

(٢٧)

٢٠٢٠/١٠/٥ م

١ - الأمر التغييري - أنواعه .

نصت اللائحة المالية للهيئة العامة للمياه على نوعين من الأوامر التغييرية، أولهما: الأوامر التغييرية المتعلقة بتغيير كميات وحجم الأعمال، وهي الأوامر التي ترتبط بالعقد الأصلي، وتصدر خلال فترة سريانه من جانب الهيئة وحدها دون أن يشاركها في ذلك المتعاقد معها، وتعتبر تعديلا للعقد بالزيادة، أو بالنقصان، وثانيهما: الأوامر الإضافية المتعلقة بتغيير نوعية الأعمال، وهي الأوامر الصادرة بشأن أعمال مستجدة غير واردة في العقد الأصلي، ولكن تتصل بموضوعه، ففي هذه الحالة لا يجوز للهيئة المتعاقدة أن تصدر أمرا تغييريا بإرادتها المنفردة بشأن هذه الأعمال، وإنما يتعين عليها اتباع طريق الإسناد المباشر الذي يعد إحدى طرق التعاقد المقررة قانونا، بحيث يلزم موافقة المتعاقد معها، - مؤدى ذلك - يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة تغيير موقع تنفيذ الأعمال، بأن تختار موقعا بديلا، وتأمّر المتعاقد معها بالانتقال إليه لتنفيذ الأعمال، بحيث ينصب التغيير على مكان تنفيذ الأعمال المتفق عليها في العقد بنقلها إلى مكان آخر - قيام جهة الإدارة بإسناد أعمال مشابهة لمحل العقد إلى ذات المقاول لتنفيذها في عدة أماكن أخرى، فذلك محله عقد جديد - مؤداه - يخضع العقد إلى الإجراءات المنصوص عليها قانونا التي تفرض اختيار المتعاقد وفقا لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية التنافس ما لم تتحقق إحدى الحالات التي يجوز اللجوء من خلالها إلى طريق الإسناد المباشر - تطبيق .

٢ - الأمر التغييري - طبيعته القانونية.

تعد الأوامر التغيرية استثناء على إجراءات وقواعد التعاقد وتفتقد قواعد المنافسة والعلانية وتكافؤ الفرص التي تجنى من خلال اتباع طرق التعاقد الأخرى كالمناقصة، أو الممارسة - أحاطها المشرع بضوابط وشروط لإمكانية اللجوء إليها - مؤداه - يجب تفسير مفهوم الأمر التغييري تفسيراً ضيقاً، في ضوء كونه استثناء، والاستثناء لا يقاس عليه، ولا يتوسع في تفسيره - تطبيق.

فبالإشارة إلى الكتاب رقم:.....، المؤرخ في.....هـ، الموافق.....م، بشأن طلب الإفادة بالرأي القانوني حول مدى صحة قيام الهيئة..... بإصدار الأمر التغييري رقم..... لعقد المناقصة رقم..... الخاصة بمشروع خدمة.....

وتتلخص وقائع الموضوع - حسبما يبين من الأوراق في أنه عند قيام جهاز..... بفحص بعض الأعمال المالية والإدارية بالهيئة.....، تبين له أن الهيئة قامت بإسناد مشروع خدمة..... في محافظة..... إلى شركة.....، وذلك بموجب المناقصة رقم..... بتاريخ.....م، وبمبلغ مقداره..... ريال عماني، وبتاريخ..... قامت لجنة المناقصات الداخلية - وبتاريخها رقم..... - بالتوصية بإصدار الأمر التغييري رقم (١) للمشروع بشأن توسعة خدمة..... لتشمل جميع محافظات سلطنة عمان، وذلك بمبلغ مقداره..... ريالاً عمانياً، أي ما يعادل (٩٥%) خمسة وتسعين بالمائة من قيمة المشروع الأصلي، والذي وافق عليه مجلس إدارة الهيئة بتاريخ.....، وذلك بالمخالفة للمادة (١٥٣) من اللائحة المالية للهيئة الصادرة بالقرار رقم ٢٠١٧/١.

وإزاء ذلك قام الجهاز بمخاطبة الهيئة بموجب خطابه رقم.....
بتاريخ..... متضمنا التوصية بضرورة التزام الهيئة بأحكام المادة (١٥٣)
من اللائحة المالية المشار إليها، وطرح مشروع توسعة قراءة.....
لجميع محافظات سلطنة عمان في مناقصة عامة لإتاحة الفرصة للمنافسة،
والحصول على أفضل العروض.

وتذكرون أن الهيئة..... أفادت بموجب الكتاب رقم.....
بتاريخ..... ردا على ملاحظات جهاز..... - بأن الأمر
التغييرى محل الخلاف قد تمت مراجعته من قبل وزارة.....، والموافقة
عليه بموجب خطابها رقم..... بتاريخ.....، وأنه لن يترتب عليه
أي اعتمادات مالية إضافية حيث إنه سيتم الصرف في حدود الموازنة المعتمدة،
ومن ثم، فإنه لا يتطلب أي موافقات أخرى من قبل وزارة.....، علما بأنه
سيتم الصرف في حدود الموازنة المعتمدة للهيئة.

وتبدون أن الجهاز لا يزال عند رأيه بأن الإجراء المتخذ لا يتفق، وصحيح حكم
القانون، باعتبار أن المادة (١٥٣) من اللائحة المالية المشار إليها قد أعطت اللجنة
الداخلية صلاحية إصدار الأوامر التغييرية بالزيادة أو النقصان في مدة أو قيمة
أو نوع أو كميات أو مواصفات الأصناف أو الأعمال أو الخدمات محل العقد،
ومؤدى خروج نطاق تنفيذ العقد الأصلي عن محافظة.....، وصدور
الأمر التغييرى بهذه المثابة يعد مناقصة جديدة، لا صلة له بالعقد الأصلي، الأمر
الذي يتعين معه طرح هذه الأعمال في مناقصة جديدة.

وإزاء التعارض بين وجهتي النظر بين جهاز.....،
والهيئة.....، فإنكم تطلبون الإفادة بالرأي القانوني في مدى صحة قيام
الهيئة..... بإصدار الأمر التغييرى للأعمال المشار إليها.

وردا على ذلك، نفيد بأن المادة (١٥٣) من اللائحة المالية للهيئة العامة للمياه الصادرة بالقرار رقم ٢٠١٧/١ تنص على أنه: "يجوز للجنة الداخلية للمناقصات إصدار أوامر تغييرية بالزيادة أو النقصان في مدة أو قيمة أو نوع أو كميات أو مواصفات الأصناف والأعمال أو الخدمات محل العقد، وذلك خلال فترة تنفيذ العقد فيما لا يتجاوز مجموع قيمته (١٠٠٠٠٠) مائة ألف ريال عماني، أو (١٠%) عشرة بالمائة من قيمة العطاء الأصلي الذي تمت الموافقة عليه، أيهما أكبر، شريطة أن تكون أسعار الأوامر التغييرية هي الأسعار نفسها التي وافقت عليها اللجنة، وإذا تجاوز الأمر التغييرى الحد المنصوص عليه في الفقرة السابقة، فيجب الرجوع إلى المجلس لأخذ موافقته عليه، مع مراعاة الآتي:

١ - توافر الاعتماد اللازم، وموافقة المقاول على الالتزام بالأسعار الواردة في العقد، إذا كانت هذه الأسعار لا تزال مناسبة، ولا تزيد على أسعار السوق.

٢ - إذا اشتمل الأمر التغييرى على إضافة كميات أو أصناف أو أشغال أو خدمات جديدة غير واردة في العقد، ولكنها متصلة بموضوعه، فإنه يجوز الاتفاق المباشر مع المقاول بشأنها.

ويعتد بالقيمة الفعلية في حساب تكلفة الأوامر التغييرية (إضافة - ناقص - حذف). كما يجوز للجنة الفرعية للمناقصات إصدار أوامر تغييرية فيما لا يتجاوز قيمته (٥٠٠٠) خمسة آلاف ريال عماني".

ومفاد ما تقدم، أن المشرع - انطلاقاً من الدور الحيوي الذي تؤديه الأوامر التغييرية - لاسيما في عقود المقاولات - قد استن بمقتضى نص المادة (١٥٣) من اللائحة المالية للهيئة العامة للمياه المشار إليها نوعين من الأوامر التغييرية، أولهما: الأوامر التغييرية المتعلقة بتغيير كميات وحجم الأعمال، وهي الأوامر التي ترتبط بالعقد الأصلي، وتصدر خلال فترة سريانه من جانب الهيئة وحدها دون

أن يشاركها في ذلك المتعاقد معها، وتعتبر تعديلا للعقد بالزيادة، أو بالنقصان، وثانيهما: الأوامر الإضافية المتعلقة بتغيير نوعية الأعمال، وهي الأوامر الصادرة بشأن أعمال مستجدة غير واردة في العقد الأصلي، ولكن تتصل بموضوعه، ففي هذه الحالة لا يجوز للهيئة المتعاقدة أن تصدر أمرا تغييريا بإرادتها المنفردة بشأن هذه الأعمال، وإنما يتعين عليها اتباع طريق الإسناد المباشر الذي يعد إحدى طرق التعاقد المقررة قانونا، بحيث يلزم موافقة المتعاقد معها.

ومتى كان ذلك، وكان الأصل المقرر أن الأوامر التغييرية تعد استثناء على إجراءات وقواعد التعاقد وتفتقد قواعد المنافسة والعلانية وتكافؤ الفرص التي تجنى من خلال اتباع طرق التعاقد الأخرى كالمناقصة، أو الممارسة، ولذا فقد أحاطها المشرع بضوابط وشروط لإمكانية اللجوء إليها، وهو الأمر الذي يتعين معه تفسير مفهوم الأمر التغييرى تفسيراً ضيقاً، في ضوء كونه استثناء، والاستثناء لا يقاس عليه، ولا يتوسع في تفسيره.

ولما كان من المقرر أنه، ولئن كان من الجائز لجهة الإدارة المتعاقدة تغيير موقع تنفيذ الأعمال، بأن تختار موقعا بديلا، وتأمّر المتعاقد معها بالانتقال إليه لتنفيذ الأعمال، ويعد ذلك إحدى صور أوامر التغيير، إلا أن ذلك منوط بالعقد ذاته، بحيث ينصب التغيير على مكان تنفيذ الأعمال المتفق عليها في العقد بنقلها إلى مكان آخر، أما أن يتم تنفيذ الأعمال محل العقد، وتقوم جهة الإدارة بإسناد أعمال مشابهة لها إلى ذات المقاول لتنفيذها في عدة أماكن أخرى، فذلك محله عقد جديد، يخضع في إبرامه إلى الإجراءات المنصوص عليها قانونا التي تفرض اختيار المتعاقد وفقا لمبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص، والمساواة، وحرية التنافس، ما لم تتحقق إحدى الحالات التي يجوز اللجوء من خلالها إلى طريق الإسناد المباشر.

وبالتطبيق لما تقدم، ولما كان البين في الأوراق أن نطاق الأعمال في العقد الأصلي ينحصر في توريد.....، واستبدال.....، وتركيب وتشغيل أنظمة إدارة بيانات..... في محافظة.....، وكان موضوع مشروع الأمر التغييري يتصل بتوريد..... ذاتها، وتقديم الخدمات نفسها لباقي محافظات سلطنة عمان، فإن هذه الأعمال لا ترتبط بالعقد الأصلي من ناحية، ومن ثم فلا ينطبق بشأنها النوع الأول من الأوامر التغيرية المنصوص عليها في المادة (١٥٣) المشار إليها، ولا يمكن اعتبارها كذلك أعمالا متصلة بموضوع العقد الأصلي من ناحية أخرى، ومن ثم ينتفي بشأنها النوع الثاني من الأوامر التغيرية المنصوص عليها في هذه المادة (الأوامر الإضافية)، لأنها من جنس الأعمال ذاتها محل العقد الأصلي، ولكن اختلف مكان تنفيذها، فمعيار تحديد الأعمال المتصلة هو معيار موضوعي، يقوم على أساس النظر إلى "طبيعة الأعمال ومضمونها"، بحيث إذا كانت الأعمال الإضافية من جنس الأعمال الأصلية ذاتها، واختلف نطاق تنفيذها، فلا يمكن اعتبارها أعمالا متصلة بموضوع العقد الأصلي، وإنما تعد أعمالا جديدة، أو مرحلة جديدة من مراحل المشروع، ويجب إبرام عقد جديد لتنفيذها، أما إذا اختلف جنسها، وكانت ثمة صلة بالأعمال الأصلية اعتبرت أعمالا متصلة بموضوع العقد الأصلي حتى ولو اختلف مكان تنفيذها.

لذلك، انتهى الرأي إلى عدم صحة قيام الهيئة..... بإصدار الأمر التغييري للأعمال المشار إليها، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

فتوى رقم (٢٠٢٧٣٣٦٣٧) بتاريخ ١٠/٥/٢٠٢٠م