بسم الله الرحمن الرحيم

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

رقم التبليغ :	٢٧٥
بتاريخ :	٩ / ٤/ ٢٠١٤

ملف رقم : ٧٨ / ٢ / ٩٧

السيد الأستاذ الدكتور/ وزير النقل

تحية طيبة وبعد...

اطلعنا على كتابكم رقم (٣٤٢) المؤرخ ٢٠٠٩/٢/٣م وكتابكم رقم (٢٣٧٣) المؤرخ ٢٠١٣/١٠/١٣ بشأن مدى جواز تعديل قيمة بنود الشق الأجنبى (اليورو) الواردة بالعقد (٥٥/مترو) وفقا لمعادلة تغير الأسعار فى ضوء القانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ بتعديل قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، ومدى جواز تطبيق معادلة تغير الأسعار للشق الأجنبى (اليورو) باعتماد معاملات مونيتور للأشغال العامة والبناء.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن الهيئة القومية للأنفاق دعت بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٢٤ الشركات المنفذة للمرحلة الأولى لمشروع إنشاء الخط الثالث لمترو أنفاق القاهرة الكبرى لتنفيذ المرحلة الثانية بذات شروط وأسعار المرحلة الأولى مع إضافة بعض التعديلات التى تتناسب مع تنفيذ هذه المرحلة، حيث نصت كراسة الشروط والمواصفات الخاصة بالعملية فى المادة (٣٧) منها على أن: "يخضع العقد المبرم بين الهيئة والمقاول لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الصادر بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ والمعدل بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥"، ونصت المادة (٤٤) من الشروط الخاصة (الجزء ٢) على أن:".....البند (٤٤-١-٥): يتم تعديل قيمة العقد فى نهاية كل سنة تعاقدية وفقاً للزيادة أو النقص فى أسعار بنود قوائم الكميات التى تغيرت بعد تاريخ التعاقد...".

ونزولاً على هذه الدعوة قدمت الشركات المذكورة عرضها الفنى فى ٢٠٠٨/٧/١٧ والعرض المالى فى ٢٠٠٨/٩/٢، ورافقت ضمن عطائها معادلتين لتغير الأسعار، الأولى للعملة المحلية والثانية للعملة الأجنبية (اليورو).

وبتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٧ أبرم عقد تنفيذ العملية بالأمر المباشر بعد إذن رئيس مجلس الوزراء بالتجاوز عن الحدود المقررة للسلطة المختصة في التعاقد بالأمر المباشر، حيث تضمن العقد شموله وملاحقه جميع النقاط المتفق عليها والتى لها الأولوية على بقية مستندات العقد، ونصت المادة (٣) منه على أن:"سيخضع سعر العقد لمراجعة الأسعار وفقا للشروط والمعادلة المنصوص عليها فى الملحق رقم (٣) لعقد الاتفاق وذلك طبقا لشروط القانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥"، ونص البند (١١) من الملحق رقم (٣) الخاص بشروط الدفع على أن: "القيمة الخاصة بالأعمال المنفذة فى أى شهر لكل عملية سيتم تعديلها بالزيادة أو الانخفاض فى تكلفة العمالة، والمهمات والمدخلات الأخرى للأعمال، وذلك من خلال إضافة أو خصم المبالغ المحددة وفقا للمعادلة المنصوص عليها فى المرفقات أرقام (١، ٢) لهذا الملحق. سيتم حساب قيمة التعويض/قيمة الخصم بصورة شهرية فى كل مستخلص دفع شهرى، ويتم دفعه إلى المقاول أو خصمه من الدفعات الخاصة به كل ثلاث شهور وذلك وفقا للقانون رقم (٥) لسنه ٢٠٠٥ وتعديلاته".

وتضمن المرفق رقم (١) بشأن معادلات مراجعة وتحديث الأسعار النص على أن: "تحتسب قيمة التعويض أو الخصم شهريا على كل مستخلص شهرى معتمد وتدفع أو تخصم من المقاول على مستحقاته كل ٣ أشهر وفقا لقانون (٥) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته باستخدام معامل المراجعة ومعامل التحديث التاليين: مراجعة الأسعار – يطبق من التاريخ الفعلى لبدء التنفيذ: الشق باليورو حيث: معاملات مونيتور للأشغال العامة والبناء (Indices Moniteur Des Travaux Publics Et Du Batiment) وحتى يتم إصدار كل معاملات عناصر التكلفة سوف يقوم المقاول بتحديد معامل مؤقت يعتمد على أحدث معاملات معرفة لعناصر التكلفة لإصدار المستخلص الشهرى وسيتم إعادة احتساب قيمة التعويض/أو الخصم بعد إصدار معامل عناصر التكلفة. تحديث الأسعار: يطبق من التاريخ الفعلى لبدء التنفيذ: "سوف تطبق هذه المعادلات لمراجعة الأسعار من التاريخ الفعلى لبدء تنفيذ العقد فقط وتطبق نفس هذه المعادلات بنفس المعاملات وعناصر التكلفة ولكن بدون عنصر التكلفة الثابت وذلك لتحديث سعر العقد من نوفمبر ٢٠٠٨ وحتى التاريخ الفعلى لبدء تنفيذ العقد." وقد بدء التنفيذ الفعلى للعقد بتاريخ ٢٠٠٩/٧/١ .

ونظراً لتضمن العطاء المقدم من الشركات المنفذة بنودًا بالشق الأجنبى (يورو) يتم صرفها بالعملة ذاتها مقابل التوريدات والتصميمات والأجهزة المستوردة الواردة بقائمة الكميات، فإنكم تطلبون استطلاع الرأى في مدى جواز تعديل قيمة بنود الشق الأجنبى (اليورو) الواردة بالعقد (٥٥/مترو) وفقا لمعادلة تغير الأسعار فى ضوء القانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ بتعديل قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، ومدى جواز تطبيق معادلة تغير الأسعار للشق الأجنبى باعتماد معاملات مونيتور للأشغال العامة والبناء.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى ٥ من مارس عام ٢٠١٤، الموافق ٤ من جمادى الأولى عام ١٤٣٥هـ؛ فتبين لها أن المادة (١٤٧) من القانون المدنى تنص على أن: "١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون..."، وأن المادة (١٤٨) من القانون ذاته تنص على أن: "١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢-...". وأن المادة (٢٢) مكرراً (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المضافة بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ كانت تنص – قبل تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ – على أن: "فى العقود التى تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص فى تكاليف بنود العقد التى طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبنى على أمر الإسناد المباشر وذلك وفقاً لمعاملات يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغير الأسعار فى الحالات المختلفة"، وأن المادة (٢٢) مكرراً (١) بعد تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨- المنشور بالجريدة الرسمية العدد (٢٥) مكررا (ب) فى ٢٠٠٨/٦/٢٢ – والمعمول به بدءا من ٢٠٠٨/٦/٢٣ طبقاً لحكم المادة الثانية من القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ – تنص على أن: "فى العقود التى تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص فى تكاليف بنود العقد التى طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبنى على أمر الإسناد المباشر، وذلك وفقاً لمعاملات يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها، ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغيير الأسعار فى الحالات المختلفة"، وأن المادة (٥٥) مكررا من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المضافة بقرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ – قبل تعديلها بقرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ – كانت تنص على أن: "فى عقود مقاولات الأعمال التى تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر، فتلتزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقا للزيادة أو النقص فى تكاليف بنود العقد التى طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبنى على أمر الإسناد المباشر،وذلك وفقا لمعاملات يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها ويكون هذا التعديل ملزما للطرفين....."، وأن المادة (٥٥) مكرراً من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بعد تعديلها بقرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠- المنشور بالوقائع المصرية العدد ١٢٠ (تابع) بتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٦ والمعمول به بدءا من ٢٠١٠/٥/٢٧ طبقاً لحكم المادة الثانية منه – تنص على أن: "فى عقود مقاولات الأعمال التى تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية

بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو الخفض فى تكاليف بنود العقد التى طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبنى على أمر الإسناد المباشر، وذلك وفقاً للمعاملات المحددة فى عطاء المقاول لتلك البنود أو مشتملاتها، ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. ويكون حساب التغيير فى الأسعار ومحاسبة المقاول على فروق الأسعار رفعاً أو خفضاً وفقاً للتعريفات والمعادلة والقواعد الآتية:- ....."

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم- وعلى ما جرى عليه إفتاؤها- أن المشرع حينما أضاف المادة (٢٢) مكررا (١) إلى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فقد أقر مبدأ التعديل السنوي للعقود التى تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر، فألزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية أن تعدل قيمته بالنسبة للمستقبل وفقا للزيادة أو النقص التي طرأت فى تكاليف بنوده وذلك وفق معاملات يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها، وأناط المشرع باللائحة التنفيذية تحديد معاملات تغير الأسعار فى الحالات المختلفة، أي بيان شروط وحالات تطبيق حكم المادة المذكورة، وأنه تنفيذا لذلك صدر قرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ بتعديل اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه مضيفاً إليها المادة (٥٥ مكررا) والتي تضمنت نظاما متكاملا 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 فى عطاءاتهم تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التي سيرد عليها التعديل. كما أوضحت كيفية المحاسبة على فروق الأسعار، وأن المستفاد مما تقدم أن الشروط التى وضعتها اللائحة التنفيذية فى المادة (٥٥ مكررا) ليست شروطا شكلية بل هى شروط موضوعية تمثل فى حقيقتها العناصر والأسباب التى يمكن من خلالها تعديل قيمة العقد وحساب فروق السعر وأنه متى انتفت هذه الشروط فلا يتصور المطالبة بتعديل القيمة والاستفادة من حكم المادة (٢٢) مكررًا إذ يكون هناك استحالة قانونية وعملية تحول دون الوصول لهذه النتيجة لانتفاء شروطها وأسبابها.

كما استظهرت أيضا أن المشرع عدل بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ المادة (٢٢) مكرراً (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات فألزم الجهة الإدارية بالنسبة للعقود التى تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر بتعديل قيمة هذه العقود فى نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية وفقاً للزيادة أو النقص فى تكاليف بنود العقد التى طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبنى على أمر الإسناد المباشر، وذلك وفقاً للمعاملات التى حددها المقاول فى عطائه وتم التعاقد على أساسها وجعل المشرع فى هذا القانون التعديل الذى يتم على قيمة العقد بناء على هذه المعادلات ملزماً لطرفى العقد وأبطل كل اتفاق يخالف ذلك وأحال المشرع على اللائحة التنفيذية فى تحديد معاملات

تغير الأسعار فى الحالات المختلفة، وأنه تنفيذا لذلك صدر قرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ – المعمول به بدءا من ٢٠١٠/٥/٢٧ – بتعديل المادة (٥٥) مكررا من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والتى تضمنت أيضا نظاما متكاملا لتطبيق المادة (٢٢) مكررا (١) من القانون المذكور بعد تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ وهو مختلف في بعض جوانبه عن التنظيم الوارد بالمادة (٥٥) قبل تعديلها لتلائم التعديل الذي أدخله المشرع بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ بما مؤداه أيضا استحالة تطبيق حكم القانون الأخير قبل صدور التعديل الخاص بالمادة (٥٥) مكررا من اللائحة التنفيذية للأسباب ذاتها المشار إليها آنفا.

ولاحظت الجمعية العمومية – وعلى ما استقر عليه إفتاؤها – أن المشرع استن أصلاً عاماً من أصول القانون ينطبق بالنسبة للعقود المدنية، أو الإدارية على حد سواء، مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين،أو للأسباب التى يقررها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فالعقد الإدارى مثل العقد المدنى لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء، أو تعديل التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين: أحدهما: هو الدولة،أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وهو بهذه المثابة شريعة المتعاقدين، فما تلاقت عليه إرادتاهما طبقاً لبنود العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لطرفيه، ومن هنا يتحتم إعمال نصوص العقد وما أوردته من أحكام مغايرة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية عند وجود التعارض بينهما، طالما كان ما اتفق عليه طرفا العقد لا يخالف الأحكام الآمرة ومنها تلك الأحكام التي رتب لها المشرع جزاء البطلان لما يخالفها من اتفاقات أو شروط، ويظهر ذلك جليا فيما نص عليه المشرع بتعديله لحكم المادة (٢٢) مكرراً (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ وذلك بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ وتبعه المشرع اللائحى بتعديل اللائحة التنفيذية بالقرار رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ الذي عدل المادة (٥٥) مكررا بترتيب جزاء البطلان على مخالفة ما أتت به بعض هذه النصوص من ضوابط على عكس ما كان عليه الحال بالصياغة الأولى للمادة (٢٢) مكرراً (١) المضافة بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ والصياغة الأولى للمادة (٥٥) مكرراً من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور المضافة بالقرار رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦، بما ينبئ بوجه الخصوص عن الطبيعة الجوازية لتلك النصوص قبل تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ ويؤكد على وجه العموم ما لأحكام القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية من طبيعة استرشادية للجهات الإدارية فيما تبرمه من عقود.

والحاصل أن الدعوة للتعاقد عن العملية محل طلب الرأى كانت بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٢٤ فى ظل العمل بأحكام القانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ المشار إليه بعد أن عدل المشرع اللائحة رقم (٢١٩) لسنة

اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات لإعمال ما استحدثه المشرع بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥، ولم يكن في هذا الوقت قد صدر القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨، إلا أن المقاول تقدم بعرضه الفنى في ٢٠٠٨/٨/١٧ والمالى في ٢٠٠٨/٩/٢ وأبرم التعاقد بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٧ بعد صدور القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ وفى هذا التوقيت لم تكن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات قد عُدّلت لإعمال أحكام القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ المشار إليه، ولما كانت الشروط التى تضمنتها اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ والمعمول بها بدءاً من ٢٠١٠/٥/٢٧ – أى بعد توقيع العقد بقرابة العام – شروطاً موضوعية يتعين توفرها ابتداء لإمكانية تعديل الأسعار وفقا لأحكام القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ وأنه متى انتفت هذه الشروط فلا يتصور المطالبة بتعديل العقد والاستفادة من حكم المادة (٢٢) مكررًا في صياغتها المعدلة بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ إذ يكون هناك استحالة قانونية وعملية تحول دون الوصول لهذه النتيجة لانتفاء شروطها وأسبابها ومن ثم يضحى القانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ هو القانون الذى أبرم عقد العملية محل طلب الرأى في ظل العمل بأحكامه والذى يسمح على نحو ما تقدم بمخالفة قواعده المكملة.

وهديا بما تقدم، ولما كان الثابت من الأوراق أن الشركات المنفذة للعقد الماثل تقدمت بمعادلتين لتغير الأسعار إحداهما بالعملة المحلية والأخرى بالعملة الأجنبية نظير استيراد وتوريد معدات وتجهيزات من الخارج غير متوفرة فى السوق المحلى، وإذ نص العقد صراحة بالمرفق رقم (١) للملحق رقم (٣) الخاص بشروط الدفع على أن تحسب قيمة التعويض أو الخصم شهريا على كل مستخلص شهرى معتمد وتدفع أو تخصم من المقاول على مستحقاته كل ٣ أشهر، كما تضمن المرفق رقم (١) سالف البيان ما يبيح للمقاول تحديد معامل مؤقت يعتمد على أحدث معاملات معرفة لعناصر التكلفة لإصدار المستخلص الشهرى وتم النص صراحة فى ملحق العقد على تطبيق معاملات مونيتور للأشغال العامة والبناء بالنسبة للشق من العقد بالعملة الأجنبية، على أن تطبق هذه المعادلات من التاريخ الفعلى لبدء تنفيذ العقد، ومن ثم فإنه لما كانت المادة (٢٢) مكرراً (١) قبل تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ والمادة (٥٥) مكرراً الواردة باللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ قبل تعديلها بقرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ – واللتان أبرم التعاقد الماثل في ظل العمل بأحكامها على نحو ما تقدم – لما كانت هاتان المادتان لا تعدان من قبيل النصوص الآمرة التى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثم فإنه يجب الالتزام بما تلاقت عليه إرادة طرفى العقد محل طلب الرأى من حساب قيمة الزيادة أو الخصم شهرياً على كل مستخلص شهرى معتمد وسدادها أو خصمها من مستحقات المقاول كل ٣ أشهر بداية من ٢٠٠٩/٧/١ تاريخ البدء الفعلى للتنفيذ وفقا للمعادلات الواردة

بالعقد وباعتماد معاملات مونيتور للأشغال العامة والبناء بالنسبة للشق الأجنبي رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقا لاستقرار المعاملات.

لـذلـك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، إلى تعديل قيمة بنود العقد بالشق الأجنبى وفقا لمعادلة تغير الأسعار التى تضمنتها أحكام العقد، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرا في ٧/ ٤/ ٢٠١٤

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

المستشار/
عصام الدين عبد العزيز جاد الحق
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رئيس
المكتب الفنى

المستشار/
شريف الشاذلى
نائب رئيس مجلس الدولة

حسن/ معتز/