مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

رقم التبليغ :	٢٦٣
بتاريـــخ :	٢٠١١/٦/٢٥

ملف رقم : ٥٤ / ١ / ٤٧٣

السيد الأستاذ الدكتور/ رئيس جامعة القاهرة

تحية طيبة وبعد،،،

اطلعنا على كتابكم رقم ٣٠٩٤ بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٨ الموجه إلى إدارة الفتوى لوزارة التعليم والتعليم العالى والبحث العلمى فى شأن مدى أحقية شركة التعمير والاستشارات الهندسية المسند إليها عملية تعلية المبنى الأكاديمى بكلية التمريض فى زيادة قيمة التعاقد المبرم بينها وبين الجامعة.

وحاصل الوقائع ــ حسبما يبين من الأوراق ــ أنه سبق للجامعة استطلاع رأى إدارة الفتوى المشار إليها فى شأن مدى جواز تطبيق نص المادة ٢٢ مكرراً (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ على شركتى العمار للمقاولات والتوريدات، وشركة التعمير والاستشارات الهندسية ، وبعرض الموضوع على هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى انتهت بجلستها بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/٢٦ إلى عدم جواز زيادة أسعار التعاقد المبرم بين الشركتين وجامعة القاهرة تأسيساً على أن العمليتين محل البحث لم يطرحا أو يتم تعديل شروط طرحهما بما يتفق مع المادة (٢٢) مكرراً (١) إذ لم يتم تحديد العناصر الخاضعة للتعديل ولم يحدد مقدموا العطاءات فى عطاءاتهم المعاملات المنصوص عليها فى هذه المادة بل وتم النص على ثبات أسعار العقد وعدم جواز تعديلها وهو الأمر الذى تنتفى معه شروط تطبيق المادة المذكورة، إلا أن الجامعة طلبت إعادة عرض الموضوع الخاص بشركة التعمير والاستشارات الهندسية ، وباعادة العرض على هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى انتهت بجلستها بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٢ إلى إحالة الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع للأهمية والعمومية.

ونفيد أن الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى ١٨من مايو عام ٢٠١١ م، الموافق ١٥ من جمادى الاخر عام ١٤٣٢ هـــ، فتبين لها أن القانون المدنى ينص فى المادة (١٤٧) على أن " ١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون....."، وينص فى المادة (١٤٨) على أن "١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢- ....."، وأن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كان ينص فى المادة (٢٢) مكرراً (١) المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ (المعمول به اعتبارًا من ٢٠٠٥/٣/٨) قبل تعديلها بالقانون رقم ٩١ 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 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".

وتبين للجمعية العمومية أن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ تنص فى المادة (٥٥) مكرراً المضافة بقرار وزير المالية رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ والمعمول بها اعتباراً من ٢٠٠٦/٥/٧ على أن "فى عقود مقاولات الأعمال التى يكون 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 في عطائه ويتم التعاقد على أساسها ويكون هذا التعديل ملزما للطرفين ويكون احتساب التغير في أسعار البنود المشار إليها فى الفقرة السابقة زيادة أو نقصا وفقا لمعادلات تغير الأسعار واشتراطات تطبيقها المبينة فيما يلي: أولاً: المعادلات ..... ثانيا: اشتراطات المحاسبة على فروق الأسعار: وجوب قيام الجهة طالبة التعاقد بتحديد عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل ضمن شروط الطرح وبما لا يتعارض مع أحكام القانون . وجوب أن يتضمن عطاء المقاول تحديداً لمعاملات تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التي حددتها الجهة طالبة التعاقد ضمن شروط الطرح والتي يتم التعاقد على أساسها نفاذا لأحكام القانون....."

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم وحسبما جرى عليه إفتاؤها أن المشرع بإضافة المادة (٢٢) مكررا (١) إلى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أقر مبدأ تعديل العقد سنويا، فألزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية أن تعدل قيمته وفق الزيادة أو النقص التي طرأت فى تكاليف بنوده وذلك وفق معاملات يحددها المقاول فى عطائه يتم التعاقد على أساسها، وأناط المشرع باللائحة التنفيذية تحديد معاملات تغيير 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 كذلك 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 والتي متى انتفت لا يتصور المطالبة بتعديل القيمة والاستفادة من حكم المادة (٢٢) مكررًا إذ يكون هناك استحالة قانونية وعملية تحول دون الوصول لهذه النتيجة لانتفاء شروطها وأسبابها.

واستظهرت الجمعية العمومية كذلك وعلى ما جرى عليه إفتاؤها، أن المشرع استن أصلا من أصول القانون ينطبق فى العقود المدنية والإدارية على حد سواء مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وأن تنفيذ العقد يجب أن يكون طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية، وأنه من المبادئ المستقرة فى تفسير العقود أنه إذا كانت عبارات العقد صريحة واضحة لا تحتمل تأويلاً فلا يجوز الانحراف بتفسيرها والنأى بها عن مدلولها الظاهر، إذ يجب

اعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة لأطرافه وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات.

وهدياً بما تقدم ولما كان الثابت من الأوراق أن جامعة القاهرة طرحت العملية المشار إليها فى مناقصة عامة فتحت مظاريفها الفنية بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/١٤ وأسفرت أعمال المناقصة على الترسية على الشركة المعروضة حالتها وإبرام العقد بين الطرفين بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٣٠ ، وفى ضوء أن العملية طرحت فى ظل العمل بأحكام القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ وقبل صدور اللائحة التنفيذية له فإن شروط الطرح لم تتضمن عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل ولم يتضمن عطاء الشركة معاملات تغير الأسعار، ومن ثم يستحيل الاستفادة من حكم المادة ٢٢ مكرراً (١) المشار إليها ــ والتى أجازت للجهات الإدارية تعديل قيمة العقود التى تبرمها وفقاً للزيادة أو النقص فى تكاليف بنود العقد التى تطرأ خلال فترة التنفيذ – بالنسبة للشركة المذكورة فى الحالة المعروضة إذ أن الشروط التى تضمنتها اللائحة التنفيذية وعلى نحو ما سبق إيضاحه هى شروط موضوعية يتعين توافرها ابتداء لإمكانية تعديل الأسعار وفقاً لحكم هذه المادة ومن ثم يضحى طلب الشركة بتعديل أسعار التعاقد فاقداً لسنده القانونى.

ولا يحاج فى هذا الشأن بما صدر عن مجلس الوزراء بجلسته بتاريخ ٢٠٠٨/٤/١٦ بتعويض المقاولين من موازنات الجهات الإدارية المختلفة وذلك عن العقود المبرمة فى ظل القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ وقبل صدور اللائحة التنفيذية للقانون، ذلك أن المشرع حينما تدخل وأصدر القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بتعديل قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه وأضاف المادة ٢٢ مكرراً (١) كان يهدف ــ وعلى نحو ما ورد بمضبطة الجلسة الثامنة والأربعين بدور الانعقاد العادى الخامس الفصل التشريعى الثامن بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٨– إلى تشجيع قطاع المقاولات، وأية ذلك ما أورده رئيس المجلس من أن "هذه المادة (٢٢) مكرراً (١) هى فى الواقع مادة لتشجيع قطاع المقاولات، ولكن القواعد العامة لا تقضى بها لأن القواعد العامة لا تعطى هذه الزيادة إلا فى حالة الظروف الطارئة، والظروف الطارئة لها شروط قد لا تتوافر، وهى لأنها يجب أن تكون غير متوقعة، ولهذا فإن هذه المادة ليست إلا حافزاً لقطاع المقاولات" وهو ما أكده وزير المالية من أن هذه المادة تستهدف أن تدخل داخل العقود التى تربط بين المقاولين والجهات المسندة للمتغيرات المعتادة فى الحالة السابقة وليس هناك حالة طارئة بل إنها متغيرات عادية"، وعقّب رئيس المجلس بأن هذا جيد وأن ذلك لتشجيع قطاع المقاولات، ومن ثم فإن ذلك يؤكد حقيقة أن المشرع حينما أراد أن يتدخل لتحسين أوضاع قطاع المقاولات حدد إطاراً قانونياً يتم من خلاله تعديل قيمة العقود المبرمة مع الجهات الإدارية وهو ما تضمنته المادة ٢٢ مكرراً (١) من أحكام فصلتها اللائحة التنفيذية بموجب المادة ٥٥ مكرراً سالفة البيان.

ومما يؤكد ذلك أن المشرع وحرصًا منه على معالجة الأثار السلبية الناتجة عن زيادة الأسعار ورغبة منه فى مسانده قطاع المقاولات، تدخل ثانية وأصدر القانون رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٨ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم

المناقصات والمزايدات وتم نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٢٢ والعمل به فى تاريخ لاحق لصدور قرار مجلس الوزراء بتعويض المقاولين سالف البيان، ومن ثم فإنه لا مناص من ولوج ذات السبيل من قبل مجلس الوزراء حال رغبته فى تقرير قواعد للتعويض خلافاً لما سنه مجلس الشعب من أحكام بموجب المادة المذكورة.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى عدم أحقية شركة التعمير والاستشارات الهندسية فى طلب تعديل أسعار عقد عملية تعلية المبنى الأكاديمى بكلية التمريض جامعة القاهرة، وذلك على النحو المبين تفصيلاً بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته،،

تحريرًا فى: ٢٠١١/٦/٢٥

رئيس

الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

المستشار الدكتور/

محمد أحمد عطية

النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

محمود//