبل الملتزم والتي تقضي بأن يحدد المدير بناء على اقتراح الملتزم جدول خدمة القطارات . وعبارة "جدول خدمة القطارات" يقصد بها - في مفهوم الإدارة - ليس فقط مواعيد القطارات ولكن عددها كذلك .

أما الملتزم فتمسك بالمادة 14 من كراسة الشروط والتي بينت الحد الأدنى للقطارات الواجب على الملتزم تسييرها ، وبهذا تكون الدولة قد نقلت إلى النطاق التعاقدي تحديد عدد العربات ولا يمكن تعديله إلا باتفاق ، وأن عبارة "جدول الخدمة" يُقصد بها - من وجهة نظر الملتزم - مواعيد القطارات فقط . كذلك استندت الشركة الملتزمة إلى حكم لمجلس الدولة صدر في 23 يناير 1903 حيث قضي بأنه "إذا كانت المادة 33 من لائحة الإدارة العامة الصادرة في 6 أغسطس 1881 خولت المدير تحديد جدول خدمة القطارات ، فيجب التوفيق بين هذا النص والمادة 14 من كراسة الشروط وأن عدد الرحلات المحدد بهذه المادة هو إذن حد أدنى لا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين"([1]) .

وفي تعقيبه على هذا الدفاع اقترح مفوض الحكومة السيد "ليون بلوم" Léon Blum على مجلس الدولة العدول عن هذا القضاء ، وصاغ بهذه المناسبة نظرية عامة لسلطات الجهة الإدارية قِبل الملتزم، حيث يقول : "من الواضح أن الحاجات التي يجب على مرفق عام إشباعها ليست ذات طبيعة ثابتة لا تتغير . فالدولة لا تستطيع أن تتخلى عن مرفق عام النقل بمجرد منح التزامه. فالالتزام يمثل إنابة أي أنه أسلوب للإدارة غير المباشرة ولا يعد تخلياً وهجراً . فالدولة ستتدخل حتماً لتفرض على الملتزم عند اللزوم أداء أكبر من ذلك المنصوص عليه بدقة ، وتفرض جبراً تعديل أحد جانبي هذه المعادلة المالية،

([1])- CE. 23 janvier 1903, Compagnie des chemins de fer économiques du Nord, Rec. P. 61.

وذلك لا باستعمال السلطات التي يمنحها إياها العقد ولكن تلك الثابتة لها باعتبارها سلطة عامة" .

واستطرد مفوض الحكومة في تحليله مشيراً إلى أن تحديد وحدات القطار وعدد الرحلات يدخل في السلطة اللائحية ، وأن الدولة بتحديد الحد الأدنى للقطارات الواجب على الملتزم في كراسة الشروط لم تتنازل تعاقدياً عن حقوقها اللائحية . والهدف الوحيد لهذه التحديدات بترابطها المتعادل وتكافئها المفترض تحقيق الوحدة المالية للعقد . ولا يمكن أن تقيد ، بمجرد ذكرها ومجرد وجودها ، حقاً تنظيمياً مستقلاً عن العقد ، إذ هدفه النهائي ضمان التنفيذ العادي للمرفق العام مهما كان ما اتفق عليه ومهما حدث" .

وهكذا قرر مفوض الحكومة مبدأ قابلية العقد الإداري للتعديل .

وفي حكمه أعلن مجلس الدولة وجهة نظر مفوض الحكومة ، حيث أقر للمدير "بالحق ليس فقط في إقراره مواعيد القطارات ، ولكن كذلك الأمر بالإضافات والتعديلات الضرورية لضمان السير العادي للمرفق لمصلحة الجمهور"([1]) .

وفي عام 1983 اعتبر مجلس الدولة الفرنسي ، وهو يفصل في طعن في مرسوم بشأن أوضاع استغلال مرفق عام للنقل ذي النفع المحلي يسمح للجهة المنظمة أن تدخل منفردة تعديلات على جوهر المرفق وعلى أوضاع استغلاله، "أن واضعي المرسوم المطعون فيه اقتصروا على تطبيق القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية". وهكذا تكون سلطة التعديل بإرادة الجهة الإدارية منفردة عنصراً في النظرية العامة للعقود الإدارية.

«Cons. enfin qu'en disposant, dans l'article 14, alinéa 1, que l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, que l'usage de cette prérogative

---

([1])- CE. 11 mars 1910, Compagnie Générale française Des Tramways, Rec. P. 216.

peut entraîner une révision des clauses financières du contrat, et enfin que les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi, les auteurs du décret attaqué se sont bornés à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs»([1]).

وفي مصـــر أعلنت المحكمة الإدارية العليا "أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشـــراف والتوجيه على تنفيذ العقود، وأن لها دائماً حق تغيير شـــروط العقد وإضـــافة شـــروط جديدة بما يتراءى لها انه أكثر اتفاقاً مع الصـــالح العام، دون أن يتحدى الطرف الأخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كل ذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كلية"([2]) .

وكانت محكمة القضـاء الإداري أسبق في تقرير ذلك، ففي حكمها الصـادر عام 1951 أوضحت أن "للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد، وأن لها دائماً حق تغيير شـروط العقد وإضـافة شـروط جديدة بما قد يتراءى لها انه أكثر اتفاقاً مع الصـالح

([1])- CE. 2 Février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux. Rec. P. 33. RFDA 1984, p. 45, note Llorens ; RDP 1984, p.212, note Auby.

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1520 ، 20 ق ، جلسة 20 إبريل 1957 ، السنة الثانية ق ، المجموعة ، ص 637 . انظر لذات المحكمة حكمها الصادر بجلسة 11 إبريل 1970 ، حيث ورد : "أن من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق ، وينبني على هذه الفكرة أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الأخر إلا الحق في التعويضات ، إن كان لها وجه ، كما أن لها سلطة تعديل العقد" . كذلك الحكم الصادر في الطعن رقم 2168 لسنة 41 ق ، جلسة 5 ديسمبر 2000 ، الدائرة الثالثة .

العام، دون أن يتحدى الطرف الأخر بقاعدة أن العقد شـــريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الأخر إلا الحق في التعويضات إنْ كان لها وجه"([1]).

وفي مناسبة تالية قضت ذات المحكمة بأن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في "أنها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرافق العامة، ومن أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية، ومن ذلك سلطة الإدارة في تعديل العقد، وهي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي ابرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية، ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الأخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، لان طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة، تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد"([2]) .

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، حكم رقم 313 ، جلسة 26 ديسمبر 1951 ، المجموعة ، ص 214، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين ، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة ، الجزء الثاني ، 2000 ، ص 778 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، حكم رقم 1609 ، جلسة 16 ديسمبر 1956 ، السنة 11 القضائية، المجموعة ، ص 90 ، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين ، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية ، الكتاب الثاني ، 2011 ، ص 17. انظر كذلك محكمة القضاء الإداري ، حكم رقم 625 ، جلسة 2 ديسمبر 1952 ، السنة السابعة ، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين ، الوسيط في شرح اختصاصات مجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص 782 . وحكم رقم 927 ، جلسة أول مارس 1970، س 27 ق ، المبدأ رقم 74. وفي الحكم الأخير قضت المحكمة أن "جهة الإدارة المتعاقدة تملك أن تراجع الالتزامات الناشئة عن العقد الإداري وان تجري عليها التعديلات المناسبة حتى يتطابق التنفيذ مع متطلبات المرفق المتطورة دوماً ، وحتى تتاح الفرصة أمام رجال الإدارة القائمين على شئون المرافق العامة للمطالبة بالتعديلات التي قد تعن لهم على ضوء مراحل تنفيذ العملية ، دون أن يتقيدوا ويتقيد المرفق معهم بالقاعدة الصارمة العقد شريعة المتعاقدين ، وقد استقر القضاء الإداري على تقرير هذا المبدأ ما دام استعمال

وثبتت فتاوى مجلس الدولة المصـــري على هذا المبدأ. ففي فتوى للجمعية العمومية لقسـمي الفتوى والتشـريع أعلنت الجمعية أن "القاعدة التي نصـت عليها المادة 1/147 من القانون المدني من أن العقد شـريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضـه ولا تعديله إلا باتفاق بين الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، أصل من أصول القانون تطبق في العقود المدنية وعلى العقود الإدارية على حد سواء، إلا أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصـلحة العامة على مصـلحة الأفراد الخاصـة، فبينما تكون مصـالح الطرفين في العقود المدنية متســـاوية، إذ هي في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصـالح العام على المصـلحة الفردية الخاصـة، ومؤدى ذلك أن للجهة الإدارية أن تعدل في شروط العقد دون أن يتحدى الطرف الأخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وذلك بشـرط ألا يصـل التعديل إلى حد فسـخ العقد كلية، وان يكون للطرف الأخر الحق في التعويض إذا أصابه من جراء هذا التعديل ضرر، وهذا الضرر الموجب للتعويض يتعين إثباته في كل حالة على حدة، ولا يجوز افتراضه، وعلى أساسه يقدر التعويض"([1]) .

رغم ذلك لا يحق للمتاعقد مع الادارة المطالبة بالتعويض إذا كانت التعديلات التي تمت كانت بموافقته أو بناء على رغبته([2]). من زاوية أخرى، لا يمكن ممارســـة سـلطة التعديل بالإرادة المنفردة للإدارة بالنسـبة لجميع بنود العقد. فيخرج من نطاق هذه

الإدارة لسلطتها في التعديل لا يؤدي إلى قلب كيان العقد أو تغيير الملامح الأساسية لموضوعه" ، مشار إلى هذا الحكم لدي محمد ماهر أبو العينين ، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 27 .

([1]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، رقم 540 ، ملف رقم 21/2/78 ، جلسة 16 مايو 1993 . انظر كذلك فتوى الجمعية الصادرة بجلسة 1 أكتوبر 1997 ، ملف رقم 285/2/32، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين ، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية ، الكتاب الثاني ، 2011 ، ص 60 .

([2])- C.A.A. Paris, 21 mars 1996, requête numéro 94PA01130,

الســـلطة الشـــروط المالية، حيث يتعين موافقة الطرفين على أي تعديل يتعلق بهذا الشأن([1]).

موقف الشرع من سلطة التعديل : كرّست النصوص بدورها سلطة التعديل من جانب الإدارة وحدها . فالمادة الخامسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن عقد الإلتزام قضت بأن "لمانح الالتزام دائما ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل" .

كما قضت المادة 46 من قانون تنظيم التعاقدات بأنه إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل حجم التعاقد ، يكون للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو النقص وبما لا يجاوز 25% من كمية كل بند لعقود المقاولة ، وبما لا يجاوز 15% من كمية كل بند لباقي العقود بذات الشروط والمواصفات والأسعار .

ويشترط لممارسة الإدارة لحقها في تعديل العقد توافر شروط ستة :

(أولاً) ـ أن تكون الزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند . في هذه الحالة لا يحق للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عما يصيبه من أضرار بسبب ممارسة جهة الإدارة حقها في تعديل الكميات المتعاقد عليها . على أن ذلك لا ينفي أن المتعاقد يحق له المطالبة بقيمة ما يقوم به من الأعمال التي يُطلب إليه القيام بها بنفس الأسعار التي تم الإتفاق عليها أصلاً في العقد([2]) دون أن يكون له حق التمسك في المحاسبة عن تلك الأعمال بأسعار أزيد .

وغني عن القول أنه "ليس لجهة الإدارة المتعاقدة أن تتمسك بمحاسبة المقاول عن الأعمال الإضافية التي قام بها تنفيذاً لهذا النص (المادة 96 من اللائحة) بذات

([1])- CE, 23 mai 1936, Commune du Vésinet : Rec. p. 59.

([2]) . لأن القول بغير ذلك يعني إثراء جهة الإدارة المتعاقدة على حساب المتعاقد دون سبب .

الأسعار التي تم الإتفاق عليها إلا إذا كانت هذه الجهة قد أوفت من جانبها بالالتزامات التي يفرضها العقد عليها في هذا الخصوص ، فإذا ما أخلت بالتزامها في هذا الشأن كان المقاول على حق في طلب المحاسبة عن تلك الأعمال على أساس ما تحمله فعلاً في أدائها فضلاً عن المطالبة بتعويض الأضرار التي تكبدها بسبب خطأ الجهة الإدارية"([1]).

ويجوز في حالات الضرورة الطارئة التي تستقل بتقديرها الجهة الإدارية تجاوز نسبة 25% شريطة موافقة المتعاقد معها . وترجمة لذلك إذا لم توجد هذه الضرورة الطارئة "امتنع زيادة حجم العقود بما يزيد على هذه النسب ، ويتعين مداركة هذه الكميات عن طريق تعاقد جديد يتم بإحدى طرق التعاقد التي حددها المشرع"([2]) .

فإذا رفض المتعاقد هذا التعديل جاز للإدارة التعديل بما يزيد على هذه النسبة رغماً عنه بشرط تعويضه عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك .

(ثانياً) ـ موافقة السلطة المختصة على تعديل العقد بالزيادة أو بالنقصان . وهذه السلطة هي تلك المختصة بإبرام العقد أصلاً . وقد قضي تطبيقاً لذلك بأن "مهمة مهندس العقد المشرف على تنفيذه هي الإشراف على تنفيذ العقد وفق شروطه المتفق عليها وإصدار ما يلزم من الأوامر والتعليمات في حدود تلك الشروط .. وليس لمهندس العقد أن ينفرد بتعديل العقد واستحداث التزامات مالية جديدة على عاتق الجهة الإدارية قد تضيق بها موازنة العقد المعتمدة ويتعذر تدبير مصرفها المالي . وليس للمقاول أن يتستر وراء تعليمات شفهية منسوب صدورها إلى مهندس العقد ويتذرع بها سبيلاً إلى تعديله تعديلاً يثقل الجهة الإدارية بالتزامات مالية جديدة لا ينبثق عن العقد الأصلي ، فمثل هذا التعديل لا غنى

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 763 لسنة 15 ق ، جلسة 25 مارس 1978 ، ص 100 .

([2]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 269 .

عن صدوره من جهة الاختصاص بإجرائه ، ولا ينتج التعديل أثراً إذا ما تنكب هذا السبيل"([1]) .

فإذا نفذ المتعاقد الأعمال الضرورية والمطلوبة أثناء تنفيذ العقد بناء على رأي استشاري العملية ، وترتب عليها زيادة في الأعمال دون وجود موافقة من الجهة الإدارية، فإنه يتم سداد مستحقات المتعاقد مع الإدارة استناداً إلى نظرية الإثراء بلا سبب المنصوص عليها في المادة 179 من القانون المدني([2]) .

(ثالثاً) ـ وجود اعتماد مالي لازم لهذا التعديل . فإذا كان وجود الإعتماد المالي ضرري لإبرام العقد ، فإن وجوده ضروري أيضاً لمواجهة كافة الأعباء التي ستواجه الإدارة من جراء التعديل .

(رابعاً) ـ أن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد ، الأمر الذي من شأنه أن يمنع التواطؤ مع المقاول "حول نصوص القانون والتي تجبر الإدارة على إتباع طرق بعينها عند اختيار المتعاقد معها . إذ لو سمح بتكليف المتعاقد بأعمال ليست خلال فترة سريان العقد فسيتم إسناد العديد من العمليات لصالح مقاول واحد استناداً إلى أحد العقود التي سبق وأبرمها هذا المتعاقد مع الإدارة ويكون هذا العقد منبت الصلة بالأعمال التي تسندها الإدارة للمقاول وهو ما يمثل إخلالاً بشروط وأحكام قانون تنظيم التعاقدات وأحكامه في شأن اختيار المتعاقد"([3]) .

(خامساً) ـ ألا يؤثر هذا التعديل على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه . "كأن يكون مقدم العطاء الذي كان تالياً في ترتيبه لعطاء المتعاقد قد تحفظ بأنه في حالة زيادة

([1]) . المحكمة الإدارية العليا، جلسة 22 نوفمبر 1980، الموسوعة الإدارية، ج (18)، قاعدة 537، ص838.

([2]) . فتوى رئاسية الجمهورية، ملف رقم 313/23/93 لسنة 2000، منشور لدي فتحي عطية، المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، ص 452 .

([3]) . عاطف محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 316 .

الكميات بنسبة معينة فسيخفض عطاؤه بنسبة محددة ، وكان من شأن زيادة الكميات بالنسبة التي طلبتها الجهة الإدارية تخفيض هذا العطاء بنسبة تجعله أقل العطاءات ، أي أقل من العطاء المتعاقد مع مقدمه"([1]) .

(سادساً) ـ تعدل مدة العقد الأصلي إذا تطلب الأمر ذلك بالقدر الذي يتناسب وحجم الزيادة أو النقص .

وسلطة التعديل قد نجدها ليس في الأحكام القضائية أو النصوص التشريعية فقط، بل أن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها قد ينص على سلطة الإدارة في التعديل. في هذه الحالة لا تنشئ تلك البنود العقدية هذه السلطة ، وإنما تؤكدها ، ومن ثم فإن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل بغير حاجة على النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الأخر عليه ، باعتبار أن حق التعديل يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام ، فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك . يضاف إلى هذا أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة ، لأنها تتعلق بالنظام العام([2]).

تعديل قيمة عقود المقاولات : الأصل أن حقوق المتعاقد تتحدد أصلاً طبقاً لنصوص العقد فيتعين تنفيذه وفقاً لما اشتمل عليه ، وأن الاسعار المتفق عليها تقيد طرفي العقد كأصل عام ، فلا يجوز للمقاول أم يطالب بزيادتها على أساس ما يطرأ على أسعار المواد اللازمة لتنفيذ موضوع المقاولة من زيادة ، ولا يحق له المطالبة بصرف قيمة هذه الزيادة ما لم يشترط ذلك في عقده .

([1]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 269 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم 1690 لسنة 10 ، جلسة 26 ديسمبر 1956 ، م (11)، ص 90. مشار إليهما لدي محمد ماهر أبو العينين ، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 27 .

فالشروط المتعلقة بالمقابل النقدي تتسم بطبيعة الاستقرار ، وأن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد ، حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كناتج لما يقدمه للطرف الآخر ، ويحقق به التوازن المالي للعقد. فإذا ما حُدد المقابل في تاريخ التعاقد فإن القيمة المحددة للأعمال تكون من ثوابت العقد دون نظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية ، والقول بغير ذلك يتناقض مع ثبات شرط المقابل المالي للعقد ويجعل التزامات طرفيه في هذا الخصوص التزامات غير محددة ، ويؤدي إلى زيادة أعباء الإدارة وإلى زيادة قيمة المقابل النقدي للعقد وهو أمر غير جائز كأصل عام، ولم يتم الأخذ به إلا استثناء وبنص تعاقدي خاص قائم على الرضا المشترك لطرفي العقد.

ويجد هذا الأصل العام صداه في المادة 90 من اللائحة التي تقضي بأنه "مع مراعاة أحكام المادة 97 من هذه اللائحة ، يعتبر سعر العقد ثابتاً طوال مدة تنفيذه" . كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 117 من اللائحة التنفيذية على أن "يعتبر المقاول مسئولاً عن التحري بنفسه عن صحة المقادير والأوزان ، وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لإعادة النظر لأي سبب ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضها بشأنها" .

وإذا كان هذا هو الأصل ، فإن المشرع خرج على مبدأ ثبات الثمن في العقد الإداري تشجيعاً لقطاع المقاولات، وأقر مبدأ تعديل العقد كل ثلاثة أشهر ، فألزم الجهة المتعاقدة ـ في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر ـ في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر بحسب الأحوال، بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد

تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر، وبمراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ، ويكون هذا التعديل ملزماً لطرفي التعاقد، ويتعين تضمين العقد مضمون ذلك([1]).

ولعدم مفاجأة المتعاقد مع الإدارة ، يتعين على الجهة طالبة التعاقد تعيين عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل ضمن شروط الطرح ، ويتعين على المقاولين تحديد معاملات في عطاءاتهم تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التي سيرد عليها التعديل. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك .

الأساس القانوني لسلطة التعديل : لتبرير سلطة التعديل يمكن طرح أكثر من تصور([2]) :

<u>*- الضرورة</u> : من المبادئ المسلم بها أن الضرورات تبيح المحظورات ، فإذا أحاطت الظروف ببعض المرافق العامة وعقود تسييرها ، فإن ذلك يخلق حالة ضرورة تبيح للإدارة بأن تستخدم السلطة العامة لاتخاذ الإجراءات التي يقتضيها الموقف ضماناً لسلامة مرافقها، ومن بين هذه الإجراءات تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة .

<u>*- إرادة المتعاقدين</u> : الجهة الإدارية المتعاقدة والطرف الأخر يبرما العقد لكي ينفذ في الظروف العادية ، وبالتالي لا محل للتمسك ببنود العقد المعدة للأحوال العادية حينما تهاجم المرافق العامة ظروفاً تقتضي تعديل العقد الإداري .

ومما يكشف عن إرادة طرفي العقد أنهما قد يتفقا على تطبيق بعض الإجراءات الخاصة حال تعرض المرفق لظروف استثنائية ، مما يفيد إقرارهما بعدم مواءمة النصوص العقدية المطبقة في الأوقات العادية لحكم الظروف الاستثنائية . ومما يؤيد ذلك أن المتعاقد

([1]) . المادة 47 من القانون والمادة 97 من اللائحة التنفيذية .

([2]) . انظر في هذه الجزئية : محمد سليمان الطماوي ، العقود الإدارية ، ص 458 ؛ على الفحام ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، ص 55 .

مع الإدارة حال إبرامه العقد الإداري الذي يتصل بمرفق عام يفترض فيه أنه على استعداد لقبول أي تعديل يحقق مصلحة المرفق ودوام تسييره .

***ـ العقد الإداري وسيلة لا غاية** : هدف العقد الإداري ومقصده بناء المرفق وتسييره ، فإذا كان التمسك بالعقد وفقاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" من شأنه تعريض المرفق لخطر يهدده ، فلا مهرب من الخروج على هذه القاعدة وقاية للمرفق وسلامته .

***ـ واجبات الإدارة** : يوكل للإدارة إشباع رغبات الأفراد عن طريق المرافق العامة التي تنشئها ، ولكن قد تطرأ ظروف ملحة وغير عادية تحول دون الإدارة والوفاء بواجباتها إذا تمسكت بالعقود التي أبرمتها ، هنا يكون للإدارة أن تتحرر من أسر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في المعاملات المدنية بين الأفراد ، لضمان استمرار عملها وأداء الواجبات المناطة بها .

***ـ مقتضيات المنطق** : الأصل أن يكون بقاء العقد دون تعديل متناسب مع كونه محققاً لمصلحة طرفيه . فإذا كانت المصلحة متحققة كان العقد قائماً دون تعديل أو تغيير. أما إذا كانت المصلحة المرجوة من العقد لم تعد كما كانت عليه وقت التعاقد ، فإن بقاء العقد بصورته الأولى يتبع هذه المصلحة في تغييرها. بعبارة أخرى ، لما كان العقد الإداري من العقود المستمرة، كان طبيعياً ألا يفرض على طرفيه الاستمرار في تحمل التزاماتهما العقدية وبنفس الدرجة إذا طرأت ظروف من شأنها أن تجعل استبقاء العقد على ما هو عليه يمس المصلحة العامة أو مصلحة المتعاقد مع الإدارة . فبقاء الإلتزامات العقدية على ما هي عليه منوط إذن بتحقيق العقد للمصلحة العامة أو التوازن العقدي بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد . فكل تغيير يطرأ عليه بعد ذلك من شأنه أن يخل بالمصلحة العامة أو بالتوازن المالي للعقد ، وبالتالي بالتزام الطرفين.

ولما كان التوازن المالي يفرض على الإدارة أن تتدخل لإزالة أو التخفيف مما قد يخل بهذا التوازن ، فإن المساس بالمصلحة العامة يفتح الباب أمام الإدارة لتعديل العقد .

***ـ مقتضيات المرفق العام** : الإلتزامات العقدية الناشئة عن العقد الإداري ملحوظاً فيها اعتبارات ـ مذكورة في العقد صراحة أو ضمنياً ـ تتعلق باتصال العقد بمرفق عام ومن ثم بالمصلحة العامة، فإذا زادت هذه الإعتبارات أثناء سريان تنفيذ العقد ، فإنه يحق للإدارة أن تقوم بتعديل العقد على نحو يتناسب مع زيادة هذا الارتباط بين العقد والمصلحة العامة. ولا شك في أن هذا الحل متفق تماماً مع ما قصده العاقدان . فالمتعاقد وقد قبل إبرام العقد وكانت أهميته بالنسبة للمرفق العام بادية له ، يكون قد قبل بصورة ضمنية إبقاء العقد محققاً لهذه الأهمية ، فإذا حدثت أمور من شأنها أن تمس هذه الأهمية أو تقلل منها كان على الإدارة أن تعدل في العقد على نحو يضمن بقاء العقد محققاً لهذه الأهمية وبنفس درجتها التي كانت عليها وقت التعاقد .

وتعبيراً عن ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن "طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة ـ وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره ـ تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة"([1]) . وأكدت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في أحد أحكامها ، حيث أعلنت أن للإدارة دائماً "حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين"([2]). وطالما أن سلطة التعديل ترتبط باحتياجات المرفق العام ، فلا يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 30 يونيه 1957 ، م (11) ، ص 608 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 2 مارس 1968 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 533 ، ص 834 .

أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة أو الإتفاق على عدم إمكانية ممارستها لأنها تتعلق بالنظام العام([1]) .

قيود سلطة التعديل المستقاة من التشريع وأحكام القضاء : بما أن منح الإدارة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة يعتبر خروجاً على قاعدة أن "العقد شريعة المتعاقدين" ، كان حتماً ألا يُلجأ إليها إلا في الحالات التي حددها القانون أو عندما يرى القضاء ـ تحت ضغط احتياجات المرفق العام ـ ألا مندوحة من الإلتجاء إليها لإنقاذ المرفق مما يستهدف له من خطر تغير الظروف.

ولقد عرفنا كيف وضعت المادة 46 من قانون تنظيم التعاقدات ضوابطاً لسلطة التعديل ، بحيث يتعين الحصول على موافقة السلطة المختصة ؛ وتوافر الإعتماد المالي اللازم ؛ وأن يتم التعديل خلال فترة سريان العقد ؛ وألا يؤثر التعديل على أولوية العطاء التي على أساسها تمت الترسية على المتعاقد .

وبالرغم من إقرار القضاء لسلطة التعديل ، نجده قد رفض الحكم بمشروعية التعديل في حالات كثيرة يمكن من ملاحظتها أن نستنتج أن هناك بعض القيود التي تحد من حرية القاضي في هذا الصدد .

فمن ذلك مثلاً أن يطرأ بعد انعقاد العقد تغيير في الظروف من مقتضاه أن يصبح العقد غير ملائم لمستجدات المرفق المرتبط به ، كأن تكون هناك زيادة في عدد السكان مما يستوجب زيادة الملتزم لكمية الكهرباء أو المياه التي يزود بها الأفراد ، أو أن تظهر تقنية جديدة من شأن استخدامها أن ييسر على الجمهور أمور معيشتهم فتفرض الإدارة على الملتزم استخدامها([2]) .

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 983 لسنة 9 ق ، جلسة 30 يونيه 1957 ، م (11) ، ص 608 .

([2]) . فتوى الجمعية العمومية ، ملف 13/2/78 ، جلسة 21 ديسمبر 1983 .

وعدم ملائمة العقد للمرفق قد تظهر نتيجة تغير في الظروف بعد إبرام العقد ولم تكن محل توقع من قِبل الإدارة ، وقد تظهر نتيجة خطأ من الإدارة في تقدير احتياجات المرفق دون حاجة إلى تغيير ظروف إبرام العقد. وفي كلا الحالتين، يجب أن نمكن الإدارة من "تنظيم المرفق العام بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن ، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها ، ولكن بصدد إعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة"([1]) .

ومن القيود التي نلمسها في أحكام القضاء أيضاً أن تقتصر سلطة التعديل بإرادة الإدارة المنفردة على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام ، ولا تمتد إلى الشروط الأخرى كتلك التي تحدد حقوق المتعاقد المالية كالثمن ، فلا بد بشأنها من اتفاق طرفي العقد . وتطبيقاً لذلك قضي بأن سلطة التعديل "وإن كانت تتناول وتشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقد التوريد ، إلا أنها ليست مطلقة ، بل ترد عليها قيود منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته ومقتضياته"([2]) .

وقضي كذلك بأنه "من المسلم به فقهاً وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الإلتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم ، والمسلم به أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الإلتزام المنفردة"([3]) .

([1]) . سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، 1984 ، ص 422 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 16 ديسمبر 1956 ، م (11) ، ص 90 .

أنظر أيضاً :

- CAA Nancy, 20 décembre 2007, requête numéro 05NC00897, Société Vivendi c. Commune de Saint-Dizier : Contrats-Marchés publ. 2008, 77, note Frérot.

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 110 لسنة 13 ق ، جلسة 31 ديسمبر 1977 .

ومهما يكن من سلطة الإدارة في التعديل فإن الباحث في أحكام المحاكم المقررة لهذه السلطة لا يكاد يعثر على حكم واحد يشذ عن هذه القاعدة وهي : أن يكون التعديل في الحدود المعقولة . فلا يسوغ للإدارة أن تجعل التزام المتعاقد معها ، نتيجة لممارسة سلطتها في التعديل، أثقل عبئاً مما كان عليه وقت التعاقد . من هنا كان منطقياً أن يحدد المشرع في المادة 46 من اللائحة التنفيذية نسبة الزيادة (25% بالنسبة لكل بند) التي لا يجوز للإدارة أن تتجاوزها .

ومن مقتضى تطبيق هذا الضابط ألا يترتب على التعديل قلب اقتصاديات العقد أو تبديل طبيعته بحيث يجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد ما كان يقبل أن يبرمه لو عرض عليه عند إجراء التعاقد أو لما تعاقد إلا في نظير عطاء أقل .

ومن تطبيقات هذا الضابط ما أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن "موقع التنفيذ لا يعتبر داخلاً في نطاق الخدمة أو العمل ، كما أنه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ ، ومن ثم فإن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن النطاق الجائز لها قانوناً، وبهذه المثابة فإنه لا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام التعاقد . وترتيباً على ذلك فإن نقل الموقع من مدينة بنها إلى بلدة أبو النجا وهما يبعدان عن بعضهما مسافة 40 كيلو متر تقريباً ـ هذا النقل يجعل المتعاقد أمام عقد جديد طالما أنه يخرج عن حدود السلطة المقررة للإدارة"([1]) .

ومن ذلك أيضاً القضاء بأن "جهة الإدارة ملزمة حين تستخدم حقها في التعديل ألا تذهب إلى درجة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد أو تغير موضوعه وألا تتجاوز الحدود المعقولة والمناسبة لإمكانيات المقاول الفنية والمالية ، وإلا كانت ملزمة بتعويض

([1]) . فتوى الجمعية العمومية رقم 984 في 9 ديسمبر 1973 بجلسة 28 نوفمبر 1973 ، مجموعة المبادئ في العقود الإدارية في أربعين عاماً ، ص 394 .

المتعاقد عن الضرر الناجم عن استخدامها لتلك السلطة حتى لا يتحمله المقاول وتعيد بذلك التوازن المالي للعقد الإداري إلى الحالة التي كان عليها عند إبرامه"([1]) .

كذلك قضي بأن "الأعمال الإضافية في عقود الأعمال يجب أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية ، بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية" .

وبتطبيق هذا المبدأ على الوقائع انتهت المحكمة إلى أن "الأعمال الإضافية ومحلها أعمال كهربائية وسباكة وقيشاني تختلف عن موضوع العملية الأصلية المتعلقة بدهانات وإصلاحات مطبخ مستشفى الحميات بالعباسية"([2]) .

ومن القيود التي نلمسها أيضاً ضرورة أن تضاف مدة زمنية جديدة تساوي نسبة الأعمال المضافة إلى الأعمال الأصلية ، حتى لو ذكر في العقد أن التعديل يكون بنفس الشروط والأسعار، إذ أن الزمن لا يُعد شرطاً في هذا الخصوص([3]) .

وطالما كان تعديل العقد في الحدود والضوابط السابقة ، فإن عدم تنفيذ العقد يشكل خطأ من جانب المتعاقد يفتح الباب أمام الإدارة لإنهاء العقد([4]) . أما إذا جاوز التعديل الحدود السابقة كان من حق المتعاقد المطالبة بفسخ العقد "تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الذي ينشأ من هذا التعديل ، فله أن يتفادى النتائج الخطيرة التي كان يتحملها"([5]) .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 3151 لسنة 46 ق ، جلسة 14 ديسمبر 2004 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 29 إبريل 1989 ، م (34) ، ص 927 .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 5959 لسنة 44 ق ، جلسة 26 يناير 2001 .

([4])-CE, 27 octobre 2010, requête numéro 318617, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la Napoule : Droit adm. 2011, 3, note Brenet.

([5]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 16 ديسمبر 1956 ، م (11) ، ص 90 .

§ 3 ـ سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد

انفراد العقود الإدارية بنوعين من الجزاءات : لما كانت مهمة المتعاقد مع الإدارة مزيجاً بين مهمتي المتعاقد العادي والمعاون ، فهو يتعاقد لتحقيق مصلحة خاصة به تتمثل في الربح المحتمل حصوله من وراء العقد ، ومعاوناً لجهة الإدارة في تسيير مرفق عام ، فإن مسئوليته عن عدم تنفيذ التزاماته تتحدد وفقاً لهاتين الصفتين .

ومما تجب ملاحظته عند توقيع الجزاء على المتعاقد لإخلاله بالتزاماته أنه يتعين تغليب صفته كمعاون للإدارة في تنظيم وتسيير المرفق على صفته كمتعاقد عادي ، فلا نرجع إلى الأخيرة إلا بالقدر الذي يتفق مع طبيعة العقد الإداري . وقد كشف لنا كل من المشرع والقضاء عن طبيعة هذه العقود بمعالجة أحكامها بعيداً عن العقود المدنية . مما يتعين معه ألا يُعامل المتعاقد مع الإدارة كمتعاقد عادي إلا في الحدود التي تتطلبها تنفيذ الشروط العامة في العقود .

والجزاء المفروض على المتعاقد باعتباره متعاقداً هي تلك الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو في القانون المدني ، أما تلك التي تُفرض عليه باعتباره معاوناً للإدارة فهي جزاءات إدارية تفرضها جهة الإدارة المتعاقدة .

ورغم أن نوعي الجزاءات يهدف إلى ضمان تنفيذ العقد ، إلا أن الجزاءات الإدارية ـ علاوة على أنها لا تستهدف تقويم اعوجاج في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية([1]) ـ تهدف إلى صيانة المصلحة العامة المتمثلة في المرفق العام المرتبط بالعقد الإداري .

وترجمة لذلك قضي بأن للإدارة "أن توقع على المتعاقد جزاءات تخضع لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص، فالجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف في الواقع من الأمر تقويم اعوجاج في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 17 مارس 1957 ، م (11) ، ص 273 .

المرافق العامة. والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك"([1]).

وعلى ضوء الإعتبارات المتقدمة نبحث في خصائص الجزاءات الإدارية ، لنرى بعد ذلك صور هذه الجزاءات .

أولاً خصائص الجزاءات الإدارية : قبل بيان خصائص الجزاءات الإدارية نشير إلى حكم لمحكمة القضاء الإداري صدر عنها في 24 نوفمبر سنة 1957 ، ومن خلاله أعلنت المحكمة عن بعض خصائص هذا النوع من الجزاءات ، حيث تقول : "إن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي فحسب ، وإنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد . واتصال العقد الإداري بالمرفق العام، وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد يوجب أن تكون الجزاءات سلطة ـ سلطة بمعنى العقوبة ـ ولا تتفق مع أحكام القانون المدني . ومن هذه الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ، ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الإلتزام أو أن تعهد بتنفيذه إلى شخص آخر ، ويتم هذا الإجراء على حساب وتحت مسئولية المتعاقد مع الإدارة ، فيتحمل نتائجه المالية . وثالث هذه الجزاءات حق الإدارة في الفسخ أي إلغاء العقد دون الإلتجاء إلى القضاء ، وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة تقصيراً جسيماً ، ومن حيث أن هذه الجزاءات هي ضمانات جرى العرف الإداري على ذكرها في العقود الإدارية ، وإن كانت لا تستقيم مع قواعد القانون المدني ، إذ أن جميع الجزاءات التي يقررها القانون المدني من فسخ أو تنفيذ عيني مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض ، لا تكفي للحيلولة دون عبث المتعاقد مع جهة الإدارة ، وإخلاله بالصالح العام ، بل لا بد لصيانة الصالح العام والأمن العام من وجود جزاءات رادعة يجري توقيعها على المتعهد المتخلف أو المقصر دون إتباع أي قواعد أو إجراءات ضيقة أو بطيئة كقواعد القانون المدني ، لأن قواعد هذا القانون لا

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 17 مارس 1957 ، م (11) ، ص 273 .

تستقيم مع السرعة والليونة التي يستلزمها حسن سير المرافق العامة . وهذه هي العلة في انطواء مثل هذه الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة ، بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعهد المتخلف بمجرد قيام سببها ، وبصرف النظر عن القواعد التي يقررها القانون الخاص"([1]) .

والآن سنعرض لبيان أهم خصائص الجزاءات الإدارية .

توقيع الجزاء الإداري دون حاجة إلى تدخل القضاء : الأصل أن توزيع العدالة من أهم واجبات الدولة ، لأنها ما كانت تستطيع أن تحرم على الافراد أن يكونوا قضاة أنفسهم إلا بشرط أن تقوم بنفسها برد حقوقهم إليهم . لذلك إذا أراد المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بحقوقه العقدية التي أنكرتها عليه الإدارة فليس أمامه إلا اللجوء إلى ساحة القضاء. من هنا قضت الفقرة الثانية من المادة 91 من قانون تنظيم التعاقدات بأنه يجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من أضرار نتيجة إخلال الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها .

وتعبيراً عن ذلك قضي بأن "فسخ العقد الإداري كأصل عام تترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضماناً لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى ، وينبني على ذلك أنه 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 منه بذلك"([2]) .

ولكن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للإدارة التي لها أن توقع الجزاءات الإدارية على المتعاقد إذا ما قصر في أداء التزاماته دون وساطة القاضي . وعلة ذلك وجود ارتباط بين العقد الإداري والمرفق العام ، لذلك يتعين مجازاة المتعاقد الذي أخل بمواعيد التنفيذ أو

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم 4186 لسنة 1 ق ، جلسة 24 نوفمبر 1957 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1027 لسنة 15 ق ، جلسة 28 يناير 1978 ، السنة 23 ، ص 52 .

شروطه بعيداً عن إجراءات التقاضي التي تتسم بالبطء والطول . من هنا كان للإدارة حق توقيع الجزاء بنفسها على المتعاقد دون حاجة لعرض النزاع على القضاء .

وهذا ما خلص إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحة جنوب الأطلسي Compagnie de navigation sud-atlantique حيث ورد بدفتر شروط الإلتزام أن الشركة ملتزمة بأن تعرض على قضاء التحكيم المنازعات التي تحدث بينها وبين مستخدميها بخصوص شروط العمل . وقد حدث أن رفضت الشركة الملتزمة العمل بذلك في ظرف معين ، مما دفع الوزير المختص بالبحرية التجارية إلى أن يصدر قراراً تنفيذياً مباشراً بتحميل الشركة بمبلغ مالي كتعويض للدولة . وأمام ساحة القضاء أعلن مجلس الدولة : "نظراً لعدم وجود جزاء للمخالفة المنسوبة للملتزم منصوص عليه في دفتر الشروط، فليس ما يمنع أن يكون فعل الملتزم عدم تنفيذ من جانبه لالتزاماته العقدية . فالمعارضة المنظمة التي أبدتها الشركة الملتزمة برفضها تنفيذ شرط مذكور في العقد للمصلحة العامة ، الممثلة في حسن سير المرفق ، قد سبب للدولة ضرراً ، وهي تبعاً لذلك من طبيعة تبرر منح تعويض لصالح الدولة ، هذا التعويض الذي كان من اختصاص الإدارة أن تحمل الشركة الملتزمة به"([1]) .

كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "ولما كان توقيع هذه الجزاءات (أي الجزاءات الإدارية) إنما يهدف أساساً إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة ومن حق جهة الإدارة توقيعها دون انتظار لحكم من القضاء"([2]).

ولقد وجدت هذه الخاصية صدى في قانون تنظيم التعاقدات . فالمادة 48 قضت بأنه "إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد ، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة

([1])-CE, 11 octobre 1929, Compagnie de Navigation Sud-Atlantique, Lebon 829.

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 28 ديسمبر 1963 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 590، ص 931 .

لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير منه إذا كان التأخير راجعاً لسبب خارج عن إرادته . وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ ، لسبب راجع للمتعاقد ، يحصل مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر ... ولا يخل تحصيل مقابل التأخير بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير" .

وهذا النص جاء على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بضرورة إنذار المدين قبل اللجوء إلى القاضي للحكم بالغرامة وبتقدير نسبتها ، فالغرامة توقع بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات إدارية أو قضائية .

كذلك نصت المادة 51 من ذات القانون على حق الإدارة في فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد ، إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه . "ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة يُخطر به المتعاقد بكتاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد ... على عنوانه المبين في العقد" .

وقضت الفقرة الأخيرة من المادة 51 أيضاً بأن يكون للإدارة أن تخصم ما تستحقه من مقابل التأخير وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها ، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدي أية جهة إدارية أخرى، أياً كان سبب الإستحقاق ، دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري .

على أنه مما تجب ملاحظته أن الإدارة وإن كانت تملك توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة إلى القضاء ، إلا أن هذه السلطة رخصة لجهة الإدارة لها أن تستعملها أو تضعها جانباً وتلجأ إلى الطريق العادي وهو اللجوء إلى القضاء . ومرشد الإدارة في ذلك هو المصلحة العامة . فأحياناً ترفع الأمر إلى القضاء ليحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسباً

حتى تحتمي من المسئولية التي يمكن أن تتعرض لها من جراء تطبيق جزاء مخالف للقانون .

توقيع الجزاء الإداري لا يتوقف على وجود نص عقدي : عرفنا أن العقد الإداري يحكمه نوعان من القواعد : الأول يجد أساسه في المبادئ العامة للعقد والثاني يرجع إلى بنود العقد . وعليه لا يلزم لتوقيع الجزاء الإداري على المتعاقد المقصر أن يستند إلى نص في العقد ، طالما أمكن نسبة هذا الجزاء إلى المبادئ العامة التي تحكم العقد الإداري . ومن مقتضى ذلك أنه إذا حدد العقد جزاءات مقررة لبعض المخالفات ، فلا يعني ذلك أن المخالفات الأخرى التي لم يُنَص لها على جزاءات تكون بمعزل عن العقوبة ، فضرورة وحسن تأمين سير المرفق العام تتطلب توقيع جزاء على كل مخالفة يرتكبها المتعاقد . في هذه الحالة يستند الجزاء ليس إلى العقد ذاته ، بل إلى مبادئه العامة .

وتعبيراً عن ذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي في قضية "دبلانك" Déplanque بأن "عدم النص في العقد الإداري على جزاء بالنسبة لمخالفة معينة من المتعاقد مع الإدارة لا يعني بقاء هذه المخالفة دون جزاء ، بل يمكن عن طريق القاضي توقيع الجزاء عليه طبقاً للقواعد العامة"([1]) .

كذلك أعلن مجلس الدولة المصري بأن "للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على متعاقدها، وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري ، بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق

([1])-CE, 31 mai 1907, Déplanque, Rec. P. 514.

وفي تقريره عن هذه الدعوى بين مفوض الحكومة السيد "روميو" Romieu "إن دفتر الشروط إذ يحدد التزامات الطرفين ، وهذه الإلتزامات يجب أن تكون لها جزاء ، وعندما لا ينص على جزاء يطبق مباشرة على فعل عدم التنفيذ المنسوب إلى الملتزم أو الجهة مانحة الإلتزام ، فإن قاضي العقد يختص . بناء على طلب الطرف المتضرر . بأن يطبق جزاء طبقاً للقواعد العامة" . وطبقاً للقواعد العامة . كما ورد بالمادة 1142 من القانون المدني . كل التزام بعمل أو بالامتناع عنه يتحول إلى التزام بالتعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه .

العامة ، وعملاً بالقواعد الأصولية التي تقضي بها طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة حسن استمرار المرافق العامة"([1]) .

للإدارة سلطة اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء : إذا وجد نص قانوني يلزم الإدارة بتوقيع جزاء على المتعاقد المقصر في وقت معين ، فيتعين احترام النص وتوقيع الجزاء في الوقت الذي حدده . وفي حالة عدم وجود مثل هذا النص فللإدارة سلطة اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحاً لضمان سير المرافق العامة . ومن ثم "لا تثريب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تتريث في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفئ إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته ، وقد يكون في هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة ، إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع جُعل معين ، ولا يملك المتعاقد المحاجة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه ، وأن تراخيها قد أساء إليه ، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره"([2]) .

وإذا كان للإدارة سلطة اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء ، فإنه لا يجوز أن تطول الفترة التي تسبق توقيعه ، وذلك منعاً للضرر الذي يمكن أن يصيب المرفق العام جراء هذا التأخير.

ضرورة إعذار الإدارة للمتعاقد قبل توقيع العقوبة : لا شك أن قيام المتعاقد بتنفيذ تعهداته العقدية على نحو سيئ يعد قرينة على عزوفه الجدي عن الاستمرار كمعاون للإدارة في تسيير المرفق العام . من هنا يجب أن تنذره الإدارة وتحذره من مغبة الاستمرار السيئ في التنفيذ أو التقصير فيه وتنبيهه إلى الآثار الخطيرة المترتبة عليه ، بل ولفت نظره إلى أنه قد تحققت في حالته أحد شروط توقيع الجزاء الإداري عليه ، فقد يكون

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 28 ديسمبر 1963 ، المجموعة ، السنة التاسعة ، ص 324 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 20 مايو 1967 ، المجموعة ، السنة 12 ، ص 1085 .

المتعاقد غافلاً عن ذلك أو توهم أن ما يقوم به ما هو إلا تنفيذاً لشروط العقد على النحو الصحيح . ومن أجل ذلك يعد الإعذار ضرورياً حتى ولو لم ينص العقد على وجوبه .

وتطبيقاً لذلك قضت المادة 101 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات بأنه في حال إخلال المتعاقد بأي شرط جوهري تضمنته شروط العقد ، فعلى إدارة التعاقدات استنفاد كافة البدائل الممكنة للوصول إلى حلول تتفق مع شروط العقد ، وفي حالة عدم إمكانية التوصل إلى حلول منطقية فعلى الإدارة المذكورة بما يحقق الصالح العام اتخاذ : فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه .

ومما لا شك فيه أن الانذار بالقيام بإجراء الاصلاح الضروري يعد من الوسائل البديلة قبل اللجوء إلى الفسخ او التنفيذ على حساب المتعاقد .

على أن هناك حالات يجوز فيها الإدارة أن توقع الجزاء دون أن يسبقه إنذار . ونعني بها حالات وجود نص في القانون أو العقد يعفي الإدارة من الإعذار . ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات بأن توقع مقابل التأخير بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر .

ومن حالات الإعفاء من الإعذار أيضاً وجود ظروف تضفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة ، كما هو الشأن في توريدات المواد والمهمات العسكرية خلال فترة الحرب أو لسد نقص خطير في بعض الأدوية التي تحتاجها المستشفيات العامة . كذلك لا حاجة للإعذار إذا أعلن المتعاقد من تلقاء نفسه رفضه تنفيذ العقد باعتباره لاغياً .

وفي جميع حالات الإعفاء من الإعذار فأن القضاء يقوم بتفسيره تفسيراً ضيقاً ، لأنه يعد استثناء من الأصل العام .

ويكفي لصحة الإعذار أن يحدد الإلتزامات التي قصر فيها المتعاقد بصورة واضحة دون حاجة إلى بيانها بالتفصيل . وإذا تم إعذار المتعاقد عن مخالفات معينة فلا يحق للإدارة أن توقع جزاءات عن مخالفات أخرى لم تكن محلاً لهذا الإعذار .

ولا يُشترط لصحة الإعذار صدوره في شكل معين . فكما يمكن أن يكون صريحاً يمكن أن يستنتج ضمناً من تصرفات الإدارة تجاه المتعاقد معها . ولقاضي العقد مطلق السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كان تصرف الإدارة يعد إعذاراً للمتعاقد أم لا . ولكن يتعين في مسلك الإدارة أن يخلو من الغموض وأن يتصل بعلم المتعاقد حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهته .

خضوع الجزاء الإداري لرقابة القضاء : مما لا شك فيه أن السلطات الممنوحة لجهة الإدارة في العقد الإداري تهدف إلى حماية المرفق العام. وهذه الحماية يتعين أن يقابلها حماية المتعاقد من تعسف الإدارة حال استعمالها لسلطتها في توقيع الجزاء الإداري. وحتى تكون هذه الحماية حقيقية لا بد من خضوع هذه السلطة لرقابة القضاء .

ويُشار هنا إلى أن القاضي ـ من حيث المبدأ ـ لا يمكن له أن يلغي جزاء تم توقيعه من قبل الإدارة . فمتى وجد القاضي أن الجزاء الإداري غير مبرر ، فليس أمامه إلا الحكم على الإدارة بالتعويض . ويستثنى من ذلك حالة الإنهاء غير المشروع للعلاقة التعاقدية ، حيث يمكن للقاضي الحكم بإعادة هذه العلاقة([1]) .

والرقابة التي يمارسها القضاء على العقد الإداري قد تكون **رقابة مشروعية أو رقابة القضاء الكامل** . ففي الحالة الأولى تقتصر الرقابة على القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية ، وبالتالي يحق للقاضي أن يوقف تنفيذ هذه القرارات أو يلغيها متى ثبت لديه أنها مخالفة للقانون . ومن قبيل ذلك القرارات التي تصدرها الإدارة أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد كالقرار الصادر بطرح العمل في مناقصة والقرارات الصادرة باستبعاد أحد المتناقصين والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها على شخص معين .

([1])- CE, Sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, n° 304806, « Arrêt dit Béziers II.

أما في الحالة الثانية ، فإن القضاء الكامل يخول القاضي تصفية النزاع كلية ، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إنْ وجدت ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية . ومن قبيل هذا القضاء القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد الإداري واستناداً إلى نص من نصوصه مثل القرار الصادر بسحب العمل من المتعاقد معها والقرار الصادر بمصادرة التأمين المقدم منه أو بإلغاء العقد ذاته ، ومن ثم لا يتقيد الطعن على هذه القرارات بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء .

وتطبيقاً لذلك قضي بأن "القرارات التي تصدرها الإدارة بتوقيع غرامة التأخير لا يكون محلاً للتحصن وإنما يجوز دائماً الطعن عليها ما لم يسقط أصل الحق بمضي المدة، ومن ثم فإنه يجوز لجهة الإدارة والحالة هذه سحب وتعديل ما تقرره من قرارات بتوقيع غرامة التأخير أو الإعفاء منها طالما كان قرارها غير مخالف للقانون ولم تنقضي المدة المقررة لسقوط الحق ، وذلك دون احتجاج باكتساب المتعاقد لحق مكتسب"([1]) .

ومن خلال الرقابة القضائية تمكن القضاء من إلغاء الجزاء الذي وقعته الإدارة طالما أنه كان مبالغاً فيه بأن كان الخطأ المنسوب للمتعاقد ليس بالدرجة التي تبرر توقيع هذا الجزاء . وتطبيقاً لذلك قضي بأن "استعمال الإدارة لحقها في مصادرة التأمين يجب أن يكون بلا تعسف ، فإذا كان الإلتزام الذي أخل المتعاقد بتنفيذه ضئيلاً بالنسبة لقيمة الإلتزامات جميعاً ، فإن القاضي يجب أن يتدخل لإقامة التوازن بين هذا الجزاء الموقع والالتزام الذي لم يُنفذ ، وذلك أخذاً بمبدأ وجوب توافر حسن النية في تنفيذ العقود"([2]) .

ثانياً صور الجزاءات الإدارية : بالرغم من تعدد الجزاءات الإدارية التي من الممكن لجهة الإدارة أن توقعها على المتعاقد المقصر ، يمكن مع ذلك حصر هذه الجزاءات جميعاً تحت أنواع أربعة هي : جزاءات مالية ، جزاءات ضاغطة ، الفسخ ، جزاءات جنائية .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2348 لسنة 36 ق ، جلسة 7 مارس 1995 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 23 ديسمبر 1957 ، المجموعة ، س 12 ، رقم 29 ، ص 34 .

(1) **الجزاءات المالية** : مفردات الجزاءات المالية ثلاثة : التعويضات والغرامات ومصادرة التأمين .

أ التعويضات : إذا أخل المتعاقد بالتزاماته العقدية بأن قام بتنفيذ العقد على نحو سيئ أو تأخر في التنفيذ أو لم يقم بما تعهد به فإنه يصبح مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يترتب على هذا الإخلال متى وجدت علاقة سببية بينه وبين الضرر .

والضرر يفترض بمجرد عدم قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزامه أو تأخره في تنفيذه، وعلى المدين إثبات نفي هذا الضرر ، فإذا ما استقر الإخلال بالالتزام العقدي فيفترض وقوع الضرر بالجهة الإدارية دون أن تلتزم بإثبات وقوعه .

وتطبيقاً لذلك قضي "بأن رجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى ، على المتعاقد معها، المقصر في حقها ، عند مصادرة التأمين الذي يقل عن مستوى التعويض الكامل لا يستند إلى اعتبار العقد قائماً ومنفذاً على حساب المتعاقد مع أنه سبق فسخه ، على نحو ما اتجه إليه الحكم المطعون فيه ، وإنما يستند ذلك الرجوع إلى أحكام القواعد العامة في أي عقد كان ، وتلك الأحكام تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض وبقدر قيمة الضرر ، وهذه الأحكام لا تتعارض البتة مع فكرة التأمين في العقود الإدارية بوجه عام ، ولا غرو أن فروق الأسعار ونزول جعول المقاصف وما يضيع على جهة الإدارة من كسب محقق ، كل أولئك تمثل في حقيقتها أضراراً فعلية وقيماً معلوماً لاحقت وتعاقبت عليها من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ ما التزم به قبلها"([1]) .

وفيما يتعلق بتقدير التعويض ، فإننا نرى إعمال القواعد العامة والتي تقضي بأن التعويض يقدر بقيمة الضرر الحقيقي الذي تحملته الإدارة وقت وقوعه . وقد يترتب على إهمال الإدارة مجرد اقتسام المسئولية مع المتعاقد وتخفيف نصيبه منها ، حيث يُراعى في هذا التقدير مقدار ما ساهم به خطأ الإدارة في إحداث الضرر ، بحيث يخفض التعويض

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 2 يناير 1965 ، المجموعة ، س 10 ، ص 313 .

بما يعادل هذا القدر. لذلك قضي بأن "مجلس مدينة الأقصر قد وقع هو الآخر في خطأ كان له شأن في زيادة الضرر المطالب بالتعويض عنه ، ويتمثل هذا الخطأ في تراخيه في اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في العقد في الوقت المناسب ضماناً لحسن سير المرفق بانتظام واطراد بعد أن أفصح المتعاقد في إخطاراته المتعاقبة عن عدم رغبته في التمسك بالعقد واعتباره مفسوخاً ، وظل المجلس ساكناً ، وقد كان يتعين على مجلس المدينة أن يعمل على توقي هذه الأضرار المادية فضلاً عن توقف نشاط المقصف في الوقت المناسب ، أما وقد تراخى في اتخاذ هذه الإجراءات فترة استطالت إلى أكثر من سبعة أشهر في حين أن مدة العقد سنة واحدة ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ يتعين أن يتحمل تبعته . ومن حيث أنه لما كان الأمر كذلك وكانت جهة الإدارة قد ساهمت فيما ترتب من ضرر بأن تقاعست عن اتخاذ الإجراء اللازم في الوقت المناسب ، والذي تقدره المحكمة بثلاثة أشهر تكفي لأن تتخذ فيه الإدارة ما تشاء من إجراءات تضمن استمرار استغلال المقصف وبذلك يكون المتعاقد معها ملتزماً بسداد الجعل المستحق عن ثلاثة أشهر تنفيذاً لنصوص عقد استغلاله"([1]) .

ومما تجب ملاحظته أن القضاء الفرنسي أقر للإدارة الحق في انفرادها بتقدير التعويض المستحق لها والزام المتعاقد به وتحصيله منه دون حكم من القاضي([2]) . أما مجلس الدولة المصري فقد منح الإدارة سلطة تحديد التعويض طالما تم تحديده في العقد أو كانت هناك أحكام في العقد تساعد على تحديد قيمة هذا التعويض ، حيث قضي بأنه "لا وجه لالتزام الإدارة الطاعنة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض ما دام العقد يخولها صراحة الحق في إجراء خصم مقاصة دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد معها مهما كان سبب الإستحقاق لدي المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى ، عن كل خسارة تلحقها من جراء ذلك . فإذا كان العقد قد نص بعد ذلك على أن يكون ذلك بدون الإخلال بحق

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1127 لسنة 15 ق ، جلسة 28 يناير 1978 .

([2])-CE, 11 octobre 1929, Compagnie de Navigation Sud-Atlantique, Lebon 829.

المصلحة في المطالبة قضائياً بالخسائر التي لا يتيسر لها استردادها ، فهذا بالضرورة لا يعني إلزام المصلحة بالالتجاء إلى القضاء ، ما دام أن في حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الضرر . بل أن النص يعني تخويل الإدارة حق الالتجاء إلى القضاء إذا لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملاً"([1]) .

على أن انفراد الإدارة بتقدير التعويض لا يحول دون لجوء المتعاقد إلى القضاء للمنازعة في قيمته .

ولا تثريب على الإدارة أن تجمع بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد والزامه بالتعويض، بحسبان أن غرامة التأخير توقع على المتعاقد عن واقعة التأخير فحسب ، سواء ترتب على التأخير أضرار أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار ، فيما يستلزم لتحميل المتعاقد بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه([2]) .

ب الغرامات : وفقاً للمادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات "إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير إذا كان التأخير راجعاً لسبب خارج عن إرادته . وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ ، لسبب راجع للمتعاقد ، يحصل مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر" . ثم حددت المادة السابقة النسب التي يتم وفقها حساب مقابل التأخير .

* ***تعريف*** : الغرامة هي مبلغ مالي يلتزم به المتعاقد كتعويض اتفاقي حال إخلاله بالتزاماته . وعليه فإن غرامة التأخير في العقود الإدارية هي مبالغ إجمالية تحددها الإدارة

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 27 نوفمبر 1965 ، المجموعة ، س 11 ، ص 51 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 3761 لسنة 41 ق ، جلسة 28 أكتوبر 1997 .

مقدماً في العقد الإداري كجزاء تفرضه على الطرف المتعاقد معها عند تأخره في إنجاز الأعمال المكلف بها ضمن المدد المتفق عليها في العقد . ويعد ذلك أول مظاهر الإختلاف بين الغرامة والشرط الجزائي ، حيث أن الأخير وجد لأجل تجنب تدخل القضاء في تقدير قيمة التعويض وإعفاء الدائن من إثبات الضرر الذي يصيبه ، بعكس الغرامات التأخيرية حيث أن الغاية من وجودها هو ضمان تنفيذ العقود الإدارية في المدد المتفق عليها وذلك حرصاً على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد .

* ***خصائصها*** : غرامة التأخير جزاء خاص لا يتقرر إلا في نطاق العقود الإدارية. وهي تتميز بعدة خصائص منها أنها :

غرامة اتفاقية : ويقصد بهذا أن الإدارة والمتعاقد معها يتفقان على الغرامة مقدماً عند إبرام العقد وبالتالي لا يحق للجهة الإدارية أن تقوم بفرضها عليه حال تأخره في تنفيذ الأعمال المنوطة به إذا لم يكن قد نص عليها في العقد . وغرامة التأخير بهذه الخاصية تتميز عن سائر الجزاءات الإدارية الأخرى التي توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر كسحب العمل من المقاول وحق الإدارة في فسخ العقد الإداري ، حيث يحق للإدارة اللجوء إليها حتى في حالة عدم النص عليها في العقد .

إلا أنه في بعض الأحيان قد لا يتضمن العقد الإداري ذاته نصاً يخول الإدارة حق فرض الغرامة التأخيرية ولكن يرد هذا النص في الشروط العامة للمقاولات أو في اللائحة . فإذا تضمن العقد الإداري شرط الإحالة على هذه الشروط أو اللائحة فيما لم يرد فيه نص في العقد ، فإن هذه الشروط أو اللائحة تعتبر جزء من العقد الإداري ومكملة له وبالتالي يصبح من حق الإدارة فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد المتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية ليس استناداً إلى نص في العقد وإنما استناداً إلى اللائحة التي أحال إليها العقد .

وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها : "أن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الكافة ، وعلمهم بمحتواها مفروض ، فإن أقبلوا ـ حال قيامها

ـ على التعاقد مع الإدارة ، فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام ، وحينئذ تندمج في شروط عقودهم وتصير جزءا لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الإلتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام"([1]) .

ويُفهم من هذا الحكم أن أحكام الغرامة المنصوص عليها في القانون أو لائحته التنفيذية تطبق حتى لو لم يحل العقد إلى القانون . فالغرامة التأخيرية ليست في حاجة إلى نص في العقد لتقريرها ، لأن تنفيذ العقد استناداً إلى مدد أو مواعيد متفق عليها يعني من ضمن ما يعنيه فرض غرامات في حال عدم احترام تلك المواعيد ، وإلا فإن تحديد هذه المواعيد تبدو هباءًا منثورًا . ولكن تبقى مشكلة تحديد قيمة هذه الغرامة . هنا يبدو أهمية الاتفاق عليها في العقد ، حيث يتم تحديدها مسبقاً . وفي حال عدم النص على القيمة فإن إحالة العقد إلى كراسة الشروط تضع لنا الحل وذلك بتطبيق القيمة الواردة بهذه الكراسة، وفي حال عدم الإحالة ، فإن قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 كفيل ببيان قيمة هذه الغرامة حتى في حال لم يحل العقد إلى هذا القانون.

غرامة توقعها الإدارة دون أن يسبقها إنذار: يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في عقودها من تلقاء نفسها دون تنبيه أو إنذار وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها . لذلك قضي بأن غرامة التأخير "تستحق بمجرد حصول التأخير في التنفيذ أو التوريد ولو لم يترتب على التأخير أي ضرر ودون ما حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية ، لأن الضرر مفترض بقرينة لا تقبل إثبات العكس"([2]) .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 6 يناير 1968 ، المجموعة س 13 ، ص 369 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 499 لسنة 24 ق ، جلسة 23 يناير 1982 .

كما قضت المادة 48 من القانون بحق الإدارة في توقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر .

ولا حاجة بنا إلى بيان مقدار ما يعود على المتعاقد مع الإدارة من ضرر من جراء هذه الخاصية ، إذ يترتب على مجرد نسيانه تاريخ تسليم العمل ، فرض الغرامة التأخيرية عليه دون أن يفطن إلى ذلك ، لأن مجرد حصول التأخير يقوم مقام الإعذار ، ويجيز للإدارة ـ تطبيقاً لشرط العقد ـ أن تفرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد دون أن تكون ملزمة بإخطاره .

وعدم إخطار المتعاقد المقصر بفرض الغرامة التأخيرية عليه يعطيناً مظهراً آخر من مظاهر التمييز بين الغرامة والشرط الجزائي . فالأخير لا يكفي بمجرده إلزام المدين بالتعويض ، وإنما يجب توافر الخطأ والضرر والإعذار .

الضرر مفترض في الغرامة التأخيرية : توقع الغرامة التأخيرية مباشرة دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضرراً قد أصابها ، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد إثبات عدم حصول هذا الضرر على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون تأخير([1]) .

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "لما كانت قيمة الغرامة معينة المقدار في العقد ، وهي من ضمن الجزاءات التي تتضمنها عقود الأشغال العامة ، ولا يشترط لتوقيعها اثبات وقوع ضرر أصاب المرفق ، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاق الغرامة ، فمن ثم تكون جهة الإدارة المختصة قد طبقت العقد تطبيقاً صحيحاً عندما أوقعت غرامة

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 21 مارس 1970 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 607 ، ص 960 .

المهندس وخصمتها من الحساب"([1]) . كما قضي بأن "غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود وفي المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن التكييف القانوني لغرامة التأخير أنها صورة من صور التعويض الاتفاقي ، تتميز عن التعويض في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير ودون حاجة إلى إثبات جهة الإدارة لوقوعه"([2]) ، كما "لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول الضرر على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد ، يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد"([3]) .

وكون الضرر مفترض بالنسبة للغرامة التأخيرية يظهر فارقاً جديداً بينها وبين الشرط الجزائي . فالجزاء المشروط لا يُعمل به إلا في حدود الضرر الواقع ، فلا يستحق إذا لم يلحق الدائن أي ضرر ، ويتعين تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه لدرجة لا تتناسب مع قيمة الضرر . وتفريعاً على ذلك أجيز للمدين أن يطلب انتقاص الجزاء المشروط إذا أقام الدليل على وفائه بالالتزام الأصلي وفاء جزئياً ، وهذا كله لا وجود له في الغرامات التأخيرية إذ أنها تُستحق بمجرد تأخير المدين عن تنفيذ الأعمال المنوطة به وأن الضرر يعتبر مفترض في كل تأخير في تنفيذ العقود الإدارية وأن على المحكمة أن تحكم بالغرامة التأخيرية دون زيادة أو نقصان .

ورغم أن التأخير في تنفيذ العقد يعد قرينة على حدوث الضرر ، إلا أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في إحدى فتاويها أعلنت أن هذه القرينة قابلة لإثبات

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 8 نوفمبر 1969 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 606 ، ص 959 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 24 مارس 2015، طعن رقم 25774 لسنة 55 ق .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 9 ابريل 2002 ، طعن رقم 1967 لسنة 45 ق .

العكس ، وبالتالي يجوز للطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة أن يثبت أنه رغم التأخير إلا أن المرفق لم يصب بضرر ، ومن ثم ينتفي أحد أركان المسئولية الموجبة للغرامة ، فلا مجال عندئذ لاستعمال الحق المخول للإدارة بمقتضى العقد في اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه([1]) .

وظاهر أن هذه الفتوى ليست في صالح المرفق العام ، إذ يكفي المتعاقد الذي لم يلتزم بمواعيد التنفيذ أن يثبت عدم حصول ضرر حال للإدارة حتى يتجنب الغرامة . ولذلك اتجهت الجمعية العمومية في فتاويها اللاحقة إلى الالتزام بنهج المحكمة الإدارية العليا ، حيث أفتت عام 1967 بأن "غرامة التأخير لا تعدو أن تكون تعويضاً للإدارة عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إخلال المتعاقد معها بحسن سيره ، وهو ضرر مفترض يجيز لها جبره بفرض الغرامة فور تحقق الإخلال من جانب المتعاقد ودون أن تلزم الإدارة باثبات حصول الضرر ، كما لا يقبل من المتعاقد معها اثبات عدم حصوله ، إذ أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير ، واقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة ، وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي اجراءات قضائية أخرى"([2]) .

الغرامة التأخيرية لا تصدر إلا بقرار إداري : إن مجرد النص في العقد على الغرامة التأخيرية لا يكفي ليصبح استحقاقها أمراً مقضياً بقوة العقد ، وإنما يتعين أن يصدر قرار من الإدارة تفصح به عن إرادتها المنفردة في توقيع هذا الجزاء ودون الحاجة إلى

([1]) . فتوى رقم 323 في 10 مايو 1959 ، 79/45/13 . وفتوى رقم 99 في 5 يونيه 1991 ، ملف رقم 419/2/37 .

([2]) . الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، فتوى رقم 522 صادرة في 23 مايو 1967 ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية حتى عام 1995 ، ص 553. أنظر كذلك فتوى رقم 1196 بتاريخ 28 ديسمبر 1991، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية منذ نشأتها حتى عام 2004، ص 730.

اللجوء إلى القضاء لإصدار قرار بذلك ، وما ذلك إلا تطبيقاً لسلطة التنفيذ المباشر الذي تتمتع بها الإدارة .

كما أن علة اشتراط صدور قرار بفرض الغرامة التأخيرية تبرره أن فرض الغرامة لا بد وأن يكون من خلال السلطة المختصة مع بيان سبب القرار وهو التأخير في تنفيذ بنود العقد ونسبة الغرامة أو مقدارها ، كل هذه الأمور تقتضي وجود قرار من قِبل الإدارة بفرض الغرامة .

ولا يشترط في القرار الذي تصدره الإدارة بتوقيع الغرامة شكلاً معيناً ، فكما يصدر صريحاً ، فقد يُفهم ضمناً . كأن تقوم الإدارة بخصم مبلغ معين على سبيل الغرامة التأخيرية نتيجة تأخير المتعاقد في تنفيذ بنود العقد .

ونحن وإن كنا نسلم بأهمية إصدار قرار إداري بفرض الغرامة ، إلا أن جهة الإدارة ليست ملزمة باصدار مثل هذا القرار عقب حدوث التأخير مباشرة . فلها أن تتريث حتى تتثبت من المواعيد وتحديد مدى الضرر ومعرفة الأسباب التي قد تدفع المتعاقد إلى التأخير في تنفيذ التزاماته العقدية . ولا يحق للمتعاقد أن يتهرب من دفع الغرامة بحجة أن الادارة مكثت برهة من الزمن دون أن تفعل الغرامة وتطالب بها . فمرور فترة زمنية عقب حلول أجل التنفيذ لا يفيد ضمنا وبالضرورة أن الإدارة تنازلت أو أعفت المتعاقد معها من دفع الغرامة . بل يتعين على المتعاقد أن يثبت هذا التنازل ، فهو لا يُفترض . لذلك قضي بأنه "إذا ثبت أن المستشفى تسلم العربات بعد الانتهاء من تصليحها وفقاً للمواصفات ، وقام المستشفى بصرف كامل مقابل الإصلاح دون أن يخصم من مستحقات المقاول غرامة التأخير ، فإن ذلك التصرف من جانب جهة الإدارة يفصح عن رغبة الإدارة في التغاضي عن استعمال حقها في توقيع الجزاء المالي المشار إليه في العقد ، لأنها قدرت أن ليس هناك ما يبرر اتخاذه"([1]) .

الغرامة التأخيرية أمر جوازي للإدارة : مما لا شك فيه أن للإدارة سلطة تقدير الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد ، فلها أن تعفيه من تطبيق الجزاءات

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 17 مارس 1957 ، م (11) ، ص 271 .

المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير ، إذا هي قدرت أن لذلك محلاً ، كما لو قدرت أنه لم يلحق بالمصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف([1]) .

وعليه إذا أقرت الإدارة "بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها إما لأن تنفيذها في هذه المواعيد كان غير لازم ، بل قد يسبب ارتباكات أو يكلفها نفقات بدون مقتض: كما لو كان حل ميعاد توريد أدوات صحية مثلاً بينما لم يكن البناء الذي تعاقد آخر على تشييده قد أصبح مهيئاً لتركيب هذه الأدوات ، أو كما لو كان حل ميعاد توريد آلات وتجهيزات ولم تكن لدي الإدارة مخازن لإيداعها ، وكانت في الوقت ذاته في غنى عن تركيبها أو غير ذلك من الخصوصيات المماثلة ، فيعتبر إقرار الإدارة بصدق هذه الظروف والملابسات بمثابة أعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير ، ومن ثم يكون المتعاقد مستحقاً لاسترداد ما خصم من مستحقاته من هذه الغرامة"([2]) .

وإذا أرادت الإدارة أن تعفي المتعاقد معها من الغرامة التأخيرية ، فليكن بعد نشوء التأخير المستوجب للجزاء ، وليس قبل ذلك ، لتعلق الغرامة بالنظام العام . فإذا تناولت الإدارة بالفحص والدراسة أمر التأخير في تنفيذ العقد ، وانتهت في ذلك ـ لما قدرته من أسباب وعناصر ـ إلى عدم توقيع غرامة تأخير ، مستخدمة في ذلك سلطتها التقديرية ، وبالتالي لا يجوز لها من بعد ، أن تعدل عن قرارها في هذا الشأن وتعود إلى توقيع الغرامة عدولاً عن عدم توقيعها طالما لم يقم دليل على أن قرارها الأول بعدم توقيع الغرامة قد صدر بناء على غش أو شابه عوار جسيم في الواقع أو القانون([3]) . بعبارة أخرى ، أن الإدارة بعد أن استنفذت سلطتها في تقرير عدم توقيع الغرامة لا يجوز لها معاودة بحث هذا الشأن بالمخالفة لما سبق أن قررته دون غش أو خطأ .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 10834 لسنة 47 ق ، جلسة 30 مايو 2006.

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 21 سبتمبر 1960 ، المجموعة ، س 5 ، ص 1317 . أنظر كذلك الطعن رقم 8643 لسنة 50 ق . عليا ، جلسة 16 يونيه 2015 .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2113 لسنة 34 ق ، جلسة 21 إبريل 1992 .

وفي المقابل قد يُفهم من نص المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات أن سلطة الادارة في فرض الغرامة سلطة مقيدة ، أي لا يجوز للإدارة متى تحقق تأخير المتعاقد معها في تنفيذ الأعمال المتفق عليها في العقد وفي الآجال المحددة أن تضرب صفحاً عن توقيع الغرامة . فوفقاً لهذه المادة "إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير إذا كان التأخير راجعاً لسبب خارج عن إرادته . وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ ، لسبب راجع للمتعاقد ، يحصل مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر" .

هكذا فرّقت المادة المزبورة أعلاه بين التأخير الذي ليس للمتعاقد يد فيه ، وذلك الذي يقع بسبب المتعاقد . ففي الفرض الأول يجوز للإدارة أن تمنح للمتعاقد مهلة لإتمام التنفيذ مقروناً بعدم توقيع غرامة تأخير. أما في الفرض الثاني فيتم تحصيل مقابل للتأخير دون سلطة جوازية للإدارة .

وفي فرنسا ، فإن الوضع مختلف ، حيث لا توجد نصوص تنظم غرامة التأخير.

من هنا نفهم ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 17 مارس 2010 Commune d'Issy-les-Moulineaux من أنه من "حق المتعاقدين في أي وقت أن يتفقا على خلاف ما ورد في اتفاق العقد الأصلي، بما في ذلك البنود الخاصة بغرامة التأخير. وأنه لا يمكن اعتبار المحكمة الإدارية الاستئنافية بباريس قد ارتكبت خطأ في تطبيق القانون أو في تفسيره أو تأويله إن هي اعتبرت أن في منح الشركة المتعاقدة آجالاً متعاقبة حتى تاريخ 28 فبراير 2007 قاطع في دلالته على أن الجهة الإدارية قد تنازلت عن حقها في توقيع غرامة التأخير عن الفترة التي امتد إليها العقد".

* ***الإعفاء من الغرامة التأخيرية*** : الغرامة التأخيرية لا تُستحق إلا إذا كان التأخير في التنفيذ راجع إلى خطأ المتعاقد مع الإدارة ، شأنه في ذلك شأن التعويض تماماً . لذلك يستطيع المتعاقد أن يفلت من الغرامة إذا أثبت أن تأخره في تنفيذ التزاماته العقدية كان

بسبب خارج عن إرادته. فله أن يحتج بأنه ما تخلف إلا بسبب قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ حال بينه وبين تنفيذ التزامه خلال المدة المحددة([1]) .

ويشترط في الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أن يكون غير ممكن توقعه ومستحيل الدفع وأن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً استحالة مطلقة ، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه أو أمكن دفع الحادث ولو استحال توقعه لم يترتب عليه إعفاء المدين من توقيع غرامة التأخير . لذلك أفتي بأنه "إذا كان تأخير الشركة المساهمة المصرية للمحاريث والهندسة في التوريد نتيجة حتمية لقرار إدارة النقد وما ترتب عليه من آثار وهو ما يعتبر حادثاً قهرياً لم يكن في إمكان الشركة توقعه عقلاً وقت التعاقد ، فضلاً عن أن جهة الإدارة هي دون سواها المسئولة عن هذا التأخير في إجراءات فتح الإعتماد"([2]) .

ومن قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ المعفي من الغرامة التأخيرية مرور القطع البحرية في قناة السويس بمناسبة حرب الخليج([3]) أو زيارة رئيس الدولة للمنطقة التي تجري فيها الأعمال([4]) أو وجود عوائق مادية في الأرض محل العملية أوقفت العمل ككابل للكهرباء أو مواسير للمياه([5])، أو إيقاف القوات المسلحة لأعمال الحفر([6])، أو وجود أحداث طارئة أدت إلى عدم إمكان التنفيذ على نحو صحيح ومنها أحداث 11 سبتمبر 2001([7]) .

([1]) . محكمة القضاء الإداري، طعن رقم 2220 لسنة 69 ق ، جلسة 26 يونيه 2018 ؛ المحكمة الإدارية العليا ، طعن 16777 لسنة 58 ق، جلسة 27 فبراير 2018.

([2]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، 31 مايو 1959، الموسوعة الإدارية، ج (18)، قاعدة 619 ، ص 975 . فتوى رقم 287 لسنة 2016 بتاريخ 26 ابريل 2016 ، جلسة 26 ابريل 2016، ملف رقم 137/2/78.

([3]) . فتوى الإسكان رقم 1269 في 11 ديسمبر 2004 ، ملف رقم 2606/13/31 .

([4]) . فتوى الإسكان رقم 687 في 24 أغسطس 2005 ، ملف رقم 2826/13/31 .

([5]) . فتوى الإسكان رقم 1211 ، في 1 ديسمبر 2004 .

([6]) . فتوى الإسكان رقم 283 في 19 مارس 2005 .

([7]) . فتوى الصحة ، ملف رقم 540/2/2 في 9 مارس 2002 .

وبخلاف ذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ المعفي من الغرامة التأخيرية عدم صرف الإدارة قيمة المستخلصات([1])، أو فرض الحراسة([2]) أو مرض المقاول([3]) ، أو تأخر موردي المقاول أو تخلفهم عن تنفيذ التزاماتهم قِبله([4])، أو حبس المتعاقد احتياطياً بسبب اتهامه بارتكاب جريمة الرشوة([5]).

ويعتبر خطأ الإدارة من قبيل مبررات الإعفاء من الغرامة ، من هنا نفهم ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا من أن "الشركة إذا قامت بتسليم الموقع تسليماً ابتدائياً في 16 أكتوبر 1985 فإنه لا يكون ثمة تأخير في التسليم يمكن نسبته إلى الشركة المتعاقدة وأن امتداد ميعاد التنفيذ كان بسبب الجهة الإدارية وتأخرها في تنفيذ التزاماتها بتوصيل المياه والكهرباء لموقع العمل والذي بدونها لا يمكن استكمال الأعمال وتنفيذ الشركة لالتزاماتها، ومن ثم فلا يكون هناك محل لتوقيع أي غرامة تأخير على الشركة لتخلف مناط توقيع تلك الغرامة"([6]) . كذلك قضي بالإعفاء من الغرامة لكون التأخير يرجع إلى الإدارة التي لم تساعد المقاول على إزالة وتعديل خطوط المياه والكهرباء وأعمدة الإنارة ، فهذه الأمور

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2956 لسنة 42 ق ، جلسة 27 إبريل 1999 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 134 لسنة 24 ق ، جلسة 10 يناير 1981 . ففرض الحراسة على المطبعة لا يعدو أن "يكون مجرد إجراء مؤقت قصد به إلى حفظ هذه المطبعة وإدارتها لحين تسليمها إلى صاحبها على أن يقوم الحارس عليها واقتضاء ما لها من ديون وتنفيذ ما عليها من التزامات وذلك كله لحساب مالكها ، فمن ثم لا تعتبر هذه الحراسة بهذا الوصف حدثاً قهرياً يرتب إعفاء الخاضع للحراسة من غرامة التأخير الموقعة عليه نتيجة التأخر في توريد الكتب المدرسية المكلف بتوريدها" .

([3]) . فتوى 540 في 15 يوليه 1999 ، ملف رقم 46/2/78 . فمرض المقاول لا يعد سبباً قهرياً يستحيل معه إتمام تنفيذ العقد في الموعد المتفق عليه ، ذلك أنه كان من الممكن له في هذه الحالة أن يعهد لغيره بمتابعة سير العمل أثناء مرضه . كما أن تنفيذ أعمال المقاولة المتعاقد عليها تتم عن طريق كوادر متخصصة متعددة ولا تستوجب وجود شخص المقاول .

([4]) . أنظر في القضاء الفرنسي :

CE, 18 juin 1969 Entreprises Guyot, n°72661

([5]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 25774 لسنة 55 ق، بتاريخ 24 مارس 2015 .

([6]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 3365 لسنة 33 ق ، جلسة 17 مايو 1994 .

تتصل بخدمات حيوية للمواطنين ومن غير المقبول أن يستقل المقاول باتخاذ إجراءات تعديلها دون تنسيق مع الجهة الإدارية وتحت إشرافها([1]) .

كذلك يُعفى المتعاقد من الغرامة رغم أن التأخير راجعاً إليه وفقاً لما نصت عليه المادة 48 من قانون تنظيم التعاقدات متى توافر شرطان : الأول أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ، الثاني إذا لم ينتج عن التأخير ضرر للإدارة .

ويستطيع المتعاقد أن يفلت من الجزاء أيضاً إذا أقام الدليل على تنازل الإدارة عن التمسك بشرط الغرامة التأخيرية . والغالب عملاً ألا يحصل هذا التنازل صراحة ، ولكنه يُستفاد من تصرف الإدارة بعد إخلال المتعاقد بالتزامه([2]) . ومثال ذلك ألا تحرص الإدارة على تنفيذ العقد في مواعيده المحددة لكون التنفيذ غير مجدي ، فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه .

ولكن لما كان التنازل لا يُفترض ، فلا يجوز أن يُستفاد من تصرف لا يكشف عن نية التنازل بوضوح .

* ***مقدار الغرامة التأخيرية*** : اهتم قانون تنظيم التعاقدات بتنظيم غرامة التأخير لكل من عقد الأعمال وعقد التوريد . فطبقاً للمادة 48 توقع غرامة تأخير اعتباراً من بداية المهلة الإضافية وذلك بما لا يجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة 10% من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 10% من المدة الكلية للعملية ، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة 15% إذا جاوزت مدة التأخير ذلك .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعنان رقما 222 و390 لسنة 48 ق ، جلسة 27 نوفمبر 2007 .

([2]) . لذلك قضي بأن مناط توقيع غرامة التأخير هو "أن يكون التأخير في تنفيذ الأعمال راجع إلى عمل المتعاقد مع الإدارة وبسبب تراخيه في التنفيذ وأن يكون هذا التأخير دون مبرر تقبله الإدارة ، أما إذا كانت ظروف تنفيذ العقد يتبين منها أن الإدارة لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها بسبب عدم توافر التمويل اللازم لديها على النحو الثابت في الطعن الماثل ، ومن ثم ربطت التنفيذ بتوافر الاعتمادات المالية ، فمن ثم تكون قد أعفت المقاول ضمناً من غرامة التأخير" (المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2527 لسنة 37 ق ، جلسة 15 يونيه 1999) .

وتُحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة ، أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئاً من ذلك ، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

وفيما يتعلق بعقد التوريد قضت ذات المادة بأن توقع غرامة تأخير عن المهلة الإضافية بواقع 3% من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة 10% من المدة الكلية للعقد ، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة 5% اذا جاوزت مدة التأخير ذلك .

ويصح أن يتفق الطرفان على نسب الغرامة التأخيرية في العقد ، بعيداً عن تلك المحددة في القانون أو اللائحة التنفيذية. لذلك إذا تضمن العقد تحديداً لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، فإن مقدار الغرامة الواردة بنص العقد وبالنسب المنصوص عليها يكون هو الواجب التطبيق دون النص الوارد في لائحة المناقصات والمزايدات التي أبرم العقد في النطاق الزمني لسريان أحكامها([1]) ، لأن نص اللائحة يعتبر نصاً عاماً بينما ما ورد بالعقد نص خاص ومن المبادئ المسلم بها أن الخاص يقيد العام .

ونلفت الانتباه هنا إلى أن القضاء الفرنسي أجاز لنفسه منذ حكم 29 ديسمبر 2008 "المكتب العام للسكن ذو الايجار المعتدل" أن يخفف من مقدار الغرامة التأخيرية أو يزيد منها طبقاً للمبادئ المستوحاة من المادة 1152 من التقنين المدني إذا ما اتضح له أن مقدار الغرامة كان مفرطاً أو ضئيلاً بالنظر إلى قيمة الصفقة([2]). فعلى الرغم من خضوع العقود الإدارية لنظام قانوني خاص ومستقل عن ذلك الذي يحكم العقود ذات

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1601 لسنة 48 ق ، جلسة 7 ديسمبر 2004 .

([2])-CE, 29 décembre 2008, Office public d'habitations à loyer modéré (OPHLM) de Puteaux, n° 296930. « il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant mani - festement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché»

الطابع المدني ، الأمر الذي كان يدفع القضاء قبل صدور الحكم السابق([1]) إلى رفض إعمال حكم المادة 1152 الواردة في صلب القانون المدني ، إلا أن الحكم الصادر أعتبر أن نص المادة 1152 من القانون المدني ما هو إلا ترديد لمبادئ عامة تهيمن على كافة العقود([2]).

ج مصادرة التأمين النهائي : يعتبر التأمين النهائي بمثابة ضمان لجدية المتعاقد في تنفيذ العقد . لذلك تحتفظ الإدارة به حتى تستوثق من تنفيذ العقد طبقاً للشروط المتفق عليها، فترده إلى المتعاقد معها بالكامل أو ما تبقى منه بعد خصم المبالغ المستحقة لها الناشئة عن هذا التعاقد. وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون تنظيم التعاقدات بقولها: "ويكون التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد، ويجب رده أو ما تبقى منه فور انتهاء مدة الضمان المحددة بالعقد بغير طلب" .

وإذا اتفق الطرفان على تعديل العقد بالزيادة فإن الضمان يظل سارياً حتى الانتهاء من تنفيذ الأعمال الزائدة ، "حيث يدور الضمان النهائي وجوداً وعدماً مع مدة سريان العقد ولا ينقض إلا بانقضائه"([3]) .

([1]) . انظر على سبيل المثال :

CE.24 novembre 2006, Sté Group 4 Falck sécurité, n°275412 .

([2]) . المادة 1152 من القانون المدني في لغتها الأم :

Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite

وتأكيداً لقضائه السابق في 29 ديسمبر 2008 اخضع مجلس الدولة مقدار غرامة التأخير لرقابته ، فقضى في 20 يونيو 2016 بأن فرض غرامة تأخير 26% من قيمة الصفقة لا يمثل مغالاة :

CE 20 juin 2016 Sociétés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France Normandie, req. n° 376235

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2580 لسنة 33 ق ، جلسة 28 مارس 1989 .

وللجهة الإدارية المتعاقدة مصادرة التأمين النهائي عند التقصير في تنفيذ أي من الإلتزامات المقررة في العقد. ومصادرة التأمين في هذه الحالة إنما يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق لجهة الإدارة اقتضاؤه عن الأضرار التي أصابتها بسبب إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته . فإذا كانت قيمة التأمين لا تكفي وحدها لجبر الضرر فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره . لذلك قضي بأن "ما تحصل عليه الجهة الإدارية من فروق تنفيذ على الحساب وغرامات تأخير ومصاريف إدارية لا يعدو أن يكون استرداداً للنفقات الفعلية التي انفقتها جهة الإدارة لإتمام العمل المسحوب من المقاول ولا يعد من قبيل التعويض الذي تستحقه الجهة الإدارية عن إخلال المتعاقد بالالتزامات العقدية والذي يجب أن يتم تقديره وفقاً للقواعد العامة في المسئولية العقدية ، وذلك بالتعويض الكامل عما أصابها من أضرار نتيجة عن تأخير المتعاقد معها في التنفيذ ويشمل ما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب"([1]) .

وطبقاً للمادة 51 من قانون تنظيم التعاقدات يجوز للإدارة أن تجمع بين مصادرة التأمين النهائي وفسخ العقد أو تنفيذه على حساب المقاول ,

ومفاد ذلك أن المشرع أنشأ لجهة الإدارة عند إخلال المتعاقد معها بأي شرط من شروط العقد أن تفسخه أو أن تقوم بتنفيذه على حساب المتعاقد المقصر وأنشأ لها في الحالتين الحق في مصادرة التأمين النهائي والحصول على مستحقاتها ، إلا أن استعمالها لهذا الحق في مصادرة التأمين النهائي عند قيام أسبابه يرتبط بسلطتها التقديرية حيث لم يلزمها المشرع بتوقيع هذا الجزاء التعاقدي وإنما نص فقط على حقها في توقيعه وهو ما يعني أنها تترخص في توقيع جزاء مصادرة التأمين النهائي أو عدم مصادرته .

كما تستقل الإدارة في حالة المصادرة في تحديد مدى هذا الجزاء وما إذا كان يشمل قيمة التأمين النهائي كلها أم ينصب على جزء منها . كما تترخص جهة الإدارة في

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعنان رقما 5500/1911 لسنة 43 ق ، جلسة 31 أكتوبر 2000 .

توقيت توقيع هذا الجزاء سواء كان منجزاً عند اتخاذها إجراء سحب العمل من المتعهد والتنفيذ على حسابه أو على سبيل التراخي عند انتهاء عملية التنفيذ على الحساب([1]) .

وأياً كان الأمر فإنه لا يجوز للإدارة أن توقع جزاء المصادرة بصورة مستقلة ، فهذا الجزاء مرتبط وجوده بالفسخ أو بالتنفيذ على الحساب . لذلك قضي بأن "مصادرة التأمين النهائي لا تكون حقاً لجهة الإدارة إلا في حالة فسخ العقد أو سحب الأعمال وتنفيذها على حسابه لإخلاله بأي شرط من شروط العقد ، فالحق في مصادرة التأمين النهائي يكون إذا قررت الجهة الإدارية إما فسخ العقد أو سحب الأعمال منه ، فإذا كانت الجهة الإدارية لم تقرر فسخ العقد أو سحب الأعمال من المقاول في العملية محل التنفيذ، فلا يكون لها الحق في مصادرة التأمين النهائي"([2]).

إلا أن جزاء مصادرة التأمين النهائي لا يوقع بقوة القانون ، وإنما يقتضي الأمر لإعماله صدور قرار صريح من الإدارة يرتب هذا الأثر في حق المتعاقد معها جزاء إخلاله بشروط التعاقد.

ومما تجب ملاحظته أنه إذا استحال تنفيذ العقد بسبب ليس للمتعاقد يد فيه ، فيتعين على جهة الإدارة رد التأمين النهائي . من هنا نفهم ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا من أنه "متى استبان ما تقدم وكانت مقتضيات المصلحة العامة وحماية الأمن العام تقتضي إلغاء عقود استغلال المحاجر بالمنطقة المشار إليها ومنها عقد الاستغلال المبرم مع الطاعن إلا أن هذا لا يستوجب مصادرة التأمين ، باعتبار أن إنهاء العقد لم يكن

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 9112 لسنة 36 ق ، جلسة 8 مارس 2005 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 9359 لسنة 50 ق ، جلسة 12 ديسمبر 2006 . إلا أن للمحكمة الإدارية العليا قضاء سابقاً يرفض الارتباط بين الفسخ ومصادرة التأمين ، حيث قضت بأنه "لا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد إتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعهد أو تقصيره أو تنفيذه على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد أو غير ذلك" (جلسة 22 يناير 1961 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 626 ، ص 985 .

بسبب إخلال الطاعن بالتزامات العقد القانونية وإنما كان لسبب خارج عن إرادته ، وهو حماية الأمن والنظام تحقيقاً للمصلحة العامة ، الأمر الذي يتعين معه إلزام الجهة الإدارية برد قيمة التأمين"([1]) .

كما يصح أن نشير إلى إن مصادرة التأمين النهائي تختلف عن مصادرة التأمين الابتدائي، إذ أن الأخير هو جزاء يترتب على سحب مقدم العطاء لعطائه قبل انتهاء المدة التي حددتها الجهة الإدارية للبت في العطاءات ، أو عدم تكملة المتعاقد مع الإدارة مبلغ التأمين الابتدائي ليصل به إلى قيمة التأمين النهائي فتكون الجهة الإدارية في الخيار بين أمرين : إما فسخ العقد ومصادرة التأمين المؤقت أو التمسك بالعقد والتنفيذ على حساب المتعاقد.

في حين أن مصادرة التأمين النهائي ـ كما سبق وقلنا ـ فهي بمثابة تعويض للإدارة "عن عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المنصوص عليها في العقد على وجه يؤمن حسن سير المرفق ، وتقوم الجهة الإدارية بتطبيق جزاء مصادرة التأمين النهائي بنفسها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، وهو على هذا النحو يشارك باقي الجزاءات في كونه يوقع عن طريق الجهة الإدارية بطريقة آلية"([2]) .

(2) ***الإجراءات الضاغطة*** (***سحب الأعمال والتنفيذ على الحساب***) : وفقاً لقواعد القانون المدني ، إذا تبين في الإلتزام بعمل أن قيام المدين بتنفيذ الإلتزام بنفسه ضرورياً، فللدائن أن برفض الوفاء من غير هذا المدين (م/ 108) ، فإن امتنع عن ذلك كان للدائن أن يطلب الحكم عليه بغرامات تهديدية لحمله على تنفيذ الإلتزام بنفسه (م/ 213) ، فإن بقي مصراً على امتناعه ، فلا يكون للدائن إلا سبيل التعويض النقدي (م/ 214) .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1698 لسنة 35 ق ، جلسة 12 كارس 2002 .

([2]) . عاطف محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 421 .

وفيما عدا الصورة المتقدمة يجوز للدائن أن يطلب إلى القضاء الإذن بتنفيذ الإلتزام التزاماً عينياً على نفقة المدين، متى كان هذا التنفيذ ممكناً، كإجراء إصلاحات يلتزم المؤجر القيام بها مثلاً، بل ويجوز التجاوز عن إذن القضاء عند الاستعجال (م/209)

أما في العقود الإدارية فإن إجراءات الضغط التي تملكها الإدارة لفرضها على المتعاقد حتى يقوم بتنفيذ ما تعهد به وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ، تتمثل في سحب الأعمال محل العقد من المتعاقد والتنفيذ على حسابه .

* ***سحب الأعمال*** : يعد سحب الأعمال مجرد إجراء تمهيدي يعقبه إجراء آخر هو تنفيذ الأعمال على حساب المتعاقد . لذلك أفتي بأن القرار الصادر بسحب العمل من الشركة لا يعد قراراً إدارياً وإنما هو مجرد إجراء اتخذته مصلحة الطرق استناداً إلى نص من نصوص العقد المبرم بينها وبين الشركة([1]) .

ولجهة الإدارة سحب الأعمال من المتعاقد في عدة حالات منها حالة التأخير في البدء في تنفيذ العمل ، وإظهار البطء في سيره لدرجة لا يمكن معها إتمام العمل في المدة المحددة ، وتنفيذ العقد على نحو مخالف للأساليب المتعارف عليها وبطريقة مخالفة لما اتفق عليه .

ويرتبط بما سبق أنه ليس ثمة ما يحول بين الإدارة وسحب العمل من المتعاقد قبل انتهاء مدة التنفيذ متى قدرت قبل اكتمال هذه المدة أن أسلوب التنفيذ وحجم الأعمال الذي تم حتى تاريخ السحب لا ينبئ بتمام العملية في المواعيد المحددة لها .

ويتعين أن تخطر الإدارة المتعاقد معها بالقصور أو النقص الذي تراه في أي من جوانب تنفيذ العقد قبل أن تلجأ إلى سحب العمل منه . وفي حالة عدم الإخطار يبطل قرار سحب الأعمال .

([1]) . فتوى رقم 399 في 1960/5/16 ، جلسة 4 مايو 1960 .

ولا يوجد ما يمنع الجهة الإدارية من إعادة العملية مرة أخرى إلى المتعاقد بعد سحبها ، إذ أن الإدارة تستقل بتقدير هذه المسألة في ضوء الضمانات الجديدة التي يقدمها المتعاقد والتي تكفل إنجاز الأعمال على نحو يحقق المصلحة العامة([1]) .

* ***التنفيذ على الحساب*** : التنفيذ على حساب المتعاقد هو الوجه الآخر لجزاء سحب الأعمال ، "إذ أن الجهة الإدارية في محاولة منها للضغط على المتعاقد معها كي ينفذ التزاماته التعاقدية فإنها تهدده بسحب الأعمال منه ، إلا أنها متى قامت بسحب الأعمال فإنها تكون قد أنزلت بالمتعاقد معها الجزاء ، إلا أن الأمر لن يتوقف على ذلك ، فسحب الأعمال يترتب عليه توقف سير المرفق العام بصفة كاملة ، إذ لن يكون هناك مقاول ليسيّر المرفق العام، ولذلك كان لا بد من إيجاد وسيلة لتسيير المرفق العام بعد أن يتم سحب الأعمال من المتعاقد ، ويكون ذلك بقيام الإدارة بتنفيذ الإلتزامات التي لم ينفذها المتعاقد معها على حسابه ، سواء كان تنفيذها لتلك الإلتزامات بنفسها أو بواسطة صاحب العطاء التالي أو عن طريق طرح العملية من جديد"([2]) .

وبهذا يتضح أن التنفيذ على حساب المتعاقد ـ بعكس سحب الأعمال ـ ليس جزاء بل هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الإلتزام عيناً تقوم به الإدارة بنفسها إعمالاً لامتيازاتها ، عند إخلال المتعاقد معها ضماناً لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها ومنعاً من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق .

ويترتب على كون التنفيذ على حساب المتعاقد تنفيذاً عينياً أكثر من نتيجة لها أهميتها من الناحيتين النظرية والعملية نعرضهما فيما يلي :

ـ <u>التنفيذ على الحساب لا ينهي الرابطة العقدية ، بل تظل قائمة حتى يمكن تحميل المتعاقد بآثار التنفيذ</u> . وهذا ما قصده المشرع بالنص في المادة 51 من قانون

([1]) . فتوى رقم 399 في 16 مايو 1960 ، جلسة 4 مايو 1960 .

([2]) . عاطف محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 431 .

تنظيم التعاقدات على أنه "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه ..." . فإذا كان التنفيذ على الحساب ينهي الرابطة العقدية ما كان المشرع أورده بعد الفسخ الذي يعد وسيلة لإنهاء الرابطة العقدية ، ألا أنه فعل فدل بذلك على أن التنفيذ غير الفسخ لا ينهي هذه الرابطة .

وتطبيقاً لذلك قضي بأن "ما ذهب إليه المدعي من أن جهة الإدارة لا يكون لها حق الشراء على حسابه إلا في حالة إلغائها العقد وأنه لا يتم إلغاء العقد إلا بإخطار بخطاب موصى عليه طبقاً لأحكام المادة 13 من العقد وأنه يترتب على عدم الإخطار بقاء العقد قائماً وأن قيام جهة الإدارة بإجراء مناقصة جديدة إجراء باطل قانوناً ، لأن العقد ما زال قائماً منتجاً لجميع آثاره ولم يلغ بعد ـ أن هذا القول من جانب المدعى عليه مردود بأن الوزارة لم تلغ العقد وإنما قامت بالتنفيذ المباشر على حساب المتعهد المدعى عليه بمناقصة عامة تنفيذاً للمادة التاسعة من العقد الخاصة بالتأخير في التوريد ، إذ لا يتأتى إلغاء العقد مع التنفيذ المباشر على حساب المتعهد المقصر لأن إلغاء العقد معناه إنهاء الرابطة العقدية ويترتب عليه انعدام العقد فيعتبر كأن لم يكن، والشراء على الحساب في حالة التنفيذ المباشر لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هو المسئول أمام جهة الإدارة وتتم عملية الشراء لحسابه وتحت مسئوليته المالية ، ولذلك لا يمكن توقيعه إلا مع قيام الرابطة العقدية"([1]) .

ويترتب على بقاء الرابطة العقدية رغم التنفيذ على الحساب أنه يجوز إعادة العملية إلى المتعاقد مرة أخرى بعد سحبها منه ، متى قدرت الإدارة أن الضمانات الجديدة التي قدمها المتعاقد تجعله أقدر من غيره على إتمام العمل وهي مسألة موضوعية تستقل بها الإدارة([2]) .

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 15 يونيه 1958 ، م (12) ، ص 129 .

([2]) . فتوى رقم 399 في 16 مايو 1960 ، جلسة 4 مايو 1960 .

كذلك من نتائج بقاء الرابطة العقدية أن المتعاقد يبقى مسئولاً عن التنفيذ . أي أن المتعاقد يظل مسئولاً أمام جهة الإدارة وتتم العملية لحسابه وعلى مسئوليته ويعتبر من الناحية القانونية قد واصل التنفيذ فيقع على عاتقه غرامة التأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الإدارة.

لذلك أفتي بأن التنفيذ على الحساب لا يقتصر على تحميل المتعاقد مع الإدارة بثمن تنفيذ الإلتزامات التي سحبت منه ولكن يشمل أيضاً فروق الأسعار بين السعر الفعلي الذي نفذت به الإلتزام ـ بعد سحب الأعمال من المتعاقد ـ والسعر الذي كان مضمناً في العقد ، أي أن لجهة الإدارة عند سحب العملية من المتعاقد الحق في استرداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة سحب العملية([1]) .

ـ **<u>قيام الإدارة بالتنفيذ على الحساب إنما تقوم بدور الوكيل</u>** ، فتلتزم بما تنص عليه المادة 704 من القانون المدني من أن تبذل في هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة ، وأن تلتزم بنفس الشروط والمواصفات السابق التعاقد عليها مع المتعاقد، وإلا تكون قد خرجت عن حدود الوكالة ويمتنع معه ترتيب آثار التنفيذ على الحساب([2]) .

وترجمة لذلك أدان القضاء سلوك الإدارة بتراخيها في اتخاذ إجراءات التنفيذ على الحساب، "ففي قضية أبرم العقد فيها في 23 مايو 1987 وتتضمن مدة تنفيذه ستة أشهر بينما لم تتخذ الإدارة إجراءات التنفيذ على الحساب بالإعلان عن المناقصة العامة إلا في 17 أغسطس 1991 أي بعد ما يجاوز أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد ، وهي مدة تفوق القدر المعقول لقيام الإدارة بالتنفيذ على الحساب وبالتالي تكون قد أخلت بالعناية التي

([1]) . فتوى الجمعية العمومية رقم 344 في 15 أبريل 1984 ، جلسة 21 فبراير 1983 , مشار إليه في عاطف محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 432 وما بعدها .

([2]) . فتوى الرئاسة ، ملف رقم 81/34/93 ، سجل 98/429 . مشار إليه في عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق ، ص 437 .

كان عليها أن تبذلها بحسبانها وكيلة عن المتعاقد في التنفيذ على حسابه بما يتعين تحملها بما يوازي هذا الخطأ من جانبها"([1]).

ومن مقتضى هذا التكييف ولازمه "التزام الإدارة في حالة قيامها بنفسها بالتنفيذ على حساب المتعاقد ببيان مفردات هذا التنفيذ ، وذلك ببيان الأعمال المطلوب تنفيذها والمواد المستخدمة في هذا التنفيذ وأسعارها وقيمة استخدام المعدات والآلات الواجب استخدامها وأجور العمال ومقابل الإشراف على تنفيذ تلك الأعمال ... ومن ثم فإنه يكون لازماً على الإدارة عند مطالبة المتعاقد معها قضائياً بقيمة فروق التنفيذ على الحساب أن تقدم للمحكمة مفردات تلك الفروق حتى يمكن للمحكمة رقابة ما إذا كانت الإدارة قد التزمت حدود الوكالة أم أنها تجاوزت حدود الوكالة"([2]) .

ويجب على الإدارة أن ترفق بمفردات التنفيذ المستندات المؤيدة لها ، فلا يكتفى منها بتقديم حساب مجمل غير مدعم بالمستندات ، لأن مثل هذا الحساب لا يمكن القضاء ولا المتعاقد من التحقق من صدق البيانات الواردة فيه ، ولا يساعدهما على مناقشة الإدارة في تفاصيله .

وأياً كانت طبيعة التنفيذ على الحساب ، فإن الأحكام المتعلقة به تختلف باختلاف نوع العقد ، لذلك سنرجئ الحديث عنها إلى الفصل الأخير من هذه الدراسة . ويكفي أن نشير هنا إلى نقاط أربع :

الأولى أن التنفيذ على الحساب رغم أنه لا يعد جزاء إلا أن له بعض خصائص الجزاءات التي توقعها الإدارة على متعاقديها المقصرين ، فهي تستطيع أن توقعه بنفسها

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 3735 لسنة 41 ق ، جلسة 22 ديسمبر 1998 ، مشار إليه في حمدي حسن الحلفاوي ، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري ، 2002 ، ص 385 . انظر كذلك لذات المحكمة الطعن رقم 2048 لسنة 37 ق ، جلسة 2 فبراير 1999 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 3136 لسنة 39 ق ، جلسة 15 يونيه 1999 .

دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ولا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام([1]).

الثانية ، يجب أن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد بأنها ستقوم بتنفيذ العقد على حسابه إنْ لم يقم بتنفيذ ما تعهد به وفقاً للشروط المتفق عليها . وهذا الإعذار يمكن للقاضي أن يقف عليه من خلال الأوراق ، بل أن مجرد إخطار المتعاقد بالقصور المبرر لسحب الأعمال قد يكفي للقول بتوافر الإعذار المبرر للتنفيذ على الحساب . وللإدارة أن تعفى من الإعذار إذا أقر المتعاقد صراحة بعدم قدرته على التنفيذ أو إذا تضمن العقد نصاً صريحاً بإعفاء الإدارة من إجراء الإعذار أو في حالة الضرورة الملحة . والإخطار أو الإعذار يتم من قبل السلطة المختصة ويعلن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوان المتعاقد مع الإدارة المبين في العقد .

أما النقطة الثالثة فتتعلق بالتأمين النهائي ، حيث يصبح من حق الجهة الإدارية التي لها أن تصادره دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية (المادة 51 من القانون).

وأخيراً ، القرار الذي تصدره الإدارة بشطب اسم المتعاقد من عداد الموردين بمقتضى المادة 50 من القانون ـ إذا استعمل الغش أو التلاعب في تنفيذ التزاماته العقدية ـ يعتبر من القرارات الإدارية النهائية، وبالتالي يجوز الطعن فيه بالإلغاء في المواعيد المقررة قانوناً للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية النهائية . ولا يعتبر مثل هذا القرار من القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد الإداري واستناداً إلى نص من نصوصه والتي تنظرها محاكم مجلس الدولة في إطار ولايتها الكاملة للفصل في منازعات العقود الإدارية.

وما دام قرار الشطب من القرارات المستمرة التي يترتب عليه تعديل المركز القانوني للمتعاقد تعديلاً مستمراً بحيث يمتنع عليه الدخول في المناقصات الحكومية في المستقبل ، ما دام قرار الشطب قائماً وبالتالي منتجاً لآثاره ، فإنه يجوز لصاحب الشأن

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 1181 لسنة 33 ق ، جلسة 25 يناير 1994 .

طلب إعادة قيد اسمه في سجل المتعهدين إذا انتفى السبب الذي ترتب عليه شطب الاسم ولو كان ذلك بعد فوات ميعاد السحب أو الطعن القضائي بالإلغاء في قرار شطب اسم المتعهد من سجل المتعهدين([1]) .

وإذا كان شطب اسم المتعاقد بسبب استعمال الغش أو التلاعب إذا كان واجباً في حالة فسخ العقد ، فإنه أيضاً جائز إذا لم يُفسخ العقد([2]) .

(3) **الفسخ** : هو الجزاء المترتب على عدم قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته العقدية مع استعداد الإدارة لتنفيذ هذه الإلتزامات. بعبارة أخرى، هو جزاء بمقتضاه تنهي الجهة الإدارية الرابطة التعاقدية القائمة بينها وبين المتعاقد معها قبل انتهاء مدة العقد المتفق عليه لارتكاب الأخير خطأ جسيماً أو لعدم قدرته على الوفاء بالتزاماته. وبهذا يعد الفسخ من أشد الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد المقصر، إذ بمقتضى هذا الفسخ تنتهي الرابطة العقدية بإرادة الإدارة المنفردة تنفيذاً لامتياز التنفيذ المباشر، مع ما يمثله ذلك من خسارة للمتعاقد لما كان عساه أن يأمله من ربح وما تكبده من تبعات مالية ومادية.

والمتفحص لقانون تنظيم التعاقدات ولائحته التنفيذية يتبين له أن فسخ العقد قد يكون وجوبياً وقد يكون جوازياً .

<u>والفسخ وفقاً للمادة 50 من القانون يكون وجوبياً في حالات ثلاث</u> :

*- إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 184 لسنة 21 ق ، جلسة 20 فبراير 1982 ، س 27 ، ص 192 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 17 فبراير 1962 ، المجموعة س 7 ، ص 334 . ولذات المحكمة جلسة 17 يونيو 1960 ، المجموعة س 12 ، ص 1192 .

*- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

*- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار .

وسوف لا نقف عند دراسة إفلاس المتعاقد أو إعساره ، إذ سبق لنا وأن تكلمنا عنه ونحن بصدد الحديث عن التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بنفسه . كما أن دراسة الغش أو التلاعب ستكون محلاً للتفصيل عندما تأتي المناسبة الملائمة لبحثه بصدد الكلام عن انقضاء العقد الإداري . وإنما نقف عند دراسة الأثر الذي يترتب على ثبوت غش المتعاقد مع الإدارة أو تلاعبه .

فطبقاً للمادة 50 في فقرتها الثالثة يُشطب اسم المتعاقد من سجل المتعاملين في حالة ثبوت استعماله الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد أو إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار. وتُخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات العامة .

وعلة هذا الجزاء واضحة للعيان . فمن يستعمل "الغش أو التلاعب يكون مصدر خطر على المرفق العام وعقبة في سبيل تسييره بانتظام واضطراد ، ومن ثم يتعين حرمانه من الاستمرار في التعامل مع المرفق تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة التي تقتضي استمرار المرافق العامة في أدائها خدماتها المنوطة بها بانتظام"([1]) .

وتطلبت المادة 50 من القانون الجهات الإدارية أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة قبل إصدار قرار الشطب . ولا يترتب على مخالفة هذا الإلتزام أي أثر على

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 3788 لسنة 38 ق ، جلسة 25 مايو 1986 .

صحة قرار الإدارة بالشطب ، لأن أخذ رأي إدارة الفتوى هو مجرد تنظيم لاستعمال جهة الإدارة حقها في الشطب الذي قرره القانون([1]) .

والجزاء السابق قابل للتطبيق حتى لو كان الغش أو التلاعب لم يقع من المتعاقد نفسه، بل ممن استعان بهم طالما "قام الدليل المقنع من واقع الأوراق على تواطؤه أو علمه بهذا الغش أو التلاعب ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إحجام الموردين عن الدخول في المناقصات العامة ، وقد يكون منهم كفاءات وحسنو النية"([2]) .

ولكن ما هو موقف الإدارة من المتعاقدين من الباطن الذين كانت لهم صلة بتنفيذ العقد ورغم كونهم غير طرف في العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الأصلي ؟

أجابت المحكمة الإدارية العليا بقولها : "إن حظر التعامل كما يجوز بالنسبة للمتعاقدين والمقاولين المتعاقدين مع الجهات الإدارية بسبب العجز في تنفيذ التزام قائم أو سابق ... يجوز أيضاً بالنسبة للمتعهدين والمقاولين الذين لم يسبق لهم التعامل مع الجهات الإدارية والذين كانت لهم صلة بتنفيذ بعض العقود الإدارية سواء كانت هذه الصلة مقررة في هذه العقود أو ملحوظة عند تنفيذها ... ولما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن يعمل مورداً للجبن من باطن الشركة المصرية لتجارة السلع الغذائية المتعاقدة مع الجهة الإدارية، فإنه يكون من الجائز حظر التعامل معه استناداً إلى توافر الغش أو التلاعب رغم كونه غير طرف في العقد الإداري المبرم مع الشركة المذكورة"([3]) .

وفي الفقرة الأخيرة من المادة 50 فتح المشرع الباب أمام المتعاقد الذي شطب اسمه لإعادة قيده مرة أخرى في سجل الموردين أو المقاولين إذا انتفى سبب الشطب،

([1]) . فتوى الجمعية العمومية رقم 456 بتاريخ 20 إبريل 1985 ، جلسة 3 إبريل 1985 ، ملف رقم 251/1/54 ، السنتان (39 و40) ، مبدأ رقم 112 ، ص 326 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 943 لسنة 13 ق، السنة 16، جلسة 16 /1/ 1971، ص 150

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 436 لسنة 22 ق ، جلسة 9 أبريل 1985 ، السنة 30 ، مبدأ 140 ، ص 925 .

وذلك بصدور قرار من النيابة العامة بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية ضده أو بحفظها إدارياً أو بصدور حكم نهائي ببراءته مما نُسِب إليه . ويُعرض قرار إعادة القيد على الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشره بطريق النشرات المصلحية وعلة بوابة التعاقدات العامة.

ولم يطالب المشرع من الجهة الإدارية أخذ رأي إدارة الفتوى المختص بمجلس الدولة على إعادة القيد ، لأن إعادة القيد هو ارجاع حق للمتعاقد، ربما حصل عليه المتعاقد من خلال حكم قضائي نهائي ، وبالتالي فإن أخذ رأي إدارة الفتوى قد يعطي الانطباع بعدم حجية الحكم ومن ثم المساس بمكانته وباعتباره عين الحقيقة .

أما الفسخ الجوازي فجاء في القانون من خلال مادتين ، حيث نصت المادة 41 منه على أنه إذا لم يقم صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي خلال المهلة المحددة ، جاز للجهة الإدارية ، بموجب إخطار بكتاب يرسل له بخدمة البريد السريع ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر، إلغاء العقد .

ورغم أن المشرع استخدم لفظ "إلغاء" إلا أن المقصود به فسخ العقد ، وهو أمر جوازي لجهة الإدارة بحيث يترك أمر تطبيقه لها وحدها والتي لها أن تقدر مدى ملائمة تطبيق أحكام النص أو التجاوز عنه وفقاً لما تراه محققاً لمصلحتها في هذا الشأن([1]) .

ويصادفنا في المادة 51 من القانون تطبيق آخر للفسخ الجوازي إذ تنص هذه المادة على أنه : "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد ، إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه . ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة ، يُخطر به المتعاقد بكتاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد ..." .

ونفس الحكم جاءت به المادة 101 من اللائحة التنفيذية للقانون ، لكنها أضافت إلى القانون "عدم جواز إعادة طرح العملية في ذات السنة المالية المقرر التنفيذ فيها" .

([1]) . إدارة الفتوى لوزارة الثقافة ، ملف رقم 134/1/137 ، بجلسة 1 إبريل 1986 .

وهذا الحكم اللائحي ضرره على الجهة الإدارية أكبر من نفعه . فالإدارة "قد ترى فسخ العقد وقد تم تنفيذ جزء منه ، فكيف يتسبى لها عدم طرح العملية لاستكمال المشروع في ذات السنة المالية، وفي هذه الحالة لن يكون استكمال العملية تنفيذاً على الحساب لكونها اختارت الفسخ الجوازي"([1]) .

ويفهم من أحكام الفسخ الجوازي أنه لا يكون إلا من قِبل الإدارة وحدها ضماناً لحسن سير المرفق العام ، وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى وينبني على ذلك أنه 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 منه بذلك([2]) .

ولا تلجأ الإدارة إلى فسخ العقد إلا إذا وقع المتعاقد معها في خطأ جسيم . وإذا نص العقد المبرم بين الإدارة والغير على حالات معينة لفسخ العقد فإن هذه الحالات تعتبر على سبيل المثال وليس الحصر ، فيمكن للإدارة أن تفسخ العقد الإداري إذا أخل المتعاقد معها بالتزاماته العقدية إخلالاً جسيماً حتى ولو لم تكن الحالة من بين تلك المنصوص عليها في العقد .

والميزة التي تترتب على تضمين العقد حالات بعينها تبيح فسخ العقد أن هذه الحالات سيفترض فيها جسامة الخطأ ، وبهذا فهي تفلت من رقابة الملاءمة ، أما غيرها من حالات الخطأ غير المنصوص عليها فإن تكييفها بالخطأ الجسيم سيكون محلاً لرقابة القضاء . ومن قبيل هذا النوع من الأخطاء عدم تنفيذ الأوامر المصلحية ، وترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذه ، والتأخير في تنفيذ الأعمال أو تسليم التوريدات في المواعيد المقررة،

([1]) . حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة التعاقدات الحكومية ، 2020 ، ص 824.

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 1027 لسنة 15 ق ، جلسة 28 يناير 1978 ، السنة 23 ، ص 52 .

والتنازل عن العقد دون موافقة الإدارة ، عجز المتعاقد عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقررة ، الغش من جانب المورد نفسه أو مندوبيه .

والفسخ الجزائي لا يؤتي ثماره إلا إذا سبقه إعذار للمتعاقد ومنحه فترة معقولة تسمح له بأداء التزاماته العقدية . فإذا استخدمت الإدارة سلطتها في الفسخ دون سبق إعذار كان الفسخ معيباً ويعفى المتعاقد من نتائجه التي سبق وأن أشرنا إليها . رغم ذلك تعفى الإدارة من الإعذار إذا نص العقد على ذلك أو إذا كان الفسخ الذي أوقعته الإدارة كان نتيجة لإجراء ضاغط سبق إعذار المتعاقد به ومن أجل ذات الأخطاء([1]) .

ولا يتردد القضاء في السماح للإدارة بأن تجمع بين توقيع الفسخ والجزاءات الأخرى كمصادرة التأمين واقتضاء التعويضات . فإذا كان للدائن الذي أجيب إلى طلبه بفسخ العقد بأن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه لإهمال أو تعمد ، وترتب على هذا الخطأ ضرر ، فإن هذه القاعدة "بحكم عموميتها تطبق في حالة فسخ العقد الإداري ، كما تطبق في حالة فسخ العقد المدني على حد سواء ، ومن ثم فإن هذا التعويض الذي مرده إلى القواعد القانونية العامة مستقل في سببه كما أنه مختلف في طبيعته ووجهته وغايته عن شرط مصادرة التأمين الذي هو أحد الجزاءات المالية التي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقد الإداري والتي مردها إلى ما يتميز به هذا العقد من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة في شأنه على مصلحة الأفراد الخاصة . وهذا الطابع الخاص هو الذي يترتب عليه تمتع الإدارة في العقد بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية ومن بينها مصادرة التأمين . وما دام السبب في كل من مصادرة التأمين من جهة ، والتعويض من جهة أخرى مستقلاً والطبيعة

([1]) . أنظر عبد المجيد فياض ، العقد الإداري في مجال التطبيق ، 1983 ، ص 254 .

والوجهة والغاية في كل منهما متباينة ، فلا تثريب إنْ اجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض أيضاً"([1]) .

كما قضي بأن من شروط العقد التي "نوهت بها الفقرة 2 من البند 49 التزام المتعاقد بتوريد الأصناف المطلوبة مطابقة للمواصفات المتفق عليها ، والتزامه بتوريدها بالوزن والعدد المطلوب في المواعيد المحددة بهذا التوريد ، وعلى ذلك فإذا أخل المتعاقد بأي شرط من هذه الشروط أو غيرها ثلاث مرات خلال ثلاثين يوماً حق لوكيل الوزارة فسخ العقد ومصادرة التأمين إعمالاً لشروط العقد ، ولا يمنع من ممارسة هذا الحق سبق توقيع الجزاءات المنصوص عليها في الفقرة 3 من البد 49 المشار إليه ... هذه الجزاءات المترتبة على الشراء من الغير على حساب المتعاقد مع الجهة الإدارية عند إخلاله بشروط التوريد ، وهي تحميل المتعاقد بفروق الثمن والمصاريف الإدارية والغرامات وما إليها . لا يمتنع ذلك لأن طبيعة حق وكيل الوزارة في فسخ العقد ومصادرة التأمين تقتضي سبق إخلال المتعاقد مع الإدارة بشروط العقد عدداً معيناً من المرات في أمد معين ، ولا يسوغ أن تقف الإدارة حيال هذا الإخلال المتكرر بشروط العقد وإثناء تنفيذه موقفاً سلبياً ، فقد تقوم بشراء الأصناف المطلوبة على حساب المقصر وما يستتبع ذلك بحكم اللزوم من توقيع الجزاءات المترتبة عليه ، انتظاراً لتوافر الشروط المبررة لفسخ العقد ومصادرة التأمين"([2]) .

(4) ***الجزاءات الجنائية*** : لما كانت القاعدة الدستورية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، كان مستبعداً أن ينص العقد ذاته على جزاءات جنائية بالنسبة لمخالفة الإلتزامات العقدية التي يتضمنها . ورغم ذلك يمكن توقيع الجزاءات الجنائية على المتعاقد

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 10 ديسمبر 1966 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 666، ص 1054 . ولذات المحكمة ، جلسة 21 يونيه 1969 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 667، ص 1055 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 9 يناير 1971 ، المجموعة ، س 16 ، ص 130 .

مع الإدارة في أكثر من حالة : ***- فمن ناحية** ، تنص المادة 105 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات على أن "يلتزم المتعاقد بتنفيذ محل العقد في الميعاد أو المواعيد المحددة بأمر التوريد أو الإسناد ، وعليه اتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف ذلك . كما يلتزم المتعاقد باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أي شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الدولة أو الأفراد ، وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية ..." .

ويفهم من ذلك أن المتعاقد يُسأل عن مخالفته للإلتزامات السابقة مسئولية جنائية ومدنية لا شأن لجهة الإدارة بها .

***- من ناحية أخرى** ، يجرم قانون العقوبات بعض المخالفات العقدية ، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 116 مكرراً (ج) ، حيث قضت بأن "كل من أخل عمداً بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة 119 أو مع إحدى شركات المساهمة وترتب على ذلك ضرر جسيم ، أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن. وتكون العقوبة السجن المؤبد أو المشدد إذا ارتكب الجريمة في زمن حرب وترتب عليها إضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها .

"وكل من استعمل أو ورد بضعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفة الذكر، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد. ويحكم على الجاني بغرامة تساوى قيمة الضرر المترتب على الجريمة . ويعاقب بالعقوبات سالفة الذكر على حسب الأحوال ، المتعاقدين من الباطن والوكلاء والوسطاء إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعاً إلى فعلهم" .

*- **من ناحية ثالثة** ، حظرت المادة 374 من قانون العقوبات على المستخدمين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة في المرافق العام أو بعمل يسد حاجة عامة ولو لم يكن موضوعاً لها نظام خاص أن يتركوا عملهم أو يمتنعوا عنه عمداً. وتجري في شان ذلك جميع الأحكام المبينة في المادتين 124 و 124(أ)([1]) . وتطبق العقوبات المنصوص عليها فيهما على هؤلاء المستخدمين والأجراء وعلى المحرضين والمشجعين والمحبذين والمذيعين على حسب الأحوال" .

([1]) .تنص المادة 124 من قانون العقوبات على أنه "إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو في صورة الاستقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه. ويضاعف الحد الأقصى لهذه العقوبة إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر ، أو كان من شأنه أن يحدث اضطراباً أو فتنه بين الناس أو إذا أضر بمصلحة عامة . وكل موظف أو مستخدم عمومي ترك عمله أو امتنع عن عمل من أعمال وظيفته بقصد عرقلة سير العمل أو الإخلال بانتظامه يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه . ويضاعف الحد الأقصى لهذه العقوبة إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر أو كان من شأنه أن يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس أو إذا أضر بمصلحة عامة" .

أما المادة 124 (أ) فجاءت على النحو التالي : " يعاقب بضعف العقوبات المقررة بالمادة 124 كل من اشترك بطريق التحريض في ارتكاب جريمة من الجرائم المبينة بها. ويعاقب بالعقوبات المقرة الأولى من المادة المذكورة كل من حرض أو شجع موظفاً أو مستخدماً عمومياً أو موظفين أو مستخدمين عموميين بأية طريقة كانت على ترك العمل أو الامتناع عن تأدية واجب من واجبات الوظيفة إذا لم يترتب على تحريضه أو تشجيعه أية نتيجة. ويعاقب بنفس العقوبة كل من حبذ جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين من هذه المادة أو في الفقرة الأولى من المادة 124 ويعد على وجه الخصوص من وسائل التحبيذ إذاعة أخبار صحيحة أو كاذبة عن هذه الجرائم بإحدى الطرق المنصوص عليها فى المادة 171. وفضلاً عن العقوبات المتقدم ذكرها يحكم بالعزل إذا كان مرتكب الجريمة من الموظفين أو المستخدمين العموميين" .

وبالمثل حظرت المادة 374 مكرراً على "المتعهدين وعلى كل من يدير مرفقاً أو عملاً من الأعمال العامة المشار إليها في المادة السابقة أن يوقفوا العمل بكيفية يتعطل معها أداء الخدمة العامة وانتظامها. وتطبق عليهم وعلى المحرضين والمشجعين والمحبذين والمذيعين العقوبات المنصوص عليها في المادتين 124 و 124(أ) على حسب الأحوال".

*- **من ناحية رابعة** ، تملك السلطة الإدارية حق إصدار لوائح الضبط التي تهدف من ورائها المحافظة على النظام العام بمدلوله الثلاثي الصحة والأمن والسكينة . فإذا خالف المتعاقد مع الإدارة الأحكام التي تضمنتها هذه اللوائح حق عليه توقيع الجزاءات الجنائية . لذلك لا يجوز أن يتضمن العقد شرطاً يعفي المتعاقد من الجزاء المنصوص عليه في لائحة الضبط .

لذلك نصت المادة 380 من قانون العقوبات على أن "من خالف أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العامة أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على خمسين جنيها ، فإن كانت العقوبة المقررة في اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها . فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها" .

وغني عن البيان أن الإدارة لا يجوز لها أن تصدر لائحة ضبط بغية الضغط على المتعاقد وإجباره على الوفاء بالتزاماته العقدية . وعلة ذلك مزدوجة : فمن ناحية تتسم لائحة الضبط بالعمومية والتجريد ، ومما يخالف هذه السمة أن تصدر لائحة تتعلق بمتعاقد بعينه بهدف إرغامه على تنفيذ التزاماته ومن ثم تقديم جزاء إضافي للعقد . من ناحية أخرى ، اللائحة التي تصدرها الإدارة لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ العقد تفقد مشروعيتها بسبب استخدامها في غير الغرض المخصص لها وهي المحافظة على النظام العام .

والجزاء الجنائي لا يحول دون تطبيق الجزاءات العقدية كغرامات التأخير ومصادرة التأمين والفسخ . وفي جميع الحالات يجب على الإدارة حال تطبيق العقوبة على المتعاقد تلبية للنص التشريعي أو اللائحي أن تراعي الإجراءات المقررة لإنزال الجزاء الجنائي .

المبحث الثاني

التزامات الإدارة المتعاقدة

تلتزم جهة الإدارة بأن تدفع مقابلاً للمتعاقد معها **(المطلب الأول)** ، كما تلتزم بدفع التعويضات الناتجة عن إخلالها بالتزاماتها أو تلك الناتجة عن الأعمال الزائدة **(المطلب الثاني)**. وكثيراً ما يثير وفاؤها بهذه الإلتزامات مسألة هامة تتصل بتقرير حق المتعاقد في التوازن الاقتصادي للعقد **(المطلب الثالث)** .

المطلب الأول

دفع مقابل العقد

المقابل المالي وصوره : يعتبر العقد الإداري من الأعمال القانونية التبادلية التي تقوم على أساس تقابل الالتزامات، وبعبارة أخرى أنه ينشئ التزامات متبادلة في ذمة طرفي العملية. ففي نفس الوقت الذي يلتزم فيه المتعاقد بالقيام بعمل، تلتزم الإدارة بأداء الإلتزامات المفروضة عليها، ومن أهم هذه الإلتزامات التزام الإدارة بأن تدفع للمتعاقد معها المميزات المالية الممنوحة له بموجب العقد، وهي إما أن تكون في شكل ثمن إذا كنا بصدد عقد التوريد والأشغال والنقل، وإما أن تكون في شكل مرتب إذا كنا أمام عقد توظيف، وإما أن تكون في شكل رسم إذا كنا بصدد عقد امتياز، أو في شكل فائدة إذا كنا أمام عقد قرض.

طبيعة التزام الإدارة : يعتبر التزام الإدارة بطبيعته التزاماً مالياً ينطوي على الوفاء بمبلغ من النقود يكفل تحقيق أمرين : الأول سد العجز الذي أصاب ذمة المتعاقد بسبب تنفيذ العقد ، والثاني تحقيق ربح ابتغاه المتعاقد من وراء العقد .

إنما هل تعتبر هذه الخاصية النقدية من مستلزمات هذا الإلتزام ؟ أم يتصور في بعض الفروض أن تلتزم الإدارة بالتزام آخر لا يتضمن الوفاء بمبلغ من النقود ؟ تثور هذه المسألة عملاً في عقد الإلتزام ، حيث تعهد الإدارة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بإدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي لمدة محددة متحملاً أخطاره المالية مقابل

الرسوم التي يحصلها من المنتفعين . وعلى هذا النحو لا تقدم الإدارة مقابلاً مالياً للملتزم، بل تصرح له فقط باستغلال المشروع واقتضاء الرسم المقرر لقاء تقديم الخدمة .

فهل في اقتضاء الملتزم الرسم من المنتفعين دون الإدارة ما يتنافى مع طبيعة هذا الإلتزام؟ قلنا أن التزام الإدارة يجب أن يكون مالياً ، وقد يبدو لأول وهلة أن في اقتضاء الملتزم المقابل من المنتفعين دون الإدارة ما يتنافى مع طبيعة هذا الإلتزام . ولكن بالتعمق قليلاً يبين أن هذه الطريقة تتحلل في النهاية إلى التزام مالي . فبدلاً ما تحصل الإدارة هذه الرسوم من المنتفعين لمصلحتها وما يعنيه ذلك من زيادة ذمتها المالية ، فإنها تسمح للمتعاقد بأن يجني هذه الرسوم لمصلحته . فالإدارة ستفقد في هذه الحالة مورد من موارد تمويل ذمتها المالية .

تحديد التزام الإدارة : الآن وقد عرفنا أن التزام الإدارة يجب أن يكون موضوعه الوفاء بعوض مالي عند توافر مناط استحقاقه ، ننتقل إلى البحث في كيفية تحديد هذا العوض المالي .

الأصل أن يتحدد التزام الإدارة بمبلغ نقدي يحدده الطرفان عند التعاقد . أو بعبارة أصح أن للمتعاقد أن يعرض في عطائه الثمن الذي يبغي التعاقد عليه ، فإذا أقرته عليه الإدارة تحدد بذلك التزامها بصفة نهائية . فاذا توافر مناط استحقاقه حق للمتعاقد أن يطالب الوفاء بهذا الثمن كاملاً . لذلك أفتي بأن "حقوق المتعاقد تتحدد أصلاً طبقاً لنصوص العقد فيتعين تنفيذه وفقاً لما اشتمل عليه وبما يتفق وحسن النية وأن الأسعار المتفق عليها تقيد طرفي العقد كأصل عام فلا يجوز للإدارة أن تنتقص مستحقات المقاول على أساس ما يطرأ عليها من انخفاض"([1]) .

ويترتب على تقييد طرفي العقد بالثمن المتفق عليه في العقد أنه لا يوجد مانع قانوني من اتفاق الطرفين على تعديله ، إذا ما تلاقت إرادة السلطة الإدارية المختصة

([1]) . فتوى الجمعية العمومية ، ملف 891/2/32 ، جلسة 17 فبراير 1982 .

بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على تعديل الثمن وفي هذه الحالة يكون الثمن الجديد ملزماً لكل من طرفيه وواجب الأداء([1]) .

ويصح أن نشير هنا إلى أن التزام الإدارة بدفع المقابل المالي قد يتحدد بصورة إجمالية، حيث يتفق الطرفان على تحديد الأعمال أو الكمية المطلوب توريدها وثمنها الإجمالي . فإذا تم التوريد مثلاً دفعة واحدة ، استحق المتعاقد الثمن الإجمالي المتفق عليه. كذلك إذا اتفق على أن الإدارة تدفع المقابل عقب انتهاء المقاول من جميع الأعمال، فإن الثمن لا يستحق إلا بعد الانتهاء من هذه الأعمال ما لم يتفق على غير ذلك . أما إذا تم التوريد أو الأعمال على دفعات، فإن المتعاقد يستحق مقابلاً عما ورده أو ما قام به من أعمال .

وفي حالة كون محل العقد توريد صنف على هيئة وحدات فيتم تحديد ثمن مستقل لكل صنف من السلع المطلوب توريدها وتحديد ثمن الوحدة من الصنف الواحد . في هذه الحالة يكون السعر الإجمالي هو ثمن الصنف في إجمالي عدد الوحدات الموردة من هذا الصنف مضروباً في ثمن الوحدة منه . وإذا تضمن العقد النص على توريد أكثر من صنف ، فإن ثمن العقد يتحدد على أساس جمع ثمن الأصناف موضوع التعاقد([2]).

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يسوغ للإدارة أن "تتذرع بأن الثمن قد حدد على أساس سعر الوحدة ولم يحدد بصفة إجمالية ، إذ أن تحديد الثمن على أساس سعر الوحدة لا يعني أن من حق جهة الإدارة أن تبعض الصفقة كما تشاء بعد أن حدد سعر الصفقة بأكملها على أساس مجموع الوحدات التي كانت محل للتعاقد ، إذ أن تحديد سعر معين للوحدة يراعى فيه عدد الوحدات ، ولا يعني هذا أن كل وحدة من وحدات الأصناف المبيعة تساوي الثمن الذي قدر لها، وإنما تساوي الوحدة الثمن المقدر لها إذا اجتمعت مع باقي

([1]) . المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1222 لسنة 12 ق، جلسة 1 يناير 1970، س 15، ص 146.

([2]) . عاطف سعدي محمد ، المرجع السابق ، ص 494 ، 495 .

الوحدات ونظر إليها بأكملها كوحدة ، ولا سيما إذا كان المبيع أصنافاً تالفة أو مستعملة تتفاوت حالة كل وحدة منها عن الأخرى"([1]) .

وقد يتم تحديد المقابل على أساس أسعار السوق السائدة في تاريخ معين . ولذلك قضت المادة 15 من قانون تنظيم التعاقدات بأن تشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة تضم الخبرات والتخصصات النوعية اللازمة، وتتولى إعداد القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي للعملية محل التعاقد من خلال دراسة السوق وتعاقدات الجهة الإدارية السابقة أو تعاقدات غيرها من الجهات الإدارية إن وجدت، آخذاً في الاعتبار المواصفات التي تتناسب واحتياجاتها، وذلك قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح .

وفي حال إذا ما غفل المتعاقدان عن تحديد المقابل المالي ، كأن تطلب جهة الإدارة من المتعاقد بأن يورد أصناف معينة أو يقوم بعمل ما على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد، في هذه الحالة لا تنفرد الإدارة بتحديد المقابل وفرضه على المتعاقد، "لأن المقابل المادي المستحق للمتعاقد مع الإدارة إنما يشكل الشرط التعاقدي الأصيل للعقد ولذلك فإن القاعدة فيه أن يحدد باتفاق بين الإدارة والمتعاقد . وإذا كان الأصل تحديد المقابل برقم معين في صلب العقد أو بمقتضى الوثائق الملحقة به فإنه من الجائز تحديده بطريقة أخرى كالإحالة إلى عناصر خارجة عن العقد كالأسعار السائدة وغير ذلك من الوسائل التي تعين في تحديد المقابل"([2]) ، ومن بينها المبادئ الواردة بالتشريع . وعلى سبيل المثال ما ورد بالبند (4) من المادة 53 من اللائحة التنفيذية من حكم يتعلق بإغفال العطاء عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها أو عمل من الأعمال اللازم تنفيذها . ففي الحالة الأولى يعتبر المورد ممتنعاً عن الدخول في المناقصة بالنسبة إلى هذا الصنف. أما في الحالة الثانية فلجهة الإدارة ـ مع الاحتفاظ بالحق في استبعاد العطاء ـ أن تضع للبند الذي سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند في العطاءات المقبولة،

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 954 لسنة 12 ق ، جلسة 11 ابريل 1970 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 2676 لسنة 35 ق ، جلسة 23 إبريل 1996 .

وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات ، فإذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطاءات المقبولة دون أن يكون له حق المنازعة في ذلك .

وفي حالة الخلاف بين المتعاقدين في تحديد مقابل العقد ، فإن القاضي يستطيع حسم النزاع بأن يتولى بنفسه تحديد السعر المناسب([1]) .

كيفية الوفاء بالمقابل المالي : الأصل المتبع في العقود أن يحصل المتعاقد على المقابل بعد إتمام المقاولة أو التوريد([2])، ولكن يحصل أحياناً أن يتم الدفع مقدماً أو على هيئة دفعات تحت الحساب .

* ***الدفعة المقدمة*** : بمقتضى المادة 44 من القانون يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة بموافقة السلطة المختصة صرف دفعة مقدمة من قيمة التعاقد وبشرط أن تضمن كراسة الشروط والمواصفات نسبة الدفعة وطلب تحديد أوجه صرفها . وفي حال عدم تضمين كراسة الشروط الدفعة المقدمة ، فيعد ذلك بمثابة عزوف من الإدارة عن مبدأ إقرارها.

ويكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان مصرفي معتمد بذات القيمة والعملة وغير مقيد بأي شروط وساري المفعول حتى تاريخ الاستحقاق الفعلي لتلك المبالغ . وعلة هذا الضمان واضحة وهي تقديم ضمان "لما دفعته الجهات الإدارية من مبالغ تحت الحساب فتستطيع استردادها إذا نكل المتعاقد ولم يوف بالتزامه بتنفيذ هذا العقد"([3]) .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 560 لسنة 13 ق، جلسة 17 يونيه 1972، س 17، ص 567

([2]) . وفقاً للمادة 93 من اللائحة التنفيذية : "يصرف ثمن الأصناف الموردة في أقرب وقت ممكن وبما لا يجاوز خمسة عشر يوم عمل تحسب من تاريخ اليوم التالي لاعتماد قرار لجنة الفحص أو لورود نتيجة الفحص الفني حسب الأحوال . وفي الحالات التي يتضمن فيها التعاقد 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 استلام وسداد الثمن" .

([3]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 439 .

ويتم تسييل خطاب الضمان ، إذا تبين لجهة الإدارة أثناء التنفيذ عدم الالتزام بأوجه الصرف المحددة للدفعة المقدمة .

كما يحق للإدارة استبعاد العطاءات التي خالفت نسب الدقعة المقدمة المحددة باللائحة التنفيذية للقانون في مادتها 92 . إلا أنه يجوز تجاوز هذه النسب في الحالات التي ترى الجهة الإدارية ضرورة لذلك شريطة الحصول على موافقة وزير المالية قبل الطرح .

ويري البعض "أن المشرع لم يحالفه التوفيق إذ ألزم أصحاب العطاءات بعدم تجاوز نسبة الدفعة المقدمة واستبعاد كل عطاء يخالف ذلك ، على الرغم من عدم تضمين نسبة الدفعة المقدمة بكراسة الشروط والمواصفات وطلب تحديد أوجه صرفها، وعلى الرغم من أن المشرع ذاته قد اعتبر عدم تضمينه (نسبة الدفعة المقدمة) بكراسة الشروط والمواصفات بمثابة عزوف منها عن مبدأ إقرارها ، فكيف يتسنى لها إلزام صاحب العطاء بعدم تجاوز نسبة الدفعة المقدمة واستبعاد عطاؤه إن خالف ذلك ، حال كون تحديد صاحب العطاء (نسبة الدفعة المقدمة) لا يعدو أن يكون محض طلب منه ، إن جاء مطابقاً للنسبة المقررة باللائحة التنفيذية أو مخالفاً لها بالزيادة أو النقصان، فإن الجهة الإدارية هي من يقبل ابتداءً صرف الدفعة المقدمة وهي من يحدد النسبة وفقاً لما قررته اللائحة بأن لا يجوز النسبة المقررة"([1]) .

وفي الحالات التي تكون فيها بداية تنفيذ العقد معلقة على تحقق أكثر من واقعة من بينها صرف الدفعة المقدمة فيراعى ألا يتم صرفها إلا بعد تحقق جميع الوقائع الأخرى.

ويتعين أن يكون الدفع المقدم في حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التي يتم فيها التعاقد([2]) .

([1]) . حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة التعاقدات الحكومية ، مرجع سابق ، ص 753.

([2]) . الفقرة الأخيرة من المادة 92 من اللائحة التنفيذية .

ومن نافلة القول أن الدفع المقدم يجب أن تتلاقى عليه إرادة الطرفين ، وذلك بأن يطلبه مقدم العطاء في عطائه وتقبله الجهة الإدارية أو تضعه الأخيرة في كراسة الشروط ويتقدم مقدم العطاء على أساسه .

* ***صرف دفعات تحت الحساب*** : الدفعة تحت الحساب هي عبارة عن "مبلغ من المال تدفعه الجهة الإدارية للمقاول في عقود مفاولات الأعمال بناء على قاعدة الأعمال المنجزة بعد معاينتها وتقييمها، وتهدف إلى تخفيف الأعباء المالية على المتعاقد . فالدفع هنا يتم نظير تنفيذ جزئي للعقد دون أن تمثل نلك الدفعة كل قيمة الجزء المنفذ بل بعض منه ، وعادة يمثل 90 أو 95% من قيمة الأعمال المنفذة. وتجري التسوية النهائية لاستحقاقات المتعاقد في ضوء القيمة الاجمالية للعقد وما سبق أن حصل عليه من سُلف أو دفعات تحت الحساب"([1]) .

وقد صرح المشرع في قانون تنظيم التعاقدات بحق المتعاقد في تلقي دفعة تحت الحساب نظير ما أنجزه من أعمال ، وذلك بالنص في المادة 45 على ما يأتي :

"مع مراعاة شروط التعاقد ، يصف ثمن الأصناف الموردة أو الخدمات المؤداة في أقرب وقت ممكن وبما لا يجاوز 30 يوماً تحسب من تاريخ الفحص والقبول والاعتماد. وفي مقاولات الأعمال تصرف الجهة الإدارية دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وذلك خلال 60 يوماً تُحسب من تاريخ تقديم المستخلص لها معززاً بالمستندات على النحو الوارد بشروط التعاقد وقبول هذه المستندات من الجهة الإدارية ، وتلتزم الاخيرة خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما يعتمد" .

وفي حالة رفض الجهة الإدارية استلام المستخلص المستوفي لشروط التعاقد ، يجوز للمقاول إرساله "مرفقاً به كافة المستندات بكتاب يُرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد ، على أن يكون تاريخ استلام الجهة الإدارية للمستخلص بالبريد

([1]) . حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص 757 .

هو بداية المدة اللازمة للبدء في إجراءات الصرف . وفي حال عدم الوفاء بالمبالغ المستحقة للمتعاقد في المواعيد المحددة تلتزم الجهة الإدارية بأن تؤدي للمتعاقد ما يعادل تكلفة التمويل لقيمة المطالبة أو المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي وقت المحاسبة ، شريطة تقديم مستندات رسمية بالمبلغ المطالب به ، ويُحال المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك" .

ويكون صرف الدفعات تحت الحساب على النحو الآتي([1]) :

ـ بواقع (95%) من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات. كما يجوز صرف الـ (5%) الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهي سريانه بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ حصول الاستلام المؤقت .

ـ بواقع (75%) من القيمة المقررة للمواد التي وردها المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلاً بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها وأن تكون مشونة بموقع العمل في حالة جيدة .

ـ بعد تسلم الأعمال مؤقتاً تقوم الجهة الإدارية بتحرير الكشوف الختامية بقيمة جميع الأعمال التي تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

ـ وعند تسلم الأعمال نهائياً بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمي الدال على ذلك يسوى الحساب النهائي ويُدفع للمقاول باقي حسابه بما في ذلك التأمين النهائي أو ما تبقى منه .

حق المتعاقد في الفروق الناشئة عن زيادة الأسعار : رأينا فيما تقدم أن تحديد المقابل المالي يستند إلى إرادة الطرفين ، بحيث يمتنع على أي منهما الانفراد بتعديله دون رضا الطرف الآخر، وهو ما يعبر عنه بمبدأ "نهائية أو ثبات الثمن" . فطرفي العقد عندما اتفقا على

([1]) . المادة 93 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات .

الثمن فقد وضعا في اعتبارهما عدة عوامل : فمن ناحية فهو يوازي بالتقريب قيمة النفقات التي أنفقها المتعاقد من ماله في سبيل تنفيذ العقد. من ناحية أخرى يشمل المصاريف العمومية التي يواجهها المتعاقد كمصاريف الإدارة وإبرام العقد والضرائب. ويضاف إلى هذه النفقات العامة ما يطمح المتعاقد إلى تحقيقه من ربح. ومن مجموع هذه النفقات وتلك الأرباح مضافاً إليها الضرائب يتكون المقابل المالي أو الثمن الذي يثقل كاهل الإدارة .

ويخاطب مبدأ ثبات الثمن كل من المتعاقد والإدارة . فبالنسبة للمتعاقد مع الإدارة نص البند الخامس من المادة 53 من اللائحة التنفيذية على أن "الفئات التي حددها صاحب العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطي جميع المصروفات والالتزامات أياً كان نوعها التي يتكبدها بالنسبة إلى كل بند من البنود ، وكذلك تشمل القيام بإتمام توريد الأصناف وتنفيذ جميع الأعمال وتسليمها للجهة الإدارية والمحافظة عليها أثناء مدة الضمان طبقاً لشروط العقد وتتم المحاسبة النهائية بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى" .

كذلك لا يجوز للإدارة أن تقوم من تلقاء نفسها بتعديل المقابل المالي سواء بالزيادة أو بالنقص دون رضاء الطرف الأخر . وإذا كان التعديل بالنقص فيه اعتداء على حقوق المتعاقد ، فإن التعديل بالزيادة فيه اعتداء على المال العام ، فلا يجوز للإدارة باعتبارها الأمينة على هذا المال أن تعرضه للنقص بزيادة المقابل المالي دون مقتضى من نص في التشريع أو في العقد .

وإذا كان الثمن بمكوناته السابقة ثابتاً ، ولكن طرأت ظروف خلال مدة التنفيذ من شأنها أن تجعل الثمن لا يعبر عن هذه المكونات ، فإنه يترتب على ذلك زوال ثبات الثمن، بحيث يستدعي الأمر تدخلاً جديداً من المتعاقدين لإعادة التوازن المفقود بزيادة المقابل بالقدر الذي يجعله متناسباً مع مكوناته .

من هنا نفهم ما نصت عليه المادة 47 من قانون تنظيم التعاقدات من أنه "في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر ، تلتزم الجهة الإدارية في

نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر بحسب الأحوال، بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد الذي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر وبمراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ من واقع نشرة الارقام القياسية للمنتجين الصادرة من الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء، ويكون هذا التعديل ملزماً لطرفي التعاقد، ويتعين تضمين العقد مضمون ذلك، (.....) ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك . وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط والاجراءات المتبعة في هذا الشأن ومعادلة تغير الاسعار واشتراطات تطبيقها" .

وتنفيذاً للمادة السابقة جاءت المادة 97 من اللائحة التنفيذية متضمنة نظاماً متكاملاً لتعديل قيمة العقد، حددت فيه شروط وكيفية إجراء مثل هذا التعديل ، فأوجبت على الجهة طالبة التعاقد تعيين عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل ضمن شروط الطرح ، وألزمت المقاولين بتحديد معاملات في عطاءاتهم تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التي سيرد عليها التعديل ، كما أوضحت المادة المذكورة كيفية المحاسبة على فروق الأسعار فوضعت معادلات حسابية يؤدي إعمالها إلى تحديد قيمة هذه الفروق ، وذلك عن طريق استخدام معامل التغيير الذي حدده المقاول منذ البداية في عطائه .

والزيادة التي قد تطرأ على المقابل قد تجد أساسها في تقلب السوق وسعر العملة أو التغيير في التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب .

فإذا كان التغيير بسبب تعديل التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب، فإن جهة الإدارة تتحمل بقيمة زيادة التعريفة أو الرسم أو الضريبة عما كانت عليه عند تقديم العطاء. وعلة ذلك هي تأمين من يتعاقدون مع الجهات الإدارية ضد كل تغيير في الضرائب والرسوم الجمركية يحدث بعد تقديم العطاءات وحتى تمام التوريد لما قد يترتب على خشية هؤلاء المتعاقدين من ذلك التغيير من إحجامهم عن التعاقد مع الجهات الإدارية فيتعطل سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وترجمة لذلك نصت المادة 66 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 في فقرتها (د) على أنه "إذا حدث تغيير في التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب التي تحصل عن الأصناف الموردة في المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم في غضون المدة المحددة له فيسوي الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المورد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة . أما في حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد، إلا إذا أثبت المورد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل .

"وفي حالة التأخير في التوريد عن المواعيد المحددة في العقد وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد ، فإن المورد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة في الرسوم والضرائب المشار إليها إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى القوة القاهرة ، أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد" .

والحكم السابق يطبق حتى لو كانت الزيادة في التعريفة الجمركية ناتجة عن زيادة سعر الصرف الذي كانت تحسب الرسوم الجمركية على أساسه. والقول بقصر تحمل الجهة المتعاقدة للفرق على حالة زيادة التعريفة الجمركية فقط دون حالة زيادتها بسبب التغيير في سعر الصرف الذي كانت تحسب الرسوم على أساسه يعتبر تفرقة تحكمية لا مبرر لها من القانون، سيما وأن الحكمة من تحمل قيمة الزيادة في الحالتين واحدة([1]) .

وقد ترجع الزيادة إلى تقلب السوق نتيجة لارتفاع أسعار المواد الخام ، في هذا الفرض يستحق المتعاقد الزيادة التي طرأت على هذه الأسعار طالما وجد نص في العقد يقضي بالتزام الإدارة بسداد قيمة أية زيادة في أسعار المواد المستخدمة في البناء تطرأ خلال المدة المقررة لتنفيذ العقد ، وذلك إعمالاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، ومن

([1]) . فتوى رقم 166 بتاريخ 12 فبراير 1987 ، جلسة 4 فبراير 1987 ، ملف رقم 351/2/37 ، السنتان 41 و42 ، مبدأ 94 ، ص 268 .

ثم يحق للمتعاقد صرف قيمة الزيادة في أسعار تلك المواد طالما قد حدثت خلال مدة تنفيذ العقد .

وتطبيقاً لذلك قضي بأحقية المتعاقد في الزيادة في الأسعار متى تمسك في عطائه بأن تؤدى إليه أية زيادة تطرأ بقرارات سيادية على أسعار بعض المواد المستخدمة في تنفيذ العقد([1]). أما مواد البناء التي لم تستلزمها الرسومات والمواصفات الخاصة بتنفيذ المقاولة وإنما قررت الشركة أن لها مصلحة في استخدامها فلا تلتزم الجهة الإدارية بالتعويض في حال زيادة أسعارها، لأن المتعاقد هو الذي غنم بمفرده منفعتها وبالتالي يتحمل وحده بأعبائها([2]) .

وإذا نص العقد على تثبيت الأسعار الواردة في عطاء المتعاقد من تاريخ تقديم هذا العطاء حتى تاريخ تسليم العملية المتعاقد بشأنها، فلا تخضع هذه الأسعار لأية تغييرات قد تطرأ عليها خلال هذه الفترة، سواء كان مرجع تلك التغييرات تقلبات العملة أو ارتفاع الأسعار أو تغييراً في الرسوم الجمركية ورسوم الإنتاج وغيرها من الرسوم الأخرى([3])

وقد يستحق المتعاقد فروق الزيادة رغم خلو العقد من ذلك ، استناداً إلى اعتبارات العدالة. لذلك قضي بأن "قرار وزير الإسكان صدر بتاريخ 27 يناير 1985 ونص في مادته الثالثة على أن يعمل به من تاريخ صدوره وأن تاريخ فتح المظاريف 31 يناير 1985 مما قد يرخص في القول بعدم أحقية الطاعن في الزيادة التي أوردها القرار على أسعار الحديد التي تم العمل بها قبل فتح المظاريف ، إلا أن هذا القول لا يتفق حقاً وعدلاً مع ما هو ثابت من الظروف والملابسات التي أحاطت بالموضوع والتي تنفي علم الطاعن بالقرار في وقت يسمح بتحديد أسعاره على أساس الزيادة التي تضمنها في أسعار حديد

([1]) . فتوى الجمعية العمومية رقم 132 بتاريخ 4 مارس 1996 ، جلسة 7 فبراير 1996 ، ملف رقم 35/2/78 .

([2]) . فتوى رقم 187 بتاريخ 7 مارس 1993 ، جلسة 31 يناير 1993 ، ملف رقم 159/1/47 .

([3]) . فتوى رقم 941 في 3 نوفمبر 1964 ، ملف رقم 51/13/19 .

التسليح ، ذلك أنه ولئن كان القرار قد صدر قبل جلسة فتح المظاريف بثلاثة أيام إلا أنه لم يُنشر في الوقائع المصرية إلا بتاريخ 25 مايو 1985 كما أن الطاعن قدم من مكتب بيع الأسمنت بأسيوط ما يفيد أن الأسعار الجديدة الواردة بهذا القرار لم تبلغ للمكتب إلا في 16 فبراير 1985 رغم تنفيذه اعتباراً من هذا التاريخ"([1]) .

وزيادة الأسعار قد ترجع إلى زيادة سعر العملة ، فهل يحق للمتعاقد المطالبة بالفروق الناتجة عن ذلك ؟

أجابت المحكمة الإدارية العليا على هذا السؤال بالنفي . وفي تبرير هذه النتيجة سردت المحكمة الحيثية التالية : "لا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر ، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرافق العامة وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد الإداري ، ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الاستقرار ، ويجد ذلك أصله في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كناتج لما يقدمه للطرف الآخر ويحقق به التوازن المالي للعقد ، فإذا ما حدد المقابل في تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال فإن هذه النسبة وبالقيمة المحددة لها تكون من ثوابت العقد باعتبار النص عليها في حقيقة الأمر نص على شرط تعاقدي وذلك دون نظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدي المتعاقد مع الإدارة ، والقول بغير ذلك يؤدي بحكم الضرورة واللزوم إلى زيادة القيمة عن المتفق عليه في حالة زيادة سعر التحويل للعملة ، أو نقصان هذه القيمة في حالة نقصان سعر التحويل للعملة وهو أمر يتناقض مع ثبات شرط المقابل المالي للعقد ويجعل التزامات طرفيه في هذا الخصوص التزامات غير محددة ، باعتبار أن السعر قد حدد بصفة نهائية منذ اللحظة التي يتم فيها إبرام العقد، وبالتالي لا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق السعر مرجعه إلى زيادة سعر العملة عند

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2515 لسنة 34 ق ، جلسة 8 يونيه 1993 .

مراحل التنفيذ المستقبلة باعتبار أن ذلك يؤدي إلى زيادة أعباء الإدارة وإلى زيادة قيمة المقابل النقدي للعقد ، وهو أمر غير جائز كأصل عام . ولا يتم الأخذ إلا استثناء وبنص تعاقدي خاص قائم على الرضا المشترك لطرفي العقد"([1]) .

يتبقى لنا معرفة أثر التسعير الجبري على الثمن . يبدو أن المتعاقد يجوز له المطالبة بقيمة الزيادة المترتبة على صدور قانون التسعير الجبري إذا توافر شرطين :

الأول أن يتضمن العقد النص على استحقاق المتعاقد قيمة الزيادة الناتجة عن التسعير الجبري . فإذا تضمن العقد نصاً يقضي بثبات المقابل المالي فلا يحق للمتعاقد المطالبة بهذه الزيادة([2]).

الثاني يتعين أن ينفذ المتعاقد التزاماته خلال المدة والمواعيد المتفق عليها. فإذا تم تنفيذ العقد بعد هذه المواعيد وصدر قانون التسعير خلال مدة التأخير فإن المتعاقد يتحمل الزيادة في الأسعار جزاء تأخيره ، ما لم يثبت أن هذا التأخير مردة إلى القوة القاهرة أو حادث مفاجئ منعه من تنفيذ التزاماته في المواعيد المقررة([3]) .

المطلب الثاني

دفع التعويضات

مسببات دفع التعويض وأساسه : إذا أخلت الإدارة بأحد التزاماتها أو فرضت على المتعاقد معها أعمالاً إضافية ، فللمتعاقد الحق في اقتضاء تعويض من الإدارة يتم الاتفاق عليه أو تقدره المحكمة . وعليه فإن التعويضات التي يستحقها المتعاقد تنقسم إلى قسمين :

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2819 لسنة 34 ق ، جلسة 31 أغسطس 1993 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 330 لسنة 35 ق ، جلسة 30 يناير 1996 .

([3]) . فتوى الجمعية العمومية، ملف رقم 17/2/78، جلسة 21 /2/ 1990، مجموعة السنتان 43 و44، ص 674.

* ***تعويضات ناتجة عن إخلال الإدارة بالتزاماتها*** : وفقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن كل خطأ يلزم مرتكبه بالتعويض ، فإن للمتعاقد الحق في التعويض نتيجة إخلال الإدارة بالتزاماتها . وسنورد بعض نماذج من أحكام القضاء عن أخطاء الإدارة الموجبة للتعويض.

فمن ناحية قضي بأن تقصير جهة الإدارة سواء في الدراسة بجدوى المشروع أو في تنفيذ التزامها التعاقدي بتسليم الموقع خالياً في الميعاد المحدد يشكل خطأ من جانب الإدارة مما أوجب عليها تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته من هذه المخالفة([1]) .

كما قضي بأحقية المتعاقد في التعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة إخلال الجهة الإدارية بالتزامها بتسليم المتعاقد تصريح بالحصول على مواد البناء خلال الشهر الأول من مدة تنفيذ العملية ، مما أدى إلى ارتفاع الأسعار التي تم بها الشراء عن الأسعار النافذة خلال الشهر الأول من مدة العملية . ولا يصح الاحتجاج على ذلك بوجود نص في العقد يقضي بعدم أحقية المتعاقد في المطالبة بزيادة الأسعار مهما كانت الأسباب، لان المقصود بهذا النص هي الزيادة التي لم تنتج عن خطأ الإدارة([2]) .

وقضي كذلك بأنه من الثابت أن إطالة مدة تنفيذ العقد يرجع إلى تقصير الهيئة المتعاقدة سواء بالنسبة إلى استخراج التصاريح اللازمة في الوقت المناسب التي بسببها تأخر المقاول في التنفيذ في الميعاد ، كما أخطأت في حبس مستحقات المقاول وخطاب الضمان والتأمين النهائي لعدم أحقيتها في ذلك ، وأن هذا الخطأ ترتب عليه ضرر للمقاول بسبب تعطيل معداته وآلاته ومواده وعماله فضلاً عن تجميد مستحقاته بدون وجه حق ، الأمر الذي ألحق به أضراراً يستحق عنها تعويضاً([3]) .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 549 ، 801 لسنة 35 ق ، جلسة 4 أبريل 1993 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1503 لسنة 27 ق ، جلسة 4 أبريل 1985 ، السنة 30 ، مبدأ 134 ، ص 889 .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1740 و1779 لسنة 36 ق ، جلسة 26 يوليه 1996 .

ولكن احتجاز جهة الإدارة لمبلغ مستحق للمتعاقد طرفها لاستيفاء قيمة الغرامات وفروق الأسعار بعد ثبوت تقصيره في التوريد لا يشكل خطأ عقدياً من جانب الإدارة ولا يمثل قوة قاهرة أو حالة ضرورة تحول بين المتعاقد وبين التنفيذ . وأساس ذلك احترام ما جاء بالعقد من أن جميع المبالغ التي تستحق على المتعاقد تُخصم مما يستحق له قِبل الإدارة([1]) .

كذلك حكم بأن ما أثارته "المحافظة بشأن عدم أحقية المقاول في التعويض عن شطب اسمه من سجل المقاولين فإن مؤدى نص المادة 85 أن مناط شطب اسم المقاول إذا استعمل الغش أو التلاعب في تعامله مع المصلحة ويتعين لوصم المتعاقد مع الإدارة بالغش في تنفيذ العقد أن يثبت سوء نيته وتعمده الإخلال بتنفيذ العقد ، وإذا صدر الحكم الجنائي في القضية رقم 308 لسنة 1977 جنايات أمن الدولة العليا (الباجور) ببراءة المقاول المذكور من تهمة الغش في تنفيذ عقد المقاولة محل الطعن ، وكان هذا الحكم له حجيته فيما قضى به ، فإن قرار المحافظة بشطب اسم المقاول من سجل المقاولين استناداً إلى نص المادة 85 من لائحة المناقصات يكون على غير أساس سليم من القانون ويكون قراراً غير مشروع يشكل عنصر الخطأ من جانب الإدارة الموجب مسئوليتها عنه وتعويض المقاول عما أصابه من ضرر بسببه"([2]) .

وأخيراً قضي بأن المتعاقد لا يكون مخلاً بالتزاماته بتوفير الجرارات اللازمة لنقل الزلط بطريقة منتظمة مما أدى إلى تراكم التشوينات بالموقع ، ولا وجه للقول بأنه كان ملزماً بالاستمرار في التشوين والتكسير بالرغم من عدم توافر جرارات للنقل ، لأن ذلك إنما يتعارض مع حسن النية في التنفيذ الذي يجب أن تلتزم به الإدارة كما يلتزم به المتعاقد . وفضلاً عن ذلك فإن ندرة الزلط القابل للتكسير بالموقع المسلم له إنما يعد سبباً أجنبياً يبرر توقفه عن الاستمرار في التكسير والتشوين وهو ما كان يقتضي مبادرة الهيئة إلى

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1553 و1541 لسنة 27 ق ، جلسة 7 نوفمبر 1987 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2666 و2745 لسنة 29 ق ، جلسة 28 مايو 1996 .

تسليمه موقع جديد يتوافر فيه زلط صالح للتكسير. وترتيباً على ما تقدم انتهت المحكمة إلى أن قرار سحب العمل من المتعاقد يكون قراراً مخالفاً لشروط العقد وغير قائم على سبب يبرره ، وتكون الهيئة بإصداره قد أتت خطأ عقدياً قد أدى إلى فسخ العقد الذي يلزمها بالتعويض إن توافرت دواعيه فضلاً عن التزامها بأداء كافة مستحقات المتعاقد المترتبة على ما نفذه من أعمال([1]) .

والتعويض المستحق في حالة خطأ الإدارة تفرضه مبادئ العدالة . فمن ساهم بخطئه في زيادة أعباء أحد طرفي العقد ، يجب أن يتحمل نصيبه من هذه المساهمة بنسبة الخطأ الذي ارتكبه .

* ***تعويضات ناتجة عن الأعمال الزائدة*** : نقصد بالأعمال الزائدة هنا تلك الأعمال التي يصادفها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد . لذلك نستبعد الأعمال الزائدة التي تنتج عن ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل .

وعليه يمكن أن نواجه هذه الأعمال الزائدة في فرضين : الأول إذا كانت هذه الأعمال ضرورية ولا غنى عنها بالنسبة للأعمال المتفق عليها . لذلك لا يشترط في مشروعية هذه الأعمال عدم اعتراض الإدارة عليها أو قبولها المسبق لها . والتزام الإدارة بالتعويض هنا مرجعه العدالة ، لأنه ليس من العدالة في شيء أن يتحمل المتعاقد عبء النفقات التي اضطر إلى إنفاقها رعاية لمصالح الإدارة . ويقدر التعويض هنا طبقاً للسعر المتفق عليه بالنسبة للأعمال الأصلية .

والفرض الثاني إذا كانت الأعمال الزائدة وإنْ كانت لا تفرضها الضرورة ، إلا أنها يستلزمها التنفيذ الجيد للعملية أو تعود بفائدة على الجهة المتعاقدة . لذلك كان طبيعياً أن تحاسب الإدارة على المصروفات المبذولة في سبيل تنفيذ هذه الأعمال لأنها وحدها التي تفيد منها . كما أن العدالة تقف إلى جانب تعويض المتعاقد ، إذ ليس من العدل في

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2473 لسنة 36 ق ، جلسة 30 يونيه 1996 .

شيء أن تثري الإدارة على حساب المتعاقد الذي يجب عدلاً ألا يضار من تطوعه لخدمة الإدارة . لذلك نرى أن من حق المتعاقد أن يحاسب الإدارة على ما انفقه من مصاريف نافعة ، ولكن في حدود القواعد العامة . بمعنى أن الإدارة تكون بالخيار بين دفع أقل القيمتين : قيمة ما انفقه المتعاقد فعلاً ، أو قيمة ما يعادل النفع الذي عاد عليها . ويشترط للتعويض في هذا الفرض ألا تعترض الإدارة على الأعمال الزائدة .

المطلب الثالث

التوازن الاقتصادي (المالي)

قيام العقد الإداري على التوازن بين الأعباء والمزايا : تقوم العقود الإدارية على فكرة التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها . وتستند هذه الفكرة إلى أن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين .

فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية ، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد ، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حُددت عند إبرام العقد ، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه .

كما أنه إذا كان حق الإدارة في التعديل أمر يُفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد ، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد هو أنه يقدر من جانبه هو أيضاً أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل ، وهذا التعويض يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل . بل الطبيعي أنه قرر طبقاً لتقديراته أنه سيظفر

مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم ، فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة ، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد .

من ناحية أخرى ، إذا كان من الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الإدارة مصلحته الخاصة ، مقابل أن تحقق الإدارة المصلحة العامة ، فإنه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى ـ في حالة التعديل ـ إذا عوضته الإدارة بما يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام العقد . فإيثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل ، ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك ، وأبيح للإدارة حق التعديل دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض لإعادة التوازن المالي للعقد لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها .

وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون معها ، فإذا قامت جهة الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات ، فإن الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعاً لذلك ، حتى يظل التوازن المالي للعقد قائماً ، إذ أن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري ، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه ، دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد([1]) .

وهكذا يبدو جلياً أن التوازن المالي للعقد يمكن اسناده إلى النية المفترضة للمتعاقدين ، ومفاد ذلك "أن طرفي العقد اتفقا ضمناً على الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد،

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم 983 لسنة 9 ق ، جلسة 30 يونيه 1957 .

وهذا الاحتفاظ بالتوازن المالي يعتبر بنداً من بنود العقد سواء أكان صريحاً منصوصاً عليه أم ضمنياً يُفهم من مضمون العقد"([1]) .

وإعادة التوازن المالي للعقد يتم من خلال ثلاث نظريات :

*- نظرية فعل الأمير .

*- نظرية الظروف الطارئة .

*- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وسنتعرض فيما يلي لكل من هذه النظريات بالشرح والإيضاح .

§1 ـ نظرية فعل الأمير

تعريف نظرية فعل الأمير : عندما يُقدم المتعاقد مع الإدارة على إبرام العقد الإداري ، فإنه يضع في اعتباره ما قد يتعرض له من ظروف وتغيرات ، فيتخذ لذلك الحيطة والحذر . إلا أن التغييرات التي قد تطرأ بعد التعاقد قد تفوق ما توقعه المتعاقد ، فتحمله أعباء إضافية ترهق كاهله.

ولا شك أن علم المتعاقد المسبق بتدخل الإدارة لإزالة ما قد يخل بالتوازن المالي للعقد، يبث الطمأنينة في نفسه فيدفعه إلى تنفيذ متطلبات العقد على النحو المأمول، مما يعود بالنفع على المرفق العام. لذا أقر القضاء منذ فترة طويلة بحق المتعاقد في التوازن المالي للعقد. ومن بين النظريات التي من خلالها تتم إعادة التوازن نظرية فعل الأمير.

ويعني فعل الأمير صدور إجراء خاص أو عام من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد الإداري دون خطأ من جانبها وبصورة غير متوقعة ، فيصيب المتعاقد بأضرار خاصة لا يشاركه فيها سائر من يمسهم الإجراء ، ومن شأن هذه الأضرار الإخلال بالتوازن المالي للعقد .

([1]) . سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، 2017 ، ص 194 .

شروط إعمال النظرية : في حكمها الصدار سنة 1961 أعلنت محكمة القضاء الإداري شروط تطبيق نظرية فعل الأمير ، حيث قضت بأنه "إذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري ، فإن شروط نظرية فعل الأمير التي استند إليها الطاعن في تقرير أحقيته في التعويض غير متوافرة في حالته ، ذلك أن شروطها هي :

- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية .

- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة .

- أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة .

- افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ .

- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع .

- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام"([1]) .

من خلال هذا الحكم نتعرض بإيجاز لشروط تطبيق نظرية فعل الأمير .

وجود عقد إداري : فلا يكفي وجود رابطة عقدية بين المتعاقد والإدارة لإعمال نظرية فعل الأمير ، بل يتعين أن تكيف هذه الرابطة بأنها عقد إداري . فنظرية فعل الأمير لا يستفيد منها المتعاقد في مجال عقود الإدارة المدنية .

صدور إجراء خاص أو عام : من الضروري لتطبيق نظرية فعل الأمير صدور إجراء خاص أو عام .

ومن الأمثلة العملية للإجراء الخاص تعديل العقد من جانب الإدارة على نحو يتجاوز الحدود المعقولة ، خاصة إذا لم ينص في العقد على حدود التعديل التي يمكن أن

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 20 مايو 1961 ، المجموعة ، س 13 ، ص 874 .

تطرأ عليه . أما إذا كان التعديل في الحدود المعقولة ، فإنه لا مجال لإعمال نظرية فعل الأمير، لان التعديل من جانب السلطة العامة مسألة ثابتة ، ولا يمكن الادعاء بعدم توقعها.

واتفاقاً مع ذلك قضي بأن "صدور القانون رقم 204 لسنة 1960 خلال فترة الامتداد هذه يترتب عليه أن تتحمل الهيئة ، دون الشركة ، بقيمة الزيادة في رسم الإحصاء الجمركي المقررة بموجب هذا القانون دون حاجة إلى الخوض في نظرية فعل الأمير ، لان هذه النظرية إنما يلجأ إليها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد ، وكان الثابت أن المتعاقدين قد توقعا ، عند إبرام العقد ، زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو نقصها، ووضعا نص البند الثالث عشر من الشروط العامة ليحكم هذه الحالة"([1]) .

وقد يتخذ الإجراء الخاص صورة قرار فردي تصدره الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ويكون سبباً في الإخلال بالتوازن المالي للعقد . وتطبيقاً لذلك أفتي بأن تعاقد الإدارة مع المقاول على تنفيذ عملية توريد وتركيب خطوط ومواسير بلاستيك بالمشتملات بالمنطقة الصناعية بالخارجة ومدة تنفيذ العملية ستة أشهر تبدأ من تاريخ استلام الموقع خالي من الموانع ، وبعد تنفيذ أكثر من 70% من العملية أصدرت الإدارة أوامرها إلى المقاول بوقف الأعمال نتيجة أعمال تمهيد الطرق ، واستمر الوقف لمدة خمس عشر شهراً ، ولما كان مؤدى ذلك أن "المقاول قد اضطر إلى وقف الأعمال طيلة المدة المذكورة ، الأمر الذي قد يؤدي إلى زيادة أسعار بنود العقد طيلة مدة التوقف ، وهو ما لم تجحده الإدارة ، كما أدى بدوره إلى التزامه بتجديد خطاب الضمان لتغطية مدة التنفيذ ، وهو ما أدى إلى زيادة الفوائد وغير ذلك من أمور أخرى تكون سبباً في الإخلال بالتوازن المالي للعقد ، ويكون

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 11 يناير 1969 ، 232/30/14 ، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين ، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية ، الكتاب الثالث ، 2011 ، ص 195 .

قرار الإدارة بوقف التنفيذ من قبيل عمل الأمير الذي يستوجب تعويض المقاول عما أصابه من أضرار من جراء هذا الوقف"([1]) .

علاوة على ما سبق، قد يتمثل الإجراء الخاص في عمل مادي يصدر من الجهة الإدارية المتعاقدة ، مثل الأضرار التي تلحق ملتزم مرفق النقل الجماعي من تعديل أو إصلاح الإدارة لخطوط المياه أو كابلات الكهرباء الأرضية .

أما الإجراء العام فيتخذ شكل قانون أو لائحة . ويشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن يمس القانون أو اللائحة مركز المتعاقد مع الإدارة بضرر خاص . والضرر الخاص يتحقق إذا ما أصاب القانون أو اللائحة ، على الرغم من عمومية نصوصه ، المتعاقد وحده دون مجموع الشعب أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب([2]) .

صدور الإجراء من الإدارة المتعاقدة : تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري بنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها([3]) .

([1]) . فتوى رئاسة الجمهورية ، ملف رقم 100/34/93 ، سجل رقم 2000/99/63 ، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين ، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية ، الكتاب الثالث ، 2011 ، ص 205

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم 195 لسنة 7 ، جلسة 30 يناير 1955 ، انظر محمد ماهر أبو العينين، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية ، الكتاب الثاني ، ص 182 . لنظر كذلك فتوى رقم 604 في 20 يوليو 1960 ، جلسة 15 يونيه 1960 ، ملف رقم 14 ، 250/127/15.

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1562 لسنة 10 ق ، جلسة 11 مايو 1968 ، ص 487 .

وترجمة لذلك أفتي بأنه "إذا كانت زيادة الأعباء المالية للمقاولين نجمت عن رفع التسعيرة الجبرية للحديد والإسمنت وتسليمهم كميات من الحديد المستوردة ـ الذي لم تستلزم شروط التعاقد استخدامه ـ بدلاً من الحديد المحلي ، وقد تم ذلك بإجراءات صادرة من غير الجهة المتعاقدة ـ وزارة الري ـ فمن ثم ينتفي شرط جوهري من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير "([1]) .

عدم ارتكاب الإدارة لخطأ في الإجراء الصادر منها : لا تطبق نظرية فعل الأمير اذا كان الإجراء الصادر عن الإدارة يشكل خطأ عقدياً ، إذ أن التعويض في هذ الحالة سيكون مستنداً إلى الخطأ العقدي ، بينما نظرية فعل الأمير تقوم على مسئولية دون خطأ، تم تقريرها لاعتبارات العدالة "في عدم الحاق خسارة بالمتعاقد مع الإدارة على نحو قد لا يتمكن معه من إتمام تنفيذ العقد مما قد يؤدي إلى توقف المرفق العام الذي هو جوهر العقد الإداري"([2]) .

عدم توقع الإجراء : فإذا توقع أطراف العقد الإداري الإجراء المزمع صدوره من الجهة الإدارية المتعاقدة ونظموا كيفية علاج آثاره ، فلا مجال لإعمال نظرية عمل الأمير. فمثلاً لو نص في أحد بنود العقد "على أنه في حالة ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف فإن الإدارة غير ملزمة بالتعويض الكامل الذي يغطي الزيادة في أسعار الخامات فوق الأسعار الواردة في العقد"([3]) ، فإن المتعاقد لا يجوز له استدعاء نظرية عمل الأمير ، لأنه توقع وقت التعاقد حدوث ارتفاع في أسعار المواد الأولية وأولى للمسألة أهمية بدليل تنظيمه لها في أحد بنود العقد .

([1]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، 11 يوليه 1971 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18)، قاعدة 560 ، ص 873 .

([2]) . عاطف محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 352 .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 19 ديسمبر 1982 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 561، ص 877 ، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين ، المرجع السابق ، ص 185 .

وإذا كان المثال السابق لا يثير مشكلة ، لان المتعاقدين احتاطا للإجراء ونظما كيفية معالجة آثاره ، إلا أن المشكلة تثور إذا خلا العقد من كيفية مواجهة الإجراء . هنا يتعين على الإدارة إثبات أن المتعاقد قد توقع الإجراء . فهذا التوقع يفيد أن المتعاقد قد أخذه في اعتباره لحظة اتفاقه مع الإدارة .

ونتيجة لذلك أفتى مجلس الدولة بعدم إعمال نظرية عمل الأمير بالنسبة للعقود التي أبرمتها وزارة الإسكان قبل العمل بالقانون رقم 63 لسنة 1964 بشأن التأمينات الاجتماعية ، والذي حمل الشركات المتعاقدة زيادة في التزاماتها قِبل عُمّال التراحيل والعمال الموسميين . وتأسست الفتوى على أن "القانون رقم 63 لسنة 1964 فيما قرره من أحكام زيادة أعباء أرباب الأعمال ، ومنهم شركات المقاولات ، كان متوقعاً صدوره بهذه الأحكام، فتأمين إصابات العمل كان مفروضاً من قبل منذ العمل بالقانون رقم 92 لسنة 1959 الذي كان يفرض تأمين الشيخوخة والعجز والوفاة بنسبة 14% من أجور العمال ، وكان في الوسع توقع تدخل المشرع في أي وقت لسحب هذا التأمين على طوائف العمال الذين لم يستفيدوا منه بالقانون رقم 63 لسنة 1964 ومنهم عمال المقاولات والتراحيل والموسميين، وهو ما تحقق بالقانون رقم 63 لسنة 1964 ، وبالمثل فإن تأمين البطالة والتأمين الصحي كان موعوداً بتطبيقها في المادة 3 من القانون رقم 92 لسنة 1959 ، فإذا صدر القانون رقم 63 لسنة 1964 بعد ذلك مقرراً هذين التأمينين ، فإنه لا يكون بذلك غير متوقع"([1]). وفي نفس السياق حكم بأنه "طالما أن عقد المدعي قد أضحى بالقانون رقم 106 لسنة 1958 عقد استثمار ، فإن للجهة الإدارية أن تلغيه في أي وقت وقبل نهاية مدته، ومن ثم يكون الإخلاء قد أصبح متوقعاً بطبيعته"([2]) .

([1]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، ملف 35/2/22 ، جلسة 24 فبراير 1965 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 562 ، ص 879 ، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين ، المرجع السابق ، ص 199 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، 1133/141/6 ، جلسة 20 مايو 1961، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، الكتاب الثالث، 2011، ص 194.

إصابة المتعاقد بضرر خاص : خصوصية الضرر تعني ألا يجاب طلب المتعاقد بالتعويض إذا تسبب الإجراء الذي اتخذته الإدارة ضرراً عاماً يصيب المتعاقد كما يصيب غيره. ولا شك أن خصوصية الضرر من شأنها أن تقلل من فرص المتعاقد في الحصول على تعويض مقابل عدم توقعه حدوث الإجراء العام أو الخاص المؤدي إلى إخلال توازن العقد.

وتعبيراً عن ذلك أعلنت المحكمة الإدارية العليا انه "إذا كان الثابت أن الزيادة التي طرأت في أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة ، فضلاً عن أن الضرر نتيجة زيادة الأسعار ليس ضرراً خاصاً ، بحسبان تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات ، سواء في النطاق الإداري أو نطاق معاملات الأفراد"([1]) .

كما أفتي بعدم توافر شرط خصوصية الضرر اللازم لإعمال نظرية عمل الأمير، عندما طالبت بعض الشركات التي كانت الإدارة قد تعاقدت معها بتعويضها عن الضرر الذي نالها من صدور قانون العمل الموحد رقم 91 لسنة 1959 والذي خفض ساعات العمل وعدل طريقة احتساب الأجر الإضافي . واستندت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها إلى أن "قانون العمل الذي تطلب الشركتان التعويض عما أصابهما من ضرر بسبب تطبيقه هو قانوناً عاماً لا يسري على الشركتان وحدهما ، إنما يتناول عدداً غير محدود من الأفراد والشركات والهيئات"([2]) .

آثار النظرية : متى توافرت شروط النظرية استحق المتعاقد تعويضاً تقدره المحكمة طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري ، وهو يشمل عنصرين :

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1749 لسنة 37 ق ، جلسة 16 ديسمبر 1997 ، الدائرة الثالثة، مشار إليه لدي محمد ماهر أبو العينين ، تطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية ، الكتاب الثالث ، 2011 ، ص 203 .

([2]) . فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، جلسة 30 يونيه 1960 ، الموسوعة الإدارية، ج (18) ، قاعدة 565 ، ص 891 .

الأول : ما لحق المتعاقد من خسارة ، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي انفقها المتعاقد وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال ، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة ، كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة . وفي هذه الحالة يجب تعويض هذه الخسائر ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه .

الثاني : ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب على اعتبار أن من حقه أن يُعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله([1]) .

وقد قضي بأنه ليس من حق جهة الإدارة أن تضمن العقد شرطاً بعدم مسئوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها ، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد([2]) .

رغم ذلك يجوز الاتفاق على إعفاء الإدارة من دفع التعويض إذا كان اختلال التوازن المالي للعقد نتج عن تصرفات محددة بالذات كارتفاع الرسوم على السلعة الموردة.

§2 ـ نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني : قضت المادة 147 من القانون المدني في فقرتها الثانية بأنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده

([1]) . محكمة القضاء الإداري، رقم 183 لسنة 9 ق، جلسة 30 يونيه 1957، المجموعة س 11، ص 607 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري، رقم 183 لسنة 9 ق، ذات الحكم .

بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" .

ويبدو من هذا النص أن المشرع استهل الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقود بالنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين" دلالة على ما يكون للعقد من أثر في الإلزام ، غير أنه شفع هذا النص بما يفصح عن وجوب مجافاة الغلو والتشدد ، فنص على مبدأ الظروف الطارئة غير المتوقعة .

والحق أن من الحوادث ما يكون شاذاً لا يمكن توقعه ، وهي مع ذلك لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، وإلا كانت من قبيل القوة القاهرة ، وإنما تجعل هذا التنفيذ مرهقاً فادحاً ، فتقضي العدالة بأن يقتسم الدائن والمدين تبعة هذه الطوارئ التي لا مندوحة عنها.

واذا كانت نظرية الظروف الطارئة غير المتوقعة محلاً للنقد باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضي ، وجب أن يلتزم عند تطبيقها ما ينبغي من حدود الحيطة ، حتى لا يُتخذ مثل هذا المبدأ الدقيق ذريعة للعبث بما للروابط العقدية من قوة ملزمة . فعلى القاضي أن يلتزم في تطبيقها الحدود التي رسمها المشرع ، سواء من حيث تحديد ما يعد ظرفاً طارئاً غير متوقعاً ، أو من حيث إعمال الجزاء الذي يترتب على قيامه . فالمشرع لم يترك أمر تحديد هذه الطوارئ للقضاء يقدرها تقديراً ذاتياً شخصياً ، بل وضع ضابطاً للتوجيه بأن وصفها بكونها "حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها" .

وإذا تثبت القاضي من قيام الطارئ ، وعمد إلى إعمال الجزاء ، فقد قيده المشرع أيضاً بألا يرتب عليه إلا انقاص الالتزام إلى الحد المعقول ، بعد تقدير مصالح العاقدين تقديراً عادلاً .

ومما تجدر الإشارة إليه أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يخرج بالقاضي عن حدود المألوف في رسالته ، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد ، بل يجاوز ذلك إلى

تبديله. وليست هذه بأول مناسبة يبسط فيها التقنين المدني في نطاق سلطان القاضي ، فقد سبق أن جعل له مثل هذا السلطان بصدد نظرية الاستغلال([1]) ونظرية التحويل([2]) .

نشأة نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية : أصل نشأة نظرية الظروف الطارئة ترجع إلى مجلس الدولة الفرنسي . وكان حكم الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو هو المناسبة التي أدت إلى تبني هذه النظرية .

حيث تعاقدت مدينة بوردو مع شركة لإنارة المدينة ، وأثناء تنفيذ العقد ارتفعت أسعار الفحم المستخدم في توليد الطاقة ارتفاعاً جسيماً بسبب ظروف الحرب العالمية الأولى وما نتج عنها من احتلال العدو مناطق واسعة منتجة للفحم وصعوبة النقل البري . وهذا الارتفاع الجسيم في الأسعار جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً . فما كان من الشركة الملتزمة إلا أن رفعت النزاع إلى مجلس الإقليم مطالبة الزام مدينة بوردو بتحمل زيادة الأعباء الناشئة عن ارتفاع سعر الفحم .

إلا أن مجلس الإقليم رفض طلب الشركة والزمها بتنفيذ التزاماتها العقدية ، الأمر الذي دفع الشركة المتعاقدة إلى اللجوء إلى مجلس الدولة . وأمام هذا المجلس أعلن مفوض الحكومة : "نحن أمام أعباء ترجع إلى حوادث لم يكن يستطيع الطرفان المتعاقدان توقعها ، بحيث لا تستطيع الشركة الملتزمة تنفيذ العقد بنفس الشروط التي أبرم بها . ويقتضي الصالح العام استمرار كفالة المرفق العام على نفس الوجه ، ويجب أن يظل العقد قائماً . وتتحمل السلطة العامة مانحة الالتزام الأعباء التي يتطلبها تشغيل المرفق العام والتي تجاوز أقصى ما كان يمكن لتفسير سليم للعقد إقراره باعتباره توقعاً ممكناً ومعقولاً" .

وأقر مجلس الدولة مفوض الحكومة فيما ذهب إليه ، وأعلن في بداية الحكم أن عقد الالتزام ينظم التزامات الطرفين بصفة نهائية حتى انقضاء العقد ، وأن تغير أسعار

([1]) . انظر المادة 129 من القانون المدني .

([2]) . انظر المادة 144 من القانون المدني .

المواد الأولية ليس إلا أحد احتمالات العقد . إلا أن المجلس قارن بعد ذلك الزيادة المتوقعة في سعر الفحم وقت توقيع العقد بالزيادة الحقيقية ، وقرر أن الزيادة جاوزت بجسامة حجمها توقعات الطرفين ، وأنه لا محل لتطبيق كراسة الشروط على وجه مجرد كما لو كان الخطر الاحتمالي عادياً .

وأخيراً قدم المجلس حلاً يحقق التوازن بين المصلحة العامة التي تقتضي استمرار الشركة في القيام بالمرفق وبالاستعانة بكل وسائلها في الإنتاج والمصلحة الخاصة للشركة الملتزمة . فعلى الشركة كفالة المرفق ولكنها لا تتحمل إلا نصيب من العجز الذي يسمح التفسير المتعقل للعقد بتركه على عاتقها ، فتؤدي إليها المدينة تعويض الظروف الطارئة ليغطي باقي العجز . وعند عدم اتفاق الطرفين يحدد القاضي التعويض([1]) .

ومنذ ذلك الحكم أتيحت للقضاء فرصة تطبيق نظرية الظروف الطارئة مع تحديد شروطها ونتائجها .

تعريف نظرية الظروف الطارئة : من الحكم السابق يتضح أن نظرية الظروف الطارئة ترمي بالذات إلى التيسير على المتعاقد مع الإدارة عندما تتغير الظروف بحيث يصبح تنفيذ العقد بالنسبة له عبئاً ثقيلاً لم يكن ليتوقعه عند التعاقد . لذلك فهذه النظرية لا تطبق إلا من أجل معاونة المتعاقد على استمرار تنفيذ العقد ، ومن ثم فهي تواجه الأحداث التي تقع أثناء تنفيذ العقد ، دون أن يكون لطرفي العقد دخل فيها والتي من شأنها جعل تنفيذ المدين لالتزامه مرهقاً .

الغاية من نظرية الظروف الطارئة : تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى تحقيق التوازن بين مصلحة المتعاقد مع الإدارة والمصلحة العامة الممثلة في استمرار تسيير المرفق العام .

فمن ناحية ، تقوم الإدارة ـ استناداً إلى هذه النظرية ـ بمد يد العون إلى المتعاقد لمواجهة الظروف الطارئة ، ولولا ذلك لتعثر في الوفاء بالتزاماته ومن ثم ستختل الخدمات

([1])-CE,30 mars 1916, Compagnie générale D'éclairage De Bordeaux, Rec. 125.

التي يقدمها المرفق للمنتفعين به وهو ما يتعارض مع قاعدة سير المرفق العام بانتظام واضطراد .

ومن ناحية أخرى ، إذا لم تسعف الإدارة المتعاقد معها بمد يد المساعدة لترتب على ذلك ـ كما تقول محكمة القضاء الإداري ـ إحدى نتيجتين :

"إما إلى خروج المقاولين أو متعهدي التوريد الأمناء الأكفاء مستقبلاً ، فيتلقف الزمام غير الإكفاء وغير الأمناء ، وتقع المنازعات والإشكالات التي تنتهي إلى تعطيل المرافق العام وبخاصة للأعمال الإنتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة بما تتطلبه من كمال فني ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر إلا في طائفة معينة من الشركات الكبرى ، بما لها من إمكانيات فنية ومالية وإدارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة .

"وإما أن يعمد هؤلاء إلى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا من ضمن أسعار عطاءاتهم مبلغاً للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة ، وتكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التي تتم بطريق المناقصة ، مما يفوت على جهة الإدارة غرضها في الحصول على أصلح الأيدي العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها ، وهذه كلها نتائج يجب تفادي الأسباب المؤدية إليها ، لأنها لا تتفق والمصلحة العامة"([1]) .

إقرار المشرع المصري لنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية : نتيجة للغاية السامية التي تهدف إليها نظرية الظروف الطارئة قنن المشرع المصري هذه النظرية بالنسبة لعقود التزام المرافق العامة من خلال المادة 6 من القانون رقم 129 لسنة 1947 ، حيث قضت بأنه "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار ، وإذا اقتضى

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 30 يونيه 1957 ، م (11) ، ص 607 .

الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول" .

شروط إعمال النظرية : مفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة وغير عادية ، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تجملها فيعوضه تعويضاً جزئياً .

من هذا يتضح أن هناك شرطاً ثلاثة لإعمال نظرية الظروف الطارئة :

* **أن يقع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد** : لإعمال نظرية الظروف الطارئة يجب أن تكون الأحداث المشكلة للظرف الطارئ قد وقعت في وقت لاحق على التعاقد . فالظروف السابقة أو المعاصرة للعقد لا يمكن أن يترتب عليها إعمال هذه النظرية ، لأن وقوع الحادث قبل التعاقد أو أثناء التعاقد سيدفع المتعاقد إلى أن يعرض على الإدارة زيادة المقابل بما يتناسب مع هذا الظرف ، فإن رفضت الإدارة هذه الزيادة حق له ألا يسير في عملية التعاقد . فإذا استمر المتعاقد في إبرام العقد رغم علمه بوقوع الحادث فدل ذلك على موافقته على العقد بالشروط التي وضعتها الإدارة وأنه قد وضع في اعتباره هذا الحادث فلا يلومن بعد ذلك إلا نفسه ، وعليه أن يتحمل مغبة تقصيره .

وذات الحكم يُطبق في حالة وقوع الحادث الطارئ بعد تنفيذ العقد . ولكن يجب أن نميز بين وقوع الظرف المفاجئ والمطالبة بتطبيق النظرية بعد إتمام تنفيذ العقد . فوقوع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد لا يمنع المطالبة بالتعويض استناداً لهذه النظرية حتى ولو بعد تنفيذ العقد . فالعبرة ليست بوقت المطالبة ، بل بوقت وقوع الحادث .

وفي بعض الأحيان يطلب المتعاقد من الإدارة أجلاً إضافياً لتنفيذ التزاماته العقدية فتوافق الإدارة على طلبه ، فإذا وقع الحادث المفاجئ أثناء الأجل الممنوح من قِبل الإدارة طبقت النظرية. لذلك قضي بأنه "إذا كانت الوزارة وافقت على امتداد المدة المحددة في العقد للتنفيذ ووقع الحادث الطارئ خلال الامتداد الذي سبق أن وافقت عليه الوزارة فحكمه حكم المدة المحددة في العقد"([1]).

أما إذا كان التأخير في تنفيذ العقد يرجع للمتعاقد ولم توافق الإدارة على منحه أجلاً إضافياً وحدث الظرف الطارئ أثناء مدة التأخير فلا يستفيد المتعاقد من نظرية الظروف الطارئة، لأنه لا يجوز إثابته عن تقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية وتراخيه في ذلك([2]) .

كذلك تطبق النظرية حتى ولو قامت الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد ، لأن التنفيذ على الحساب لا ينهي العقد بل يظل قائماً ، وطالما الأمر كذلك فإن الرابطة العقدية القائمة بين الإدارة والمتعاقد تظل خاضعة لجميع مبادئ العقد الإداري ومن بينها نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها .

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "ومقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو الزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في الخسائر التي أصيب بها ، ضماناً لتنفيذ العقد تنفيذاً سليماً ، ويستوي أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه"([3]) .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2150 لسنة 6 ، جلسة 9 يونيه 1962 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 843 و922 لسنة 26 ق ، جلسة 20 نوفمبر 1982 ، السنة 28 ، مبدأ 18 ، ص 86 .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 877 لسنة 27 ق ، جلسة 21 يناير 1984 ، السنة 29 ، مبدأ 80 ، ص 505 .

* ***أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع وأجنبي عن طرفي العقد*** : يتعين أن يكون الظرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ، ولم يكن في حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند إبرام العقد . والحادث الطارئ قد يكون طبيعياً كهلاك المحصول المقرر توريده للإدارة نتيجة لظروف مناخية استثنائية ، أو اقتصادياً كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية وتخفيض قيمة العملة ، أو من عمل جهة إدارية أخرى غير الجهة الإدارية المتعاقدة وإلا طبقت نظرية فعل الأمير على النحو الذي سبق تفصيله .

كذلك قد يكون الحادث الطارئ سياسياً كالحرب التي لم يكن في الوسع توقعها والتي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً واكبر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عنها. رغم ذلك قضي بأن "الاعتداء الثلاثي على مصر كان أمراً يجب يتوقعه المدعي عند إبرام العقد إذ كان موقف سورية من شقيقتها العربية وقتئذ موقف المؤازرة والتكافل لتوتر الجو الدولي وما يصحبه من ارتفاع الأسعار، فإذا كان المدعي يرد ما أصابه من ضرر إلى هذه الحرب فإنها كانت متوقعة من كل سوري ، ومن ثم فقد تخلف هذا الشرط من شروط الظرف الطارئ"([1]) .

وقد يكون الظرف الطارئ متوقع حدوثه ، ولكنه مع ذلك قد يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى كان عدم التوقع منصب على آثار الحادث الطارئ . لذلك حُكم بأنه "إذا كان الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق - إن صح أنه كان متوقعاً - فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد 2 جنيه و880 مليماً ثم وقت الشراء على حساب الشركة 4 جنيهات و50 مليماً ، ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق في هذه الحالة"([2]) .

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 14 إبريل 1960 ، المبادئ العامة في خمسة عشر عاماً (1946-1961) ، ج 2 ، ص 1929 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2150 لسنة 6 ، جلسة 9 يونيه 1962 .

وأفتي كذلك بأن قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار يعتبر "حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة 2/147 من القانون المدني، إذ لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين أبرم العقد ، ومع التسليم الجدلي بأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع التجاء الحكومة إلى تخفيض قيمة العملة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به ، ومن ثم فإنه يُحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره في التوازن المالي للعقد قد جاوزت ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد ، وفي الحالتين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر أن يشاركه في تلك الخسائر بالقدر الذي يحد منها ويردها إلى الحد المعقول، بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتعاقد ، أما الخسارة غير المتوقعة فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقدر الذي يخفف من فداحتها"([1]) .

وبالنسبة لكون الظرف الطارئ لسبب اجنبي ليس للمتعاقد يد فيه ، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "غلق المحل بسبب عدم توافر اشتراطات المحال العامة ، أي لسبب يرجع إلى المتعاقد وليس لسبب خارج عن إرادته وبالتالي فلا يكون من شأن تعطيل المصنع المملوك للطاعن من أثر على وجوب تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد كما وأنه لذلك أيضاً لا موجب لإعمال نظرية الظروف الطارئة على النزاع"([2]) .

* ***اختلال التوازن المالي للعقد*** : يجب أن تكون الخسارة التي نالت المتعاقد جسيمة وليست خسارة مألوفة جرى العمل بين المتعاقدين على تحملها . لذلك فإن مجرد نقص في الربح ليس من شأنه قلب اقتصاديات العقد ، لأن ذلك من المخاطر العادية التي يتعين على كل متعاقد أن يتوقعها وقت إبرام العقد .

([1]) . فتوى رقم 360 في 17 يوليه 1954 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1181 لسنة 33 ق ، جلسة 25 يناير 1994 .

فإعمال النظرية يتوقف على حدوث ضرر جسيم يتجاوز الأضرار المتوقعة عادة بين المتعاقدين . لذلك قضي بأن "المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة ، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحدة ، ويُفحص في مجموعه لا أن يُنظر إلى أحد عناصره فقط ، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها ، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة . ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد"([1]) .

ورغم تطلب نظرية الظروف الطارئة بأن تكون الخسائر التي أصابت المتعاقد فادحة ، إلا أنه يجب ألا تصل هذه الخسارة إلى حد منع المتعاقد من القيام بالتزامه ، وإلا سنكون بصدد قوة قاهرة . فالقوة القاهرة لا تكتفي بأن يكون من شأن الحادث أن يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً أو أنه يزيد في تكليف المدين لكي يُعفى هذا الأخير من التنفيذ أو من دفع التعويض ، بل يجب أن تكون هناك استحالة مادية حقيقية تحول دون التنفيذ ، بينما الظرف الطارئ يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً .

والشروط السابقة أشارت إليها المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بقولها أن: "تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام أمر رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية ولو كانت من عمل جهة إدارية أخرى غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل شخص آخر، ولم تكن في حسبان المتعاقد مع الإدارة ولا يملك لها دفعاً أو علاجاً ، ولا كان في وسعه توقعها والتحوط لها ، وأن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة ومن شأنها أن تجعل

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 17 يونيه 1972 ، المجموعة ، س 17 ، ص 576 .

تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة مرهقاً ويتهدد المتعاقد بخسائر فادحة دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً ، بحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً"([1]) .

ومما تجب ملاحظته أن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق إذا تضمن العقد شروطاً تسمح بإعادة النظر في الأثمان . فكل ما يبتغيه المتعاقد المضار أن يتم تعويضه عن الخسارة التي مُنِي بها نتيجة الظرف الطارئ . والخطوة الأولى للتعويض هي البحث في بنود العقد عن شروط تسمح للإدارة بأن تعوض المتعاقد معها عن أضراره ، فإذا لم توجد مثل هذه الشروط يتم إعمال نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شرائطها . وعليه لا يجوز اللجوء إلى هذه النظرية طالما أن العقد يسمح بإعادة النظر في الأثمان كوسيلة لتعويض المتعاقد عن بعض أضراره .

آثار النظرية : يتلخص موقف المتعاقدين في نظرية الظروف الطارئة فيما يأتي : أن المتعاقد مع الإدارة قد تعرض أثناء تنفيذ العقد لظروف طارئة لم يتقاض في مقابلها ثمناً متناسباً مع الأعباء التي تحملها نتيجة وقوعها ، والإدارة وإن كانت لم تدفع مقابلاً كافياً ، إلا أنها في نفس الوقت لم تحاول أن تخدع المتعاقد أو تغرر به ، فهي لم تكن تعلم بهذه الظروف ولم يكن لها يد في وقوعها ، فهي لحسن نيتها إذن جديرة بالرعاية .

وللتوفيق بين هذه المصالح المتعارضة يجب أن تلتزم جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد .

ويجب من ناحية أخرى أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحدة ويُفحَص في مجموعه لا أن يُنظر إلى أحد عناصره

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، حكم رقم 843 ، 922 لسنة 26 ق ، جلسة 20 نوفمبر 1982 .

فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مكسباً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة([1]) .

وتفريعاً مما سبق فإن إعفاء الإدارة المتعاقد معها من بعض التزاماته خلال فترة قيام الظرف الطارئ يعتبر خير مشاركة منها بما لا محل معه لأن يطلب المتعاقد تعويضاً آخر ، ذلك أنه ليس من مقتضى نظرية الظروف الطارئة تحقيق ربح للمتعاقد وإنما هو تحمل جزء من خسارته([2]) .

ويتضح من آثار نظرية الظروف الطارئة أنها تختلف عن نظرية فعل الأمير . ففي النظرية الأخيرة يشمل التعويض المستحق للمتعاقد ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، أما في نظرية الظروف الطارئة فإن التعويض يقتصر على جزء من الخسارة الجسيمة التي مُنِي بها المتعاقد . وعلة هذا الإختلاف أن اختلال التوازن المالي للعقد في نظرية عمل الأمير يرجع إلى فعل منسوب إلى الجهة الإدارية المتعاقدة ، لذلك استحق المتعاقد كامل التعويض . بينما في نظرية الظروف الطارئة فإن اختلال التوازن المالي للعقد يرجع لسبب اجنبي ليس للطرفين يد فيه.

3§ ـ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة : وفقاً لهذه النظرية إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد ، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً ، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار([3]) .

([1]) . أنظر المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 549 و801 لسنة 35 ق ، جلسة 4 إبريل 1993 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، الطعنان رقما 1223 و1224 لسنة 37 ق ، جلسة 18 ديسمبر 1984، السنة 30 ، مبدأ 45 ، ص 250 .

([3]) . فتوى رقم 95 في 4 فبراير 1964 ، جلسة 19 يناير 1964 السنة 18 ، مبدأ 69 ، ص 186 .

وتوضيح ذلك نقول أنه عند تنفيذ العقود الإدارية ـ وبخاصة عقود الأشغال العامة ـ قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها ، على اعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه نية الطرفين المشتركة ، والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحه جهة الإدارة للمتعاقد معها كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة ولا تعويضاً شاملاً ما فات المتعاقد من كسب كما هو الوضع في نظرية عمل الأمير ، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها"([1]) .

مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة : تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة متى توافرت شروطها بالنسبة لجميع أنواع العقود الإدارية . ولكن المجال الخصب لإعمال هذه النظرية هو عقود الأشغال العامة أو ما يُعرف بعقد مقاولة الأعمال .

أما العقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة ، وتحديداً إجمالياً لما تلتزم الإدارة بدفعه من ثم يقابلها ، فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، على أنه يجب عندئذ أن يكون من شأن الصعوبات المادية في هذه الأحوال أن تخل باقتصاديات العقد تبعاً لانهيار الأسس التي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه فيه([2]) .

والسؤال يثور إذا تبين من شروط العقد أن نية الطرفين اتجهت إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة كافة مخاطر التنفيذ سواء وجدت صعوبات مادية متوقعة أو غير متوقعة . فهل

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 17 يناير 1957 ، م (11) ، ص 152 . كذلك فتوى الجمعية العمومية رقم 95 في 4 فبراير 1964 ، جلسة 19 يناير 1964 السنة 18 ، مبدأ 69 ، ص 186 .

([2]) . فتوى رقم 95 في 4 فبراير 1964 ، جلسة 29 يناير 1964 ، السنة 18 ، مبدأ 69 ، ص 186، مشار إليه في مجموعة الأربعين عاماً ، مبدأ 266 ، ص 463 .

وجود مثل هذا الشرط يعفي الإدارة من مسئوليتها عن تعويض المتعاقد عما يصادفه من صعوبات غير متوقعة ؟

جرى مجلس الدولة الفرنسي على تفسير مثل هذا الشرط بأنه لا يخص إلا الصعوبات العادية دون الصعوبات الاستثنائية التي يحق فيها للمتعاقد المطالبة بالتعويض بموجب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . رغم ذلك فإن احتواء العقد على شرط يقضي بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد في كل الظروف وأياً كانت الصعوبات التي يواجهها ، مثل هذا الشرط لا يخلو من آثار ، حيث يشدد القاضي في تقدير الصعوبات المادية غير المتوقعة المؤدية لتطبيق هذه النظرية .

أما أحكام القضاء المصري والفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة فلم تجر على وتيرة واحدة في صدد هذه المسألة . فتارة يُقضى بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد بغض النظر عن الصعوبة التي صادفها طالما وجد مثل هذا الشرط في العقد ، من ذلك ما أعلنت المحكمة الإدارية العليا أنه "إذا كان مفاد النصوص الواردة في الشروط العامة أن المقاول مسئول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواء كانت متوقعة أم غير متوقعة ، وليس من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من إرهاق للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها في الخسارة التي تكون قد لحقته"([1]) .

على أن فتاوى مجلس الدولة كانت لها وجهة نظر أخرى ، حيث أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأنه "لا يصح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسئولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة ، كتلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافاً مضاعفة تجاوز كل ما كان مقدراً على أساس الاختبارات التي جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الهيئة.

([1]) ـ المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 14 يونيه 1969 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 580 ، ص 917 .

ذلك أن القول مردود بأن ما جاء في العقد وفي الشروط في خصوص التنبيه إلى طبيعة التربة ، وإلى ما تحتويه من صخور صلبة ونحو ذلك ، يُحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئة عما يصادفه من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور مبنياً على الاختبارات والبحوث الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير، أما ما جاوز هذه الحدود ، مما يكون ثمت تسليم بأنه لم يخطر ببال أي من المتعاقدين أو مما لم يكن في مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد، فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقدين ، مع الإستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات ـ يقضي القول بأنه مما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين ، لأمر بديهي ، هو أنهما لم يكونا يتوقعانه"([1]) .

ونحن نرى وجوب تحكيم القواعد العامة في هذا الصدد. وهي تقضي بعدم مسئولية الشخص استناداً إلى العقد إلا عن الصعوبات العادية المتوقع مقابلتها عند تنفيذ العقد . فيجب إذن أن تتحدد مسئولية المتعاقد عن الصعوبات المادية في أثناء تنفيذ العقد بالحدود المتقدمة . فلا يُسأل إلا عما يقابله من صعوبات عادية ، لأن هذه الصعوبات هي التي يمكن توقعها وقت إبرام العقد الإداري . أما الصعوبات المادية غير المتوقعة فعي غير متوقع حصولها وبالتالي لم تدخل أصلاً في تقدير المتعاقدين ، ولا يمكن لذلك أن يختص بعبئها أحدهما دون الآخر . على أن في شروط العقد مجالاً لتفادي الإدارة عبء الخسائر التي تصيب المتعاقد معها . فإذا تضمن العقد شرطاً من هذا القبيل وجب إعماله، لأن الحكم المتقدم يهدف إلى رعاية مصلحة المتعاقد ، فإذا تنازل عنه بمحض اختياره ورضاه، فلا غبار على مشروعية هذا التنازل .

([1]) ـ فتوى الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع ، 4 فبراير 1964 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 579 ، ص 914 .

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة : يُشترط لاستحقاق التعويض وفقاً لأحكام هذه النظرية توافر عدة شروط :

* ***وجود صعوبات مادية لا دخل لطرفي العقد فيها*** : يجب لإعمال هذه النظرية أن يصادف المتعاقد أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية . ومن قبيل ذلك الصعوبات الطبيعية التي يقابلها مقاول الأشغال العامة كطبيعة التربة وما تحتويه من صخور صلبة . لذلك قضي بتوافر الصعوبات المادية غير المتوقعة متى وجدت زيادة في حجم كمية الأتربة المستخرجة من الأرض الصلبة مما لا يمكن إجراؤها إلا بكراكات ذات قاطع خاص تعتبر بالقدر الذي بلغته بأن يفوق أضعافاً مضاعفة كل ما كان متوقعاً([1]) .

كذلك يعد من الصعوبات المادية غير المتوقعة وجود مواسير للصرف أو ضعف أساس الأبنية المجاورة للأشغال التي يقوم بها المقاول .

وتقضي قواعد العدالة بحرمان المتعاقد مع الإدارة من استدعاء نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وبالتالي التعويض عنها إذا تسبب بخطئه في حدوث هذه الصعوبات، لأنه لا يجوز للشخص أن يستفيد من تقصيره. فخطأ المتعاقد كفيل بإهدار حقه في التعويض. كذلك لا يجوز للإدارة أن تتمسك بتطبيق هذه النظرية متى وقعت الصعوبات المادية بسبب تصرف من جانبها مستهدفة بذلك استبعاد تطبيق نظرية عمل الأمير. لأنه في عمل الأمير تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد عن كل الضرر الذي أصابه وما فاته من كسب، في حين أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يشمل التعويض ما فات المتعاقد من كسب أن يبتغيه من وراء التعاقد ، لذلك فإن مصلحة الإدارة واضحة في إعمال النظرية الثانية دون الأولى .

([1]) . فتوى رقم 95 في 4 فبراير 1964 ، جلسة 29 يناير 1964 ، السنة 18 ، مبدأ 69 ، ص 186، مشار إليه في مجموعة الأربعين عاماً ، مبدأ 266 ، ص 463 .

وتطبيقاً لذلك قضي بأن تعطيل العمل يعتبر "خطأ عقدياً في حق الإدارة التي تلتزم بموجب العقد بتسليم الموقع نظيفاً من أي عائق خاص بالمرافق العامة وبرفع هذه العوائق ونقلها من موقع العمل على مسئوليتها وعلى حسابها ، وإذ ترتب على هذا التعطيل تحميل الشركة المتعاقدة بأجرة استئجار المندالة وبأجور طاقم العاملين من الفنيين والعتالين ورؤسائهم بسبب احتجاز المندالة وطاقم العاملين عليها في موقع العمل بلا عمل في انتظار نقل ماسورة المياه التي تعترض دق خوازيق الكوبري الخرسانية ، ومتى كان خطأ الإدارة العقدي المتمثل في عدم نقل ماسورة المياه من موقع دق الخوازيق قد ترتب عليه الحاق الضرر بالشركة المتعاقدة ، وكان هذا الضرر مرتبط بخطأ الإدارة برابطة السببية، ولم تكن الشركة المتعاقدة قد شاركت في هذا الخطأ على أي نحو ... لذلك فإنه يتعين الزام تفتيش ري شرق الدلتا التابع لوزارة الري بتعويض الشركة عن الأضرار التي أصابتها من جراء تعطيل نشاطها في دق خوازيق الكوبري"([1]) .

* ***الطبيعة الاستثنائية للصعوبات*** : لا يكفي لتطبيق النظرية أن تصادف المتعاقد صعوبات مادية ما ، وإنما يتعين أن تكون تلك الصعوبات استثنائية وليست عادية ، لأن الأخيرة تعد من المخاطر المألوفة التي يتحملها المتعاقد .

وترجمة لذلك قضي بأن "المنازعة بشأن تطهير ترعة لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي كانت ذات صلابة غير عادية ، بل يجب أن تكون هذه الطبقة بامتداد غير عادي أيضاً بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة، وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية ، لأنه يدل على طبيعة أصلية في التربة ذاتها"([2]) .

وتقدر استثنائية الصعوبات وفقاً لكل حالة على حدة في ضوء ظروف المتعاقد مع الإدارة وليس الشخص المعتاد، بمعنى أنه "هل يستطيع المتعاقد ذاته وبإمكاناته المعتادة

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، رقم 695 لسنة 24 ق ، جلسة 20 يناير 1982 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم 7892 لسنة 8 ق ، جلسة 17 يناير 1957 .

أن يزيل تلك العوائق أم لا. والسبب في ذلك أن الصعوبات المادية عادة لا توجد إلا في إطار عقود المقاولات ، وهذه العقود بصفة عامة لا يتم ترسيتها على أي مقاول عادي بل يجب أن يكون المتعاقد مع الإدارة صاحب كفاءة فنية ومالية خاصة ، وبالتالي لا محل لقياس تلك الكفاءة الخاصة بتلك التي يملكها الشخص المعتاد. لذلك فإنه من الواجب الرجوع إلى قياس إمكانيات المتعاقد مع الإدارة بالنظر في مدى قدرته على إزالة تلك الصعوبات المادية وفقاً للمجرى الطبيعي للأمور وبالإمكانيات المعتادة التي يملكها"([1]).

* ***عدم إمكانية توقع الصعوبات*** : يفهم من هذا الشرط أن المتعاقد قام باتخاذ جميع الاحتياطات والدراسات الأولية للمشروع كالتحقق من طبيعة الأرض التي ستقام عليها الأعمال وظروف الطقس ورغم ذلك لم يتوقع أن يقابل تلك الصعوبات أثناء تنفيذ العقد . وبالتالي ليس من العدالة في شيء أن يؤاخذ الشخص على ما لا يتوقعه فيحرم من التعويض عن الأضرار التي لحقت به .

وظاهر أن شرط عدم التوقع ينطوي إلى حد كبير عن "معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ، لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه إليه أو مما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه"([2]).

وتوقع الصعوبات المادية أو عدم توقعها لا يعتد فيه بما وقر في ذهن المتعاقد مع الإدارة . فالطبيعة السيئة للتربة أو ارتفاع درجة الرطوبة عن معدلاتها ليس من الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وإن كانت كذلك بالنسبة للمتعاقد ذاته الذي لم يتحقق

([1]) . عاطف محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 366 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 17 يناير 1957 ، م (11) ، ص 152 . لذلك قضي بعدم تطبيق النظرية متى كانت جميع ظروف وملابسات المشروع تحت نظر الشركة وعلى علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذه (المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 800 لسنة 34 ق ، جلسة 19 مايو 1992) .

من طبيعة التربة التي سيقام عليها المشروع أو جهل الصعوبات الناتجة عن تنفيذ الأشغال في فصل الشتاء . لذلك رفض القضاء الدفع بتوافر الصعوبات المادية للتخلص من المسئولية نتيجة هبوط أرصفة مقامة على جوانب نهر النيل ، لأن الهبوط يرجع إلى وقع الأرض من نهر النيل ، استناداً إلى أن هذا الأمر كان يمكن للمقاول أن يتوقعه([1]) .

كذلك لا يُعفى المقاول من المسئولية عن عيوب المواد التي يستخدمها في التشييد، سواء قدمت من قِبل الإدارة ، أو أن المقاول هو الملتزم بتقديمها . فالتقصير مفترض في حق المقاول المتعاقد حتى يثبت العكس ، أي حتى يقيم الدليل على أن ما تشكو منه الإدارة إنما حصل بقوة قاهرة لم يكن في وسعه دفعها مهما بلغ من الحيطة وشدد في وسائل الرقابة .

ففي الفرض الأول ، كان على المقاول أن يحتاط لنفسه ويضمن تحديد مسئوليته بأن يبادر إلى التحري والكشف عن مدى صلاحية المواد المقدمة من الإدارة قبل استخدامها، فإذا كانت هذه المواد غير صالحة للبناء مثلاً فإنه يقع على عاتقه التزام بإخطار الإدارة بشأن المخاطر التي تتعلق بهذه المواد .

وفي الفرض الثاني كان حتماً على المقاول اختيار أحسن المواد وأفضلها، وعليه يقع عبء الفحص والتحقق من صلاحية هذه المواد للغرض المعدة له وخلوها من العيوب.

وحسب المقاول للتخلص من المسئولية أن يثبت أن فساد المواد المستخدمة بسبب جرثومة لم يكن في الإمكان كشفها أو معالجة آثارها وقت البناء حتى مع استخدام وسائل الفحص الحديثة .

* ***ارتفاع تكاليف تنفيذ العقد*** : يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً استناداً إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بمجرد أن تلك الصعوبات قد أدت إلى زيادة الأعباء الملقاة على عاتقه دون أن تصل إلى حد قلب اقتصاديات العقد كما في نظرية

([1]) . أنظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، ص 182.

الظروف الطارئة. لكن إذا تم تحديد أجر إجمالي لكمية الأعمال المطلوبة (أي تحديد جزافي للثمن) ، فإنه يتعين لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تؤدي تلك الصعوبات ليس فقط إلى زيادة التكاليف ، وإنما إلى قلب اقتصاديات العقد .

آثار النظرية : مما لا شك فيه أن وجود صعوبات مادية غير متوقعة لا تعفي المتعاقد من التزاماته ، فعليه الاستمرار في تنفيذ ما تعهد به في العقد ولا يتوقف عن التنفيذ "إلا إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة بسبب القوة القاهرة ، ومن ثم إذا تسرع المتعاقد مع الإدارة الأمر ، وتوقف عن التنفيذ بحجة وجود هذه الصعوبات ، فإنه يصبح عرضة لتوقيع الجزاءات المقررة عليه من جهة الإدارة . وقد يفقد حقه في التعويض بموجب هذه النظرية أثر هذا التوقف، وذلك كله تمليه اعتبارات تأمين سير المرفق العام بانتظام واضطراد"([1]) .

والتعويض المستحق وفقاً لهذه النظرية يشمل كل الأعباء التي أنتجتها تلك الصعوبات. لذلك أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى بالتشريع بمبدأ التعويض الكامل، حيث أعلنت أنه يجب من باب العدالة تعويض المتعاقد عن الصعوبات الاستثنائية التي جعلت تنفيذ العقد أكثر كلفة "بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعمال والتكاليف التي تحملها ، اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه نية الطرفين المشتركة ، والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها ، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها"([2]) .

([1]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 511 .

([2]) . فتوى رقم 95 في 4 فبراير 1964 ، جلسة 29 يناير 1964 ، السنة 18 ، مبدأ 69 ، ص 186، مشار إليه في مجموعة الأربعين عاماً ، مبدأ 266 ، ص 463 .

إلا أن المحكمة الإدارية العليا لم تسر في هذا الطريق المحمود ، حيث قضت بأن التعويض في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة هو تعويض جزئي ، وكان ذلك في حكم لها صدر سنة 1969 .

وفي حيثيات الحكم أعلنت المحكمة أن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قابلها المتعاقد "لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب في الخسارة الفادحة التي تختل بها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه"([1]) .

والظاهر من الحكم السابق أن المحكمة الإدارية العليا خلطت بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة .

*

([1]) ـ المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 14 يونيه 1969 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 581 ، ص 917 .

الفصل الثالث

انقضاء العقد الإداري

سبق لنا أن تعرضنا لكثير من أسباب انقضاء العقد الإداري في المناسبات المختلفة التي عرضت لنا عند دراسة أحكام هذا العقد . فعرضنا لوفاة المتعاقد وإفلاسه حال الحديث عن حق الإدارة في التنفيذ الشخصي للإلتزامات العقدية ، وللفسخ الإداري كأحد الجزاءات التي توقعه الإدارة على المتعاقد بإرادتها المنفردة . فحسبنا أن نحيل إلى التفصيلات المتقدمة في هذا الصدد.

بقي أن نتعرض هنا لأسباب الإنقضاء التي لم تتح لنا فرصة التعرض لها من قبل، وهي إنهاء العقد للمصلحة العامة ، وفسخ العقد قضائياً من قبل المتعاقد ، وفسخه بقوة القانون وبإتفاق الطرفين .

المبحث الأول

إنهاء التعاقد بإرادة الإدارة تحقيقاً للمصلحة العامة

مما لا شك فيه أن للإدارة حق إنهاء العقد حتى في حالة عدم النص على ذلك في صلب العقد ، وحتى ولو لم يقع خطأ من جانب المتعاقد ، وذلك متى قررت أن الصالح العام يقتضي ذلك الإنهاء ، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخهما أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر([1]) .

([1])- CE, 7 mai 2013, requête numéro 365043, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne (AJDA 2013, p. 1271, chron. Domino et Bretonneau ; JCP A 2013, 2297 note Vila :CE, 10 juillet 1996, requête numéro 140606, Coisne (Rec. tables, p. 1006, concl. Chantepy ; RFDA 1997, p. 504

وترجمة لذلك قضي بأن الإدارة "تتمتع بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين منها حق الإدارة في إنهاء العقد بناء على سلطتها التقديرية متى قررت أن الصالح العام يقتضي إنهاء العقد حتى في حالة عدم النص على ذلك في صلب العقد ، وحتى لو لم يقع خطأ من جانب المستغل ، فإن سلطتها التقديرية في ذلك مناطها عدم الانحراف بالسلطة لأن السلطة المخولة للإدارة في هذا الصدد تقوم أساساً على فكرة المرفق العام"([1]) .

وحق إنهاء العقد للمصلحة العامة ثابت للإدارة ، يستوي في ذلك أن يصيب المتعاقد ضرر من جراء هذا الإنهاء أم لا ، لأن إصابة المتعاقد بضرر لا يعني بذاته حرمان الإدارة من حقها الطبيعي في حماية المصلحة العامة والتي قد تقتضي إلغاء العقد.

وفي مقابل هذا الحق المقرر للإدارة ، فإنه لا يجوز لها أن تتعسف في استعماله في وقت غير لائق ، فإن فعلت وترتب على ذلك ضرر للمتعاقد كان له أن يطالب الإدارة بالتعويضات الكفيلة بتغطية هذا الضرر ، ما لم يتنازل مقدماً بشرط صريح في العقد عن حقه في الرجوع على الإدارة بالتعويض بسبب الإنهاء . فمثل هذا الشرط مشروع ونافذ على المتعاقد .

وبما أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد من جانبها وحدها مراعاة للمصلحة العامة يعتبر من مستلزمات العقد الإداري ، فإنه لا يجوز اشتراط عدم إنهاء العقد مع المتعاقد في هذا الفرض. فإذا وجد مثل هذا الشرط وقامت الإدارة بإلغاء العقد رغم ذلك ، ثبت للمتعاقد حق مطالبة الإدارة بالتعويض دون حاجة إلى إثبات الضرر ، إذ من شأن اشتراط عدم إنهاء العقد ـ في رأينا ـ افتراض حصول الضرر للمتعاقد في حالة إنهاء التعاقد معه دائماً .

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 25 يونيه 1961 ، م (15) ، ص 269 .

ولا يلزم أن يكون إنهاء العقد صراحة ، بل يصح أن يستفاد ضمناً من أي عمل تأتيه الإدارة إذا كان من شأنه أن يكشف عن إرادتها في إنهاء التعاقد . ومن هذا القبيل أن تتولى الإدارة بنفسها مباشرة العمل الذي تعاقدت بشأنه . بيد أنه يتعين الاحتياط هنا ، حيث يجب أن يثبت قطعاً أن الإدارة أنهت التعاقد مع المتعاقد وبالتالي لا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتماً . فقيام الإدارة بنفسها بتنفيذ بعض الأعمال التي تعاقدت بشأنها لا يمكن اعتباره إنهاء للعقد الإداري . إذ ليس هناك ما يمنع الإدارة من ذلك مع بقاء العقد الإداري والمتعاقد .

ومن قبيل الإنهاء الضمني أيضاً أن تتعاقد الإدارة مع متعاقد آخر على ذات محل العقد الأول . على أنه قد لا يترتب على إبرام عقد جديد مع متعاقد آخر إلا الحد من التزامات وسلطات المتعاقد الأول القائم بالعمل . فإبرام عقد مع شخص لمد الأسلاك الكهربائية داخل مبنى مثلاً لا ينهي تعاقد الإدارة مع الشخص الأول لبناء المبنى إلا فيما يتعلق بمد هذه الأسلاك فقط ، بحيث يبقى العقد الأول قائماً فيما عدا ذلك . وقد يكون الغرض من العقد الجديد إشراك المتعاقد الثاني مع الأول في العمل . وتقدير كل ذلك متروك لقاضي الموضوع يستشفه من ظروف الدعوى وملابستها .

استمرار العقد الإداري رغم إنهائه من قبل الإدارة : ويترتب على إنهاء العقد من قبل الإدارة اعتبار المتعاقد أجنبياً عن العقد . ولذلك لا يحتج على الإدارة بالتصرفات التي يباشرها المتعاقد رغم إنهاء العقد لأنه يفقد بالإنهاء سلطته التعاقدية .

على أن ذلك لا يصدق إلا على ما يباشره المتعاقد بعد علمه بالإنهاء . فإذا باشر المتعاقد تصرفاً يدخل ضمن العقد بعد إنهائه فعلاً ، ولكن قبل أن ينتهي إليه نبأ انتهاء مهمته بإلغاء العقد ، فإنه يستطيع أن يطالب الإدارة بما أنفقه في هذا السبيل استناداً إلى نظرية الإثراء بلا سبب .

وحتى إذا كان المتعاقد سيء النية وتعامل مع شخص حسن النية مستمراً في انتحال صفة المتعاقد ، فإنه يكون في وسع هذا الشخص أن يلزم الإدارة بتنفيذ ما تعهد به المتعاقد باسمها. ولا تستطيع الإدارة أن تحتج عليه بإنهاء العقد طالما أنه لم يكن على بينة من هذا الأمر وقت التعاقد .

ومن هنا نرى أن الحيطة تقضي على الإدارة أن تعلن المتعاقد معها بإنهاء العقد. كما يتعين عليها أن تتخذ مثل هذا الاحتياط في مواجهة الغير الذين تربطهم بالمتعاقد علاقة عمل متصلة بالعقد الإداري . وبذلك تتفادى الإدارة الاحتجاج عليها بحسن النية الذي من شأنه التزامها بتنفيذ من أجراه المتعاقد بعد إلغاء العقد من التصرفات .

وإذا أثار النزاع حول علم المتعاقد أو الغير بإلغاء العقد أو جهله إياه ، فإنه يكون على الإدارة التي تدعي براءة ذمتها من الإلتزامات التي عقدها المتعاقد أن تثبت أنهما كانا على بينة من إلغاء العقد وقت التعامل . وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي تقرر افتراض حسن النية دائماً ، فعلى من يدعي أن خصمه كان سيء النية أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه . وتكون للإدارة التي تدعي سوء نية المتعاقد أو الغير أن تقيم الدليل على علمه بنبأ إنهاء العقد بكل وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، لأن القانون لا يتطلب إنهاء العقد للمصلحة العامة بطريقة معينة. إنما يجب على أي حال أن يثبت العلم بإنهاء التعاقد بأي طريق كان .

تعدد المتعاقدين مع الإدارة : إذا تعدد المتعاقدين مع الإدارة في عمل واحد وتم إنهاء العقد مع أحدهم أو بعضهم ، فإن ذلك لا يمنع المتعاقدين الباقين من الاستمرار في تنفيذ العقد ولو كان التعاقد معهم تم بعقد واحد. لأن سحب الإدارة ثقتها من أحد المتعاقدين لا يعني ضياع ثقتها في الآخرين. بل أنه يفسر برغبة الإدارة في أن ينفرد المتعاقدون الآخرون بالعمل دون المتعاقد الذي أُلغِي تعاقده .

ومما يدعم ما ذهبنا إليه أن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 52 من القانون على أنه "إذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم، جاز للجهة الإدارية إنهاء العقد مع رد التأمين النهائي ما لم يكن لها مطالبات أو السماح لباقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه" .

رد التأمين : من المقرر أن إنهاء العقد من قبل الإدارة لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد لا يجوز معها مصادرة التأمين المقدم منه . وعلة ذلك أن المشرع في المادة 40 من قانون تنظيم التعاقدات قد نص على حق الجهة الإدارية في مصادرة التأمين النهائي في مواجهة المتعاقد المقصر إذا أخل بأي شرط من شروط العقد ، بينما في الفرض الذي نحن بصدده فإن الإدارة أنهت العقد بإرادتها المنفردة ولأسباب لا دخل للمتعاقد فيها . لذلك فالعدالة تقف إلى جانب رد التأمين للمتعاقد.

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "متى كانت مقتضيات المصلحة العامة وحماية الأمن العام تقتضي إلغاء عقود استغلال المحاجر بالمنطقة المشار إليها ومنها عقد الاستغلال المبرم مع الطاعن ، إلا أن هذا لا يستوجب مصادرة التأمين النسبي وتأمين التشغيل المودعين من الطاعن، باعتبار أن إنهاء العقد لم يكن بسبب إخلال الطاعن بالتزامات العقد القانونية ، وإنما كان لسبب خارج عن إرادة الطاعن ، وهو حماية الأمن والنظام تحقيقاً للمصلحة العامة ، الأمر الذي يتعين معه إلزام الجهة الإدارية برد قيمة التأمين النسبي وتأمين التشغيل إلى الطاعن"([1]) .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1698 لسنة 35 ق ، جلسة 12 مارس 2002 .

المبحث الثاني

إنهاء العقد من قِبل المتعاقد (الفسخ القضائي)

من حق المتعاقد مع الإدارة أن ينهي العقد إذا ناء بعبئه أو رغب عن الاستمرار في تنفيذه .

على أن المشرع لم يشأ أن يترك الأمر لهوى المتعاقد ينهي العقد بنفسه متى شاء وفي أي وقت شاء ، بل أنه قيد هذا الحق بضرورة الحصول على حكم قضائي .

فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد بقرار منه إذا توافرت مبررات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك. وحسب المتعاقد أن يثبت أن الإدارة امتنعت عن تنفيذ ما تعهدت به، أو حدوث خلل في التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة استخدام الإدارة سلطتها في التعديل، أو استحالة تنفيذ بنود العقد بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ .

وسنتعرض لدراسة كل سبب من هذه الأسباب على حدة .

(أولاً) **الحق في طلب الفسخ القضائي نتيجة لإخلال الإدارة بالتزاماتها** : العقد الإداري من العقود التبادلية ، ويتضح ذلك من تلك الإلتزامات المتبادلة التي تنشأ في ذمة كل من طرفي العقد . فالمتعاقد يلتزم أساساً بالقيام بما تعهد به من أعمال ، في نظير التزام الإدارة بتمكينه من العمل وبالمقابل المالي .

فإذا امتنعت الإدارة عن الوفاء بما تعهدت به ، فهل يحق للمتعاقد معها أن يطالب قضائياً بفسخ العقد ؟

القاعدة أن حق المتعاقد في طلب فسخ العقد يعود إلى الترابط الذي يحكم العلاقة التعاقدية بعد نشوئها صحيحة ومستوفية لشروطها وأركانها . فرضاء المتعاقد بتنفيذ ما تعهد به إنما يقوم على اعتبار الإدارة قد تحملت بدورها التزاماتها العقدية. فإذا أخلت الإدارة

بهذه الإلتزامات فإن التزامات المتعاقد لا محل لها وبالتالي يحق له المطالبة بالفسخ . فطبيعة العقد الملزم للجانبين تقتضي ألا يكون هناك التزامات على طرف لا تقابلها التزامات أخرى على الطرف الآخر .

ولكن الصورة ليست بهذه البساطة في مجال العقود الإدارية ، فالعقد الإداري يقترب من عقود الإذعان ، ومن المعروف أن هذا الوصف يلحق سائر العقود التي لا يتحقق فيها التوازن الاقتصادي بين مركزي المتعاقدين ، وهذه الظاهرة واضحة تمام الوضوح في نطاق العقد الإداري. فالإدارة تتمتع بمركز اقتصادي قوى تدعمه تلك السلطة التي تستمدها من القانون باعتبارها قوّامة على المصلحة العامة . فيكون في وسعها أن تفرض على المتعاقد معها ما تراه من الشروط محققاً لمصلحة المرفق التي تديره أو تشرف عليه. ويندر أن يكون المتعاقد في مركز الند حتى يضع من الشروط ما يسلب الإدارة امتيازاتها وسلطتها التعاقدية أو التخفيف من حدتها. بل أن سواد المتعاقدين يكون مضطراً إلى توقيع العقد على آملٍ أن يجني من الفوائد ما يخفف عنه نتائج استخدام الإدارة لسطتها وامتيازاتها.

لكل هذا نقول أن القاعدة في العقد الإداري أنه لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته بحجة أن الإدارة قد أخلت بالتزاماتها ما دام أنه كان في استطاعته التنفيذ .

وللحكم بفسخ العقد يتمسك القضاء بلا هوادة بشرط إخلال الإدارة بالتزاماتها إخلالاً جسيماً من شأنه أن يحول بين المتعاقد وتنفيذ العقد . وكثيراً ما قرر أن الفسخ القضائي كجزاء لخطأ جهة الإدارة يقابل حق الإدارة في فسخ العقد لخطأ المتعاقد معها ، إلا أن هذا الجزاء لا يوقع إلا إذا ثبت أن جهة الإدارة المتعاقدة قد اقترفت خطأ عقدياً جسيماً بحسبان أن الجزاء الأصيل الواجب توقيعه على جهة الإدارة في حالة تحقيق مسئوليتها هو التعويض([1]) .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 3373 لسنة 42 ق ، جلسة 19 سبتمبر 2000 .

ومن قبيل الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ عدم قيام الإدارة بتسليم مواقع العمل إلى المتعاقد مدة كبيرة تتجاوز القدر المعقول([1])، وعدم صرف مقابل الأعمال إذا كان من شأنه أن يعجز المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد([2]). وتأخر الجهة الإدارية في تسليم ما التزمت به من استخراج التصاريح اللازمة للبدء في العمل مما أدي إلى زيادة أسعار المواد الخام وامتناعها عن سداد فروق هذه الأسعار([3]) .

وبالمقابل لا يعتبر إخلالاً جسيماً يبرر الفسخ تأخر الإدارة عن صرف جزء من مستخلص رغم قبولها لشرط يقضي بحق المتعاقد معها في التوقف عن العمل في حالة عدم صرف أي مستخلص بالكامل([4]) .

ويهمنا أن نشير هنا إلى أنه إذا كان المتعاقد لا يمكنه التحلل من العقد من تلقاء نفسه، بل يتعين عليه أن يرفع الأمر إلى القضاء ، فإن الإدارة تملك فسخ العقد بإرادتها المنفردة ، ولكنها قد تلجأ هي الأخرى إلى القاضي للحصول على حكم قضائي بالفسخ تجنباً للمسئولية الناجمة عن استعمال سلطتها في الفسخ الإداري .

(ثانياً) **الفسخ نتيجة لاختلال التوازن الاقتصادي للعقد** : قلنا إن الإدارة لها سلطة تعديل عقودها الإدارية، تلك السلطة تستمدها من متطلبات المرفق العام وضرورة مسايرته للحاجات المستحدثة .

إلا أن القضاء لم يشأ أن يترك الإدارة حرة في تعديل العقد دون ضوابط تهدف إلى التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها . ومن بين هذه الضوابط أنه لا يجوز للإدارة أن تدخل تعديلات من شأنها إرهاق المتعاقد بإلزامه بتبعات

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 4189 لسنة 42 ق ، جلسة 24 نوفمبر 1998 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 4063 لسنة 50 ق ، جلسة 9 فبراير 1999 .

([3]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1503 لسنة 27 ق ، جلسة 2 إبريل 1985 .

([4]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 4189 لسنة 42 ق ، جلسة 24 نوفمبر 1998 .

تفوق إمكانياته ، أو أن تكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد .

فإذا جاوز التعديل هذه الحدود جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد . ومن السهل جداً ـ لتبرير ذلك ـ أن نفترض أن نية المتعاقد انصرفت إلى فسخ العقد بمجرد تجاوز الحدود المقبولة للتعديل ، لأنه وقد قبل التعاقد مع الإدارة فقد قبل أن تمارس سلطتها في التعديل المعقول . فإذا أصاب العقد اختلالاً في اقتصادياته نتيجة لهذا التعديل جاز أن يُفسخ العقد وأن يحال بين المتعاقد وتنفيذ ما تعهد به حتى لا يتحمل تبعات تدخل الإدارة دون أن يكون في وسع التعويض الذي قد تقدمه الإدارة أن يجبر الضرر الذي أصابه .

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "إذا قامت الجهة الإدارية بتغيير موقع العملية إلى موقع جديد بعد مضي أكثر من سنة على تسليم الموقع الأصلي لأسباب تعود إليها ورفضت ما يرتبه الموقع الجديد من نفقات وتكاليف تختلف عن الموقع الأصلي شاملة للزيادة في الأسعار التي طرأت بعد مضي هذه المدة لمواد البناء وأجور العمالة ، فإنه يجوز للمتعاقد فسخ العقد"([1]) .

(ثالثاً) **الفسخ نتيجة القوة القاهرة** : يلاحظ تطبيقاً للقواعد العامة ، أن المتعاقد مع الإدارة يحق له أن يطالب القضاء بفسخ العقد إذا استحال عليه تنفيذه أو الاستمرار في التنفيذ بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ .

وعلى المتعاقد الذي يستند إلى القوة القاهرة للتهرب من المسئولية أن يضطلع بعبء إثبات ما يدعي أنه قد حال بينه وبين المضي في التنفيذ . فعليه أن يثبت أن الحادث المفاجئ خارج عن إرادته أو بسبب غريب عنه ولا يمكن نسبته إليه . كذلك عليه أن يثبت أنه لم يكن في وسعه أن يتوقع حصول هذا الحادث وقت التعاقد . وأخيراً ، أن يثبت أن القوة القاهرة جعلت تنفيذ التزاماته العقدية مستحيلاً ، فلا يكفي أن يكون من شأن

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 6456 لسنة 46 ق ، جلسة 20 مارس 2004 .

الحادث المفاجئ أن يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً أو أنه يزيد في تكليفه ، بل يجب أن تكون هناك استحالة مادية حقيقية تحول دون التنفيذ أو الاستمرار فيه .

وهذه الضوابط أشارت إليها المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها ، حيث أعلنت أنه "يجب أن تكون القوة القاهرة أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ، فإن توافر هذا الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه ، ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور ، فالمعيار موضوعي لا ذاتي ، فلا يكتفى فيه بالشخص العادي ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطبقاً . كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ مستحيل الدفع ، فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن ثمت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ. كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين"([1]) .

والظاهر من هذه الضوابط أن القضاء يتمسك بمبدأ احترام العقد احتراماً مطلقاً ، طالما أن تنفيذ الإلتزام العقدي لم يصبح مستحيلاً .

ومن قبيل القوة القاهرة التي تبرر فسخ العقد عدم توريد أسلحة للحكومة المصرية بسبب إصرار الحكومتين الإيطالية والفرنسية منع تصدير الأسلحة المتفق عليها إلى مصر، وهو سبب ما كان في إمكان أي شخص في مركز المدين أو يتوقعه أو يدفعه([2]) .

وحري بالذكر أنه في وسع المتعاقد أن يرجع على الإدارة بما أنفقه في سبيل تنفيذ العقد تنفيذاً جزئياً ولو لم يفد الإدارة شيئاً من هذا التنفيذ لعدم إمكان نسبة التقصير إليه في مثل هذه الحالة . ولا يجوز الإتفاق على تحمل المتعاقد نتائج القوة القاهرة .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 12 ديسمبر 1959 ، م (5) ، ص 106 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 12 ديسمبر 1959 ، م (5) ، ص 106 .

المبحث الثالث

الفسخ الاتفاقـــي

لا يوجد ما يمنع أن يتفق طرفي العقد على وضع نهاية للرابطة العقدية التي تجمعهما وتصفية آثارها إذا لم يقم أحدهم بتنفيذ الإلتزامات التي يقررها العقد دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك . ولما كان مثل هذا الشرط صحيحاً لا غبار على مشروعيته، إذ لا مخالفة فيه للنظام العام أو لنصوص القانون ، وجب احترامه تطبيقاً لمبدأ كون العقد شريعة المتعاقدين .

ويختلف الفسخ الاتفاقي عن الفسخ القضائي من حيث مصدرهما . فمصدر الأول الإتفاق، ومصدر الثاني حكم القضاء . وينبني على هذا الفرق الجوهري أنه في الفسخ الاتفاقي لا محل للالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم بفسخ العقد ، إلا إذا تنازع الطرفان في هذا الشأن. فإذا رفع الأمر إلى القاضي تعين عليه أن يقضي بفسخ العقد . فالفسخ الاتفاقي يسلب القاضي سلطته التقديرية بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخاً إلا أن يتحقق فعلاً من المخالفة التي وردت بالعقد ويترتب عليها الفسخ . فإذا قام الفسخ على أسباب معينة فليس للقاضي عند الفصل في النزاع أن يتعرض لبحث أسباب جديدة غير تلك التي بني عليها الفسخ لتقريره والحكم به . وتلك نتيجة طبيعية للقاعدة القانونية العامة التي من مقتضاها أن الفسخ لا يكون إلا قضائياً وبما أن الفسخ الاتفاقي يعتبر استثناء ، كان طبيعياً ألا يتوسع في تفسير هذا الفسخ ، وأن يتذرع القاضي بالحيطة والدقة في تحديد موضوعه خشية أن يشوه قصد المتعاقدين ويخرجه عن الغاية التي قصد إليها متجاوزاً بذلك الحدود التي رسماها .

زد على ذلك أن الإدارة هي التي قدرت أن المصلحة العامة تقتضي وجود مثل هذا الشرط (الفسخ الاتفاقي) أو على الأقل أن هذا الشرط لا يتعارض مع المصلحة العامة. لذلك لا يجوز للقاضي أن يصل بسلطته في حل النزاع إلى سلب ما للطرفين من إرادة

تبادلية في فسخ العقد أو مد الفسخ لحالات أخرى لم يتم الإتفاق عليها . والقول بغير ذلك سيؤدي إلى اعتبار القاضي هو العالِم ، دون الإدارة ، بالمصلحة العامة وكيفية إدارة مرافقها.

على أنه وإن كان من الواجب عدم التوسع في تفسير الفسخ الاتفاقي وقصره على الأسباب التي تم الإتفاق عليها ، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من أن يستخلص من عبارات العقد والظروف التي تم فيها نية الطرفين والنتائج المبتغاة من إبرام العقد ، ويعين نطاق الأسباب التي أراد الطرفان وضع حد للعقد بمجرد تحققها ، ما دامت عبارات العقد وملابساته تحتمل ما استخلصه منها .

المبحث الرابع

الفسخ القانونـي

الفسخ القانوني هو الذي يتقرر بحكم القانون ودون تدخل من القاضي أو طرفي العقد، ومن قبيل ذلك أن يصدر تشريع ينهي بعض العقود أو أن يهلك محل العقد .

ولقد عرض المشرع لأسباب الفسخ القانوني في نص المادة 50 من القانون التي نصت على الآتي : "يجب فسخ العقد في الحالات الآتية : (أ) إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد . (ب) إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار (ج) إذا أفلس المتعاقد أو أعسر ..." .

وظاهر من النص أن هناك حالات ثلاث لحدوث الفسخ القانوني ، هي الغش أو التلاعب من ناحية ، وإفلاس المتعاقد أو إعساره من ناحية أخرى، وتواطؤ أو فساد أو احتكار . وقد سبق لنا الكلام عن الإفلاس والإعسار والتواطؤ، وبقي علينا أن نذكر كلمة عن الغش أو التلاعب .

الفسخ بسبب الغش أو التلاعب : يقع الفسخ هنا إما بسبب الغش أو بسبب التلاعب . ويستوي أن يكون الغش أو التلاعب وقع في وقت سابق أو معاصر لإبرام العقد ، أو بعد انعقاد العقد ، فالجزاء واحد في الحالتين . ويستوي كذلك أن يكون الغش أو التلاعب صدر من المتعاقد أو من شخص آخر ممن يستعين بهم في تنفيذ التزاماته العقدية طالما كان المتعاقد على علم بذلك أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به .

ورغم أن الفسخ هنا مقرر لمصلحة الإدارة ، إلا أنه يقع بقوة القانون دون أن يتوقف على تمسك الإدارة به([1]) . فالمشرع افترض هنا أن توقيع الفسخ تلقائياً ـ بسبب سوء نية المتعاقد وخُبثْ طويته ـ يحقق المصلحة العامة التي تهدف إليها الإدارة في جميع تصرفاتها ومن بينها إبرام العقود .

ومن قبيل الغش المبرر للفسخ أن يقدم المتعاقد بضائع مغشوشة على أنها البضائع الأصلية مع علمه التام بأنها بضائع مغشوشة لا تصلح للاستعمال([2]) . أي أن التزام المتعاقد بإخطار الإدارة بالعيوب التي تصيب البضائع محدود بعلمه بهذه العيوب ، فلا يعقل بداهة أن يفرض على شخص الإخطار بما يجهله . ويسري هذا الحد سواء فيما يتعلق بالظروف السابقة أو المعاصرة للعقد أو تلك التي تطرأ بعد انعقاده . ولذلك لا يحاسب المتعاقد إلا عن عدم الإخطار بالعيوب التي أحدثها بفعله ، أو تلك التي حدثت بفعل الغير ولكنها انتهت إلى علمه .

وبالمقابل لا يعد غشاً مبرراً للفسخ مجرد توريد بضائع مخالفة للمواصفات طالما لم يثبت أن المورد كان على علم بهذه المخالفة وأتى من الأفعال ما يخفي هذه المخالفة عن جهة الإدارة أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافه .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 3824 لسنة 40 ق ، جلسة 16 ديسمبر 1997 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 95 لسنة 9 ق ، جلسة 14 مايو 1966 .

وتأكيداً على ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "مجرد مخالفة المواصفات لا يشكل غشاً أو تلاعباً ... إذ يلزم حتى ترقى مخالفة توريد أصناف مخالفة للشروط والمواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت سوء نية المتعهد بأن يكون على علم بهذه المخالفة وما ينطوي عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد في حقيقة الشيء المورد من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى عليها التعاقد أو أن يلجأ إلى استخدام طرق احتيالية ، سواء كانت إيجابية أو سلبية ، تنم عن عدم التزامه الجاد في تنفيذ التزاماته ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة"([1]) .

ونتيجة للاختلاف بين قيام المتعاقد بتوريد أصناف مخالفة للشروط والمواصفات المتعاقد عليها وبين ارتكابه الغش أو التلاعب في معاملته مع جهة الإدارة ، فإن المشرع خص مخالفة المواصفات جزاءات تختلف عن تلك المقررة للغش . فبينما للإدارة ـ في الحالة الأولى ـ أن ترفض الأصناف وتكلف المتعهد بتوريد غيرها أو أن تقبل الأصناف المخالفة مع تخفيض ثمنها أو أن تقوم بشراء أصناف مطابقة للشروط على حساب المتعاقد أو أن تنهي العقد فيما يخص هذه الأصناف مع توقيع غرامة التأخير واقتضاء المصروفات الإدارية، فإن المتعاقد الذي استعمل الغش أو التلاعب يلقى جزاء صارماً على تغريره بالإدارة. وهذا الجزاء يتمثل بجانب فسخ العقد ، شطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين المسموح لهما بالدخول في مناقصات الحكومة، مع إخطار الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية . ولا يخل ذلك بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بالتعويضات اللازمة .

وهذا الإختلاف في الجزاءات مرجعه إلى أن "الغالب الأعم في التوريدات أن ما يورده المتعهد لا يقوم بتصنيعه بنفسه أو يتفق مع الغير على تصنيعه وإنما الصانع غالباً ما يكون شخص آخر غير المورد وتقتصر العلاقة بينهما على مجرد شراء السلع التي

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن 7686 لسنة 48 ق ، جلسة 9 يناير 2007 . انظر كذلك لذات المحكمة طعن رقم 436 لسنة 22 ق ، جلسة 9 إبريل 1985 .

يقوم المتعهد بتوريدها فهو غير مسئول عن مدى جودة صناعتها طبقاً لأسلوب إنتاجها ... لذا واجه المشرع حالتي الإهمال في التوريد والغش والتلاعب في التوريد وتستقل كل حالة بأحكامها ونوعية الجزاءات التي تطبق عليها"([1]) .

وغش المتعاقد لا يُفترض ، ولذلك يقع على الإدارة عبء إثباته . فتثبت أن المتعاقد تعمد أن يخفي بعض الظروف التي كان من شأنها ، لو علمت الإدارة بها ، أن تحول بينها وبين التعاقد معه مطلقاً ، أو أن تحملها على عدم الإقدام على التعاقد إلا في مقابل شروط أكثر صرامة من تلك التي تم الإتفاق عليها .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 7408 لسنة 47 ق ، جلسة 5 سبتمبر 2005 .

الفصل الرابع

القواعد الخاصة ببعض أنواع العقود الإدارية

سنتناول بالكلام في هذا الفصل بعض أنواع العقود الإدارية التي تحكمها قواعد خاصة، سبق لنا أن أشرنا إليها إشارات عابرة ، ووعدنا بأن نعرض لها بالتفصيل في الموضع المخصص لها . وأهم أنواع العقود الإدارية التي تتطلب دراسة خاصة هي الإلتزام والأشغال العامة والتوريد .

وسوف نخصص المبحث الأول لدراسة الأحكام الخاصة بعقد الإلتزام ، ثم نعرج على دراسة عقد الأشغال العامة في المبحث الثاني ، لنكرس المبحث الثالث والأخير لعقد التوريد .

ويلاحظ أننا سنقصر بحثنا على القواعد الخاصة بهذه العقود ، أي تلك القواعد التي لا يُعرض تطبيقها إلا بصددها . وفيما عدا هذه القواعد تطبق عليها أحكام القواعد العامة للعقود الإدارية التي سبق لنا شرحها بالتفصيل .

المبحث الأول

عقد الإلتزام

تعريف التزام المرافق العامة : التزام المرافق العامة هو عقد بمقتضاه يتعهد شخص من أشخاص القانون الخاص (طبيعي أو معنوي) بأن يقوم على حسابه وعلى مسئوليته بإدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي لمدة معينة متحملاً مخاطره وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر ، ويُمنح في سبيل ذلك قدراً من السلطة العامة ، مقابل الرسوم التي يتقاضاها من الجمهور نظير استعمالهم المرفق([1]) .

([1]) . فتوى ، 16 فبراير 1949 ، الموسوعة الإدارية ج (18) ، قاعدة 688 ، ص 1090 .

ونفس المعنى ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في بواكير أحكامها ، حيث أعلنت أن التزام المرافق العامة "ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية ، وطبقاً للشروط التي توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح"([1]) .

ويلاحظ من هذا التعريف أن الخدمات التي يقدمها المرفق العام "لا تؤديها الدولة مباشرة، وإنما يقوم على إدارة واستغلال المرفق الذي يؤديها فرد عادي أو شركة تحل محل السلطة العامة في تأدية هذه الخدمة ، وتتمتع ـ في بعض الأحيان ـ ببعض مظاهر السلطة العامة"([2]). وهذه السلطة لا تنشأ للمتعاقد عن عقد الالتزام نفسه ، بل عن ارتباط هذا العقد بالمرفق العام وكون المتعاقد معاوناً للإدارة أو نائباً عنها في إدارة المرفق واستغلاله.

ونشير هنا إلى أننا سنعرف جهة الإدارة التي أبرمت العقد باصطلاح "مانحة الإلتزام" ، بينما نطلق على المتعاقد معها والذي يتولى إدارة المرفق واستغلاله لفظ "الملتزم". أما الأشخاص المستفيدين بخدمات المرفق محل العقد فنسميهم "المنتفعين" .

الطبيعة المزدوجة لعقد الالتزام : قد يتبادر إلى الذهن خطأ أن التزام المرافق العامة لا يستند في وجوده إلى توافق إرادتين كبقية العقود الإدارية . ويدفع إلى هذا الوهم تلك الملابسات التي تحيط بعملية الالتزام وما تحتفظ به الإدارة مانحة الالتزام من حق في أن تعدل بمفردها شروط الالتزام أو أن تلغيه دون التقيد بنصوصه . على أن ذلك لا ينفي كون الإدارة قد صدرت منها إرادة صحيحة اتجهت إلى أن تعهد إلى الملتزم بمهمة إدارة واستغلال المرفق العام . ولا شك أن الملتزم بقيامه بإدارة المرفق متحملاً أخطاره المالية

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 25 مارس 1956 ، م (10) ، ص 259 .

([2]) . عليوة مصطفى فتح الباب ، المرجع السابق ، ص 775 .

مقابل الرسوم التي يحصلها من المنتفعين يكون قد صدر عنه القبول الذي يكفل انعقاد العقد والتزامه بسائر الالتزامات الناتجة عنه .

ويلاحظ أن نشوء الرابطة القانونية في مثل هذه الظروف لا ينفي عنها صفة العقد بحال. وليس مثل عقود الإذعان ببعيد عن الأذهان .

إنما هل يترتب على سبغ الطبيعة التعاقدية على الالتزام أن يحظر على الإدارة تعديله أو إنهاؤه بإرادتها المنفردة ؟

نرى وجوب التفرقة بين نوعي الشروط التي يتضمنها عقد الالتزام ، أي **الشروط التعاقدية** التي تتناول مدة الالتزام والجوانب المالية للعقد بين الإدارة والملتزم ، **والشروط اللائحية** التي تهم المنتفعين من خدمات المرفق وتتصل بتنظيم المرفق وتسييره كالأحكام المتعلقة بتحديد الرسوم التي يتلقاها الملتزم من المنتفع ومواعيد تقديم الخدمة وتوفير السلامة للمنتفعين وشروط الانتفاع بالخدمة . من هنا تختلف هذه الأحكام باختلاف المرفق محل الالتزام .

ورغم احتواء الالتزام لنوعين من الشروط إلا أن السيادة للشروط التي تمنح الإدارة امتيازات السلطة العامة (أي الشروط اللائحية) ، وعلة ذلك أن "الدولة وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرفق العام إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابة ، أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعد تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله ، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، فتفرض على الملتزم عبئاً جديداً يزيد عما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه ، أو تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله، وهي في ذلك كله لا تستند إلى عقد الالتزام بل إلى سلطتها العامة ، وتحقيقاً لغايات هذه السلطة متمتعة

في ذلك بامتياز وسيادة ينتفي معها كل طابع تعاقدي، الأمر الذي يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون الخاص المتعلقة بالالتزامات .

"ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله ، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها ، أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعاً له ، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام"([1]) .

وليست مسألة التمييز بين الشروط اللائحية وتلك التعاقدية نظرية بحتة ، بل أنها تستتبع نتائج عملية غاية في الأهمية . فاعتبار الشرط لائحي يمنح الإدارة في أي وقت سلطة تعديله دون رضاء من قِبل الملتزم . في حين أنه في حالة الشرط التعاقدي تفقد الإدارة هذه السلطة ويتعين عليها قبل التعديل حصول موافقة المتعاقد معها .

وتعبيراً عن ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "الشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم ، والمسلم به أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة"([2]) .

تقسيم البحث : نتناول الآن بالبحث بعض الأحكام الخاصة بعقد الالتزام التي لم تتح لنا فرصة التعرض لها خلال دراستنا المتقدمة . وفيما عدا هذه الأحكام يخضع هذا النوع من العقود لنفس القواعد والمبادئ العامة التي تعرضنا لها بالتفصيل في الأبواب الثلاثة السابقة.

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، جلسة 27 يناير 1957 ، م (11) ، ص 160 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 20 ديسمبر 1977 ، الموسوعة الإدارية ، ج (18) ، قاعدة 692، ص 1100 .

وننوه هنا إلى أن الأحكام الخاصة بهذا العقد تضمنتها عدة قوانين : القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافق العامة ، والقانون رقم 61 لسنة 1958 في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ثم القانون المدني من خلال المواد 668 إلى 673 .

السلطة التي تملك منح الالتزام : يستدعي البحث في تحديد السلطة المختصة بمنح الالتزام التمييز بين فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) ـ استثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة : يجب في هذه الحالة ـ طبقاً لنص المادة الأولى من القانون رقم 61 لسنة 1958 ـ أن يصدر قرار بمنح الالتزام من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس النواب . ولا تقتصر سلطة رئيس الجمهورية على منح الالتزام بل يتعداه إلى سلطة إدخال أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة (العائدات) . أما تعديل ما عدا ذلك فيكون بقرار من الوزير المختص.

وترجمة لذلك أفتي بأن "المحافظة لجأت في إبرام مشروع هذا العقد إلى الأمر المباشر مع غض النظر عن اتباع الإجراءات التي يستوجبها إبرامه كعقد التزام ، وعلى رأسها عرض أمره على مجلس الشعب للنظر في الموافقة عليه أو رفضه . وهذا أمر واجب لانعقاد مثل هذا العقد يضحى العقد بدونه باطلاً بطلاناً مطلقاً ، باعتبار هذا الأمر من الأمور المتعلقة بالولاية في إبرام مثل هذا العقد ، والتي ناطها الشارع بالسلطة التشريعية التي تمثل جموع المواطنين ، نظراً لأهمية هذا العقد وخطورة آثاره وانعكاسها على حقوق ومصالح جموع المواطنين ، مما لا يمكن معه إبرام هذا العقد بغير اتباع ما فرضه المشرع في هذا الشأن"([1]) .

([1]) . فتوى رقم 549 بتاريخ 22 ديسمبر 1996 ، سجل رقم 105 لسنة 50 ، إدارة الفتوى لوزارة النقل البحري والمصالح العامة بمدينة الإسكندرية ، ملف رقم 24/1/7 .

وتجدر الإشارة إلى أن موافقة السلطة التشريعية على الالتزام وإن كان يأخذ مظهر القانون من الناحية الشكلية ، إلا أنه ليس كذلك من الناحية الموضوعية ، "حيث لا يتضمن أي قواعد عامة مجردة إنما هو نوع من رقابة السلطة التشريعية على بعض أعمال السلطة التنفيذية لما لهذه الأعمال من أهمية خاصة ، ولذلك كان أثر هذا القانون يقف عند هذا الحد ، فإذا تضمن قواعد مخالفة للقواعد القانونية العامة ، فإن هذه القواعد لا يعتد بها بل الواجب هو تنفيذ أحكام القانون العام"([1]) .

(الفرض الثاني) ـ استثمار موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية : بما أن المناطق المشار إليها في هذا الفرض تتعلق بوزارة الحربية ، فإنه يكون من اختصاص وزير الدفاع أن يمنح الامتياز الخاص باستثمار هذه المناطق وتعديل شروطها ، وذلك إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات([2]) .

وفي تبرير هذا الحكم أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 152 لسنة 1960 إلى أن "إعمال حكم القانون رقم 61 لسنة 1958 على إطلاقه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور ، سيؤدي إلى عدم إمكان تأجيرها في الوقت المناسب ، لأن المناطق التابعة لوزارة الحربية تزيد على مائة وخمسين منطقة يتراوح إيجارها السنوي بين ثلاث جنيهات وعشرين ألف جنيه ، ومنها ما يؤجر موسمياً لبضعة أشهر ... لذلك رؤي تيسيراً لاستغلال هذه المناطق تعديل القانون رقم 61 لسنة 1958 بحيث يكون منح امتيازها بقرار من وزير الحربية إذا لم تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات" .

(الفرض الثالث) ـ استثمار الموانى العامة والخاصة : طبقاً للمادة الرابعة مكرر من القانون رقم 1 لسنة 1996 في شأن الموانى التخصصية والمضافة بالقانون رقم 22 لسنة 1998 يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، أشخاصاً

([1]) . فتوى رقم 338 في 26 مايو 1962 ، جلسة 18 إبريل 1962 ، السنتان 16 ، 17 ، مبدأ 111 ، ص 259 .

([2]) . الفقرة الثانية من المادة الأولى لقانون رقم 61 لسنة 1958 .

طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء موانٍ عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانٍ القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصل مقابل استخدامها ، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة ، والقانون رقم 61 لسنة 1958 في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز. ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص .

مدة الالتزام : طبقاً للفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 32 من دستور 2014 لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة ، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون ، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً . ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات ، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون .

هكذا اقتضى الدستور أن يكون التزام المرافق العامة ابتداء من سنة وحتى ثلاثين عاماً أن يكون بقانون ، أي أن يصدر بالالتزام قانون من مجلس النواب .

وإلى هنا لا تُثار المشكلة ، بيد أن الفقرة الرابعة من ذات المادة ، أعلنت أن منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون . ولفظ "بناء على قانون" تفيدبأن منح الالتزام يُكتفى بشأنه أن يصدر قرار يُسن وفقاً للقانون .

وينطق هذا النص بالتناقض الصارخ ، فكيف للالتزام المحدود بمدة 15 سنة فأقل يقتضي بشأنه أن يصدر قانون طبقاً للفقرة الثالثة ، ويكتفى بشأن الإلتزام بذات المدة أن يصدر قرار إداري يُسن وفقاً لقانون طبقاً للفقرة الرابعة !!!

هكذا يمنح الإلتزام لمدد طويلة نسبياً وليس لمدد قصيرة حتى يتمكن الملتزم من استرداد رأس المال المنفق وتحقيق بعض الأرباح . من هنا حدد المشرع من خلال المادة الأولى من القانون رقم 129 لسنة 1947 الحد الأقصى لمدة عقد الالتزام بثلاثين سنة .

بينما كانت المادة الرابعة مكرراً من القانون رقم 1 لسنة 1996 بشأن المواني التخصصية تقرر مدة تسع وتسعين سنة كحد أقصى لعقد التزام المواني ، إلا أنه عقب صدور دستور 2014 صدر القانون رقم 10 لسنة 2017 ليعدل قانون المواني وقرر في المادة الرابعة مكررا بألا تزيد مدة الإلتزام على خمسة عشر عاماً ، ويجوز زيادة تلك المدة بقانون بما لا يجاوز ثلاثين عاماً .

سلطات الإدارة مانحة الالتزام : إذا كان الملتزم يحل محل الإدارة باعتبارها مانحة الالتزام في استعمال امتيازات السلطة العامة في علاقته بالأفراد ، فإن **رقابة الإدارة** على الملتزم تغدو ضرورة لا بد منها لحماية المنتفعين من احتمال تعسفه . كما أن للسلطة مانحة الالتزام حق التحقق من أن الملتزم ينفذ التزاماته طبقاً لشروط العقد .

وتأكيداً على ذلك نصت المادة 7 من القانون رقم 129 لسنة 1947 على أن لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية. وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أن يعهد إلى الجهاز المركزي للمحاسبات بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة .

وليس من العسير تبرير هذا الحق الذي تتدثر به الإدارة . "فحق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه ، وهو حق ثابت للجهة مانحة الإلتزام ولو لم ينص عليه في العقد ، بل يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام"([1]) .

([1]) . المذكرة الايضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 .

وبجانب حق الرقابة ، فإن الإدارة لها بإرادتها المنفردة أن **تعدل نظام سير المرفق** (أي النصوص اللائحية) متى اقتضت المنفعة العامة ذلك . وعلى الملتزم أن يدير المرفق مراعياً تنفيذ التعديلات التي فرضتها الإدارة . ومثال ذلك مطالبة الإدارة مانحة الالتزام من صاحب امتياز نقل بالأتوبيسات أن يمد خطوطاً جديدة للمناطق الجديدة أو أن يزيد عدد الأتوبيسات المستعملة أو يعدل أوقات تسييرها ، أو أن يستخدم عربات نقل أفضل أو تعديل قوائم الاسعار بالزيادة أو بالنقص. على أنه إذا كانت التعديلات التي أدخلتها الإدارة من شأنها أن تزيد من الأعباء المالية الملقاة على عاتق الملتزم ، فيحق للأخير أن يطالب بالتعويض ، وأحياناً بفسخ العقد([1]) .

وأخيراً تملك السلطة مانحة الالتزام **حق استرداد المرفق** قبل انتهاء مدة الالتزام ، مع تعويض الملتزم عن الأضرار التي أصابته من جراء ذلك. وعلة حق الاسترداد كامنة في الحكمة التي تواخاها المشرع، ألا وهي المصلحة العامة. فالأصل أن تقوم الإدارة بنفسها بإدارة مرافقها العامة، إلا إذا ارتأت أن المصلحة العامة تقتضي إدارتها عن طريق الإلتزام. فإذا استبان للإدارة بعد أن منحت الالتزام أن المصلحة العامة تقتضي أن تدير مرفقها العام بطريق مباشرة وليس من خلال الالتزام، فوجب عليها أن تسترد المرفق مع تعويض الملتزم عن الأضرار التي أصابته إن كان لذلك محل. ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز للملتزم أن يعارض الاسترداد بحجة أن له حقاً مكتسباً استمده من القوة الملزمة للعقد. كما أن لجوء الإدارة للإسترداد لا يتوقف على ارتكاب الملتزم أي خطأ . فحق الإدارة في الاسترداد ـ بخلاف الفسخ ـ لا يعد جزاء لارتكاب المتعاقد معها لخطأ ما .

والإدارة إذا قررت استرداد المرفق، فإنها تسترده خالياً من الالتزامات، فهي لا تكون خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم السابق الذي سيبقى وحده مسئولاً عن كافة التزاماته قِبل الغير في الفترة التي كان يقوم فيها بإدارة المرفق العام .

([1]) . المادة الخامسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 .

ولسنا بحاجة إلى القول بأن استرداد الإدارة للمرفق من الملتزم خالياً من الالتزامات قد يترتب عليه بعض الأضرار للعاملين بالمرفق . ويتحقق ذلك إذا كان الملتزم أجنبياً وكانت أمواله موجودة بالخارج ، حيث سيجد العمال صعوبة في استيفاء حقوقهم منه . لذلك فمن الأفضل استناداً إلى التضامن الاجتماعي أن تقوم الإدارة بالوفاء للعمال على أن ترجع على الملتزم فيما بعد .

علاوة على الحقوق السابقة فإن للإدارة **سلطة توقيع الجزاءات** على الملتزم متى أخل بالتزاماته. وهذا الجزاء قد يصل إلى حد إسقاط الالتزام .

حقوق الملتزم : للملتزم حقوق مالية متعددة ، منها : حقه في **الحصول على الرسوم** من المنتفعين بخدمات المرفق . ولعل هذه الرسوم هي التي يعوّل عليها الملتزم في تعويض النفقات التي أنفقها حال إنشائه للمرفق وإدارته له . وبسبب ارتباط الرسوم بالمنتفعين ، فإن أحكامها تعد من الشروط اللائحية وليست التعاقدية ، وبالتالي يحق للإدارة أن تعدلها من تلقاء نفسها . وطبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة "لمانح الإلتزام دائماً ـ متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ـ أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الإلتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل" . ويُفهم من هذا الحكم أن حق الملتزم في تحديد مقابل الخدمات التي يقدمها للمنتفعين ليس حقاً مطلقاً ، بل يتعين عليه إذا ما رغب في زيادة هذه الرسوم أن يخطر الجهة الإدارية مانحة الالتزام . فإذا لم ترد عليه الإدارة بقبولها أو رفضها ، فللملتزم أن يطبق الزيادة ، وليس أمام الادارة إلا أن تلجأ إلى حكم المادة الخامسة ، فتقوم بتعديل ما أجراه الملتزم . أما إذا لم يخطر الجهة الإدارية بالزيادة ، فالإدارة أن تلجأ إلى القضاء أو عن طريق التنفيذ المباشر بمطالبة الملتزم برد ما تقاضاه من المنتفعين من رسوم زائدة لتصب في الخزانة العامة .

وبجانب الحق في الحصول على رسوم من المنتفعين مقابل الخدمات التي يقدمها، فإن للملتزم الحق في **الحصول على تعويض مالي** عما يصيبه من أضرار نتيجة تدخل الإدارة لممارسة سلطتها في تعديل العقد أو تعديل نظام سير المرفق أو نتيجة لظروف اقتصادية غير متوقعة كان من شأنها زيادة الأعباء الملقاة على عاتقه إلى حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد .

كذلك حقه في **الحصول على القروض والمنح المالية والمساعدات** اللازمة لتشغيل المرفق . وبسبب ارتباط هذه الحقوق بالمهمة التى يقوم بها الملتزم ، فإنها تعد من الشروط التعاقدية التي لا يجوز للجهة الإدارية تعديلها من تلقاء نفسها وبإرادتها المنفردة. فإذا كانت المزايا التي قررتها الجهة مانحة الالتزامات جوهرية بحيث يستحيل أو يصعب تشغيل المرفق بدونها ، كان للملتزم حق فسخ العقد والمطالبة بالتعويض . ومن أمثلة ذلك أن تقرر الادارة للملتزم قطعة ارض ليقوم عليها المشروع محل التعاقد أو تمتنع الادارة عن منح الغير أي ترخيص لممارسة ذات النشاط الذي يقوم به المرفق .

وأيضاً حقه في **الحصول على نسبة من الأرباح** استناداً إلى المادة الثالثة من القانون رقم 129 لسنة 1947 والتي قضت بأنه لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال .

وفي مقابل الحقوق المالية التي يتمتع بها الملتزم ، فإن هناك بعض الواجبات الملقاة على عاتقه ، نذكر منها : التزامه بتنفيذ كافة القوانين والأنظمة المتعلقة بالمرفق محل الالتزام ؛ وإنشاء المباني اللازمة لأداء المرفق لخدماته ؛ وضمان سير العمل داخل المرفق ؛ وتحقيق المساواة بين المنتفعين .

حقوق المنتفعين : جاء بالمادة 669 من القانون المدني أن ملتزم المرفق العام يتعهد - بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله (المنتفع) - بأن يؤدي له على الوجه المألوف الخدمات

المقابلة للأجر (رسم انتفاع) الذي يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الإلتزام والشروط التي تقتضيها طبيعة العمل .

وفيما يتعلق بالرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين، فقد قضت المادة 671 بأن يكون لتعريفات الاسعار التي قررتها السلطة العامة (مانحة الالتزام) قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها. ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها ، فإذا عدلت الاسعار المعمول بها وصدق على التعديل، سرت الاسعار الجديدة دون أثر رجعي، من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسريانها .

ومما تنبغي ملاحظته أن المنتفعين بخدمات المرفق يخضعون في علاقتهم بالملتزم بأحكام القانون الخاص، وبالتالي يختص القضاء العادي بنظر المنازعات التي تنشأ بينهم . كما أن المنتفع يستمد حقه تجاه الملتزم من الرابطة التعاقدية التي تنشأ بينه وبين المرفق، مع العلم بأن هذا العقد يستند في الأساس إلى عقد الإلتزام، حيث أن الطرفين يتعاقدان في حدود هذا العقد الأخير. ويترتب على ذلك أن "كل نزاع يتوقف حسمه على مشكلة تتعلق مباشرة بعقد الامتياز يعتبر مسألة أولية ، يجب أن تُحال إلى القضاء الإداري بحسبانه المختص بنظر المنازعات المتعلقة بهذا العقد نظراً لطبيعته الإدارية"([1]).

وإذا كانت المصلحة العامة هي التي قد تدفع الجهة الإدارية إلى إدارة المرفق بصورة غير مباشرة عن طريق الالتزام ، فإن ذات المصلحة تفرض على الإدارة التدخل لدي الملتزم لاحترام شروط العقد حماية للمنتفعين بخدمات المرفق العام . فما الحقوق والسلطات التي تحوزها مانحة الالتزام إلا لخدمة جمهور المواطنين ، وبالتالي يحق لهؤلاء أن يطالبوا الإدارة بالتدخل واجبار الملتزم احترام شروط العقد . فإن استجابت الإدارة لذلك

([1]) . محمد علاء عبد المنعم ، الآثار الخاصة بالعقود الإدارية بالنسبة لغير أطرافها ، رسالة حقوق القاهرة، 2019 ، ص 342.

كان بها ، وفي حال عدم الاستجابة سنكون بصدد قرار سلبي بعدم التدخل يفتح المجال أمام المنتفعين للطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري .

ومن أهم الحالات التي قد تحرك طائفة المنتفعين نحو مطالبة الإدارة بالتدخل ، هي تعرضهم للتمييز بسبب اخلال الملتزم لقاعدة المساواة بين المنتفعين ، تلك القاعدة التي قررتها المادة 670 من القانون المدني ، حيث قضت بأنه "إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور" . هكذا يجب على الملتزم مراعاة المساواة التامة بين العملاء ، سواء من حيث الخدمات أو من حيث الأجور ، فلا يجوز له أن يستغل احتكاره ليمنح بعض العملاء ميزات من شأنها أن تخل بالمنافسة الحرة . ويمتد مبدأ المساواة إلى كل التزامات المرافق العامة ، كالسكك الحديدية والمياه والغاز والكهرباء. فلايسوغ للملتزم مثلاً أن يرفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور أو أن ينهي اشتراكات قائمة إلا بناء على أسباب جدية . بل عليه أن يؤدي خدماته لكل من يطلبها ، وعليه أيضاً أن يحقق المساواة التامة بين العملاء بأن يمتنع عن أي تمييز في المعاملة بينهم ، إلا في الحالات التي يكون التمييز فيها عاماً ، فلا يوجب التعويض([1]) .

انقضاء عقد الالتزام : عقد الالتزام قد ينقضي بصورة طبيعية أو بصورة مبتسرة . وسنعرض للفرضين على التتابع .

الإنقضاء الطبيعي : ينقضي عقد الالتزام بصورة طبيعية بحلول الأجل المحدد له، وذلك تطبيقاً لقصد العاقدين. وقد يحدث أن يخلو العقد من تحديد المدة الزمنية المحددة لنفاذه ، في هذه الحالة تعتبر المدة القصوى التي حددها القانون هي مدة العقد التي بحلولها ينقضي العقد. وقد رأينا أن الحد الأقصى لهذه المدة قدرها المشرع بثلاثين سنة ، بينما في

([1]) . أنظر الفقرة الثانية من المادة 670 من التقنين المدني .

عقد التزام الموانى لا تتجاوز المدة 99 سنة ثم تم تعديلها إلى ثلاثين سنة بمقتضى الدستور الحالي.

وبعد انتهاء المدة قد تتولى الإدارة بنفسها إدارة المرفق العام واستغلاله أو تعهد به عن طريق عقد التزام جديد لنفس الملتزم أو لملتزم جديد .

وقد ينتهي أجل العقد بانتهاء مهمة الملتزم ، إذ أن تحديد مهمة الملتزم من شأنه زوال سلطته في إدارة المرفق واستغلاله بانتهاء مهمته ، فلا يكون له بعد ذلك أن ينوب عن الإدارة مانحة الالتزام في ذلك .

ويثور التساؤل حول ما إذا استمر الملتزم في إدارة المرفق واستغلاله بعد انتهاء المدة ولم تبد الإدارة مانحة الالتزام ما يشعر برغبتها في إنهاء عقد الالتزام هل ينعقد بينهما عقداً ضمنياً ؟ نعتقد أن سكوت الإدارة لا يعني بقاء العقد سارياً ، لأن انقضاء العقد هنا يتم تلقائياً وبقوة القانون ، ولا يتوقف على تعبير صريح من الإدارة بإنهاء العقد . فإذا أرادت الإدارة أن تستمر في إدارة المرفق عن طريق الامتياز ، فإنها تبرم عقداً جديداً سواء مع الملتزم القديم أو مع ملتزم آخر وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة .

رغم ذلك يجوز للإدارة أن تمد المدة المتفق عليها في عقد الالتزام الأصلي طالما كان المد في الحدود القصوى المحددة في القانون . فإذا كانت مدة العقد الأصلي عشرين سنة ، فيجوز للإدارة أن تمد مدة العقد مع ذات الملتزم لمدة لا تجاوز عشر سنوات ، حيث يكون مجموع المدتان ثلاثين سنة كما ورد بالقانون .

الانقضاء المبتسر : ينقضي عقد الالتزام قبل الأوان في ثلاث حالات :

* **إسقاط الالتزام أو سحبه** : نعني بإسقاط الالتزام فسخ العقد وإقصاء الملتزم نهائياً من إدارة المرفق محل التعاقد نتيجة لخطأه الجسيم . فالإسقاط يعد بمثابة جزاء توقعه الإدارة بقرار منها دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي ، متى ثبت لها أن الملتزم ارتكب مخالفات

جسيمة لا ينفع معها وسائل الإكراه والضغط التي تستعملها الإدارة عادة مع متعاقديها المخالفين في العقود الأخرى.

وفي بيان ضوابط توقيع جزاء الإسقاط أعلنت المحكمة الإدارية العليا أن "مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد ، فله ـ بقرار منه ـ توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه ، وكذلك له أن يأخذ ما يراه كفيلاً لضمان سير المرفق ، كما يثبت لمانح الالتزام دائماً ـ بجانب هذه الجزاءات ـ إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة ، غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين : أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام ، وثانيهما وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ـ وقد توافر الشرطان السابقان في النزاع الماثل ـ ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة ، بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام"([1]) .

ومن قبيل المخالفات التي تبيح إسقاط الالتزام ، المخالفات الجسيمة وتكرار الإهمال أو العجز عن تسيير المرفق بانتظام . لذلك قضي بأن عجز الملتزم في تسيير السيارات والمقطورات المتفق عليها داخل مصيف رأس البر ، علاوة على سوء حالة السيارات المستخدمة بما يهدد أمن الركاب المنتفعين ، يعدد سبباً لإسقاط الالتزام([2]) .

وتجدر الإشارة إلى أن إسقاط الالتزام وسحبه كلاهما من الألفاظ المترادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 110 لسنة 13 ق، جلسة 30 ديسمبر 1977 ، مجموعة الأربعين عاماً ، مبدأ رقم 429 ، ص 670 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 110 لسنة 13 ق ، جلسة 30 ديسمبر 1977 ، مجموعة الأربعين عاماً ، مبدأ رقم 429 ، ص 670 .

التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الالتزام في هذه الحالة في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبراً عن الملتزم .

* **الفسخ بغير طريق الإسقاط** : فسخ العقد بغير طريق الإسقاط قد يكون باتفاق الطرفين، أو بقوة القانون، أو بحكم قضائي بناء على طلب الملتزم .

والفسخ يكون اتفاقياً إذا تم بتراضي بين الملتزم والإدارة مانحة الالتزام قبل نهاية مدة العقد ، حيث يتولى الطرفين تقدير التعويضات المستحقة دون اللجوء إلى القضاء .

أما الفسخ التلقائي فهو الفسخ الذي يقع بقوة القانون كما في حالة هلاك المرفق العام محل الالتزام بقوة قاهرة، أو وفاة الملتزم وكان شخصه محل اعتبار لدي الإدارة مانحة الالتزام .

وأخيراً الفسخ القضائي الذي يوقعه القاضي بناء على طلب من الملتزم . ومن قبيل ذلك اختلال التوازن المالي للعقد على أثر ممارسة الإدارة لسلطتها في تعديل العقد على نحو أدى إلى قلب اقتصاديات العقد بما يفوق إمكانيات الملتزم .

* **الاسترداد** : قد تفرض مقتضيات المصلحة العامة على الإدارة أن تتولى بنفسها إدارة المرفق العام واستغلاله فتقوم باسترداد المرفق من الملتزم قبل انتهاء المدة المحددة في العقد. وليس للملتزم أن يتمسك بالحق المكتسب أو بالقوة الملزمة للعقد .

ونظراً لأن الاسترداد تقرره الإدارة دون خطأ من جانب الملتزم ، كان حقيقاً على الإدارة مانحة الالتزام أن تعوض الملتزم عما يرتبه له استرداد المرفق قبل انتهاء مدة الالتزام من خسائر. ويدخل في تقدير التعويض المقرر للملتزم قيمة موجودات المرفق التي آلت ملكيتها للإدارة .

المبحث الثاني

عقد الأشغال العامة

التعريف به وتحديد شروطه : الأشغال العامة هو عقد يتم بين الإدارة وشخص طبيعي أو معنوي يتعهد بمقتضاه هذا الشخص بإنشاء بناء لحساب الإدارة أو ترميم أو صيانة بناء قائم بغية تحقيق المصلحة العامة ، وذلك مقابل ثمن محدد في العقد .

وتأكيداً لذلك أعلنت محكمة القضاء الإداري أن عقد الأشغال العامة هو "عقد مقاولة بين شخصين من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"([1]) .

وانتهت المحكمة إلى أن اتفاق حفر بئر ارتوازي يعد بمثابة عقد أشغال عامة ، فقد أبرم لحساب شخص معنوي هو وزارة الشئون البلدية والقروية وموضوعه عقار مخصص لمرفق عام والغرض منه تحقيق منفعة عامة وهو حفر بئر ارتوازي لتزويد أهالي المنطقة بالمياه العذبة الصالحة للشرب"([2]) .

ويتضح من هذا التعريف أن عقد الأشغال العامة ينصب على عقار ، سواء أكان عقاراً بطبيعته أو عقاراً بالتخصيص .

ونقصد بالعقار بطبيعته كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، ومن قبيل ذلك الطرق والسدود والجسور والمباني ... الخ . أما العقارات بالتخصيص

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 284 لسنة 8 ق ، جلسة 23 ديسمبر 1956 ، م 15 س ، ص 2010 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 284 لسنة 8 ق ، جلسة 23 ديسمبر 1956 ، م 15 س ، ص 2010 .

فهي منقول يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله . ومن قبيل ذلك مد خطوط التليفون أو مد أسلاك تحت الماء .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكون محل عقد الأشغال منقول أياً كانت قيمته ، ومن أمثلة ذلك بناء سفينة أو ترميم لوحة فنية مملوكة لجهة الإدارة .

ولا يقتصر عقد الأشغال على بناء عقار ، بل يمتد إلى كل ما يتعلق بالعقار ، مثل أعمال الترميم والهدم والصيانة وحتى أعمال النظافة والردم وأعمال الرش ونقل المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال .

وبجانب اتصال محل العقد بعقار، فإنه يتعين أن يتم العمل لحساب الإدارة بغض النظر عن الجهة المالكة للعقار، أي سواء أكانت سلطة عامة أو فرد، ومن قبيل ذلك قيام الإدارة باستئجار عقار مملوك لأحد الأفراد بغية تخصيصه لمدرسة أو مستشفى، ثم قامت الإدارة بأعمال صيانة أو ترميم لهذا العقار. بل يتوافر هذا الضابط حتى إذا كانت الإدارة لها سلطة الرقابة والإشراف على العقار محل الأشغال .

وعلاوة على ما سبق ، يجب أن يستهدف العقد تحقيق نفع عام ، أي تحقيق مصلحة عامة للجمهور أو لفئة منه . لذلك يعد من عقود الأشغال العامة بناء مستشفى توفر الرعاية الصحية للقاطنين في منطقة ما ، أو ترميم مدرسة بغرض المحافظة على استمرارية إداء المدرسة لرسالتها التعليمية ، أو بناء جسر ييسر على الأشخاص والأموال حركة النقل ... الخ . أما تحقيق المصلحة المالية للإدارة فلا تكفي لسبغ العقد بطابع الأشغال العامة .

ويتميز عقد الأشغال العامة من عقد الالتزام من زاويتين : الأولى أن المدة الزمنية المحددة لعقد الإلتزام أكبر بكثير من تلك اللازمة لتنفيذ عقد الأشغال العامة . الثانية أن الملتزم يحصل على المقابل في صورة رسم من المنتفعين بخدمات المرفق ، بينما يحصل المقاول على المقابل المالي من الجهة الإدارية المتعاقدة .

كما ينفرد عقد الأشغال العامة بأحكام تميزه من عقد BOT الذي يعني الإنشاء والإدارة ونقل الملكية . فبمقتضى العقد الأخير "تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه في العمل (شركة المشروع) بموجب اتفاق يبرم بينهما يسمى (اتفاق الترخيص) تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي ، ويُرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير ، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصاً لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص ، وتلتزم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص بالأوضاع والشروط المبينة باتفاق الترخيص"([1]) . هكذا يقف دور المقاول في عقد الاشغال العامة عند انشاء المشروع وتسليمه للجهة الإدارية المتعاقدة معه دون أن يتخطاه إلى إدارة المشروع وتقديم الخدمات إلى الجمهور ، فالإدارة هي التي تتولى ذلك .

الاستلام المؤقت في عقود الأشغال العامة : إذا انتهى المقاول في عقد الأشغال العامة من الانتهاء من الأعمال محل العقد فعليه أن يخلي الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده للتسليم الابتدائي. فإذا لم يقم بذلك كان للجهة الإدارية الحق ـ بعد إخطار المتعاقد ـ في تنفيذ ذلك على حسابه .

من جهة أخرى يلتزم المقاول بأن يخطر الجهة الإدارية بانتهائه من الأعمال ، حتى يتسنى للإدارة أن تحدد له ميعاداً للاستلام المؤقت . ويبدو أهمية هذا الإخطار في أن تاريخه يعد هو التاريخ الذي تم فيه العمل على الوجه المطلوب وبدء مدة الضمان متى تبين من المعاينة أن الأعمال قد تمت مطابقة للشروط والمواصفات .

([1]) . هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، دار النهضة العربية ، 2001 ، ص 44 .

ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد المعاينة ويوقعه كل من المقاول أو من ينوب عنه ومندوبي الجهة الإدارية . وفي حالة تخلف المقاول أو مندوبه يوقع المحضر من ممثلي الجهة الإدارية وحدهم . ويكون المحضر من أصل وأربع نسخ ، تسلم إحداهما للمقاول .

وإذا ثبت من المعاينة أن الأعمال تمت على الوجه المطلوب ، بدأ مدة الضمان في السريان من تاريخ إخطار المقاول للإدارة باستعداده للتسليم المؤقت .

أما إذا كشفت المعاينة عن أن الأعمال لم تنفذ على الوجه الأكمل ، أثبت ذلك في المحضر ، وتأجل التسليم إلى حين إتمام العمل بما يطابق شروط العقد . وفي هذه الحالة لا يتحقق التسليم المؤقت وبدء مدة الضمان إلا من تاريخ ثبوت إنهاء الأعمال بما يطابق الشروط والمواصفات المحددة في العقد .

وبعد إتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول ـ إذا لم توجد قِبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية جهة إدارية أخرى ـ ما زاد من قيمة التأمين النهائي على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التي تمت فعلاً ، وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان وإتمام التسليم النهائي([1]) .

هكذا يتضح الفارق بين التسليم الابتدائي والتسليم النهائي . فالأول يهدف إلى التأكد من أن الأعمال محل العقد قد نفذت على الوجه الأكمل ، بينما يهدف التسليم النهائي إلى التأكد من أن الأعمال بقيت سليمة طوال مدة الضمان . لذلك قضي بأن "الإدعاء بأن ثمة أعمالاً أو توريدات لم تنفذ فعلاً ، يجب أن يحول دون التسلم المؤقت ، فلا يجوز بعد التسلم المؤقت المجادلة في أعمال أو توريدات لم تنفذ ، فالذي يحول دون التسلم النهائي هو ثبوت أن الأعمال التي نفذت لم تبق سليمة حتى نهاية مدة الضمان وظهر بها من أوجه الخلل والعيوب ما تعيَّن إصلاحه قبل التسليم النهائي ، وبالتالي فإن

([1]) . المادة 118 من اللائحة التنفيذية للقانون .

إمتناع الإدارة عن تسلم الأعمال نهائياً بحجة وجود عيوب في الأعمال المنفذة رغم قيامها بتسلمها ابتدائياً وثبوت خلوها من العيوب، يشكل قراراً سلبياً مخالفاً للقانون"([1]) .

ويصح أن نشير هنا إشارة عابرة إلى أن التسليم المؤقت ليس من شأنه أن ينقل ملكية الأعمال محل العقد إلى الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك . نتيجة لذلك يظل المقاول مسئولاً عما تتعرض له هذه الأعمال من مخاطر حتى التسليم النهائي .

ضمان المقاول الأعمال لمدة سنة : يضمن المقاول تنفيذ الأعمال موضوع العقد على الوجه الأكمل وبقاءها سليمة وإصلاح ما يصيبها من خلل على نفقته الخاصة خلال مدة سنة تبدأ من تاريخ التسليم المؤقت . وبهذه المثابة تنعقد مسئولية المقاول في حالة ظهور العيب خلال مدة الضمان المذكورة ، إذ يلتزم بإصلاح العيوب التي تنكشف أثناء مدة الضمان، وفي حالة تقصيره يكون لجهة الإدارة المتعاقدة أن تجري الإصلاح وتحمله بجميع ما تكبدته من نفقات([2]) .

بيد أن هذا الضمان لا يعطي لجهة الإدارة الحق في القيام بإصلاح عيوب الأعمال من تلقاء نفسها ودون تكليف المقاول بذلك والانتظار حتى تنقضي المهلة الممنوحة له في هذا الشأن([3]).

والعيوب التي توجب الضمان هي تلك العيوب الجسيمة التي من شأنها أن تؤثر في الأعمال محل العقد . لذلك قضي بأن "العيب الوحيد الذي أرجعه الخبير إلى سوء التنفيذ هو وجود تنميل في بياض دورة السلم الموجودة بالمبنى وهو ليس في حد ذاته عيباً

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 14689 لسنة 50 ق ، جلسة 16 فبراير 2010 .

([2]) . أنظر المادة 119 من اللائحة التنفيذية .

([3]) . فتوى رقم 1225 بتاريخ 11 نوفمبر 1997 ، جلسة 5 نوفمبر 1997 ، ملف رقم 2080/2/32 .

جسيماً يؤثر في المبنى ، وأن وجود تلك التنميلات في الحوائط احتمال وارد خاصة في المصالح الحكومية التي غالباً ما يساء استعمالها من قبل العاملين والمترددين عليها"([1]).

وبجانب الضمان السابق ، فإن هناك ضماناً آخر جاء به القانون المدني من خلال المادة 651 . حيث جعل المسئولية قاصرة على المهندس المعماري والمقاول فلا تطبق على المهندس الميكانيكي إلا إذا قام بعمل المهندس المعماري . وحدد المدة التي يبقى فيها المهندسون والمقاولون مسئولين عن خلل البناء بعشر سنوات ، كما قرر التضامن في مسئولية المهندس والمقاول . ويكون المهندس مسئولاً مع المقاول عن العيب الذي يوجد في الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب مما يمكن كشفه وفقاً للقواعد الفنية . أما إذا كان العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه وفقاً لهذه القواعد ، فإن ذلك يكون في حكم القوة القاهرة ، فلا يكون المهندس مسئولاً عنها ، طبقاً للقواعد العامة . على أن المادة 651 أقامت قرينة على افتراض خطأ أو إهمال في جانب كل من المهندس والمقاول ، إذا كان الخلل راجعاً إلى طبيعة الأرض . ويشمل الضمان المنصوص عليه في هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

وتسقط دعاوى الضمان بمضي عشرة سنوات من وقت تسلم العمل أو بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب (المادة 654 من القانون المدني). وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "يكفي أن يظهر العيب خلال العشر سنوات حتى يمكن رفع دعوى الضمان ، وليس من الضروري أن ينتظر رب العمل تهدم البناء ، بل يكفي أن ينكشف العيب أو يحصل التهدم حتى يستطاع العلم به ، ولو لم يتم العلم به فعلاً ، وأن وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم يثبت بجميع طرق الإثبات لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية . وأنه من المقرر كذلك أن مدة الثلاث سنوات هي مدة تقادم ترد عليها أسباب الانقطاع فتنقطع برفع الدعوى الموضوعية، ولا يكفي لرفعها أن يرفع رب العمل دعوى

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2219 لسنة 39 ق ، جلسة 16 إبريل 1996 .

مستعجلة بطلب تعيين خبير لإثبات حالة البناء ، وتنقطع أيضاً بإقرار المقاول أو المهندس بحق رب العمل في الضمان"([1]) .

الاستلام النهائي في عقود الأشغال العامة : قبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول الجهة الإدارية كتابة للقيام بتحديد موعد المعاينة .

فإذا ظهر أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائياً بموجب محضر من أصل وأربع نسخ يوقعه كل من مندوبي الجهة الإدارية والمقاول أو مندوبه الرسمي وتعطى للمقاول نسخة منه .

أما إذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائي لحين قيامه بما طلب إليه من الأعمال ، لذا يستمر التزام التنفيذ قائماً على عاتق المقاول .

وقد يتمسك المتعاقد مع الإدارة بأنه وفى ما عليه من التزامات رغم رفض الإدارة استلام محل التعاقد في المواعيد المحددة بالعقد حال مطابقتها للمواصفات والشروط المتفق عليها بالعقد ـ هنا يحق للمتقاعد حال تقاعس الجهة المتعاقدة عن الإستلام التقدم بطلب للسلطة المختصة لتشكيل لجنة محايدة لدراسة أسباب التقاعس ، ويكون تقرير اللجنة ملزم للطرفين . وحال تبين تقاعس الجهة المتعاقدة عن الاستلام يتم رد أتعاب اللجنة للمتعاقد، وإحالة المتسبب للتحقيق وتحميله بأتعاب اللجنة .

وعلى خلاف التسليم المؤقت ، فإن التسليم النهائي يترتب عليه نقل ملكية الأعمال للإدارة ، ويُدفع للمقاول ما قد يكون مستحقاً له من مبالغ ويرد إليه التأمين النهائي أو ما تبقى منه .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 2334 لسنة 36 ق ، جلسة 2 مايو 1995 .

المبحث الثالث

عقــد التوريـد

تعريف عقد التوريد وتكييفه القانوني: عرفت محكمة القضاء الإداري عقد التوريد بقولها: "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"([1]).

ورغم أن هذا التعريف قد أظهر محل عقد التوريد وهو المنقول ، كما بين أن التوريد يتم بمقابل ثمن يتم تحديده بين الطرفين ، وأن أحد طرفي العقد شخص عام ، إلا أنه ـ رغم ذلك ـ لم يبرز أهم طابع للعقد الإداري وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، كما أنه لم يشر إلى إمكانية إبرام العقد بين شخصين من أشخاص القانون العام .

من هنا يمكن القول بأن عقد التوريد الإداري هو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة أو شخص آخر عام يتعهد بمقتضاه هذا الفرد أو تلك الشركة أو هذا الشخص العام بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين ويتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

ومن هذا التعريف يتضح أن التسليم في عقد التوريد يتم برضاء المورد ، وهذا ما يميزه عن الاستيلاء الذي يتم جبراً عن مالك المنقول بمقتضى قرار إداري تصدره السلطة المختصة([2]).

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 625 لسنة 4 ق ، جلسة 2 ديسمبر 1952 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة السابعة ، بند 61 ، ص 76 .

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 625 لسنة 4 ق ، جلسة 2 ديسمبر 1952 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة السابعة ، بند 61 ، ص 76 .

كما يختلف التوريد عن عقد الأشغال العامة ، حيث ينصب الأخير على عقار ، بينما غرض عقد التوريد هو توريد منقولات معينة (مثل المواد الغذائية ومواد التموين وأجهزة طبية وأسلحة للجيش وأجهزة حاسب وأدوات مكتبية ومدرسية وملابس وسيارات وسفن وطائرات ... الخ) ، ومن ثم يخرج من نطاقه العقارات بطبيعتها . وكون المنقولات هي وحدها التي تصلح أن تكون محلاً لعقد التوريد أمر يقتضيه المنطق ، لأن المنقولات المادية هي وحدها التي يتصور توريدها ، أما العقارات ففي ثباتها والتصاقها بالأرض ما يحول دون نقلها من مكان إلى آخر .

ونرى كذلك أنه يصح أن يتناول عقد التوريد عقاراً بالتخصيص، لأن هذه العقارات منقولات بطبيعتها، ولا تعتبر أموالاً ثابتة إلا بعد تخصيصها لخدمة عقار، وهي قبل أن تخصص لذلك كانت منقولة ويمكن أن تكون محلاً للتوريد .

وعقد التوريد ـ بخلاف عقد الإلتزام وعقد الأشغال العامة ـ لا يعد بطبيعته عقداً إدارياً ، بل يتعين أن تتوافر فيه عناصر العقد الإداري ، وذلك بكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام ، وأن يتصل التوريد بمنقولات تتعلق بأحد المرافق العامة ، وأن تستخدم الإدارة أساليب السلطة العامة .

وتعبيراً عن ذلك أعلنت محكمة النقض بأن "عقد التوريد ليس عقداً إدارياً على إطلاقه بتخصيص القانون ، وإنما يشترط لإسباغ هذه الصفة عليه أن يكون إدارياً 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 في القانون الخاص"([1]).

وتطبيقاً لذلك كيّفت محكمة القضاء الإداري عقد توريد أسلحة للجيش في حرب فلسطين بأنه عقد توريد له طابع إداري . وفي بيان مبررات هذا التكييف أشارت المحكمة إلى أنه "مما لا جدال فيه أن الدفاع عن الوطن أهم مرفق في الدولة وأن عقد 9 إبريل

([1]) ـ محكمة النقض ، جلسة 19 أكتوبر 1965 ، مجموعة المكتب الفني ، الدائرة المدنية ، السنة 16 ، ص 893 .

1949 قد أبرم لخدمة هذا المرفق في ظروف غير عادية كانت البلاد في أشد الحاجة لتلك المهمات الحربية ، وتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص"([1]) .

كما قضي بأنه "متى كانت الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي ، وهي من أشخاص القانون العام قد أبرمت عقداً يقوم الطرف الثاني فيه بتوريد عدد من العجول إليها لخدمة المرفق العام القائمة على إدارته ، ذلك أنها تزرع مساحات شاسعة من الأراضي التابعة للمرفق بنبات البرسيم بقصد إصلاح هذه الأراضي ، ولتعذر تصريفه فقد رصدت الهيئة مبلغاً من المال في ميزانيتها على ذمة شراء عجول لاستهلاك هذا النبات ومد الأرض بالسماد العضوي لا بغرض الربح وإنما لتسيير المرفق في نطاقه العام بالوصول إلى الهدف الذي قام لتحقيقه وهو زيادة رقعة الأرض المنزرعة فيتوافر بذلك الإنتاج الزراعي والحيواني بما يسد حاجة البلاد المتزايدة . ومتى كان الأمر كذلك يكون التعاقد قد أنصب على شيء يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسييره . ويبين من نصوص العقد وشروطه أن بعضها غير مألوف في مجال القانون الخاص . فالنص على حق الهيئة في توقيع غرامة يومية قدرها جنيه عند الإخلال بأي شرط من شروط العقد إنما هو نص استثنائي غير مألوف في العقد الخاص ولا يعرف القانون المدني سوى الغرامة التهديدية (...) . كذلك النص في العقد على حق الإدارة المطلق في فسخه إذا أخل المورد بأي شرط من الشروط ، لأن مثل هذا الشرط غير مألوف أيضاً في القانون الخاص ومغاير لأحكام الفسخ الواردة بالقانون المدني . ويكفي احتواء العقد على شرط استثنائي واحد لإظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه ، وبالتالي في اعتبار العقد عقد إداري"([2]).

ومما تجب ملاحظته أن العقد قد يكون مزيجاً من مقاولة الأعمال والتوريد، وبالتالي يسري في شأن كل منهما الأحكام الخاصة به .

([1]) ـ محكمة القضاء الإداري ، جلسة 27 يناير 1963 ، المبادئ في خمس سنوات (1961ـ1966) ، ص 164 .

([2]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 1889 لسنة 6 ق ، جلسة 31 مارس 1962 .

لذلك قضي بأن "العقد مثار المنازعة انصب كله على إصلاح الدراجات البخارية (الموتوسيكلات) ، وعلى توريد وتركيب ما يلزم لها من قطع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشمع ومقابض وما إلى ذلك ، واستكمال الفوانيس والإشارات الحمراء . ولما كان التوريد في هذا العقد ذا شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل ، فإن العقد بهذه المثابة ينطوي على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد ، وتقع المقاولة على أعمال الإصلاح وتنطبق أحكامه عليه ، ويقع التوريد على المواد وتسري أحكامه فيما يتعلق بها"([1]) .

التسليم في عقود التوريد : عقد التوريد يلزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في المواعيد المحددة وخالصة من جميع المصروفات والرسوم ومطابقة لأمر التوريد والمواصفات المقررة أو العينات المعتمدة([2]) .

ويقوم أمين المخزن المختص بتسلم ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس، وذلك في حضور المورد أو مندوبه. ويعطي أمين المخزن عن ذلك إيصالاً مؤقتاً موضحاً به حالة الأصناف من حيث سلامتها ، وهذا ما يعرف بالاستلام المؤقت .

ولا يترتب على الاستلام المؤقت أي أثر فيما يتعلق بانتهاء مسئولية المورد عن الأصناف الموردة ، فتبقى تبعة الهلاك على عاتق المورد . ولا تنتقل منه إلى جهة الإدارة المتعاقدة ، كما أن المورد يظل ضامناً كافة ما يصيب الأصناف الموردة من فساد أو عيوب أخرى حتى بعد التسليم المؤقت وإلى أن يتم الاستلام النهائي .

وتجتمع لجنة الفحص([3]) في موعد أقصاه يوم العمل التالي لاستلام الأصناف ويخطر المورد بموعد اجتماع اللجنة ليتمكن من حضور إجراءات الفحص والإستلام النهائي .

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 763 لسنة 13 ق ، جلسة 25 يناير 1969 ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ص 1143 . انظر أيضاً فتوى رقم 1089 في 18 أغسطس 2002 ، ملف رقم 345/23/93.

([2]) . انظر المادة 109 من اللائحة التنفيذية .

([3]) . في تشكيل هذه اللجنة أنظر المادة 107 من اللائحة التنفيذية .

وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة إخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم .

ويلتزم المورد على حسابه بإحضار العمال اللازمين لفتح الطرود وتسليمها إلى أمين المخزن أو لجنة الفحص بحضوره أو بحضور مندوبه في الموعد المحدد ، وفي حالة تخلفه فيكون لمدير المخازن أو لجنة الفحص الحق في اتخاذ الإجراءات اللازمة على حساب المورد لتسلم الأصناف وتسليمها إلى المخازن([1]) .

واذا رفضت لجنة الفحص صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة، يخطر المورد ، فور صدور قرار اللجنة في ذات اليوم أو اليوم التالي على الأكثر، بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلاً عنها.

ورغم التباين في مواصفات الأصناف المتعاقد عليها بين ما هو مدون بكراسة الشروط والمواصفات وما هو مورد بالفعل ، فإنه يجوز التغاضي عن ذلك ، متى استوفت الشروط التالية :

- وجود حاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف .

- لا تزيد نسبة التباين على 10% عما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها .

- أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها .

- لا يترتب على قبول الأصناف ضرر بالجهة الإدارية ولا يكون قد سبق رفض عطاءات للسبب ذاته .

- أن تحدد اللجنة مقدار الخفض في الثمن المقابل للتباين .

([1]) . المادة 109 من اللائحة التنفيذية .

- أن يكون القبول بموافقة لجنة البت والسلطة المختصة ، وبشرط أن يقبل المورد كتابة هذا الخصم .

وفي حال عدم القبول يلتزم المورد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لإخطاره . فإذا تأخر في سحبها فيكون للجهة الإدارية الحق في تحصيل مصروفات تخزين بواقع 5% 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([1]).

وبتحقق الاستلام النهائي يتحرر المورد من كافة الالتزامات التي كانت ملقاة على عاتقه وتنتقل تبعة هلاك الأصناف الموردة منه أو ما يصيبها من عيوب بعد ذلك إلى جهة الإدارة المتعاقدة ، فلا يجوز لها أن تسأله عن عيوب تظهر بعد الاستلام النهائي ، إلا إذا أثبتت أن هذه العيوب نشأت قبل الاستلام النهائي، وأن عدم اكتشافها وقت الاستلام النهائي يرجع إلى غش من جانب المورد.

كما يتعين على الإدارة رد التأمين النهائي المدفوع من المورد أو خطاب الضمان المقدم منه ، إذ أنه بالاستلام النهائي ينقضي عقد التوريد وتنتهي مسئولية المورد عن الأصناف الموردة، ويتعين رد التأمين النهائي له .

ورغم التمييز الواضح بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائي ، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يندمج أحدهما بالآخر ، وذلك متى قبلت جهة الإدارة الأصناف الموردة مرة واحدة وبصفة نهائية .

([1]) . المادة 113 من اللائحة التنفيذية .

مبحث ختامي

منازعات العقود الإدارية

الأصل أن منازعات العقود الإدارية يدخل النظر فيها في اختصاص القضاء المحلي المتمثل في القضاء الإداري، أي مجلس الدولة **(المطلب الأول)** . ولكن خروجاً على هذا الأصل أجاز المشرع في العديد من الدول لأطراف العقد ـ ولا سيما العقد الدولي ـ اللجوء إلى هيئات التحكيم لحل ما يثور بشأن عقدهم من نزاعات **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

دعاوى العقد الإداري أمام القضاء الإداري

دعاوى العقد الإداري ، ماهيتها و مجالها : شرع القضاء والمشرع في كل من فرنسا ومصر طرقاً خاصة لحماية أطراف العقد الاداري والغير من الأضرار المترتبة على عدم احترام أحكام العقد أو القواعد التشريعية الحاكمة له . وهذه الحماية الخاصة تكفلها تلك الدعاوى التي عنى القضاء الإداري والمشرع بها عناية خاصة سواء في بعض التشريعات أو في بعض الأحكام القضائية .

وعدد هذه الدعاوى الخاص ثلاث، لكل منها مجال خاص، وإن كانت في مجموعها تتغيا نفس الغاية وهي حماية أطراف العقد والغير. وأقدم هذه الدعاوى، من حيث تاريخ ظهورها، هي دعوى القضاء الكامل، المعروفة في الاصطلاح الفرنسي باسم recours de pleine juridiction وغايتها حماية أطراف العقد أو الغير من الأضرار المترتبة على مخالفة أحد طرفي العقد للالتزامات المترتبة عليه وما يعنيه ذلك من منح القاضي المختص سلطة واسعة تمكنه من حل النزاع، ثم ظهرت بعدها من خلال القضاء دعوى تجاوز السلطة أو الإلغاء المعروفة في الاصطلاح الفرنسي باسم recours pour excès de pouvoir ضد ما يسمى بالقرارات القابلة للإنفصال عن العقد الإداري les

actes détachables du contrat وغايتها إلغاء هذه القرارات بأثر رجعي واعتبارها كأن لم تكن، وظهرت أخيراً دعوى الاستعجال قبل التعاقد المخصصة لحماية الغير من بعض التصرفات التي تسبق ابرام العقد والتي من الممكن أن تؤدي إلى وقف هذا العقد، وهي المعروفة في الاصطلاح الفرنسي باسم référé précontractuel .

وقبل الدخول في التفاصيل تجدر الإشارة إلى أن القاضي يتغيا ـ أثناء نظر المنازعات المترتبة على العقد الإداري ـ التوفيق بين أمرين :

الأول ، حماية مبدأ المشروعية الذي يحكم جميع تصرفات الإدارة والذي يفرض عليها احترام حرية التعاقد والمساواة في المعاملة بين المتنافسين وشفافية الإجراءات.

الثاني ، تحقيق الاستقرار في العلاقات التعاقدية ، وما يعنيه ذلك من احترام مبدأ النزاهة .

أولاً : *دعاوى القضاء الكامل : مبدأ نسبية آثار العقد*: القاعدة في مجال العقود أن العقد يقتصر أثره على أطرافه، ولا يمتد إلى غيرهم ، أي أن العقد لا يضر بالغير ولا يسبب له نفعاً، فهو لا ينشئ له حقاً ولا يحمله بأي التزام .

والمبدأ السابق يتفق مع المنطق ، فالعقد ما هو إلا تلاقي إرادتين على أمر ما (مبدأ سلطان الإرادة)، مع انصراف تلك الإرادة إلى إقرار قواعد واستبعاد أخرى. ومن ضمن تلك القواعد إعمال العقد فيما بين أطرافه. هكذا ينصرف آثار العقد من حيث المميزات والواجبات إلى أطرافه التي أبرمته. وبالتالي لهم وحدهم سلطة رفع الدعاوى المتعلقة بهذا العقد ، دفاعاً عن مصالحهم متى تم المس بها استنادا إلى المسئولية العقدية. فموضوع النزاع هنا هو الاعتداء على مركز قانوني شخصي، أي أن هناك حق شخصي متنازع فيه.

ونظراً إلى الطبيعة الشخصية للحق ، تمتد ولاية القاضي إلى كل ما يتعلق بالعقد، فله كامل السلطة في الحفاظ على إرادة الطرفين وابقاء العقد قائماً ما وسعه في ذلك سبيلاً،

حماية لمبدأ سلطان الإرادة وما ينبثق منه من مبادئ دستورية كحرية التعاقد والقوة الإلزامية للعقد. وهو في سبيل ذلك له كامل السلطة في إعادة النظر في العقد من حيث وجوده وبنوده وتفسيره أو توقيع جزاءات في حالة التجاوز حماية للنظام العام التعاقدي، كما يمكنه حذف البنود أو تعديلها حماية للعدالة التعاقدية والتوازن الاقتصادي للعقد أو معاقبة الطرف السيء النية. لذلك يُطلق على هذا النوع من الدعاوى التعاقدية بالقضاء الكامل، حيث يسترد القاضي جميع سلطاته، فله أن يبطل العقد أو يعدله أو يقضي بالتعويض عنه أو يصدر أوامر لأحد طرفي العقد باتخاذ الإجراءات الضرورية لرد العدوان الذي أصاب المركز القانوني للطرف الآخر .

وفي مجال العقود الإدارية فإن دعوى القضاء الكامل يرفعها صاحب الشأن ضد الإدارة بادعاء اعتدائها على مركزه القانوني الشخصي بإنكارها ما يدعيه قبلها من حق أو منازعاتها إياه في مداه ، مطالباً القضاء بأن يحكم له على الإدارة بفعل شئ أو بالامتناع عن فعل شئ ، وفى غالب الحالات بدفع مبلغ من النقود، وسلطة القضاء الإداري في هذه الدعاوى أوسع مدى، حيث يحسم الحقوق المتنازع عليها حسماً نهائياً، فيقضي بأحقية المدعي أو بعدم أحقيته فيما يطالب الحكم له به على الإدارة أو يقضي بإلزامها بأن تفعل أو بأن تمتنع عن فعل شئ أو بأن تدفع للمدعي مبلغاً محدداً من النقود .

ومن أمثلة المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الكامل الدعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضائه ، كدعوى الحصول على مبالغ مالية أو إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية كقيامها بمصادرة التأمين في غير الحالات المحددة أو فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد معها على خلاف القانون وبنود العقد. ومن الأمثلة أيضاً دعوى إبطال العقد متى شاب العقد عيب في أركانه وشروطه .

وهذا هو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكم بلدية بيزييه Commune de Béziers الذي أصدره في 28 ديسمبر 2009 . وتدور وقائع هذا الحكم في أن بلدية

بيزييه قررت مع بلدية فيلنوف ليه بيزييه Villeneuve-lès-Béziers توسيع المنطقة الصناعية الواقعة في أراضي بلدية بيزييه، مما أدي إلى نقل الشركات التي كانت موجودة في أراضي بيزييه . وبموجب اتفاق بين البلديتين ابرم في 1986 تعهدت بلدية فيلنوف ليه بيزييه بسداد جزء صغير من المبلغ المحصل كضريبة مهنية لبلدية بيزييه من أجل مراعاة انخفاض الايرادات الناجم عن هذا النقل. وبعد مرور عشر سنوات على ابرام الاتفاقية ، قررت بلدية فيلنوف ليه بيزييه انهاؤها من جانب واحد . فرفعت بلدية بيزييه دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية لإلغاء قرار الإنهاء. ودفاعاً عن ذلك ، أثارت بلدية فيلنوف ليه بيزييه من جانبها استثناء على أساس بطلان اتفاقية عام 1986.

واستناداً إلى مبدأ النزاهة في العلاقات التعاقدية ، أعلن مجلس الدولة أنه لا يجوز لأي طرف أن يتمسك بأي مخالفة لطلب بطلان العقد ، وبالتالي فإن الأمر متروك للقاضي، الذي له أن يتحقق من أن المخالفات التي يعتمد عليها الطاعن هي التي يمكنه الاحتجاج بها مع مراعاة مبدأ النزاهة . والقاضي في سبيل ذلك عليه أن يقيم أهمية وعواقب هذه المخالفات مع وضع هدف استقرار العلاقات التعاقدية في الاعتبار .

وفي ضوء ذلك كله يمكن للقاضي أن يقرر إما استمرار تنفيذ العقد ، وإما انهاؤه بعد اتخاذ تدابير التسوية التي تضعها الجهة الإدارية أو تلك التي يتفق عليه الطرفان . ويكون إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل فقط دون أن يطبق بأثر رجعي، شريطة ألا يلحق الانهاء ضرراً مفرطاً بالمصلحة العامة .

هذا فضلاً عن أن القاضي لا يعلن إلغاء العقد إلا عندما يلاحظ الطبيعة غير القانونية لمحتوى العقد أو وجود عيب جسيم يتعلق بالشروط التي بموجبها أعطى الطرفان موافقتهما على العقد([1]) .

الخروج القضائي على قاعدة نسبية آثار العقد الإداري وإجازة الطعن للغير : لا شبهة عندنا أن قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 16 يوليه 2007 فيما يعرف بحكم

([1])- CE., Ass, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n°304802.

تروبيك Société Tropic Travaux Signalisation يعد الخطوة الأولى نحو خرق حائط عدم جواز طعن الغير ضد العقد الإداري . وتلك الخطوة وإن كانت خطوة للأمام لصالح الغير إلا أنها ليست كافية . نظراً إلى أن المستفيدين من هذا الحكم تم حصرهم في المتنافسين المستبعدين concurrents évincés أو الذين لم ينجحوا في الفوز بابرام العقد dissuadés وهؤلاء هم الذين كانت لهم مصلحة في ابرام العقد ولكن رُفِض عطائهم لانه غير مناسب أو غير قانوني أو لم يقدموا العطاء نظراً لتقصير الشخص العام في التزاماته ولا سيما التزامه بالنشر ([1]).

وتدور وقائع هذه الدعوى حول ترشح شركة تروبيك لدخول مناقصة تتعلق بأعمال وضع العلامات على مناطق الطائرات والطرق في مطار ريزيت Raizet . إلا أن غرفة التجارة والصناعة في Point –à-Pitre رفضت في 14 نوفمبر 2005 العرض المقدم من الشركة تروبيك ، وقررت اسناد الصفقة إلى الشركة المنافسة Rugoway . وبالفعل تم توقيع العقد مع الشركة الأخيرة في 26 نوفمبر 2005 . وفي 13 يناير 2006 تقدمت شركة تروبيك ـ استناداً إلى المادة L.521-1 من قانون القضاء الإداري ـ بطلب إلى المحكمة الإدارية في Basse-Terre لوقف تنفيذ كل من قرار استبعادها من المنافسة وتنفيذ العقد المبرم مع الشركة المنافسة . إلا أن المحكمة الإدارية رفضت طلبها . كما أن تنفيذ العقد يجعل طلب وقف تنفيذه غير مقبول .

ورغم رفض مجلس الدولة لطلب شركة توبيك ، إلا أنه أقر للمنافس المستبعد الحق في الطعن في صحة العقد أو بعض بنوده القابلة للإنفصال من خلال ولاية القضاء الكامل ومن ثم المطالبة بالتعويض ، وذلك خلال شهرين من تاريخ ابرام العقد ونشره . ومراعاة لمبدأ الأمن القانوني واستقرار العلاقات التعاقدية فإن المجلس قرر أن مبدأ جواز طعن الغير في العقد من خلال القضاء الكامل لا يطبق إلا على العقود المبرمة بعد النطق بهذا الحكم .

([1])- CE., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation (TTS), n° 291545.

ولم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في أن يوسع من دائرة أشخاص الغير الذين لهم الحق في الطعن في العقد الإداري أمام القضاء الكامل . وكان الموعد مع قراره الصادر في 4 إبريل سنة 2014 فيما يعرف بقضية "تارن وجارون" Tarn et Garonne ، حيث أصبح للغير (كل من هو ليس طرفاً في العقد) الحق في مخاصمة العقد الإداري أمام قاضي العقد شريطة أن تكون مصلجتهم قد تضررت بشكل مباشر ومحدد من جراء إبرام العقد .

وتتحصل وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا القرار في أن مقاطعة Tarn et Garonne قد طرحت للمناقصة العامة المفتوحة في تاريخ 26 يونيو 2006 عن عملية الشراء علي سبيل التجزئة في إطار عقد أوامر الشراء تحت الطلب، وذلك بقصد استئجار طويل المدة لسيارات لتكون في خدمة المجلس العام للمقاطعة ؛ وأنه بواسطة القرار الصادر في تاريخ 20 نوفمبر 2006 ، رخصت اللجنة الدائمة بالمجلس العام للمقاطعة لرئيس المجلس المحلى للمقاطعة في التوقيع على العقد مع شركة Sortal، التي اختيرت فيما بعد من قِبل لجنة البت في العطاءات باعتبارها المرشح الأفضل للتعاقد معها ؛ وأنه في تاريخ 18 نوفمبر 2007 أقام السيد Bonhomme François بصفته المستشار العام لمقاطعة Tarn et Garonne (وإعتباره من الغير) طعناً أمام محكمة الإستئناف الإدارية بمدينة تولوز Toulouse مستهدفاً إلغاء القرار الصادر في 20 نوفمبر 2006 بالترخيص لرئيس المجلس المحلي بالتعاقد، وبالفعل صدر في 20 يوليو 2010 حكماً بالغاء هذا القرار .

إلا أن المجلس العام للمقاطعة استأنف هذا الحكم . وفي 28 فبراير سنة 2012 حكمت محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة بوردو Bordeaux بتأييد الحكم الصادر من محكمة تولوز لأسبابه ومن ثم رفض إلغاء القرار المطعون فيه ودعوة أطراف التعاقد إلى الإختصام أمام قاضى العقد ما لم يكن هناك حل ودي بفسخ التعاقد.

فلما انتهى الأمر إلى مجلس الدولة قرر أن كل شخص من غير المتعاقدين إذا ما أضير في مصالحه الخاصة بشكل مباشر وواضح من خلال إجراءات أو شروط ابرام عقد إداري ، يكون له الحق في إقامة دعوى قضاء كامل أمام قاضي العقد مخاصماً فيها مشروعية العقد أو أحد شروطه غير اللائحية القابلة للتجزئة عن العملية التعاقدية .

وأضاف المجلس أن الغير لا يملكون أن يحتجوا إلا تجاه العيوب التي أضرت بصفة مباشرة بمصالحهم المستفيدين منها، أو تلك التي تبلغ حداً من الجسامة يوجب على القاضي أن يصححها من تلقاء نفسه .

وانتهى المجلس إلى أن القاضي في هذه المنازعة يملك تقرير إمكانية الاستمرار في تنفيذ العقد ، أو دعوة أطراف العقد لاتخاذ تدابير من أجل تسوية وضع العقد في المدة التي يحددها . كذلك يملك القاضي وحده النطق - إذا اقتضى الأمر مع تقرير أثر لاحق وبعد التأكد من أن قراره لن يحمل تهديد مبالغ فيه للمصلحة العامة - سواء بفسخ العقد أو بالإنهاء الكلي أو الجزئي للرابطة التعاقدية إذا ما كان العقد يتضمن محتوى غير مشروع أو ينطوي على عيب من عيوب الإرادة أو أي عيب آخر ذو جسامة خاصة يتعين على القاضي أن يصححها من تلقاء نفسه . كذلك يستطيع القاضي أن يقرر تعويضاً للمدعي لإصلاح الأضرار التي أصابته([1]) .

وليس بخاف ما في العمل بهذا الاتجاه من فائدة . فمجلس الدولة استند لتدعيم رأيه في جواز طعن الغير في العقد الإداري إلى الحق في التقاضي المقرر لكل الأفراد ومن بينهم الغير، فبدون هذا ما كان للغير من إمكانية للطعن في العقد لمجرد أنه ليس أحد أطرافه، رغم الأضرار التي أصابته جراء إبرام العقد أو تنفيذه .

ولست أظنني بحاجة إلى التنبيه إلى أن مجلس الدولة الفرنسي في الحكم السابق حقق معادلة التوفيق بين استقرار العلاقات التعاقدية والحق في التقاضي . وآية ذلك كثرة الضوابط التي وضعها المجلس لإقرار حق الغير في الطعن ، كضرورة توافر مصلحة تم

([1])- CE. Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn et Garonne, n°358994.

المساس بها بصورة مباشرة وواضحة وأن تكون العيوب التي اصابت العقد من العيوب الجسيمة التي تلزم القاضي بالتدخل لتصحيحها من تلقاء نفسه ، وأن تتعلق هذه العيوب بالشروط غير اللائحية القابلة للتجزئة عن العملية التعاقدية .

والظاهر أن التوجه الجديد لمجلس الدولة الفرنسي لا يطبق إلا على العقود المبرمة بعد 4 ابريل 2014 ، أما تلك الموقعة قبل هذا التاريخ فلا يطبق عليها هذا التوجه بأثر رجعي.

وثمة ملاحظة هامة يجب التنويه بها ، وهي أن حكم "تارن وجارون" وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي قد قيد اجتهاده في قضية "تروبيك" . فلم يعد يكفي للطعن في العقد أمام القضاء الكامل أن تتوافر في الطاعن صفة المنافس المستبعد ـ وفقاً لحكم تروبيك ـ بل عليه أن يثبت أنه من المحتمل أن يصيب مصالحه بضرر مباشر ومحدد بشكل كافٍ من شروط العقد أو تنفيذه (وفقاً لقضاء "تارن وجارون").

من ناحية أخرى، فتح حكم "تروبيك" أمام المنافس المستبعد إمكانية الطعن في القرارات القابلة للإنفصال حتى تاريخ التوقيع على العقد ، وبالتالي حرمانه من الطعن في تلك القرارات الصادرة بعد التوقيع . أما حكم "تارن وجارون" فقد أدي إلى اختفاء القرارات القابلة للإنفصال باستثناء طعن المحافظ .

ويلوح لنا أن مجلس الدولة عندنا قد استلهم ما انتهى إليه قضاء تروبيك فسمح للغير بالطعن في العقد الإداري استنادا إلى دعوى القضاء الكامل ، وذلك فيما عُرِف بحكم قضية "مدينتي" الصادر في 14 سبتمبر 2010 .

وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه في أول اغسطس 2005 ابرم عقد بيع ابتدائي بين هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة والشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني. بمقتضى هذا العقد باع الطرف الأول للثاني ثمانية آلاف فدان لإقامة مشروع مدينتي بمدينة القاهرة الجديدة .

ولم يرتضي السيد حمدي الدسوقي الفخراني وابنته ياسمين بهذا العقد استناداً لمخالفته للدستور ولقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ، فقاما برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة رقم 12622 لسنة 63 القضائية، للحكم بصفة عاجلة بوقف تنفيذ القرار السلبي بإمتناع المدعي عليهم (رئيس مجلس الوزراء ، وزير الإسكان) رئيس مجلس إدارة هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة "بصفاتهم") عن فسخ عقد بيع أرض مشروع مدينتي المؤرخ 1 / 8 / 2005 وملاحقه، والمتمثل فى بيع ثلاثة وثلاثين مليون وستمائة ألف متر مربع للشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني، التي يمتلكها ويرأس مجلس إدارتها في ذلك الوقت رجل الأعمال هشام طلعت مصطفي .

وبجلسة 22 يونيه 2010 قضت محكمة أول درجة ببطلان العقد استناداً إلى عدة أسباب، لا نريد الافاضة في عرض جميع جوانبها خشية الاستطراد والاطالة في مسألة خارجة عن موضوع بحثنا. ولكن الذي يهمني من هذا الحكم أن أحدد موقف القضاء الإداري من طعن الغير في العقد الإداري.

وفي ردها على الدفع بعدم توافر شرط الصفة والمصلحة لدي رافع الدعوى، أعلنت محكمة القضاء الإداري : "إن المدعيين من مواطني جمهورية مصر العربية، وهما من المخاطبين بأحكام الدستور، ويحق لهما الدفاع عما يبدو لهما أنه حق من حقوقهما المتعلقة ببيع جزء من أراضي الدولة ، ومن ثم يكون قد تحقق فى شأنهما شرط المصلحة وتحققت لهما الصفة في إقامة الدعوي، وبالتالي يكون الدفع بعدم قبول الدعوي لانتفاء شرطي المصلحة والصفة غير قائم على أساس سليم من القانون، مما يتعين معه القضاء برفضه"([1]).

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 12622 لسنة 63 قضائية ، جلسة 22 يونيه 2010.

ولما وصل الأمر إلى المحكمة الإدارية العليا ، تمسكت كل من **الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني وهيئة المجتمعات العمرانية (طرفي العقد) بذات الدفع المبدي أمام محكمة أول درجة ، وهو انتفاء شرطي الصفة والمصلحة .**

وفي التفاصيل أعلنت الشركة العربية في دعواها أن "كل من المدعيين ليس فى حالة قانونية تحقق له مصلحة شخصية أو منفعة خاصة يكون له معها مصلحة شخصية في إقامة الدعوي حسبما يستوجبه كل من قانون المرافعات المدنية والتجارية فى المادة (3) منه وقانون مجلس الدولة فى شأنها وإنما هي دعوي عقدية ناشئة عن علاقة عقدية ليس لأي من المدعيين صفة أو شأن فيها، وليس لأي منهما مصلحة شخصية فى طلب بطلان العقد الناشئ عن هذه العلاقة أو الحكم لهما بذلك، بل إن الحكم المطعون فيه – بقضائه بقبول الدعوي رغم ذلك ورغم الدفع المبدي من الشركة الطاعنة في هذا الشأن يعود بالدعوي الإدارية إلى دعاوي الحسبة والشهرة والابتزاز" .

وبدورها أكدت هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة على أن "النزاع الماثل يتعلق برابطة عقدية بين طرفين لا علاقة للمطعون ضدهما الأول والثاني بها الأمر الذى كان يوجب على المحكمة ـ خلال تصديها لشرطي الصفة والمصلحة أن تلتزم بالروابط التي استقر عليها القضاء الإداري في ولاية القضاء الكامل ومن ثم لا تقبل دعوي بطلان عقد من شخص ليس طرفاً فيه، وليس له مركز قانوني أو حق ذاتي" .

فما أن اتيحت الفرصة للمحكمة الإدارية العليا لتدلو بدلوها في هذا الدفع حتى انتهزتها لتقرر أنه "لما كانت المادة 30 من الدستور (1971) تنص على أن : الملكية العامة هي ملكية الشعب وتتمثل فى ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة". كما تنص المادة (33) منه على أن : "للملكية العامة حرمة وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقا للقانون". ومن حيث أن مفاد ذلك أن الملكية العامة تتمثل فى الأموال المملوكة للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة ومنها الهيئات العامة وأن هذه الأموال ملك الشعب بكل افراده ملكية شيوع، الأمر الذي يجعل لكل مواطن من أفراد هذا الشعب حقا فى هذه الأموال، بل عليه أن يهب للدفاع عنها على وفق ما يقرره القانون، أي بإتباع الإجراءات

والرخص والوسائل التى قررها القانون لكفالة هذه الحماية ومنها اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم قضائي يكون بمثابة السند التنفيذي الذى تتحقق به الحماية المنشودة، ولما كان ذلك وكانت الدعوي الصادرة فيها الحكم المطعون فيه تنصب على طلب الحكم ببطلان عقد بيع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني قطعة أرض مساحتها ثمانية ألاف فدان لإقامة مشروع "مدينتي" عليها بناء على ما ساقه المدعيان من أسانيد حاصلها أن هذا البيع تم بمقابل بخس ، وجاء ثمرة إجراءات غير صحيحة، فمن ثم فلا محيص من القول ـ بالنظر إلى حجم الأرض محل التصرف المطلوب الحكم ببطلانه وماله من انعكاس على حقوق المتعاقدين وغيرها فى تراب هذا الوطن ـ بأن لكل مواطن مصري صفه ومصلحه فى النعي على مثل هذا التصرف وولوج سبيل الدعوي القضائية دفاعاً عن حقه فى هذا المال من دون أن تختلط دعواه فى هذه الحالة بدعوي الحسبة. وبناء عليه يكون للمدعين مصلحة حقيقية ـ وليست نظرية ـ فى دعواهما التي طلبا فيها الحكم ببطلان عقد البيع المشار إليه بسند من أن إبرام العقد قد تم بخروج بواح على القانون أهدرت فيه قواعد المساواة وتكافؤ الفرص التى بمراعاتها يتمكنان وغيرهما من التنافس فى الفوز بقطع من أرض الدولة تلك ولا ينال من ذلك القول ـ بأن هذا من شأنه السماح بدعاوي الشهرة والابتزاز، ذلك أن قبول الدعاوي إنما هو بملاك يد القضاء الإداري الذي يستطيع أن يميز الخبيث من الطيب والغث من السمين من الدعاوي التى تُطرح فى ساحته على وفق ما يمليه صحيح حكم القانون ويظهره واقع الحال فى الدعوى"([1]) .

هكذا اكتفى مجلس الدولة المصري بتوافر صفة المواطن لقبول طعن الغير في العقد الإداري الذي يمس موضوعه مجموع المواطنين نظراً لارتباطه بأموال الدولة . فالعقد الذي يتعلق بمساحة شاسعة من أموال الدولة يجعل كل مواطن في حالة خاصة يؤثر فيه هذا العقد، فتتوافر من ثم في حقه شرط الصفة والمصلحة.

([1]) . المحكمة الإدارية العليا، طعنين رقمي 30952 و31314 لسنة 56 قضائية عليا، جلسة 14 سبتمبر 2010 .

وليس هذا بأول حكم ذهبت فيه المحكمة هذا المذهب ، فقد سبق للقضاء الإداري أن قرر توافر المصلحة متى توافرت صفة المواطن، وكان ذلك بخصوص بطلان عقد استغلال منجم السكري([1]) وبطلان بيع شركة عمر أفندي([2]) وبطلان عقد بيع شركة النصر للمراجل البخارية([3]) وبيع شركة مصر شبين الكوم للغزل والنسيج([4]) .

ونتيجة لكثرة هذه الدعاوى والحكم لصالح رافعيها ، مما أدى إلى تعرض الاقتصاد الوطني لهزة أثرت في حركة الاستثمار ، تدخل المشرع عبر القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 بشأن تنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة ، محرماً رفع الدعوى ضد هذه العقود من قِبل الغير([5]).

وبمقتضى المادة الأولى من القرار بقانون يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات والمؤسسات العامة والشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها ، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها،

([1]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 57579 لسنة 65 ق ، جلسة 30 أكتوبر 2012.

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 11492 لسنة 65 ق ، جلسة 7 مايو 2011.

([3]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 40510 لسنة 65 ق ، جلسة 21 سبتمبر 2011.

([4]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 34517 لسنة 65 ق ، جلسة 21 سبتمبر 2011.

([5]) ـ ومما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون أن الاقتصاد القومي يمر "بمرحلة حرجة، ويحتاج إلى استرداد ثقة المستثمرين والممولين في مدى الاستقرار والأمان المتوافر للمعاملات التي يقومون بها لدي قيامهم بالاستثمار في السوق المصرية، لا سيما وقد تعرضت بعض العقود التي أبرمتها الدولة للإبطال ، وما ترتب على ذلك من إنهاء لعقود مرت فترات زمنية كبيرة من تاريخ إبرامها وتولد عنها روابط عقدية وتصرفات قانونية مركبة ومتشابكة وتعلقت بها حقوق العير حسنى النية . ورغبة من الدولة في استعادة الثقة في تعاقداتها ، وارسال رسائل طمأنة للمستثمرين والممولين وغيرهم من الراغبين في التعاقد مع الدولة باستقرار معاملاتهم وحمايتهم كحسنى النية في تعاقداتهم مع الدولة واحترامها لكلمتها وتصرفاتها في إطار من المشروعية وسيادة القانون ، فقد رؤي وضع تنظيم اجرائي جديد يعالج بعض الآثار التي ترتبت على العقود السابق ابرامها ويحكم في ذات الوقت التعاقدات الجديدة فيحدد كيفية الطعن على العقود التي تبرمها الدولة وينظمه دون مصادرة أو منع للحق في التقاضي ، ويحفظ في ذات الوقت للتعاقد استقراره" .

وكذلك قرارات تخصيص العقارات، من أطراف التعاقد دون غيرهم. رغم ذلك استثنى المشرع من الحكم السابق أصحاب الحقوق الشخصية وأصحاب الحقوق العينية في الأموال محل التعاقد وقبول دعوى الغير إذا صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام وكان العقد قد تم إبرامه بناء على تلك الجريمة .

أما المادة الثانية فجاءت بالحكم التالي: "تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون" .

ولما سيق القرار بقانون إلى ساحة المحكمة الدستورية العليا ، انتهت هيئة المفوضين بها إلى عدم دستوريته استناداً إلى عدة أسباب منها : مخالفة مبدأ حق التقاضي المنصوص عليه في المادة 97 من دستور 2014 . بيد أن المحكمة الدستورية العليا أقرت دستورية القرار بقانون من زاوية أن المشرع يملك سلطة تقديرية في تنظيم حق التقاضي شريطة عدم الإخلال بأصل الحق ، كما أن مبدأ الأمن القانوني وما يقتضيه من وجوب احترام التوقعات المشروعة لأطراف العقد تبرر دستورية القرار بقانون([1]).

ثانياً: دعاوى الإلغاء : من المسلم به في فقه وقضاء القانون الإداري أن دعوى الإلغاء توجه إلى التصرف الإداري الذي يصدر بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة ، ونقصد بذلك القرارات الإدارية . رغم ذلك فإن الحماية القضائية التي يوفرها القانون للأفراد إزاء القرارات الإدارية غير المشروعة ليست من طبيعة واحدة ، فهناك دعوى يستهدف الفرد من ورائها استصدار حكم بإلغاء القرار المطعون فيه بأثر رجعي، أى بإزالة كافة النتائج التي يرتبها القرار وكأنه لم يصدر ابتداءاً . وهذا الطعن يطلق عليه دعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة ، وهى ترمي إلى احترام الشرعية بإلغاء القرارات المخالفة للقانون .

([1]) . المحكمة الدستورية العليا ، دعوى رقم 120 لسنة 36 قضائية ، جلسة 14 يناير 2023 .

ولكن أحياناً يهدف الفرد من دعواه ليس فقط إلغاء القرار ، بل تعديله وإحلال غيره محله ، وكذا التعويض عن الأضرار التي رتبها . وتُسمي الدعوى في هذه الحالة بدعوى التعويض أو دعوى القضاء الكامل ، وغايتها حماية المركز القانوني الشخصي للمدعي .

وللتمييز بين الدعويين أهمية متعددة الجوانب : فدعوى الإلغاء تُرفع أمام القضاء الإداري ، بينما توزع منازعات القضاء الكامل بين القضاءين المدني والإداري ، وفقاً لقواعد الاختصاص التي حددها القانون .

كما أن دائرة الأشخاص الذين في مكنتهم رفع دعوى الإلغاء تتسع عن تلك المتعلقة بدعوى القضاء الكامل. وعلة ذلك أن دعوى الإلغاء تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية، بينما هدف دعوى القضاء الكامل هو حماية خاصة للمدعي .

ونظراً لان دعوى الإلغاء ترمي إلى حماية مبدأ المشروعية فإن الحكم الصادر فيها بإلغاء القرار يكون بأثر رجعي وله حجية مطلقة، بمعني أن إعدام القرار يتحقق لا بالنسبة إلى طرفي الخصومة وحدهما ، بل بالنسبة إلى الكافة . أما الحكم الصادر في دعوى القضاء الكامل فتنحصر حجيته على طرفي الخصومة فقط، كما أنه يقتصر فقط على المستقبل.

وقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا المعاني السابقة بقولها "ومن حيث أن اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بنظر المنازعات الإدارية ... ينطوي على نوعين من الولاية القضائية ، الأول هو ولاية الإلغاء ، ومحلها دعاوى الإلغاء المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية للسلطات الإدارية ، سواء أكانت صادرة في شئون الموظفين العموميين أم في شئون الأفراد أو الهيئات بسبب مخالفة القانون بالمعنى العام، فموضوعها هو شرعية القرار الإداري ، وهذه الدعاوى يقتصر فيها دور القضاء الإداري على رقابة مشروعية القرارات الإدارية النهائية محل تلك الدعاوى ، فلا يحل نفسه محل جهة الإدارة المختصة في إصدار القرار الصحيح قانوناً ، إنما يكتفي بالحكم بإلغاء ما يتبين له عدم

مشروعيته من تلك القرارات ، تاركاً لجهة الإدارة المختصة إصدار القرار الصحيح قانوناً، على هدى من قضائه بإلغاء القرار المطعون فيه . والنوع الثاني من الولاية القضائية هو ما يُعرف بولاية القضاء الكامل ومحلها دعاوى القضاء الكامل ، وهى تشمل جميع المنازعات الإدارية التي تختص محاكم مجلس الدولة بنظرها طبقاً لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة، عدا دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية، محل ولاية الإلغاء كدعاوى التعويض عن هذه القرارات ودعاوى التسويات والمنازعات المتعلقة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت ودعاوى الجنسية ، والمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، عدا دعاوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات هذه العقود والتي تندرج لهذا السبب في دعاوى الإلغاء، ولموضوع دعاوى القضاء الكامل مركز قانوني فردي حيث يدعي رافعها أنه صاحب مركز قانوني معين ينشئ له حقاً قبل الإدارة وأنها تنازعه في أصل هذا الحق أو في مداه ، فهي دعوى يرفعها صاحب الشأن ضد الإدارة بادعاء اعتدائها على مركزه القانوني الشخصي بإنكارها ما يدعيه قبلها من حق أو منازعاتها إياه في مداه ، مطالباً القضاء بأن يحكم له على الإدارة بفعل شئ أو بالامتناع عن فعل شئ ، وفى غالب الحالات بدفع مبلغ من النقود ، وسلطة القضاء الإداري في هذه الدعاوى أوسع مدى ، حيث يحسم الحقوق المتنازع عليها حسماً نهائياً ، فيقضي بأحقية المدعي أو بعدم أحقيته فيما يطالب الحكم له به على الإدارة أو يقضي بإلزامها بأن تفعل أو بأن تمتنع عن فعل شئ أو بأن تدفع للمدعي مبلغاً محدداً من النقود"([1]) .

والعرض السابق للدعويين يطرح تساؤلاً حول جدوى دعوى الإلغاء إذا كفل القانون للمضرور من جراء النشاط الإداري حصول تعويض لجبر ما أصابه ؟

على الرغم من أهمية قضاء التعويض وضرورته ، إلا انه "لا يغني عن قضاء الإلغاء ، حيث توجد مجموعة من القرارات يصعب لأي تعويض . مهما بلغ . جبر الأضرار الناتجة عنها. فما هو التعويض الذي يمكنه جبر الأضرار التي يسببها القرار الصادر

([1]) . المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 27 يوليه 1991 ، الموسوعة ، ج 33 ، قاعدة 387 ، ص 762.

بتحديد إقامة شخص أو اعتقاله، أو رفض قبول أحد المرشحين لدخول الجامعة على الرغم من استيفائه للشروط المتطلبة ؟ "أليست آثار هذه القرارات، وما يجري على نسقها، من الجسامة والدوام بحيث يشق تصور معالجة نتائجها بتعويضات مهما ارتفعت قيمتها"([1]) .

تطور المسألة في القضاء : بعد أن عرضنا للفرق بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، نتعرض الآن لتطور مسألة دعوى إلغاء العقد الإداري في القضاء. وإني أكاد ألمس من الأحكام والمراجع التي بين يدي أن مسألتنا هذه قد مرت في القضاء بمراحل ثلاث هي :

1 ما قبل 1905 : قبل عام 1905 كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض أي طعن بالإلغاء ضد العقد نظراً لوجود دعوى موازية un recours paralléle ، وهي دعوى القضاء الكامل والتي تحقق ذات النتائج التي يتغياها صاحب الشأن من بطلان القرار الإداري. فضلاً عن أن دعوى الإلغاء كانت تتسم ـ في ذلك الوقت ـ بأنها دعوى احتياطية un recours subsidiare، أي لا يمكن الولوج إليها إلا أذا اغلقت أمام الطاعن كافة الدعاوى الأخرى.

ولا يُعترض على ذلك بأن الغير يمكنه الطعن بالإلغاء في القرارات التي يمكن فصلها عن العقد، باعتبارها قرارات إدارية ساهمت في إعداد العقد الإداري رغم قابليتها للإنفصال عنه . وكان من الممكن قبول هذا القول إلا أن مجلس الدولة رفض هذه الإمكانية بحجة أن العملية التعاقدية بكافة اجراءاتها وقراراتها تجسد وحدة واحدة أي تُكوِّن مع العقد كلاً لا يتجزأ Tout indivisible .

2 حكم مارتان Martin 1905 : نظراً إلى الأضرار الجسيمة التي تصيب الغير الذي ليست له دعوى العقد ، فقد بان أهمية قبول الطعون المقامة من الغير في القرارات الإدارية الممكن فصلها عن العقد les actes détachables du contrat. وكان الموعد مع قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 4 أغسطس 1905 فيما عُرف بقرار "مارتان"

([1]) . فتحي فكري ، وجيز دعوى الإلغاء ، 2004 ، ص 21 .

Martin ، حيث أقام السيد مارتان وهو عضو المجلس العام لإقليم لوار وشير – Loir et – Cher طعناً في قرارات اتخذها المجلس المذكور في شأن عقد التزام الترام. وتمحور الطعن حول عدم صحة الاجراءات التي اتخذها المدير حيث لم يقم بتوزيع التقرير مطبوعاً على أعضاء المجلس قبل انعقاده بثمانية أيام مما منع الأعضاء من ممارسة عضويتهم وهم على علم بحقائق الأمور .

وفي مواجهة هذا الطعن تمسكت الإدارة بأن القرارات المطعون فيها وقد أدت إلى ابرام العقد فلا يمكن أن تكون محلاً لطعن تجاوز السلطة ولا يمكن أن ينظرها إلا قاضي العقد . إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع ، وأقر ضمناً قبول طعن تجاوز السلطة الذي أقامه السيد مارتان([1]) .

وثمة ملاحظة هامة يجب التنويه بها ، وهي أنه لا يجوز أن يقوم طعن تجاوز السلطة ضد القرار القابل للإنفصال إلا على أساس أحد أوجه الإلغاء في هذا القرار ذاته دون العقد . بمعنى أخر أن يكون العيب من العيوب التي يمكن أن تُثار حال رفع دعوى الإلغاء ، وأهمها عيب الشكل أو الاجراءات . ويفهم من ذلك أنه لا يجوز المطالبة بإلغاء القرار المنفصل نتيجة وجود عيب في العقد ذاته كمخالفة أحد طرفي العقد لشروطه أو تضمن العقد شروطاً تخالف قاعدة قانونية أو كان موضوع العقد مما لا يجوز أن يكون محلاً للتعاقد([2]) .

وظاهر أن هذا القضاء متسق مع فكرة القرارات القابلة للإنفصال , فطالما أن القرار المطعون فيه أمكن فصله عن العملية التعاقدية باعتبارها عملية مركبة ، فإنه لا يجوز أن يستند على عيب في العقد للوصل إلى إلغاء هذا القرار المنفصل .

أضف إلى ذلك أن قيام دعوى الإلغاء ضد القرارات القابلة للإنفصال بدورها في حماية الغير والمتعاقد مع الإدارة يتوقف على تمكين هذه الدعوى من التأثير على العقد

([1])- CE, 4 août 1905, Martin, Rec., 749.
([2])-CE, 23 mars 1990, Centre hospitalier d, Orsay,AJDA 1990.653, note Pretot.

الإداري ذاته . فإذا كان الإلغاء لا يؤثر على العقد ويقف تأثيره عند إلغاء القرار القابل للإنفصال، فإن تأثيره محدود .

والغالب أن إلغاء القرار القابل للإنفصال لا يترتب عليه بالضرورة إلغاء العقد ، حيث يبقى الأخير قائماً ، وهذا ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي . ففي قراره الصادر بتاريخ 21 فبراير 2011 قرر المجلس أن إلغاء القرار القابل للإنفصال عن العقد لا يقتضي بالضرورة بطلان العقد الإداري ، فالأمر متروك لقاضي التنفيذ ، بعد الأخذ في الاعتبار طبيعة عدم المشروعية المرتكبة، ليقرر إمكانية استمرار تنفيذ العقد ، وربما يخضع لتدابير التسوية التي يتخذها الشخص العام أو المتفق عليها بين الطرفين([1]) .

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يخفف من حدة قاعدة عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل على صحة العقد الاداري ذاته ، حيث فتح المجال للغير بأن يلجأ إلى قاضي العقد ليلزم الإدارة - من خلال الغرامة التهديدية - بأن تبطل العقد استناداً إلى الحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل الذي يدخل في تكوينه. وهذا ما طبقه

([1])- CE, 21 février 2011, Société Veolia Propreté, req n° 335306

حيثية الحكم في لغته الأم :

Considérant, en deuxième lieu, que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ; que dès lors la cour administrative d'appel de Lyon n'a pas commis d'erreur de droit en enjoignant, par un arrêt suffisamment motivé et exempt de dénaturation, à la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION CLERMONT-COMMUNAUTE de saisir le juge du contrat dans les six mois de la notification de l'arrêt afin qu'il prenne les mesures appropriées ;

المجلس في قضية الزوجين لوبيز Epoux Lopez([1])، حيث كان الزوجان مستأجرين لمبنى يخص المال العام لبلديتهما "مولان" لأكثر من عشر سنوات. وعندما علما أن مجلس البلدية يريد بيع هذا المبنى ، أعلنا عن عزميهما شراء العقار بالسعر الذي حدده عمدة البلدية . إلا أن المجلس البلدي قرر بعد المداولة بيع المبنى لموظف في البلدية تم تقديمه خطأ على أنه المشتري الوحيد . نجح الزوجان لوبيز في الحصول على حكم بإلغاء قرار مداولة المجلس البلدي استناداً إلى عيب إساءة استعمال السلطة تحت مظلة نظرية القرارات القابلة للإنفصال .

ونتيجة لعدم تأثر عقد البيع بالحكم الصادر بإلغاء مداولة المجلس البلدي، لجأ الزوجان لوبيز إلى مجلس الدولة للمطالبة بالزام البلدية بتنفيذ قرار الإلغاء .

وكان السؤال المنتظر يدور حول امكانية قيام مجلس الدولة باجبار بلدية مولان على إحالة الأمر إلى قاضي العقد لتنفيذ قرار الإلغاء .

بالفعل وافق مجلس الدولة على إلزام البلدية تحت طائلة الغرامة التهديدية بإحالة الأمر إلى قاضي العقد بحيث يعود العقار المباع إلى الملك الخاص للبلدية .

وظاهر أن ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي قد أقرته المحكمة الإدارية العليا عندنا ، ومن قبيل ذلك حكم قضية "عمر أفندي" الصادر عامي 2011 و2013.

فمحكمة القضاء الاداري([2]) قبلت دعوى إلغاء بيع شركات عمر أفندي ، وفي حيثيات حكمها أشارت المحكمة إلى "أن القرار المطعون فيه قد خالف أحكام القانون والقرارات المنظمه لبيع مساهمات المال العام المملوكه للدوله والبنوك وشركات قطاع الأعمال العام والأشخاص الاعتباريه العامه . وقد بلغت هذه المخالفات حداً من الجسامه أدى إلى إهدار المال العام والتفريط فيه ببيع أسهم شركه عمر أفندى بثمن لايتناسب مطلقاً والحقوق والامتيازات التى حصل عليها المشترى، فضلاً عن تسليم المشترى عقارات

([1])- CE, 7 octobre 1994, Epoux Lopez, AJDA, 863.

([2]) . محكمة القضاء الإداري ، دعوى رقم 11492 لسنة 65 ق ، جلسة 7 مايو 2011.

مملوكه للشركه مجاناً ودون أى مقابل على النحو سالف البيان، والسماح له ببيع أصول ذات طابع أثرى وتاريخى وحضارى لا يجوز التصرف فيها، وتمكين المستثمر من بيع أصول الشركه بالقيمه السوقيه رغم تقييمها على أساس التدفقات النقديه المخصومه، وتمكينه من التهرب الضريبى وتحميل الشركه قيمة الضرائب المستحقة الإداء منها شخصياً، وغيرها من المخالفات السالف بيانها وهى مخالفات من شأنها أن تهوى بالقرار المطعون فيه إلى درك الانعدام، ليصبح هو والعمل المادى سواء، فلا تلحقه أى حصانة، ولا يتقيد من ثم بالمواعيد المقرره لسحب وإلغاء القرارت الإداريه .

"ومما يؤكد إنعدام القرار المطعون فيه أن الشركة القابضة نيابة عن الدولة ممثلة فى وزير الاستثمار وكذا المجموعة الوزارية للسياسات الإقتصادية تصرفت فى شركة عمر أفندى ليس باعتبارها صرحاً تجارياً ساهم على مدار تاريخه الطويل من خلال فروعه العديدة المنتشرة فى أرجاء البلاد فى تلبية الحاجات الأساسية لقطاعات عريضة من الشعب، ولكن باعتبارها رجس من عمل الشيطان يجب التطهر منه بأى ثمن، أو بوصفهما ذنباً يلقي على الشركة والدولة واجب تقديم القربان للاستغفار عن أرتكابه، وتعاملت مع شركة عمر أفندى ـ بكل ما أشتمل من آلاف من العمال والموظفين وأراض وعقارات وفروع منها ما اعتبرته الدولة آثاراً ومنها ما يتميز بطراز معماري فريد يشهد على عراقة هذه البلاد وتحضرها ـ وكأنها كماً من المهملات وأصنافاً سريعه التلف يتعين التصرف فيها على وجه السرعة قبل نهاية تاريخ الصلاحية. الأمر الذى من شأنه أن يثير الشك والريبة حول حقيقة التصرفات التى قام بها جميع المسؤلين عن إتمام تلك الصفقة، فلقد بلغت تلك التصرفات حداً كبيراً من الجسامه يصل إلى شبهة التواطؤ لتسهيل تمرير الصفقة بكل ما شابها من مخالفات .

وانتهت المحكمة الى القول بأنه: "يترتب على إنعدام القرار المطعون فيه للأسباب سالفة البيان بطلان العقد الذى تمخض عن هذا القرار وينسحب هذا البطلان حكم اللزوم على كامل الإلتزامات التى ترتبت على العقد وذلك وفقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة (142) من القانون المدني التى تنص على أنه "فى حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم

بتعويض معادل". ذلك أن بطلان إجراءات البيع على النحو السالف بيانه تجعل جميع ما يترتب على هذه الإجراءات والعدم سواء فيضحى العقد المبرم بين الشركة القابضة للتجارة بصفتها مفوضة عن وزير الإستثمار الممثل للدولة مالكة الأموال محل البيع وبين السيد جميل القنيبط بشخصه وبصفته الممثل القانوني لشركة أنوال هو الآخر والعدم سواء ولا ينتج ثمة آثر قانوني، بما يستوجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد فتسترد الدولة جميع أصول وفروع الشركه وكافة ممتلكاتها المسلمة للمشتري مطهرة من كل الرهون التى سبق أن أجراها المشترى، وإعادة العاملين إلى أوضاعهم السابقة مع منحهم كامل مستحقاتهم وحقوقهم عن الفترة منذ إبرام العقد وحتى تاريخ تنفيذ هذا الحكم بكامل أجزائه، ويتحمل المشتري وحده كامل الديون والإلتزامات التى رتبها خلال فترة نفاذ العقد، وكذا جميع الخسائر الناجمة عن سوء إدارة وسداد جميع المستحقات الضريبية شاملة الضرائب الناشئه خلال فترة نفاذ العقد، وسداد جميع القروض التى حصل عليها من البنوك بضمان العقد، وبطلان بيع المستثمر بنسبة 5% من رأس مال الشركة إلى مؤسسة التمويل وما يترتب على ذلك من آثار، وبطلان جميع ما عسى أن يكون قد أبرمه المستثمر مع الغير من عقود أو أتفاقات بشأن أى من الحقوق أو الإلتزامات الناشئة عن العقد خلال فتره نفاذه شامله أية إتفاقات تتعلق ببيع أو بالوعد ببيع شركة عمر أفندى أو جزء منها للغير فى الحال أو المستقبل، وتحمل المستثمر لجميع أعباء وتكاليف فترة نفاذ العقد وسداد قيمة حقوق الإيجار أو الإنتفاع بالعقارات والأصول والفروع والمعدات والآلات وغيرها التى سُلمت له دون وجه حق والتى لم ترد بكراسة الشروط، وفى مقابل إجراء المقاصه بين ما أداه المستثمر للدوله من مقابل للصفقة وبين ما حصل عليه وما استحق عليه من أموال أو ديون، وحصول كل من طرفي التعاقد على حقوقه الناتجة عن المقاصة".

ولما طعن في الحكم أمام الإدارية العليا ، سيق دفع بعدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة في رافعها، فردت المحكمة بأن رافع الدعوى قد أقام دعواه دفاعاً وزوداً عن الملكية العامة التي هي ملكية الشعب والتي يجب دستورياً على كل مواطن الزود عنها عند النيل منها.

وفيما يتعلق بقرار البيع ومن ثم عقد البيع المبرم ، انتهت المحكمة إلى أن جميع العوار الذي شاب العملية التعاقدية "يعدم عملية البيع برمتها، سواء في ذلك القرار المطعون فيه (أي قرار البيع) وما اتصل به بالضرورة من تحرير العقد، في ضوء ما سلف ذكره ، وفي ضوء الطبيعة الخاصة لعمليات الخصخصة التي وفقاً لها لا يكون العقد منفصم العرى عن تلك الإجراءات التي تولد عنها القرار المطعون فيه والعقد المنوه به والتي يكون الطعن عليهما منبتة أحكامه عن تلك القرارات التي اصطلح على تسميتها القرارات المنفصلة"([1]) .

والحكم السابق أجاب صراحة عن تساؤلين ، وتغافل عن أخر . أما ما أغفل عنه هو موقف المحكمة لو أن القرار القاضي بإلغائه لم يكن منعدماً ، بل باطل فقط ، فهل يترتب على بطلانه بطلان جميع آثار العقد ؟

أما ما أجاب عليه الحكم هو كفاية صفة المواطن للقول بتوافر شرطي الصفة والمصلحة لقبول الدعوى (مع التنبيه بأن المشرع قد قصر الطعن على عقود الدولة على طرفي التعاقد ومن له حق عيني أو شخصي على الأموال محل التعاقد بمقتضى القانون رقم 32 لسنة 2014 مع حرمان الغير من اللجوء إلى هذا الطعن، وما يعنيه ذلك من عدم الأخذ بصفة المواطن لتوافر شرطي المصلحة أو الصفة) . فضلاً عن أن قرار البيع لا يمكن فصله عن العقد المبرم ، ومن ثم لا تطبق نظرية القرارات القابلة للإنفصال .

3 *صدور قانون 2 مارس 1982 المتعلق بحقوق وحريات الوحدات المحلية* : نظراً إلى أن حكم مارتان تعلق بالطعن في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري ، فإن الدعوات اتجهت إلى المطالبة بالطعن بالالغاء لعيب في العقد ذاته. وقد استجاب المشرع لهذه الدعوة ، بأن أصدر القانون رقم 2131 في 2 مارس 1982 والمعدل بالقانون رقم 623

([1]) . المحكمة الادارية العليا ، طعون ارقام 43480 و35092 و41144 و35095 و33963 لسنة 57 قضائية عليا، جلسة أول أغسطس 2013

لسنة 1982 المتعلق بالجماعات الاقليمية، حيث أحل نظام الرقابة القضائية محل نظام الوصاية الإدارية على القرارات والعقود المبرمة من الجماعات المحلية .

وبمقتضى هذا القانون يجوز لممثل الدولة (المحافظ) - باعتباره من الغير - le préfet الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الادارية ضد القرارات القابلة للإنفصال عن العقود التي تبرمها الجماعات المحلية كما أجاز الطعن بالإلغاء ضد العقود ذاتها التي تبرمها هذه الهيئات .

هكذا أوجد المشرع الفرنسي توازناً بين استقلال الجماعات المحلية وبين احترام مبدأ المشروعية من خلال فتح الطريق أمام المحافظ للطعن في القرارات والعقود التي تبرمها هذه الجماعات .

4 قبول الطعن بالإلغاء من قبل الغير ضد قرارات تعيين الموظفين العموميين غير المثبتين :

في حكمه الصادر في قضية مدينة ليزيو Ville de Lisieux([1]) قبل مجلس الدولة الفرنسي دعوى الغير ضد عقود توظيف العاملين العموميين غير المثبتين ، نظراً إلى أن غالبية بنود هذه العقود ليست من طبيعة تعاقدية ينحصر الطعن عليها من قبل طرفي العقد ، بل أن غالبيتها يحيل إلى القواعد العامة للوظيفة العامة ، ومن ثم تعد نصوص لائحية أو تنظيمية ، مما يفتح المجال للطعن عليها من قبل الغير .

وتطبيقاً لذلك قضي بتوافر المصلحة لدي عضو المجلس البلدي في طلب إلغاء عقد ابرمه العمدة لتعيين عامل دون اكتراث لصلاحيات المجلس البلدي([2]) .

5 قبول الطعن بالإلغاء من قبل المتفعين (الغير) ضد الشروط التنظيمية لعقود الالتزام:

تعد عقود الالتزام من العقود ذات الطبيعة المختلطة ، حيث تضم نوعين من الشروط : شروط تعاقدية وهي التي كانت محل نقاش وتفاوض بين طرفي العقد ، وبالتالي لا يمكن

([1])-CE 30 oct. 1998, n° 149662, Ville de Lisieux, D. 1998. 258.
([2])-CE Sect., 30 oct. 1998, Lebon p. 375, concl. Stahl.

تصور وجودها لو أن الإدارة قامت بنفسها بإدارة المرفق ؛ وشروط تنظيمية وهي التي تفرضها الإدارة على الطرف الأخر وتتعلق بالمستفيدين بخدمات المرفق ، ومن قبيل ذلك رسوم تلقي الخدمة .

وفي قراره الصادر في 10 يوليه 1996 فيما عُرِف بكايزيل Cayzeele أكد مجلس الدولة بأنه في عقود الإلتزام يجوز للغير الذي له مصلحة أن يطلب من قاضي تجاوز السلطة إلغاء البنود التنظيمية متى كانت قابلة للإنفصال عن الشروط التعاقدية([1]).

وفي وقت لاحق ، قضى مجلس الدولة بأن الشروط التنظيمية قابلة بطبيعتها الإنفصال عن مجموع شروط العقد([2]).

ثالثاً: دعاوى الاستعجال (دعوى وقائية) : لا شك أن أبلغ ما يهدد مصالح الغير هو أن تخالف الإدارة القواعد الضرورية السابقة على ابرام العقد والتي من شأن تطبيقها الوصول إلى أفضل وضع يتم تعاقد الادارة فيه تحقيقاً للنفع العام ، مستعينة في ذلك بما تملكه من وسائل التنفيذ التي لا قبل للأفراد بمجابهتها . ولذلك لجأ المشرع الفرنسي إلى وسيلة وقائية وسريعة تمكن الغير من الدفاع عن مصالحه قبل إبرام العقد فيتفادى بذلك آثار المنازعة بعد ابرام العقد وفقدانه لأي أمل يمكنه من الفوز بالعقد . والحقيقة أن هذا الإجراء الوقائي يجد أساسه في التوجيهات الأوربية لعامي 1989 و1992 بهدف ايجاد آلية لاحترام الأحكام الأوربية المتعلقة بقواعد المنافسة والعلانية والشفافية، بجانب مجازاة المخالفات المرتكبة في مجال ابرام عقود التوريدات والاشغال الصادرة في نطاق الطاقة والنقل والماء والاتصالات .

ولاعتماد تلك التوجيهات صدر في فرنسا قانوني 4 يناير 1992 و29 ديسمبر 1993 ، وتم إدخال احكامهما في تقنين القضاء الإداري من خلال المواد L.551-1 إلى L.551-12 و R.551-1 إلى R.551-4 .

([1])-CE , Ass., 10 juill. 1996, Cayzeele, req. no 138536 , Lebon 274.
([2])-CE , Sect. 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, n°290604.

وبناء عليه عرفت فرنسا نوعين من الإجراءات الاستعجالية : الأول قبل التوقيع على العقد فيما يعرف بالقضاء المستعجل قبل إبرام العقد référé précontractuel . والثاني بعد التوقيع على العقد référé contractuel .

ودون الدخول في تفاصيل هذا النوع من الدعاوى ، نشير إلى أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد تجد محلها في عقود الشراء العامة الإدارية وعقود تفويض المرفق العام .

ويتعين أن تتوافر لدي رافع الدعوى شرط المصلحة باعتباره منافس تم استبعاده من الصفقة ، أي لديه مصلحة في ابرام العقد . وعلى ذلك تقبل الدعوى من الأشخاص الذين لم يوفقوا في تقديم عطاءاتهم نتيجة للإخلال بقواعد العلانية عن المناقصة ، أو ممن تم استبعادهم أو لم تقبل عطاءاتهم بسبب انها غير ملاءمة أو غير صحيحة أو غير مقبولة . بجانب هؤلاء يحق للمحافظ أيضاً رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

ولصاحب الشأن أن يرفع دعواه قبل إبرام العقد . وطبقاً للمادة 101 من مرسوم 25 مارس 2016 المتعلق بالصفقات العمومية يتعين على السلطة المتعاقدة (أي الشخص العام) احترام فترة الجمود (التوقف التام) standstil أي الفترة الواقعة بين تاريخ قرار إرساء العطاء (وهو تاريخ تبليغ المرشحين المستبعدين قرار رفض عروضهم) وتاريخ التوقيع على العقد ، فلا يجوز لها أن تقوم بالتوقيع خلال هذه المدة ، حتى تتاح الفرصة لذوي الشأن لرفع دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي .

فإذا رفعت الدعوى بعد ابرام العقد ، فإنه يتعين على القاضي الحكم بعدم قبولها لإنعدام محلها. ولا يجوز التذرع بأن التأخير في رفعها يعود إلى وعد الإدارة بأنها ستعيد النظر في الإجراءات أو وجود أسباب أدت إلى استحالة اللجوء إلى قاضي الاستعجال([1]).

([1])-CE , 26 mai 1999, Société anonyme STEELCASESTRAFOR, rec, p.285.

ويلجأ صاحب الشأن لهذا النوع من الدعاوى متى تم انتهاك القواعد المتعلقة بالعلانية ، أي النشر أو المنافسة . وأن يترتب على هذا الإنتهاك أن أصيب بضرر أو من المحتمل أن يصاب به ولو بشكل غير مباشر([1]).

ويملك قاضي الاستعجال سلطات واسعة الكثير عند الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد . فله سلطة توجيه الأمر للإدارة بأن تراعي إلتزاماتها المتعلقة بالاشهار والمنافسة حال ابرام عقد من عقود الصفقات العمومية أو عقد تفويض مرفق عام . كذلك يملك القاضي الأمر بوقف تنفيذ ابرام العقد ووقف تنفيذ كل قرار يتصل به . صحيح أن الإدارة تستطيع ألا تلتزم بهذا الأمر وأن تسارع إلى ابرام العقد ، هنا لا يوجد مفر أمام صاحب الشأن إلا المطالبة بالتعويض في حال ترتب على ذلك ضرر له([2]) . كذلك للقاضي سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بابرام العقد وإبطال بعض الشروط التعسفية . كذلك يستطيع قاضي الاستعجال في مجال ابرام عقود أشغال أو توريدات أو خدمات في نطاق قطاعات المياه والطاقة والنقل والاتصالات أن يفرض غرامة تهديدية تدعيماً للأوامر التي يوجهها للإدارة .

*

([1])-CE , 3 octobre 2008, n° 305420, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, n°305420

([2])-CE , 2 juillet 1999, SABouygues, n° 206749, Rec, p.258.

المطلب الثاني

التحكيم في العقود الإدارية

تعريف التحكيم : عرفت محكمة الدستورية العليا التحكيم بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين على مُحَكِّم من الأغيار يُعيَّن باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالأة ، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"([1]) .

وهذا التعريف أدق مما ورد بالمادتين 4([2]) و10([3]) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، إذ جاء هذا التعريف غفلاً من الإشارة إلى الضمانات التي يتعين أن تتوافر في هيئة التحكيم وأهمها الحيدة، وضمانات التقاضي التي يتعين على طرفي النزاع التمتع بها. كما غفل أيضاً من الاشارة إلى أهم ما يتمتع به قرار التحكيم من حجية يحسم بها النزاع بصفة نهائية ويقطع دابر الخصومة .

ورغم هذه الاختلافات إلا أن تعريف المحكمة الدستورية يتفق مع التعريف التشريعي في كون التحكيم لا يكون إلا بالإرادة الحرة لطرفي النزاع، ومن ثم يستبعد التحكيم الإجباري الذي يُفرض على أحد طرفي النزاع .

([1]) . المحكمة الدستورية العليا ، دعوى رقم 84 لسنة 19 دستورية ، جلسة 6 نوفمبر 1999 .

([2]) . بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 4 : "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بارادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم ، بمقتضى اتفاق الطرفين ، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك"

([3]) . بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 10 : "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية" .

من هنا نفهم كيف أن المشرع المصري من خلال القانون رقم 4 لسنة 2020 قام بإلغاء الباب السابع من الكتاب الثاني من قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم 97 لسنة 1983 والذي كان ينظم التحكيم الإجباري . وهذا الإلغاء من السهل علينا تبريره . فالتحكيم نظام استثنائي يمثل خروجاً على الولاية القضائية للدولة والتي لا تجيز للأفراد الدفاع عن حقوقهم إلا من خلال محاكم الدولة ونظامها القضائي ، ومن ثم لا يجوز التوسع في تطبيقه من خلال فرضه اجبارياً على الأفراد أو الهيئات .

أهمية التحكيم: لا شك أنه لو لم يكن للتحكيم مزية أخرى غير حسم النزاع وقطع دابر الخصومة لكفى ذلك لتشجيعه والحث عليه . فالخصومة أمام القضاء بما تثيره من كامن الحقد وما تولده من الضغائن ، وما تكبده من إضاعة الوقت ، فيها ولا شك إرهاق للمتخاصمين لا يعدله استفادة أحدهما في النهاية من نتيجة هذا النزاع بصدور الحكم فيه لصالحه أمام محاكم الدولة .

كما أن تخفيف العبء عن كاهل قضاء الدولة يعد مبرراً لا يمكن المغافلة عنه في ضوء حجم القضايا المكدسة أمام تلك المحاكم . فبالنظر إلى كم تلك القضايا تتسم إجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة بالبطء الشديد ، بالإضافة إلى مرورها بحلقات متتالية من الإجراءات تؤدي إلى إطالة أمد النزاع . في مقابل ذلك فإن طرفي النزاع في التحكيم هم الذين يحددون اجراءات التحكيم وموعود صدور القرار فيه .

لذلك كان من الخير العميم لطرفي الخصومة أن يتوصلا بالتحكيم لتصفية ما بينهما من نزاع، ولا سيما أن اختيار المحكمين يكون من خلالهما، فكأن الخصوم من خلال اختيارهم للمحكمين قد ساهموا في حل النزاع بينهم، الأمر الذي يبرر خضوعهم التام لما يصدر من هيئة التحكيم من قرارات .

علاوة على ذلك توفر إجراءات التحكيم لطرفي النزاع الخصوصية التي تفتقدها محاكم الدولة. فمبدأ العلانية السائد في الأخيرة يمكن للأفراد تفاداه في حال التحكيم، فيبقى كل طرفٍ محتفظاً بالمعلومات المتعلقة بنشاطه فلا تخرج للعلن ، حيث تبقى إجراءات

التحكيم محصورة بين طرفي النزاع وهيئة المحكمين التي يتم اختيارها في كثير من الأحوال من قِبل تلك الأطراف .

على أننا نعتقد أن التحكيم به من المثالب ما قد يدفع البعض إلى التحفظ عليه. فمن ناحية يعد التحكيم مكلفاً ، فأتعاب المحكمين مرتفعة لدرجة أنه لا يستطيع دفعها إلا الشركات الميسورة الحال. فإذا حدث نزاع على أثر عقد، فإن طرفي التعاقد تختلف امكانياتهما في اختيار المحكمين، حيث يستطيع الطرف الأقوى التعاقد مع أكبر مكاتب التحكيم شهرة، مقابل اكتفاء الطرف الأخر باختيار محكم لا يضاهي المحكم الأول علما ولا شهرة. وهكذا يبدو جلياً أن التحكيم يفتقد إلى مبدأ المساواة .

هذا فضلاً عن أن التحكيم يفتقد لمبادئ دستورية في مجال القضاء . فقرار هيئة التحكيم لا يجوز الطعن عليه ، من هنا يحرم طرفي النزاع من مبدأ تعدد درجات التقاضي. كما أن اعضاء التحكيم يتم اختيارهم ـ في الغالب ـ من قِبل طرفي النزاع ، مما يعني افتقاد المحكمين للحياد أو الموضوعية ، لأن كل محكم سوف يعمل جاهداً على كسب النزاع لصالح من اختاره .

مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية : لا يُعترض علينا بأننا بصدد آلية تنتهي إلى ما ينتهي إليه القضاء دون أن يمر بضماناته، فمثل هذا الاعتراض يكون من قبيل الانخداع بالمظهر، والذهد في الجوهر، إذ الواقع أن قواعد التحكيم لا تحرم المتحاكمين من هذه الضمانات، بل انها تفرضها وتقضي ببطلانه حال افتقادها.

فقانون التحكيم ، تناول الكثير من الضمانات التي يتعين توافرها لصحة التحكيم. وهذه الضمانات هي المعمول بها أمام القضاء . ألست تراه يفرض على المحكم أن يفصح عند قبوله كمحكم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته (المادة 3/16)، ثم انك تراه يرتب على حكم التحكيم نفس الحجية التي للأحكام وكونه حاسم للخصومة (المادتان 45 و55). وتراه أيضاً يرتب البطلان إذا لم يُراعى مبدأ المواجهة أو الحق في الدفاع (المادة 53/ج) كذلك الزام هيئة التحكيم بعقد جلسات مرافعة لتمكين كل

من طرفي التحكيم من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته (المادة 1/33) ، وأيضاً معاملة طرفي التحكيم على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه (المادة 26) ، وتراه كذلك يقرر آلية رد المحكمين المعمول بها أمام القضاء (المادتان 18 و19). كل هذه أحكام تنفي عن التحكيم افتقاده لضمانات التقاضي .

فإذا أضفنا إلى ذلك أن القضاء لا ينعزل عن آلية التحكيم ، حيث نرى دوره واضحاً في تشكيل هيئة التحكيم ورد أعضائها والأمر بتنفيذ أحكامها ونظر دعاوى بطلان أحكامها ، لاستتبع ذلك القول بأن المشرع لم يرد للتحكيم أن يتم كلية بعيداً عن رقابة القضاء وضماناته .

وثمة اعتراض آخر نرى أن نعرضه لنفنده. فرب معترض بأن دستور 2014 يقضي في مادته 190 بأن مجلس الدولة "جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية". وتعتبر منازعات العقود الإدارية ضمن المنازعات المحجوزة حصراً لمحاكم مجلس الدولة .

وردنا على هذا الاعتراض أن هذا التخصيص في نظر المنازعات الإدارية لا يغل يد المشرع عن اسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى جهات أخرى على أن يكون ذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام المقرر . وبناء عليه فالولاية العامة لمجلس الدولة لا تعني الاستئثار المطلق بالمنازعات الإدارية ولا تمنع من تنظيم توزيع الاختصاص بين جهات القضاء الوطني المختلفة ، ومن ثم لا يوجد ما يحول بين اسناد المشرع الاختصاص بنظر المنازعات الادارية ومن بينها منازعات العقود الإدارية لهيئات التحكيم .

وقد وجد من الشراح من قال أن التحكيم طريق استثنائي لا يجوز اللجوء اليه إلا إذا نص عليه المشرع صراحة . ورتب على ذلك حظر التحكيم في مجال العقود الادارية نظراً لخلو قانون مجلس الدولة من آلية التحكيم ، كما خلا قانون التحكيم من الاشارة إلى

العقود الادارية. وقد زالت هذه الحجة نهائياً بعد تعديل قانون التحكيم عام 1997 وإدخال منازعات العقود الادارية في مجال التحكيم بعد أخذ موافقة الوزير المختص .

ومما يدعم اعتقادنا بجواز التحكيم في العقود الإدارية إيثار المشرع إياه في تعديل قانون التحكيم وكما ورد بالمذكرة الايضاحية لهذا القانون، حيث ورد "بالنظر إلى أن العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي قد اتسعت وتشعبت مع مراحل النمو والإصلاح التي تخطوها البلاد، وتتعاظم مسيرتها حينا بعد حين، وتشارك الدول وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة في قيام تلك العلاقات بالقدر اللازم لتشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية وتحقيق أهدافها، بما في ذلك إبرام عقود إدارية وثيقة الصلة بالمرافق العامة مع أطراف محلية وأجنبية. وإذا كان الالتجاء إلى التحكيم اتفاقاً، لتسوية منازعات هذه العقود، مما يندب إليه فيها، وتستمسك به تلك الأطراف في حالات عديدة، كسباً لمزايا هذا الأسلوب في التسوية وخاصة لحل قضايا ومنازعات التجارة والاستثمار على الصعيدين الوطني والدولي. لهذا رؤى إدخال تعديل بالإضافة على المادة (1) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 يقرر صراحة جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ويحدد السلطة الإدارية التي يرخص لها بإجازة مثل هذا الاتفاق واعتماده، ضبطاً لاستعمالها وضماناً لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبارات الصالح العام، وبحيث يكون المرد في هذا الشأن للوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته في الأشخاص الاعتبارية العامة، وبحيث لا يجوز لأي منهما التفويض في هذا الخصوص" .

وإيثار المشرع لهذا النظر قاطع في الدلالة على أنه قد ثبت بالتجربة عدم نجاح النظام القائم على حظر التحكيم في العقود الإدارية ، فرؤي العدول عنه إلى وضع أخر يكون أدعى للتيسير العملي ، وأقوم من حيث سداد النظر . وتلك حجة أخرى نضيفها إلى ما أدلينا به من حجج لتدعيم الرأي الذي قررناه .

الصور المختلفة للتحكيم : يقسم بعض الشراح التحكيم إلى داخلي ودولي . ويقصدون بالتحكيم الداخلي ذلك الذي يصدر الحكم فيه داخل مصر ، بغض النظر عن المكان الذي بدأت فيه إجراءاته . فمتى كانت مصر هي المكان الذي انعقدت فيها جلسات التحكيم

فهي مقر التحكيم ، ومن ثم يعد التحكيم داخلياً أو وطنياً أو محلياً . ويكون التحكيم دولياً متى تعلق موضوع النزاع بأكثر من دولة .

وليست لهذا التقسيم أهمية عملية ، إذ أنهما يستويان في تطبيق الأحكام على أي منهما . فالمشرع المصري بموجب نص المادة 39 من القانون رقم 27 لسنة 1994 أجاز لطرفي التحكيم حرية اختيار القانون الموضوعي والقانون الاجرائي، اللذين سوف يطبقان على عملية التحكيم . وبناء عليه يجوز في التحكيم المحلي أو الداخلي أن يطبق الطرفان قانون آخر غير المصري ، وهو ما يتحقق في التحكيم الدولي .

وبجانب التقسيم السابق ، يجوز أن يكون التحكيم اجبارياً أو اختيارياً . فالمعول عليه هنا الحرية المملوكة لطرفي النزاع في اللجوء إلى التحكيم . فإذا ترك المشرع الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم أو عدم اللجوء إليه ومن ثم طرق باب التقاضي ، كنا بصدد تحكيم اختياري . أما إذا فرض المشرع التحكيم كوسيلة لحسم بعض المنازعات بعيداً عن قضاء الدولة ، كنا بصدد تحكيم اجباري .

فالمبدأ في التحكيم أن يكون اختيارياً ، وآية ذلك ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون التحكيم وهي بصدد تعريف التحكيم ، حيث أشارت إلى أنه "التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة" . كما أن المحكمة الدستورية العليا ركزت على الطبيعة الرضائية للتحكيم في كثير من أحكامها، ومنها قولها بأنه "لا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين، إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة، لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه ـ وفقاً لأحكامه ـ نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، ويلتزم المحتكمون بالنزول على القرار الصادر فيها وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه،

ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في النزاع، مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها، وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم"([1]).

واستثناء على هذا الأصل قد يفرض المشرع ـ في أحوال معينة ـ على الخصوم اللجوء إلى التحكيم ومنع الالتجاء إلى القضاء العادي . فالتحكيم هنا فرضه المشرع على الخصوم ووضع له القواعد المنظمة له ، ومن قبيل ذلك ما كان يفرضه المشرع المصري في الباب السابع من الكتاب الثاني من قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم 97 لسنة 1983 قبل إلغائه بالقانون رقم 4 لسنة 2020 .

ويمكن تقسيم التحكيم من حيث مدى ما يخوله طرفي النزاع للمحكم من سلطة إلى تحكيم بسيط وتحكيم مع تفويض بالصلح . فمتى يعتبر التحكيم بسيطاً ؟ ومتى يعتبر أنه تحكيم بالتفويض بالصلح ؟

يكون التحكيم بسيطاً إذا التزم المحكم بالقواعد القانونية المتفق على تطبيقها في النزاع ، والتي قد تكون قانون بلد مقر التحكيم، أو قواعد قانون التحكيم، أو القواعد القانونية المعمول بها في دولة أخرى، أو قواعد واردة في نموذج تم اقراره من قبل منظمة أو هيئة دولية . وتطبيقاً لذلك قضت المادة 25 من قانون التحكيم المصري بأن "لطرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الاجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم ، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة" .

كما نصت المادة 39 من ذات القانون في بنديها (1) و(2) على أن "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان . وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق

([1]) . المحكمة الدستورية العليا ، دعوى رقم 84 لسنة 19 دستورية ، جلسة 6 نوفمبر 1999 .

على غير ذلك . وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع" .

وفي الحالات السابقة يتعين أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة .

أما التحكيم المصحوب بالتفويض بالصلح فإنه يمنح هيئة التحكيم سلطة واسعة بأن تحكم بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون (البند الرابع من المادة 39 من قانون التحكيم).

شرط التحكيم ومشارطة التحكيم : **شرط التحكيم** هو الشرط الوارد في العقد والمثبت لرغبة طرفيه في اللجوء إلى التحكيم لفض أي نزاع مستقبلي يحدث بينهما بشأن هذا العقد . ويعتبر شرط التحكيم هنا اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، فلا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته (المادة 23 من قانون التحكيم) .

ولكن قد يعن للطرفين أن يحدثا تعديلات في شروط العقد بعد إبرامه . وذلك إما لتدارك ما نسياه عند تحرير العقد وإضافته إليه أو تصحيح خطأ مادي أو توضيح شرط غامض أو الاتفاق على التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء . فجرى العمل على أن تفرغ هذه التعديلات في وثيقة خاصة تحمل اسم "ملحق" .

وقد وردت هذه الطريقة في كيفية إعداد شرط التحكيم في البند الثاني من المادة 10 من قانون التحكيم والتي تنص على أنه "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع ، سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين" .

كذلك نكون بصدد شرط التحكيم ، إذا ورد في العقد محل النزاع إحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم . وهنا يشترط المشرع بأن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد (المادة 3/10 من قانون التحكيم) .

أما **مشارطة التحكيم** فيقصد بها اتفاق طرفي العقد على عرض نزاع ناشئ بينهما بشأن العقد على التحكيم . ومفاد ذلك أن مشارطة التحكيم تكون بعد نشوء النزاع . وهذا ما عنته المادة 10 من قانون التحكيم بقولها : "كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية" . ويفهم من الحكم التشريعي السابق أن مشارطة التحكيم تطبق بأثر رجعي على المنازعات السابقة على تحريره ، وحتى لو لجأ أحد طرفي النزاع بشأنها إلى القضاء .

محل التحكيم : لا يقوم التحكيم إلا مرتكزاً على نزاع قائم بين طرفيه . فيشترط أن يكون محل التحكيم حقاً متنازعاً فيه ، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي نشأ عنها هذا الحق ويدور حولها النزاع . لذلك قضت المادة الأولى من قانون التحكيم بأن تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع . وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك .

إذن كل نزاع يمكن أن يكون موضوعاً للتحكيم بصرف النظر عن مصدره ، سواء أكان مصدره علاقة تعاقدية أو غير ذلك.

إنما يشترط في محل التحكيم أن يملك الشخص الطبيعي أو الاعتباري التصرف فيه ، أي أن يكون داخلاً في دائرة التعامل ، فلا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح . وهي تكون كذلك إذا تعلقت بحالة الأشخاص وأهليتهم أو بالنظام العام والتي قنن المشرع قواعدها وأحكامها بنصوص آمرة لا يصح الاتفاق على خلافها. أما ما يتعلق بالحقوق أو المصالح المالية فإن القانون لا يمنع التحكيم فيها. وهو ما عناه المشرع بالنص

في المادة 11 من قانون التحكيم على أنه :"لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" .

هل يجوز التحكيم بعد صدور حكم لصالح أحد طرفي العقد ؟ لا شك في صحة التحكيم بعد صدور حكم قابل للطعن فيه بالطرق العادية. وعلة ذلك ظاهرة واضحة ، وهي أن استهداف الحكم للطعن فيه يجعل الحق المقرر بمثل هذا الحكم مهدداً بالزوال نتيجة نجاح الطاعن فيما سعى إليه. وبالتالي يظل التهديد بتجدد النزاع قائماً بحيث يمكن أن يبنى التحكيم على أساسه .

وليس الأمر كذلك بالنسبة للحكم الذي أصبح نهائياً باستنفاد طرق الطعن العادية، ولو ظل باب الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر مفتوحاً ، لأن استهداف الحكم للطعن بطريق غير عادي لا يحول دون تقريره حقاً مكتسباً لصالح المحكوم له . كما أن الطعن بالطريق غير العادي لا يقف عقبة في سبيل تنفيذ الحكم فوراً على المحكوم عليه.

وقد يُقال أن التحكيم يجوز حتى في فرض الطعن غير العادي ، لأنه وإن كان وجود الحق في ذاته قد أصبح خالياً من النزاع بصدور الحكم النهائي فيه ، إلا أن هناك ثمة مسألة أخرى لا تزال محوراً للنزاع وهي قابلية هذا الحكم للطعن فيه بطريق غير عادي. لذلك يصح أن يرد التحكيم على هذه المسألة بالذات حتى يستقر الحق نهائياً لصاحبه .

ونحن لا نستطيع أن نذهب هكذا بعيداً فنقر الرأي السابق . فالظاهر أنه لم يبق للمحكوم عليه ما يدعيه بعد صدور حكم نهائي ضده . فيكون اللجوء إلى التحكيم تنازلاً حاصلاً من جانب المحكوم لصالحه وحده ، تفادياً للصعوبات التي قد تعترض تنفيذ الحكم جبراً على المحكوم عليه استعجالاً للفائدة لا حسماً للنزاع .

الجدل حول طبيعة التحكيم : لا شك أن ما يصدره المحكم من خلال آلية التحكيم يعتبر بمثابة حكم يصدره في النزاع الحاصل بين الطرفين برضائهما واتفاقهما . ولعل هذا هو

ما حدا بالمشرع المصري إلى النص في المادة 55 من قانون التحكيم على أن تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ . وهو وإن كان يعني بذلك أن قرار التحكيم كالحكم يحسم النزاع بصفة نهائية ، إلا أنه لم تكن ثمة حاجة إلى تأكيد ذلك بالنص ، لأن كل عقد أو اتفاق يتمتع بهذه الحجية من حيث كونه شريعة المتعاقدين ، وما التحكيم إلا نتاج هذا الاتفاق أو العقد ، سواء من خلال شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم .

بعبارة أخرى أن التحكيم باعتباره عقد أو اتفاق بين الخصوم على اختيار طريق لحل نزاعهم بعيداً عن محاكم الدولة يمتزج بعمل قضائي متمثل فيما تصدره هيئة التحكيم من قرار يوسم بالحكم ، وله ما للحكم من حجية وأثراً منهياً للخصومة . ولا يؤثر امتزاج مراحل التحكيم على صحة تسميته بأنه اتفاق رضائي بين طرفي الخصومة ، طالما أن الغاية منه هي حسم النزاع أو تلافي حصوله بعيداً عن السلطة القضائية .

ويترتب على هذه الصفة المزدوجة لمثل هذا الاتفاق أنه يترتب عليه سائر آثار العقد فيما يتعلق بأهلية الطرفين ومحل التحكيم ، وتترتب عليه علاوة على ذلك سائر آثار العمل القضائي الذي امتزج به بالنسبة لحكم التحكيم .

تشكيل هيئة التحكيم وردّها : أجاز المشرع المصري من خلال الباب الثالث من قانون التحكيم أن تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردي . ويُشترط أن يقبل المحكم المهمة المسندة إليه كتابة ، مع الإفصاح عند القبول عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيدته .

ولا يشترط في المحكم أن يكون من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفي التحكيم أو نص القانون على غير ذلك . وإنما يشترط في المحكم ألا يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره .

ورغم أن إرادة طرفي التحكيم هي المرجع في تشكيل هيئته ، إلا أن المشرع راعى إمكانية فشل الاتفاق في الوصول إلى هذا التشكيل . فاستدعى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتقوم باختيار المحكمين . ففي حال كون هيئة التحكيم تشكل من محكم واحد، فإن المحكمة تتولي اختياره بناء على طلب أحد طرفي التحكيم . أما إذا كانت الهيئة مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث . وفي حال لم يعين أحد الطرفين محكمه أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث ، تولت المحكمة اختياره بناء على طلب أحد الطرفين ، ويكون للمحكم الثالث رئاسة هيئة التحكيم .

والقرار الصادر من المحكمة بتعيين المحكم لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن .

ورغم تشكيل هيئة التحكيم ، إلا أنه يجوز لأحد طرفي التحكيم أن يعبر عن رغبته في عدم المثول أمام محكم معين متى قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدته أو استقلاله ، كأن وجدت مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط . وهذه المكنة مشروطة بألا يكون طالب الرد هو من قام بتعيين المحكم المراد رده أو اشترك في تعيينة وكان عالماً بسبب الرد قبل التعيين . أما إذا تبين بعد التعيين سبب الرد ، فإنه يجوز له الرد (المادة 18 من القانون) . كذلك لا يُقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم (المادة 19) .

ويقدم طلب الرد إلى هيئة التحكيم مبيناً أسباب الرد . وفي حال عدم تنحي المحكم المطلوب رده ، يُحال طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن([1]) . ولا يترتب على تقديم طلب الرد وقف اجراءات التحكيم ، وإذا

([1]) . تجدر الاشارة إلى أن المادة 1/19 من قانون التحكيم قبل تعديلها بموجب القانون رقم 8 لسنة 2000 كانت تعهد إلى هيئة التحكيم سلطة الفصل في طلب الرد . ولما سيقت تلك المادة إلى المحكمة الدستورية

حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم ـ بما في ذلك حكم المحكمين ـ كأن لم يكن .

أثر قرار التحكيم من حيث حسم النزاع : تنحسم بالتحكيم المنازعات التي تناولها ، ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي قضى فيها المحكم بقراره (المادة 1/48 من قانون التحكيم). وبعبارة أخرى أنه يتولد عن التحكيم بمجرد تمامه تزويد طرف الخصومة الذي حكم لصالحه بدفع قطعي يقطع به على الطرف الثاني كل محاولة لتجديد النزاع الذي حسمه التحكيم.

ويترتب على انقضاء الحقوق والادعاءات المتنازع عليها بالتحكيم منع محاكم الدولة من نظر الدعوى بشأنها .

وإذا استجد سبب جديد للمنازعة لم يكن داخلاً في شروط التحكيم ، فإنه يتعين لإبدائه رفع دعوى أمام المحكمة أو إجراء تحكيم جديد بشأنه . ولا يحول وجود قرار من هيئة التحكيم دون قبول هذه الدعوى أو التحكيم الجديد ، لأن من استجد لصالحه هذا السبب غير المنوه عنه في شروط التحكيم لا يكون مرتبطاً بهذا التحكيم . وهو ما يجب اتباعه أيضاً في حالة امتناع أحد طرفي النزاع عن تنفيذ قرار التحكيم .

الأثر النسبي لقرار التحكيم : تلك خاصة أخرى يشترك فيها قرار التحكيم مع الحكم القضائي. فقد قدمنا أنه يترتب على تمام التحكيم تزويد طرفي الخصومة بدفع قطعي يحتج به في مواجهة من يحاول منهما أن يجدد النزاع فيما حسمه التحكيم ، وهو الدفع بحسم المنازعة بالتحكيم . ويترتب على هذا الدفع نفس الأثر الذي يترتب على الدفع بحجية الشئ المحكوم فيه . لذلك كان طبيعياً أن يخضع لنفس القواعد الخاصة بحجية الشئ المحكوم فيه المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية . فكلما تخلف شرط

العليا قضت بعدم دستوريتها . فخضع المشرع لهذا الحكم واصدر القانون رقم 8 لسنة 2000 ليقرر حق البت في طلب الرد من نصيب المحكمة المختصة.

من شروط التمسك بهذا الدفع ، بأن اختلف الخصوم أو الموضوع أو السبب في الدعوى المرفوعة أمام القضاء ، عما كان عليه في المنازعة التي تم بشأنها التحكيم ، وجب التقرير بأن لا حجية لحكم التحكيم تمنع الدعوى أمام القضاء .

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا طرأت بعد التحكيم ظروف لم تكن متوقعة وقت حصوله ، وكان من شأن هذه الظروف زيادة الحقوق التي يجوز لأحد طرفي التحكيم أن يطالب بها ، كان له أن يطالب بهذه الزيادة الطارئة دون خشية الاحتجاج عليه بالتحكيم السابق ، طالما أنه لم يرد في هذا التحكيم ، لا تصريحاً ولا تلميحاً ، ما يفيد اتفاق الطرفين على حسم النزاع حتى بالنسبة للنتائج المستقبلة للواقعة ، لأن المطالبة بهذه الزيادة في الحقوق عن مثل هذه النتائج التي لم تكن متوقعة وقت حصول التحكيم يعتبر بمثابة توجيه طلب جديد إلى المتسبب في الضرر ، لم يكن محل اعتبار الطرفين وقت التحكيم .

والحالة السابقة تختلف عن فرض إغفال هيئة التحكيم البت في طلب قدم لها . فطبقاً للمادة 51 من قانون التحكيم ، يجوز لكل من طرفي التحكيم ـ ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم ـ أن يطلب من هيئة التحكيم خلال 30 يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم ، إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه .

فالمطالبة بإصدار حكم تحكيم إضافي (وليس تحكيم جديد) مشروط بأن هيئة التحكيم أغفلت نظر طلب سبق لأحد طرفي التحكيم تقديمه أثناء إجراءات التحكيم.

تفسير حكم التحكيم وتصحيحه : في حال وجود غموض في منطوق الحكم ، يجوز لطرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال 30 يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم تفسير هذا الغموض . ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه (المادة 49).

وننوه هنا إلى أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتوسع في تفسير الحكم الذي أصدرته، بل يتعين قصر التفسير على ما وقع في المنطوق من غموض . وتلك نتيجة طبيعية للسمة الاستثنائية للتحكيم . فبما أن التحكيم آلية استثنائية في فض المنازعات، كان طبيعياً ألا يتوسع في تفسير ما انتهت إليه هذه الآلية من حكم.

وإذا وقع في الحكم أخطاء مادية بحتة ، كتابية أو حسابية ، وقع التزام على عاتق هيئة التحكيم بأن تقوم بتصحيحها سواء بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم . ويصدر قرار التصحيح دون تجاوز ، وإلا جاز لصاحب الشأن أن أن يتمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان أمام المحكمة المختصة (المادة 50).

عدم تنفيذ حكم التحكيم : يحصل عدم تنفيذ حكم التحكيم بإحدى صورتين : الأولى : أن يتجاهل أحد طرفي التحكيم ما يترتب على التحكيم من حسم النزاع ، فيعود إلى تجديده والمنازعة في موضوعه .

الثانية : أن يمتنع أحد طرفي التحكيم عن تنفيذ الالتزامات التي قررها حكم التحكيم .

فإذا كان عدم التنفيذ ناشئاً عن تجديد المنازعة فيما حسمه التحكيم ، فإنه يكون في وسع الطرف الأخر أن يدفع بحسم النزاع بالتحكيم ، فيصل بذلك إلى إجبار خصمه على احترامه وتنفيذه . كما يجوز له أن يشفع هذا الدفع بطلب الحكم بالتعويض على من خالف التحكيم بسعيه إلى تجديد النزاع في موضوعه بدعوى جديدة .

أما إذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ الالتزامات المترتبة على حكم التحكيم ، فإن صاحب الشأن له أن يقدم طلب لتنفيذ الحكم إلى المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع أو محكمة استئناف القاهرة وفقاً لطبيعة التحكيم . ولرئيس المحكمة أو من يندبه من قضاتها أن يصدر الأمر بتنفيذ الحكم (المادة 56 من قانون التحكيم) .

ويجب على القاضي قبل الأمر بتنفيذ الحكم أن يتحقق من أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع ، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في مصر . كل هذا مشروط بأنه يكون الحكم قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً (المادة 58 من قانون التحكيم) .

والامر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أو برفض تنفيذه يجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة خلال 30 يوماً من تاريخ صدوره([1]) .

بطلان حكم التحكيم: الأصل أن حكم التحكيم لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات (المادة 52 من قانون التحكيم). واستثناءا من هذا الأصل أجاز المشرع رفع دعوى بطلان ضد حكم التحكيم .

ولما كان التحكيم طريق استثنائي أقره المشرع لأطراف النزاع لحسم نزاعهم بعيداً عن القضاء، فإن المشرع توسع في أسباب بطلان حكم التحكيم ليفتح المجال واسعاً أمام القضاء ليستعيد دوره في مجال فرض احترام القانون وتحقيق العدالة بين الأطراف المتنازعة. وآية ذلك الأسباب العديدة التي سردها المشرع في المادة 53 من قانون التحكيم، وهي بحسب ترتيبها تقرر بطلان التحكيم إذا لم يوجد اتفاق تحكيم، أو كان هذا التفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته، أو إذا كان أحد طرفي التحكيم وقت ابرامه فاقد الأهلية أو ناقصها، أو تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب أخر خارج عن إرادته، أو إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع

([1]) . تجدر الاشارة إلى صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 92 لسنة 21 ق ، بجلسة 6 يناير 2001 قضى بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة 58 من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، فيما نص عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم ، وقد نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ 18 يناير 2001، وبالتالي أصبح من الجائز التظلم من الامر الصادر بتنفيذ أو برفض تنفيذ حكم التحكيم .

النزاع ، أو تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق طرفي النزاع، أو إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق . إلا أنه بشأن هذا السبب، فإنه إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع بطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

ومفاد ذلك أنه يجوز تجزئة البطلان في حكم التحكيم . أما إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلبا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم التي يتعين عليها في هذه الحالة أن تصدر قراراً يتضمن شروط التسوية وينهي الإجراءات، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ (المادة 41 من قانون التحكيم). في هذا الفرض إذا وقع بطلان في قرار إنهاء الإجراءات المبني على تسوية ، فإنه ـ في زعمنا ـ لا يجوز تجزئته .

وهذا الخلاف بين حكم التحكيم وقرار الإنهاء المبني على تسوية متسق مع منطق الأمور، إذ الحكم من عمل هيئة التحكيم، حيث يعمل أعضائها كلٍ لصالح من أختاره من الخصوم للفوز بأكبر قدر ممكن من نتائج الحكم ، وهؤلاء كقضاة قد يخطئون في تطبيق القانون بالنسبة لبعض جوانب النزاع ويصيبوا بالنسبة للبعض الآخر. أما قرار الإنهاء بناء على تسوية فهو عمل شارك أو ساهم فيه طرفي النزاع ، وهو لا يخرج عن كونه إقراراً من كل من طرفي التحكيم بما يدعيه الآخر أكثر منه تطبيقاً للقانون، فكان طبيعياً إذن أن يكون هذا الإقرار مرتبط الأجزاء، متماسك الأطراف، بحيث يعول من صدر لصالحه على أن يستفيد منه كاملاً ، وإلا زالت فائدته بالنسبة له.

وارتباطاً بما سبق ، إذا عُرضت مسألة أولية خلال إجراءات التحكيم تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، فإنه لا يجوز لهذه الهيئة أن تنظرها، بل يتعين عليها أن توقف إجراءات التحكيم حتى يصدر حكم نهائي في هذه المسألة متى كانت هذه المسألة لازمة

للفصل في موضوع النزاع. أما إذا كانت غير ذلك يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع (المادة 46).

وأخيراً يقع البطلان إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم .

كيفية التمسك بالبطلان : اذا شاب التحكيم سبب من أسباب البطلان السابقة ، فيكون لمن يستفيد من هذا البطلان أن يتمسك به برفع دعوى أصلية يطلب فيها الحكم ببطلان حكم التحكيم . ويمكن كذلك التمسك بالبطلان بطريق الدفع ، وذلك بأن يجدد أحد طرفي التحكيم النزاع في موضوع التحكيم ، فإذا دفع خصمه بحسم المنازعة بالتحكيم ، كان لرافع الدعوى أن يتمسك ببطلانه .

وترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال 90 يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، أمام محكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، إذا كان التحكيم في غير التحكيم التجاري الدولي . أما إذا كان التحكيم تجاري دولي فإن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر (المادة 54 من قانون التحكيم) .

ونشير هنا إلى أن المحكمة التي تنظر دعوى البطلان تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم . بيد أنه يصح هذا التنازل إذا وقع بعد صدور الحكم .

ويلاحظ أن رفع دعوى البطلان لا يترتب عليها وقف تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية (المادة 57

من قانون التحكيم). وسلطة المحكمة هنا تقديرية ، فلها أن تستجيب لهذا الطلب أو تعرض عنه .

نموذج لعقد توريد عام

ملاحظات هامة

- يهدف نمط العقد النموذجى إلى توحيد وتنميط البنود الأساسية للعقود التى تبرمها الجهات الإدارية بما يتحقق معه تيسير العمل التنفيذى وسرعة إنجازه وتبسيط الإجراءات للعاملين بالجهات الإدارية والمتعاقدين معها.

- يتضمن نمط العقد النموذجى البنود الأساسية التى تتفق وأحكام قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019 ويتعين الالتزام بها، وإذا تراءى للجهة الإدارية إجراء تعديل أو تغيير فى أى منها فإنه يتعين عليها حينئذ الرجوع إلى الأصل العام وهو عرض نمط العقد محل التعديل أو التغيير على جهة الفتوى المختصة لمراجعته استقلالاً.

- كما يتضمن نمط العقد النموذجى فى البند الثانى منه إشارة إلى الملاحق المرفقة والخاصة بالاشتراطات المرتبطة بطبيعة العملية محل التعاقد والتى يجب ألا تتعارض بأى شكل مع أحكام قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة المشار إليه ولائحته التنفيذية، ويجب على الجهة الإدارية استيفاء ها وفقاً لما ضمنته من متطلبات واشتراطات بكراسة الشروط والمواصفات للعملية محل التعاقد.

- على السلطة المختصة بالجهة الإدارية ومن خلال إدارة التعاقدات/إدارة الشئون القانونية/المستشارين القانونيين، إضافة ما يُرى من شروط أو قيود خاصة وفقاً لطبيعة العملية محل التعاقد، وبما لا يتعارض مع أحكام قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة المشار إليه ولائحته التنفيذية، وبما يكفل ضمان تحقيق المتطلبات الفنية للجهة، واستئداء كافة حقوق الدولة المالية، وتقوية مركزها القانونى حال الطعن على العقد قضائياً.

- تضمن نمط العقد النموذجى فراغات (.....) يتعين استيفاءها، وكذا اختيارات (□) يتعين تحديد المناسب منها، وذلك وفقاً لما اتخذته الجهة الإدارية من إجراءات وما تضمنته كراسة الشروط والمواصفات للعملية محل التعاقد.

- النسخة المرفقة هى الإصدار الأول حيث يعتبر نمط العقد النموذجى وثيقة حية قابلة للتحديث والتطوير، وفقاً لمستجدات العمل، على أن يصدر بذلك منشور عام وزارة المالية بناءً على ما تعرضه الهيئة العامة للخدمات الحكومية، ويوصى بمراجعة الموقع الإلكترونى لبوابة التعاقدات العامة بشكل دورى لتحميل النسخة المحدثة حال صدورها.

محتويات نمط العقد

البند الاول	تمهيد
البند الثانى	ملاحق العقد
البند الثالث	قيمه العقد
البند الرابع	التامين النهائى/الدفعه المقدمه
البند الخامس	توريد محل العقد
البند السادس	استلام محل العقد
البند السابع	التقاعس عن الاستلام
البند الثامن	الضمان
البند التاسع	سداد المستحقات
البند العاشر	زيادة او نقص الكميات
البند الحادى عشر	التعاقد من الباطن
البند الثانى عشر	مسئول إدارة العقد
البند الثالث عشر	التاكد من تنفيد التزامات الطرف الثانى
البند الرابع عشر	التاخير فى تنفيد العقد
البند الخامس عشر	حظر التنازل عن العقد
البند السادس عشر	الاحكام القضائيه
البند السابع عشر	سريه العقد
البند الثامن عشر	الضرائب والرسوم
البند التاسع عشر	الالتزام ببنود العقد
البند العشرون	الإخلال بالعقد
البند الحادى والعشرون	فسخ العقد
البند الثانى والعشرون	القانون الحاكم للعقد
البند الثالث والعشرون	فض المنازعات
البند الرابع والعشرون	عنوان طرفى العقد
البند الخامس والعشرون	النسخ

نمط العقد النموذجى لشراء منقولات

أنه فى يوم ..... الموافق ..... تم إبرام هذا العقد بين كل من:

أولاً: .....[1]..... ومقرها .....[2]..... بصفتها المتعاقد، وهي الجهة المعنية/ المستفيدة من عملية .....[3]....، ويمثلها قانوناً فى التوقيع على هذا العقد بصفته.[4].....

(إذا كان هناك مفوض لتوقيع العقد، تستكمل البيانات التالية)

ويفوض عنه في التوقيع على هذا العقد (☐ السيد/ ☐السيدة) ..... بصفته/بصفتها الوظيفية ..... بموجب التفويض الصادر بالقرار رقم ..... الصادر فى .....

(طرف أول مشترى)

ثانياً:....[5].... الكائن مقرها ..... وشكلها القانوني ....[6].... والمُصنفة ....[7].... سجل تجارى رقم ..... بطاقة ضريبية رقم ..... تليفون رقم ....[8]... فاكس رقم ..... بريد الإلكترونى .....، ويمثلها (☐ السيد/ ☐السيدة) ..... بطاقة رقم قومي ..... بصفته/بصفتها ..... بموجب ..... بصفته/بصفتها المتعاقد معه.

(طرف ثان بائع)

تمهيد

- حيث أن الطرف الأول أبدى رغبته في التعاقد على شراء .....[9]....، وذلك بغرض تلبية احتياجاته بما يُمكنه من تحقيق أهدافه بكفاءة وفعالية ويضمن انتظام سير العمل، ووفقاً لما تم تخصيصه من اعتمادات مالية، وحيث أبدى الطرف الثاني استعداده للقيام بذلك

1- أدخل أسم الجهة الإدارية المتعاقدة.
2- أدخل عنوان الجهة الإدارية المتعاقدة تفصيلاً والذى سيتم توجيه المراسلات والمكاتبات عليه.
3- أدخل اسم العملية كما ورد بالإعلان/الدعوة/طلب عرض السعر، وبكراسة الشروط والمواصفات.
4- أدخل صفة السلطة المختصة.
5- ادخل أسم الشخص الاعتبارى (شركة..../ مؤسسة....).
6- أدخل الشكل القانونى ويقصد بذلك (شركة مساهمة/ شركة توصية بسيطة/ شركة شخص واحد/...إلخ).
7- أدخل التصنيف ويقصد بذلك (شركة كبيرة/ مشروع متوسط/ مشروع صغير/ مشروع متناهى الصغر).
8- التليفون والفاكس والبريد الإلكترونى بيانات أساسية يتعين استيفاءها ليتم إرسال إخطارات الطرف الثانى عليها.
9- أدخل اسم العملية كما ورد بالإعلان/الدعوة/طلب عرض السعر، وبكراسة الشروط والمواصفات.

وإتمامه وفقاً للشروط والمواصفات وأية متطلبات أخرى وكما هو منصوص عليه بكراسة الشروط والمواصفات [1] و(☐ العطاء/ ☐العرض) المقدم منه، والذى قبله الطرف الأول.

- وفي ضوء اعتماد (☐ السلطة المختصة ....[2]..../☐ المفوض عنه ....[3].... بالقرار رقم ..... الصادر فى .....) لإجراءات طرح العملية رقم ..... بتاريخ ..... وفقاً لأحكام قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019، و(☐الإعلان/ ☐الدعوة/ ☐طلب عرض السعر) وكراسة الشروط والمواصفات المنشورة على بوابة التعاقدات العامة بتاريخ ..... بشأن [4]☐المناقصة (☒العامة/ ☐المحدودة/ ☐المحلية/ ☐ذات المرحلتين) ☐الممارسة (☒العامة/ ☐المحدودة)☐ الاتفاق المباشر [5] رقم (.... لسنة ....) للتعاقد على .....[6].....
- ووفقاً لما تضمنته كراسة الشروط والمواصفات الخاصة بموضوع هذا العقد، وما أوصت به (☐ لجنة البت فى المناقصة/الممارسة/ ☐لجنة الاتفاق المباشر) بجلستها المعقودة يوم ..... الموافق ..... من قبول (☐ العطاء/ ☐العرض) المقدم من الطرف الثانى بمبلغ (.....) (فقط وقدره .....)، والذي تمت الترسية بناءً عليه، باعتباره (☐ الأفضل شروطاً والأقل سعراً/ ☐ الذى تم ترجيحه بنظام النقاط) ومطابقته للشروط والمواصفات الفنية واعتماد السلطة المختصة لتوصية اللجنة بتاريخ .....
- وبعد أن أقر الطرفان بأهليتهما وصفتيهما للتعاقد اتفقا على الآتى:

البند الأول

يعتبر التمهيد السابق وكراسة الشروط والمواصفات و(☐العطاء/ ☐العرض) المقدم من الطرف الثاني، وكافة المكاتبات والمستندات المتبادلة بين الطرفين ومحاضر (☐ لجنة

1- مع مراعاة ما اذا كان طبيعة العملية تتطلب اعداد كراسة شروط ومواصفات فى حالة التعاقد بالاتفاق المباشر.

2- أدخل أسم السلطة المختصة وصفتها الوظيفية.

3- أدخل أسم المفوض عن السلطة المختصة وصفته الوظيفية.

4- اختيار طريق التعاقد الذى تم اتباعه لطرح العملية.

5- لا يجوز للسلطة المختصة التفويض فى التعاقد بطريق الاتفاق المباشر وذلك طبقاً لحكم المادة (63) من قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018.

6- أدخل اسم العملية كما ورد بالإعلان/الدعوة/طلب عرض السعر، وبكراسة الشروط والمواصفات.

البت فى المناقصة/الممارسة/ □لجنة الاتفاق المباشر) رقم (... لسنة...)، وأمر التوريد المؤرخ ..../..../.... جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد ومتمماً ومكملاً لأحكامه.

البند الثانى [1]

تعتبر الملاحق التالية والمرفقة بهذا العقد جزءاً لا يتجزأ منه: [2]

ملحق (1): وصف موضوع العقد.

ملحق (2): الاشتراطات الخاصة.

ملحق (3): التزامات طرفى التعاقد.

البند الثالث

يلتزم الطرف الثانى بتنفيذ محل هذا العقد وفقاً للممارسات الجيدة وأفضل المعايير المتعارف عليها وطبقاً للمواصفات الفنية والكميات والأسعار الموضحة بعد وبقيمة إجمالية قدرها (.....) (فقط وقدره.....) شاملة كافة الضرائب والرسوم والتكاليف والنفقات ذات الصلة وذلك على النحو التالى:

رقم البند	الصنف	الوحدة	الكمية	سعر الوحدة	القيمة الإجمالية
.....	.....[3]	..[4]	...[5]	...[6]	...[7]
إجمالى ثمن الشراء مبلغ وقدره (.....) فقط (.....) (□ شامل ضريبة القيمة المضافة/ □غير شامل ضريبة القيمة المضافة).					

1- إذا لم يستخدم أى من هذه الملاحق تضاف عبارة (غير مستخدم) قرين كل ملحق وعلى الصفحة المرفقة التى تحمل عنوان الملحق.

2- يجب أن تكون كافة الملاحق وفقاً لما تضمنته كراسة الشروط والمواصفات.

3- أدخل بيان موجز عن الصنف طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات.

4- أدخل (عدد/وحدة/وزن...أو غير ذلك).

5- أدخل الكمية طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات.

6- أدخل سعر الوحدة طبقاً لنتيجة الترسية.

7- أدخل القيمة الإجمالية (الكمية×سعر الوحدة) وطبقاً لنتيجة الترسية.

البند الرابع[1]

سدد الطرف الثانى مبلغاً إجمالياً مقداره (.....) (فقط وقدره .....) بما يعادل نسبة (5%) من إجمالى هذا العقد كتأمين نهائى، وذلك (□بخطاب الضمان بحساب الطرف الأول رقم ..... ببنك ...../ □خصماً من مستحقاته الصالحة للصرف من عملية أخرى لدى الطرف الأول فى الوقت المحدد للسداد/ □خصماً من مستحقاته الصالحة للصرف لدى .....[2]..... بموجب خطابها رقم ..... المؤرخ ..... المقدم فى الوقت المحدد للسداد / □حجز من مستحقاته فى حالة الاتفاق المباشر) ويظل هذا التأمين سارياً طوال مدة العقد بما فيها مدة الضمان.[3]

[4] (إذا كان الطرف الأول قد قام بسداد دفعة مقدمة، يكون البند على النحو التالى وتستكمل البيانات المطلوبة فيه)

قام الطرف الأول بسداد دفعة مقدمة بمبلغ إجمالي مقداره (.....) (فقط وقدره .....) بما يعادل نسبة (..[5]..%) من قيمة التعاقد مقابل خطاب ضمان بنكى معتمد صادر من بنك ..... وغير مقترن بأى قيد أو شرط بالقيمة والعملة ذاتهما قدمه الطرف الثانى للطرف الأول.

البند الخامس

(إذا كان التوريد مرة واحدة، يكون البند على النحو التالى وتستكمل البيانات المطلوبة فيه)

1- لا يحصل تأمين نهائى من الطرف الثانى إذا ورد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلها الطرف الأول بصفة نهائية خلال المدة المحددة لأداء التأمين ما لم يكن لهذه الأصناف مدة ضمان وفقاً لحكم المادة (40) من قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018.

2- أدخل أسم الجهة الإدارية أو الجهات الإدارية الأخرى.

3- مدة الضمان بحسب طبيعة الصنف محل التعاقد.

4- تستخدم هذا في حالة ما إذا كانت قد تضمنت كراسة الشروط والمواصفات صرف دفعة مقدمة.

5- ادخل النسبة وفقاً لما ورد بالمادة (92) من اللائحة التنفيذية، ومراعاة النسبة المخصصة للمشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر.

يلتزم الطرف الثانى بتوريد الكميات والأصناف محل العقد بمخازن ..... وعنوانها ..... وعلى نفقته الخاصة على أن يتم التوريد خلال مدة .....[1]..... تبدأ من (□ اليوم التالى لإخطاره بأمر التوريد/ □ .....[2]....)، كما يلتزم بأن يقدم فاتورة الأصناف الموردة من أصل وصورتين، وفى حالة اخطاره بتسليم الأصناف فى غير هذا العنوان يلتزم بأن يرفق مع الفواتير مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الإضافية التى تحملها فعلياً لردها إليه.

(إذا كان التوريد على دفعات، يكون البند على النحو التالى وتستكمل البيانات المطلوبة فيه)

يلتزم الطرف الثانى بتوريد الكميات والأصناف محل العقد خلال مدة .....[3]..... تبدأ من (□ اليوم التالى لإخطاره بأمر التوريد/ □ .....[4]....)، وذلك على نفقته الخاصة وطبقاً للبرنامج الزمنى التالى:

الكمية	تاريخ التوريد	مكان التوريد
.....	.....	.....

البند السادس

حدد الطرف الأول يوم..... الموافق..... فى تمام الساعة..... موعداً لانعقاد اجتماع لجنة فحص الأصناف الموردة من الطرف الثانى، وإذا رفضت اللجنة صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجدت فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو المتطلبات أو العينات المعتمدة وجب على الطرف الأول إخطار الطرف الثانى بأسباب الرفض كتابة.

ويلتزم الطرف الثانى بسحب الأصناف المرفوضة وتوريد بَدلٍ منها خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام من تاريخ اليوم التالى لإخطاره، فإذا تأخر فى سحبها فيحق للطرف الأول تحصيل مصروفات تخزين منه بواقع (5%) من قيمة الأصناف المرفوضة عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه وبحد أقصى أربعة أسابيع وبعد انتهاء تلك المدة يحق للطرف الأول اتخاذ إجراءات بيعها

1- أدخل مدة التوريد طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات.
2- أدخل تاريخ بداية التوريد طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات.
3- أدخل مدة التوريد طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات.
4- أدخل تاريخ بداية التوريد طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات.

لحساب الطرف الثانى، ويُخصم من الثمن ما يكون مستحقاً للطرف الأول ويكون البيع وفقاً لأحكام قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019.

البند السابع

يلتزم الطرف الأول باستلام الأصناف محل هذا العقد فى المواعيد المحددة، وذلك حال مطابقتها للمواصفات والشروط المتفق عليها، ويحق للطرف الثانى حال تقاعس الطرف الأول عن الاستلام التقدم بطلب للسلطة المختصة لتشكيل لجنة محايدة لدراسة أسباب التقاعس، وصورة منه لمكتب شكاوى التعاقدات العمومية وذلك للمتابعة.

البند الثامن[1]

يضمن الطرف الثانى الأصناف الموردة محل هذا العقد وذلك لمدة...[2]... تبدأ من تاريخ ..... ضد عيوب الصناعة أو ...[3]....

البند التاسع

يلتزم الطرف الأول بأن يُسدد للطرف الثانى ثمن الأصناف الموردة فعلياً خلال مدة لا تجاوز (30) يوماً تحسب من تاريخ الفحص والقبول والاعتماد، وذلك على حسابه رقم..... بالبنك.....

وفى حالة عدم وفاء الطرف الأول بالمبالغ المستحقة فى المواعيد المحددة يلتزم بأن يؤدى للطرف الثانى ما يعادل تكلفة التمويل لقيمة المطالبة عن فترة التأخير وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزى وقت المحاسبة شريطة تقديم الطرف الثانى مستندات رسمية بالمبلغ المطالب به.

البند العاشر

للطرف الأول زيادة أو نقص الكميات المتعاقد عليها بما لا يجاوز (15%) من كمية كل بند بذات الشروط والمواصفات والأسعار.

1- يستخدم هذا البند في حالة إذا ما كانت الأصناف الموردة لها مدة ضمان.
2- أدخل مدة الضمان طبقاً لكراسة الشروط والمواصفات.
3- أدخل العيوب الأخرى التى تظهر خلال مدة الضمان وبما يتماشى مع طبيعة الصنف محل التعاقد.

البند الحادى عشر[1]

لا يجوز للطرف الثانى أثناء تنفيذ هذا العقد أن يقوم بتغيير من عهد إليهم ووافق عليهم الطرف الأول بتنفيذ بعض بنوده من الباطن دون موافقة الطرف الاول.

ويظل الطرف الثانى وحدة مسئولاً عن أية أفعال أو أعمال أو أخطاء فى تنفيذ العقد، كما يلتزم باطلاع من عهد إليهم بتنفيذ بعض بنود العملية من الباطن على ما يخصهم من شروط العقد.

البند الثانى عشر

[2]كلف الطرف الأول (□ السيد/ □السيدة)..... بصفته/بصفتها الوظيفية ..... بموجب القرار رقم ..... الصادر فى ..... مسئولاً/مسئولة عن إدارة هذا العقد.

البند الثالث عشر

أقر الطرف الثاني بحق الطرف الأول في أن يقوم بنفسه أو بواسطة أي شخص أو جهة يحددها الطرف الأول وبحسب طبيعة العملية المرور أو التفتيش أو مراقبة التنفيذ على محل هذا العقد وفي أي وقت دون حاجه الى إخطار أو أذن مسبق.

وفى حالة اكتشاف مخالفة الطرف الثانى لأى التزام يحق للطرف الأول توقيع أى من الإجراءين المنصوص عليهما فى البند العشرون من هذا العقد.

البند الرابع عشر

إذا تأخر الطرف الثانى فى تنفيذ هذا العقد عن الميعاد المحدد به لأسباب خارجة عن ارادته يجوز للطرف الأول اعطائه مهلة بما لا يجاوز .....[3]..... من المدة الأصلية للتنفيذ دون توقيع مقابل تأخير، وفى حالة تأخره لأسباب راجعه إليه فيوقع عليه مقابل تأخير يحسب من بداية المهلة وفقاً للآتى: .....[4].....

ولا يخل توقيع مقابل التأخير بحق الطرف الأول فى الرجوع على الطرف الثانى بكامل التعويض المستحق عما أصابه من اضرار بسبب التأخير.

1- يستخدم هذا البند فى حالة ما إذا كانت كراسة الشروط والمواصفات قد أجازت للمتعاقد أن يعهد ببعض بنود العقد لغيره من الباطن.

2- إعمالاً لحكم المادة (87) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة الصـــادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018.

3- أدخل المهلة المناسبة.

4- أدخل مقابل التأخير في تنفيذ العقد وفقاً للحدود والنســب المنصــوص عليها بالمادة (98) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة.

البند الخامس عشر

يحظر على الطرف الثاني التنازل للغير عن العقد كلياً أو جزئياً. [1]

البند السادس عشر

أقر الطرف الثاني عند توقيعه علي هذا العقد بعدم صدور أحكام نهائية ضده فى إحدى الجرائم المنصوص عليها فى الباب الرابع من الكتاب الثانى من قانون العقوبات، أو فى جرائم التهرب الضريبي، أو الجمركي.

البند السابع عشر

يلتزم الطرف الثاني والعاملين لديه بالمحافظة على سرية وخصوصية ما يحصلون عليه من بيانات أو مستندات أياً كانت طبيعتها تكون متعلقة بالعقد ويتعهد بعدم إفشائها للغير وذلك طوال مدة سريان العقد أو بعد انتهاؤه أو انهاؤه أو فسخه، ويعد الإخلال بمبدأ السرية والخصوصية بمثابة إخلالا جسيماً بشروط العقد ودون الإخلال بأية عقوبة مقررة فى هذا الشأن.

البند الثامن عشر

يلتزم الطرف الثانى بتحمل كافة الضرائب والرسوم وغيرها التى تستحق على هذا العقد من تاريخ توقيعه وسدادها فى مواعيدها المحددة قانوناً.

البند التاسع عشر

أتفق الطرفان على بذل أقصى جهد للالتزام ببنود التعاقد طوال مدة تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وفى حالة حدوث خلاف بينهما أثناء تنفيذه يتم عقد اجتماع مع مسئول إدارة العقد أو ممثل الجهة الإدارية بحسب الأحوال خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ ظهور الخلاف وذلك لمناقشته، واتخاذ الإجراءات الآتية:

1- فحص شروط التعاقد بكل دقة واتخاذ الحل المناسب للمشكلة.

---

[1]- الالتزام بحكم المادة (92) من القانون.

2- قيام إدارة التعاقدات بإعداد تصور عن موضوع الخلاف وتقديم رأى فنى ومالي وقانوني للسلطة المختصة، ويجوز لها الاستعانة باستشاري متخصص للمساعدة فى دراسة الخلاف وتقديم الرأي.

3- تسوية الخلاف الذى نشأ بالطرق الودية بما لا يخل بحقوق والتزامات طرفى العقد، وإذا ترتب على التسوية الودية أى أعباء مالية فيتم عرضها على السلطة المختصة للموافقة عليها بعد تقديم كافة المستندات والبيانات والمبررات لتسوية الخلاف.

وفى جميع الحالات يلتزم طرفى التعاقد بالاستمرار فى تنفيذ التزاماتهما الناشئة عن هذا العقد.

البند العشرون

فى حالة إخلال الطرف الثانى بأى شرط جوهرى من شروط التعاقد، يحق للطرف الأول فسخ العقد أو تنفيذه على حساب الطرف الثانى وفى الحالتين يكون التأمين النهائى من حق الطرف الأول كما يكون له أن يخصم ما يستحقه وقيمة كل خسارة تلحق به من أى مبالغ مستحقة أو تستحق للطرف الثانى لديه، وفى حالة عدم كفايتها يحق للطرف الأول خصمها من مستحقاته لدى أى جهة إدارية أخرى أيًا كان سبب الاستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أى إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحق الطرف الأول فى الرجوع على الطرف الثانى قضائيًا بما لم يتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإدارى، ولا يحق للطرف الثانى المطالبة باسترداد ما سبق سداده للطرف الأول.

البند الحادى والعشرون

يفسخ هذا العقد تلقائيًا فى الحالات الآتية:

1- إذا تبين أن الطرف الثاني استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب فى تعامله مع الطرف الاول أو فى حصوله على العقد.

2- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار من قبل الطرف الثاني.

3- إذا أفلس الطرف الثاني أو أعسر.

البند الثانى والعشرون

يسرى على هذا العقد أحكام قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا العقد.

البند الثالث والعشرون

يتم تسوية المنازعات والخلافات التى تنشأ أثناء التنفيذ وفقاً للطرق والشروط والأحكام المنصوص عليها فى المادة (91) من قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم 182 لسنة 2018، مع مراعاة ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص فى حالة اللجوء إلى التحكيم.

(فى حالة اللجوء إلى تسوية النزاع قضائياً وكان المتعاقد معه شخصاً اعتبارياً خاصاً يكون البند على النحو التالى)

تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى أى نزاع ينشأ عن تنفيذ هذا العقد.

(فى حالة اللجوء إلى تسوية النزاع قضائياً وكان المتعاقد معه شخصاً اعتبارياً عاماً يكون البند على النحو التالى)

تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بالفصل فى كافة المنازعات التى قد تنشأ عن تنفيذ أو تفسير هذا العقد.

البند الرابع والعشرون

أقر الطرفان بأن العنوان المبين قرين كل منهما بصدر هذا العقد هو المحل المختار لهما، وأن جميع المكاتبات والمراسلات والإعلانات والإخطارات التى توجه أو ترسل أو تعلن أو تخطر عليه تكون صحيحه ومنتجه لكافة آثارها القانونية، وفى حالة تغيير أحد الطرفين لعنوانه يتعين عليه اخطار الطرف الآخر بهذا العنوان الجديد خلال خمسة عشرة يوماً، بخطاب مسجل

بعلم الوصول، وإلا اعتبرت مكاتباته ومراسلته وإعلاناته وإخطاراته على هذا العنوان صحيحه ومنتجه لكافة آثارها القانونية.

البند الخامس والعشرون

تحرر هذا العقد من أصل وأربعة نسخ، سلمت إحداها إلى الطرف الثانى، واحتفظ الطرف الأول بالأصل والنسخ الأخرى، للعمل بمقتضاها عند اللزوم.

الطرف الأول المشترى		الطرف الثانى البائع	
الاسم:	_____	الاسم:	_____
الصفة:	_____	الصفة:	_____
التوقيع:	_____	التوقيع:	_____
التاريخ:	_____	التاريخ:	_____

روجع هذا العقد بمعرفة اللجنة الثالثة لقسم الفتوى وذلك بجلستها المنعقدة فى 2020/3/28، ووافق عليه مجلس الوزراء بجلسته المعقودة فى 2020/5/20.

الفهـرست

الصفحة	الموضـــوع
5	عموميات .....
	الفصل الأول
37	**إبرام العقد الإداري**
44	**المبحث الأول** : الأعمال والإجراءات التمهيدية للتعاقد .....
62	**المبحث الثاني** : اختيار المتعاقد وانعقاد العقد .....
65	§1 ـ المناقصات .....
106	§2 ـ الممارسة .....
109	§3 ـ الاتفاق المباشر .....
	الفصل الثاني
113	**أحكام العقد الإداري**
113	**المبحث الأول** : التزامات المتعاقد .....
113	**المطلب الأول** : التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه .....
127	**المطلب الثاني** : التزام المتعاقد بمدد التنفيذ .....
136	**المطلب الثالث** : التزام المتعاقد بالتسليم وضمان الأعمال .....
136	**المطلب الرابع** : سلطات الإدارة المتعاقدة .....
136	§1 ـ سلطة الإدارة في رقابة وتوجيه المتعاقد .....
141	§2 ـ سلطة الإدارة في تعديل العقد .....
160	§3 ـ سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد .....

المبحث الثاني : التزامات الإدارة المتعاقدة 205

المطلب الأول : دفع مقابل العقد 205

المطلب الثاني : دفع التعويض 218

المطلب الثالث : التوازن الاقتصادي للعقد 222

§1 . نظرية فعل الأمير 224

§2 . نظرية الظروف الطارئة 231

§3 . نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 242

الفصل الثالث

إنقضاء العقد الإداري 253

المبحث الأول : إنهاء التعاقد بإرادة الإدارة تحقيقاً للمصلحة العامة 253

المبحث الثاني : إنهاء العقد من قِبل المتعاقد (الفسخ القضائي) 258

المبحث الثالث : الفسخ الاتفاقي 263

المبحث الرابع : الفسخ القانوني 264

الفصل الرابع

القواعد الخاصة ببعض أنواع العقود الإدارية 269

المبحث الأول : عقد الإلتزام 269

المبحث الثاني : عقد الأشغال العامة 285

المبحث الثالث : عقد التوريد 293

مبحث ختامي

منازعات العقود الإدارية 299

المطلب الأول : دعاوى العقد الإداري أمام القضاء الإداري 229

المطلب الثاني : التحكيم في العقود الإدارية 325

نموذج لعقد توريد عام 345

الفهرست 359