(٢١)

بتاريخ ٢٥/ ٣/ ٢٠١٥م

١ - عقد - العقد شريعة المتعاقدين - أسلوب حسم النزاع الناشئ عن العقد .

المستقر عليه فقها وقضاء أن العقد شريعة المتعاقدين ، ووليد إرادتهما المشتركة ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بموافقة الطرفين ، وأن ما ينطوي عليه العقد من قواعد وأحكام تعد بمثابة الشريعة الخاصة الحاكمة للعلاقة بينهما التي تحجب ما عداها - مؤدى ذلك - وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من أحكام ، وبطريقة تتفق ، ومبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية - أثر ذلك - إذا تضمن العقد تنظيما معينا لأسلوب حسم ما عساه أن يثور بين طرفيه من منازعات ، يكون هذا التنظيم - دون غيره - واجب الإعمال للفصل فيما يثور فعلا منها ، خاصة ما يسبغه مثل هذا التنظيم من أوصاف على القرار الفاصل في النزاع الصادر عن الجهة أو الشخص المنوط به ذلك ، على نحو لا يتأتى معه لأي من الطرفين محاولة الالتفات على هذا القرار ، أو عدم الالتزام به إلا من خلال الطريق المرسوم لذلك للطعن عليه ، أو التظلم منه .

٢ - عقد - عقد إداري - تنفيذه - التنفيذ العيني للعقد - سلطة الإدارة في اللجوء إلى التنفيذ العيني .

المستقر عليه فقها وقضاء أن التنفيذ العيني للعقود الإدارية إنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة ، وأنه إنما شرع لحماية سير المرافق العامة بانتظام واطراد - تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إليه ، وهو

ليس من الشروط الجـزائية المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية ، كما أن هذا الجـزاء شأنه شأن الجـزاءات الأخرى في العقود الإدارية - أثر ذلك - تملك الإدارة توقيعه دون حـاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، ولا يشترط لتوقيعه حـدوث ضرر يصيب المرفق العام - يلتزم المتعاقد مع جهة الإدارة بسداد فروق الأسعار الناتجة عن تنفيذ العقد على حـسابه ، فضلا عن المصروفات الإدارية التي تكبدتها الجهة الإدارية في سبيل التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر - تطبيق .

فبالإشارة إلى الكتب المتبادلة ، والمنتهية بكتابكم رقم : ..... بتاريخ ..... ، الموافق ..... بشأن طلب الإفادة بالرأي القانوني حول مدى صحة الإجراءات التي قامت بها وزارة ..... بعد سحب مشروع إنشاء وحدة الولادة بمركز ..... الصحي من شركة ..... لإخفاقهـا في تكملة المشروع ، وذلك مـن حيـث إسناد الأعمال المتبقية إلى شركة ..... ، وتحميـل المقـاول السابق الرسوم الإدارية دون طرح الوزارة لمناقصة جديدة ، وتحميله غرامات التأخير رغم موافقة الجهة الممولة للمشروع على إعفاء المقاول من غرامات التأخير .

وتخلص وقائع الموضوع - حسبما يبين من الأوراق - في أن وزارة .... قد وقعت بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٣٠م مذكرة تفاهم مع شركة ..... لتمويل إنشاء وحدة الولادة بمركز ..... الصحي ، ووفقا للصلاحيات المخولة لها بموجب هذه المذكرة قامت الوزارة بطرح مناقصة المشروع ، وتمت الترسية على شركة ..... بمبلغ (٣١٢,٤١٥,٨٤٠) ثلاثمائة واثني عشر ألفا وأربعمائة وخمسة عشر ريالا عمانيا ، وثمانمائة وأربعين بيسة ، على أن يتم إنجاز المشروع وتسليمه للوزارة بتاريخ ٩/ ٧/ ٢٠١١م ، إلا أنه ، وبسبب إخفاق المقاول في تنفيذ المشروع خلال هذه المدة ، فقد تم تمديد مدة إكمال المشروع حتى ٢٠١١/٩/٢٧م ،

ثــم تــم تمديـده مرة أخرى إلى ٢٠١٣/٤/٣٠م ، مع تطبيق غرامة التأخير ، وقد وافقت شركة ..... بموجب خطابها المؤرخ في ٢٠١٢/١٢/١٥م على إعفاء مقاول المشروع من غرامات التأخير لاستكمال المشروع ، إلا أن المقاول لم يقم بتنفيذ المشروع خلال مدة التمديد ، مما حدا بشركة .... - الجهة الممولة - إلى إخطار الوزارة بموجب خطابها المؤرخ في ٢٠١٣/٧/٢٨م بأنها سوف تلغي تمويل المشروع ما لم تتلق خلال أسبوعين ما يفيد اتخــاذ خطــوات ملموسـة تجــاه الانتهــاء من المشروع خلال ذلك العام (عام ٢٠١٣م).

وتذكرون أن لجنة المناقصات الداخلية قررت بتاريخ ٢٠١٣/٨/١٩م سحب المشروع من شركة ..... ، وإسناده إلى شركة ..... لاستكمال أعمال المشروع لقاء مبلغ (٢٢٠,٨٧٣,١٢٣) مائتين وعشرين ألفا وثمانمائة وثلاثة وسبعين ريالا عمانيا ، ومائة وثلاث وعشرين بيسة ، وذلــك دون طــرح أعمال استكمال المشروع في مناقصة ، باعتبار أن الشركة شركة ..... ، هي الشركة التالية في عرضها عند طرح مناقصة المشروع السابقة عام ٢٠١٠م .

وإزاء ما تقدم ، فإنكم تطلبون الإفادة بالرأي القانوني حــول مـدى صحة الإجراءات التي قامت بها وزارة ..... بعد سحب المشروع من شركة ..... ، من حيث إسناد الأعمال المتبقية إلى شركة ..... ، ومدى صحة تحميل المقاول السابق - شركة ..... - الرسوم الإدارية من عدمه دون قيام الوزارة بطرح مناقصة عامة جديدة ، وأيضا مدى تحميله غرامات التأخير .

وردا على ذلك ، نفيــد بأن المادة (٣) من قانون المناقصات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٨/٣٦ ، تنص على أنه : " يكون التعاقد على التوريدات أو تنفيذ الأعمال أو النقل أو تقديم الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية وشراء

واستئجار العقارات عن طريق مناقصات عامة .

ومع ذلك يجوز التعاقد بأي من الطرق الآتية :

أ - المناقصة المحدودة .

ب - الممارسة .

ج - الإسناد المباشر .

د - المسابقة " .

وتنص المادة (٤) من القانون ذاته ، على أنه : " تخضع كل من المناقصة العامة والمناقصة المحدودة والممارسة والمسابقة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية التنافس" .

وتنص المادة (١٥) من القانون ذاته والمعدلة بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٣/٦٠ ، على أنه : " استثناء من نص المادة (٨) من هذا القانون تتولى لجنة داخلية في الجهة المعنية اختصاصات المجلس بالنسبة إلى المناقصات التي لا تتجاوز قيمتها ثلاثة ملايين ريال عماني ..... ".

وتنص المادة (٢٠) من القانون ذاته ، على أنه : " تكون مدة سريان العطاءات - في المناقصات التي لا تحتاج عيناتها إلى تحليل كيميائي - (٩٠) تسعين يوما ، ويجوز أن تزاد هذه المدة في المناقصات التي تحتاج عيناتها إلى تحليل كيميائي بمقدار الوقت الذي يتطلبه ذلك التحليل ، كما يجوز تقصير تلك المدة في حالات التوريدات السنوية والأعمال والمقاولات العاجلة .

وفي جميع الأحوال ، يجب ألا تقل المدة عن (٦٠) ستين يوما تحدد حسب طبيعة المناقصة " .

وتنص المادة (٥٤) من القانون ذاته ، على أنه : " يجوز للمجلس في حالات خاصة التعاقد بالإسناد المباشر لتنفيذ أعمال أو الحصول على خدمات فنية أو استشارية أو توريد أصناف أو مهمات " .

وتنص المادة (٥٥) من القانون ذاته ، على أنه : " للجهات المعنية التعاقد بالإسناد المباشر مع الوحدات والهيئات والشركات الحكومية لتنفيذ أعمال أو الحصول على خدمات فنية أو استشارية أو توريد أصناف أو مهمات ، كما يجوز لها بعد موافقة رئيسها التعاقد بالإسناد المباشر مع المورد أو المقاول أو المكتب الاستشاري فيما لا تجاوز قيمته (١٠٠٠٠) عشرة آلاف ريال عماني ، على أن تكون الأسعار مناسبة مع بيان الأسباب الموجبة لذلك " .

وتنص المادة (٥٦) من القانون ذاته ، على أنه : " للجهات المعنية في حالة الضرورة ، وبعد موافقة رئيسها أن تتعاقد بالإسناد المباشر مع المورد أو المقاول أو المكتب الاستشاري فيما لا تجاوز قيمته (٢٥٠٠٠) خمسة وعشرين ألف ريال عماني ، على أن تكون الأسعار مناسبة مع بيان الأسباب الموجبة لذلك" .

وتنص المادة (٦٧) من شروط العقد الموحد لإنشاء المباني والأعمال المدنية ، على أنه : " إذا حصل خلاف أو نزاع ما بين صاحب العمل أو المهندس من جهة والمقاول من جهة أخرى حول أي أمر سواء فيما يتعلق بالعقد أو ما ينتج عنه أو فيما يتعلق بتنفيذ الأعمال أكان ذلك في أثناء التنفيذ أو بعد إتمام الأعمال ، وسواء كان ذلك قبل أو بعد إنهاء العقد أو التخلي عنه أو فسخه ، يحال هذا الخلاف إلى المهندس ليقوم بالفصل فيه ، وعلى المهندس وخلال فترة لا تتعدى (٩٠) تسعين يوما من إحالة الخلاف إليه بطلب من أي من الطرفين أن يبعث بقراراته بهذا الشأن إلى كل من صاحب العمل ، والمقاول . ويكون هذا القرار

فيما يتعلق بأي أمر أحيل إلى المهندس بهذا الشكل نهائيا ، وملزما لصاحب العمل ، وللمقاول ، وعلى الطرفين العمل بقرار المهندس هذا .

ويتوجب على المقاول أن يتابع التنفيذ بكل جهد مستطاع ، بغض النظر عما إذا كان طلب إحالة الموضوع على التحكيم ، أو إذا كان هذا الطلب قد تم من قبل صاحب العمل ، أو لا .

وإذا لم يتقدم أي من صاحب العمل ، أو المقاول خلال مدة (٩٠) تسعين يوما من تاريخ قرار المهندس المبلغ خطيا إلى الطرفين بأي طلب للتحكيم يبقى قرار المهندس نهائيا وملزما لصاحب العمل والمقاول ..... ".

ومفاد نصوص قانون المناقصات المشار إليه ، أن الأصل أن يكون التعاقد على التوريدات أو تنفيذ الأعمال أو النقل أو تقديم الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية وشراء واستئجار العقارات عن طريق مناقصات عامة ، ويجوز استثناء التعاقد بالمناقصة المحدودة أو الممارسة أو الإسناد المباشر أو المسابقة ، وأنه حرصا من المشرع على تحقيق المصلحة العامة فقد أخضع كلا من المناقصة العامة ، والمناقصة المحدودة ، والممارسة ، والمسابقة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية التنافس ، وناط بلجنة المناقصات الداخلية في كل جهة اختصاصات مجلس المناقصات بالنسبة إلى المناقصات التي لا تتجاوز قيمتها (٣٠٠٠٠٠٠) ثلاثة ملايين ريال عماني ، وأن مدة سريان العطاء - في المناقصات التي لا تحتاج عيناتها إلى تحليل كيميائي - تكون (٩٠) تسعين يوما ، وأنه يجوز لمجلس المناقصات في حالات خاصة التعاقد بالإسناد المباشر لتنفيذ أعمال أو الحصول على خدمات فنية أو استشارية أو توريد أصناف أو مهمات ، ويجوز للجهات المعنية التعاقد

بالإسناد المباشر مع الوحدات والهيئات والشركات الحكومية لتنفيذ أعمال أو الحصول على خدمات فنية أو استشارية أو توريد أصناف أو مهمات ، كما يجوز لها بعد موافقة رئيسها التعاقد بالإسناد المباشر مع المورد أو المقاول أو المكتب الاستشاري فيما لا تجاوز قيمته (١٠٠٠٠) عشرة آلاف ريال عماني ، على أن تكون الأسعار مناسبة ، مع بيان الأسباب الموجبة لذلك ، ويجوز للجهات المعنية في حالة الضرورة ، وبعد موافقة رئيسها أن تتعاقد بالإسناد المباشر مع المورد أو المقاول أو المكتب الاستشاري فيما لا تجاوز قيمته (٢٥٠٠٠) خمسة وعشرين ألف ريال عماني ، على أن تكون الأسعار مناسبة ، مع بيان الأسباب الموجبة لذلك .

ومفاد نصوص العقد الموحد المشار إليه أن أي مطالبات للمقاول يجب أن تحال إلى المهندس ليصدر قراره في شأنها بأحقية المقاول ، أو بعدم أحقيته فيها ، وعلى المهندس إخطار الطرفين بقراره خلال (٩٠) تسعين يوما من تاريخ إحالة المطالبة إليه ، ويكون هذا القرار نهائيا وملزما لهما ، وعليهما العمل به ، وإذا لم يقبل أي منهما هذا القرار ، يحق له خلال (٩٠) التسعين يوما التالية لتاريخ تسلمه القرار ، أن يطلب إحالة الأمر إلى التحكيم بموجب الإجراءات المنصوص عليها بالمادة (٦٧) المشار إليها ، وفي حال عدم قيام الطرفين بإحالة الأمر إلى التحكيم فإن قرار المهندس يضحى نهائيا وملزما للطرفين .

وحيث إن المستقر عليه فقها وقضاء أن العقد شريعة المتعاقدين ، ووليد إرادتهما المشتركة ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بموافقة الطرفين ، وأن ما ينطوي عليه العقد من قواعد وأحكام تعد بمثابة الشريعة الخاصة الحاكمة للعلاقة بينهما التي تحجب ما عداها ، وأنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من أحكام ، وبطريقة تتفق ، ومبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، وتبعا لذلك فإنه إذا ما تضمن العقد تنظيما معينا لأسلوب حسم ما عساه أن

يثور بين طرفيه من منازعات ، يكون هذا التنظيم - دون غيره - واجب الإعمال للفصل فيما يثور فعلا منها ، خاصة ما يسبغه مثل هذا التنظيم من أوصاف على القرار الفاصل في النزاع الصادر عن الجهة أو الشخص المنوط به ذلك ، على نحو لا يتأتى معه لأي من الطرفين محاولة الالتفات على هذا القرار ، أو عدم الالتزام به إلا من خلال الطريق المرسوم لذلك للطعن عليه ، أو التظلم منه .

كما أن المستقر عليه فقها وقضاء أن التنفيذ العيني للعقود الإدارية إنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة ، وأنه إنما شرع لحماية سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، ومن ثم تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اللجوء إليه ، وعليه ، فإنه ليس من الشروط الجزائية المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية ، كما أن هذا الجزاء شأنه شأن الجزاءات الأخرى في العقود الإدارية ، تملك الإدارة توقيعه دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، ولا يشترط لتوقيعه حدوث ضرر يصيب المرفق العام ؛ ومن ثم فإن المتعاقد مع جهة الإدارة يكون ملزما بسداد فروق الأسعار الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه ، فضلا عن المصروفات الإدارية التي تكبدتها الجهة الإدارية في سبيل التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر .

وحيث إنه على هدي ما تقدم ، وكان الثابت من الأوراق أن وزارة ..... قد قامت بطرح مناقصة عامة لإنشاء وحدة الولادة بمركز .... الصحي - بتمويل من شركة ..... وفقا لمذكرة التفاهم المبرمة بين الوزارة ، والشركة في هذا الشأن - وتمت ترسية المناقصة على شركة ..... للنقل والمقاولات بمبلغ مقداره (٣١٢,٤١٥,٨٤٠) ثلاثمائة واثنا عشر ألفا وأربعمائة وخمسة عشر ريالا عمانيا ، وثمانمائة وأربعون بيسة ، على أن يتم إنجاز المشروع وتسليمه للوزارة بتاريخ ٢٠١١/٧/٩م ، إلا أنه ، وإزاء إخفاق المقاول في تنفيذ المشروع خلال

هذه المدة ، فقد تم تمديد مدة إكمال المشروع حتى ٢٠١١/٩/٢٧م ، ثم تم تمديده مرة أخرى إلى تاريخ ٢٠١٣/٤/٣٠م ، ونظرا لعدم تنفيذ المشروع خلال مدة العقد ، ومدد التمديد ، فقد قامت وزارة ..... بسحب المشروع من المقاول مع تحميله غرامة التأخير ، والرسوم الإدارية ، ثم قامت بتكليف شركة ..... - صاحبة العطاء التالي مباشرة في المناقصة العامة التي سبق ترسيتها على شركة ..... - باستكمال المشروع بنظام الإسناد المباشر بمبلغ مقداره (٢٢٠,٨٧٣,١٢٣) مائتان وعشرون ألفا وثمانمائة وثلاثة وسبعون ريالا عمانيا ومائة وثلاث وعشرون بيسة .

لما كان ذلك ، وكان من المستقر عليه أنه يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة - في حالة إخلال المتعاقد معها بتنفيذ العقد خلال المدة المتفق عليها - أن تنفذ العقد على حسابه ، وفقا لأحكام العقد المبرم بينهما وقانون المناقصات ، ومن ثم فإنه وإذ جاءت نصوص العقد الموحد خلوا من تحديد طريقة التنفيذ على الحساب في حال سحب الأعمال من المقاول ، فإنه يتعين تطبيق أحكام قانون المناقصات ؛ ومن ثم فإن قرار تكليف شركة ..... باستكمال المشروع المشار إليه بنظام الإسناد المباشر يكون قد تم بالمخالفة لأحكام المواد أرقام (٣) و (٥٥) و (٥٦) من قانون المناقصات ، باعتبار أنه كان يتعين على وزارة ..... طرح استكمال باقي أعمال المشروع في مناقصة عامة ، وليس عن طريق الإسناد المباشر ، باعتبار أن قيمة الأعمال تجاوز (٢٥٠٠٠) خمسة وعشرين ألف ريال عماني ، وهو نصاب الإسناد المباشر .

ولا ينال مما تقدم ، القول بأنه تم إسناد استكمال المشروع إلى شركة ..... بنظام الإسناد المباشر ؛ نظرا لأن الشركات تتجنب المشاركة في مناقصة تتعلق بتكملة أعمال سبق لمقاول آخر الشروع في تنفيذها ، وذلك للمشاكل المالية والفنية المرتبطة بها ، باعتبار أنه لو أراد المشرع تخويل جهة الإدارة استكمال المشروعات في مثل هذه الحالات بالإسناد المباشر دون التقيد بالحدود التي وضعها المشرع في قانون المناقصات ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة ؛ ومن ثم فإنه يجب على جهة الإدارة التقيد بالحدود والضوابط التي وضعها المشرع للتعاقد على المشروعات بنظام الإسناد المباشر ، سواء عند الطرح ابتداء ، أو عند استكمال الأعمال .

كما لا ينال مما تقدم القول بأن وزارة ..... قد قامت بسحب المشروع من شركة ..... ، وإسناده إلى شركة ..... دون موافقة شركة ..... ، بالمخالفة لأحكام مذكرة التفاهم المبرمة بين وزارة ..... ، وهذه الشركة ، وذلك باعتبار أن هذه المذكرة لا تعدو أن تكون اتفاقا على تمويل المشروع ، تقتصر آثاره على طرفيه فقط ، وأن صلاحيات وزارة ..... حيال المتعاقد معها - وهي شركة ..... - تكون مستمدة من العقد الموحد ؛ ومن ثم فلا يجوز تقييد هذه الصلاحيات بما ورد في المذكرة المشار إليها .

أما بالنسبة لمدى صحة قيام وزارة ..... بتحميل شركة..... غرامة التأخير والرسوم الإدارية بسبب عدم تنفيذ العقد خلال المواعيد المنصوص عليها في العقد ، ومدة التمديد ، فإن اختصاصات وزارة الشؤون القانونية المحددة بالمرسوم السلطاني رقم ٩٤/١٤ تتضمن الاختصاص بإبداء الرأي القانوني ، وإصدار الفتاوى والتفسيرات الرسمية المعتمدة في السلطنة للمراسيم السلطانية والقوانين واللوائح والقرارات الوزارية ، كلما تطلب الأمر ذلك ،

وبما يؤدي إلى ترسيخ وتوحيد المفاهيم القانونية والالتزام بها ، وتطبيق أحكامها ، كما تضمن مراجعة العقود التي يترتب عليها التزامات مالية على الدولة تجاوز نصف مليون ريال عماني قبل توقيعها من أي وحدة حكومية ، وكذلك الاختصاص برعاية مصلحة الحكومة في المنازعات التي قد تنشأ بسبب تنفيذ العقود التي ترتبط بها ، لما كان ذلك ، وكان طلب إبداء الرأي القانوني حول مدى صحة قيام وزارة ..... بتحميل شركة .....غرامة التأخير ، والرسوم الإدارية ، لا يندرج في عداد أي من اختصاصات وزارة الشؤون القانونية المحددة في المرسوم السلطاني المشار إليه ، فإن مهندس مشروع إنشاء وحدة الولادة بمركز ..... الصحي يكون هو المنوط به النظر في أي مطالبة لشركة ..... ، في ضوء أحكام العقد المبرم بين وزارة .....، وهذه الشركة ، وذلك إعمالا لقاعدة : " العقد شريعة المتعاقدين " .

لذلك انتهى الرأي إلى :

١ - عدم صحة قرار وزارة ..... بتكليف شركة ..... استكمال باقي مشروع إنشاء وحدة الولادة بمركز ..... الصحي ، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

٢ - أن مهندس مشروع إنشاء وحدة الولادة بمركز ..... الصحي هو المنوط به النظر في أي مطالبة لشركة ..... ، في ضوء أحكام العقد المبرم بين وزارة ..... ، وهذه الشركة .

فتوى رقم (و ش ق/ م و/ ٧/ ١/ ٦١٢/ ٢٠١٥م) بتاريخ ٢٥/ ٣/ ٢٠١٥م