

بسم الله الرحمن الرحيم

١٥	رقم التبليغ:
٢٠١٤/١/١١	بتاريخ:

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

ملف رقم : ٥٤ / ١ / ٥٤

السيد الأستاذ الدكتور/ وزير النقل

خية طيبة وبعد...

اطلغنا على كتابكم رقم (١٤٩٤) المؤرخ ٢٠١٢/٣/٨ بشأن مشروعية قرار الهيئة العامة للطرق والكبارى والنقل البرى تثبيت أسعار عملية صيانة ورفع كفاءة طريق أسوان / أبوسمبل من الكيلو (٢٠٠) حتى الكيلو (٢٦٥) خلال السنة الأولى من تاريخ فتح المظاريف الفنية، وأحقية شركة النيل العامة لإنشاء الطرق المنفذة لهذه العملية فى صرف فروق أسعار مادة البيتومين السيادية خلال تلك الفترة طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

وحاصل الوقائع - حسبما يبين من الأوراق - أن الهيئة العامة للطرق والكبارى والنقل البرى أعلنت عن مناقصة محدودة لتنفيذ العملية المشار إليها، حيث فتحت مظاريفها الفنية بتاريخ ٢٠١٠/٢/٣ والمالية بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٦ وأرسييت على الشركة المذكورة.

وتضمنت كراسة الشروط فى البند (١٨) منها النص على أن: "١- يتم تعديل العقد طبقاً للمادة رقم (٥٥) مكرراً من اللاحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات وكذلك القانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ فى نهاية كل سنة وذلك وفقاً للزيادة أو النقص فى تكاليف بنود العقد التى طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية على أن يقوم المقاول فى عطاءه بتحديد المعاملات التى تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود الخاضعة للتعديل وهى: - حديد تسليح - الأسمنت - البيتومين...، ٢- على المقاول تقديم أسعار عناصر التكلفة القابلة للتعديل وهى البيتومين والحديد والأسمنت فقط ضمن عرضه المالى من واقع نشره الأرقام القياسية للأسعار الصادرة من الجهاز المركزى للتعبئة العامة والإحصاء أو غيره من الجهات الأخرى المحايدة...، ٣- التغيير فى الأسعار سوف يتم تطبيقه بعد مرور عام من إصدار الدولة



نفذ طبقاً لمعادلة تغيير الأسعار الموجودة بالشروط العامة على أن يقوم المقاول بتحديد معاملات عناصر التكلفة لكل من البيتومين والاسمنت والحديد وهي العناصر الخاضعة للتعديل فقط طوال مدة تنفيذ العملية وطبقاً للبرنامج الزمني المقدم من المقاول مع عطائه الفني. ٤- في حالة عدم التزام المقاول بتقديم قائمة الأسعار المذكورة بالبند السابق أو عدم التزامه بتقديم معاملات عناصر التكلفة ضمن عرضه المالي فهذا يعنى تنازله عن المحاسبة على الزيادة في الأسعار وتصبح أسعاره المقدمة للمشروع نهائية دون تغيير طوال فترة التنفيذ".

وأرقت الشركة المذكورة ضمن عطائها المعاملات الخاصة لبند الحديد والأسمنت والبيتومين وأشارت إلى أن ذلك طبقاً لحكم البند (١٨) من كراسة الشروط؛ وحددت مادة البيتومين كعنصر تكلفة متغير فقط، وأرقت ضمن مستندات عطائها صورة من القانون رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٨.

وبتاريخ ٢٢/٥/٢٠١٠ أبرم عقد تنفيذ العملية (ثابت بديباجة العقد أنه تحرر بتاريخ ١٠/٥/٢٠١٠ إلا أن الطرف الأول (رئيس مجلس إدارة الهيئة المذكورة) لم يوقع عليه إلا بتاريخ ٢٣/٥/٢٠١٠) متضمناً اعتبار مستندات المناقصة والبت فيها جزءاً لا يتجزأ من العقد فيما لا يتعارض مع نصوصه وتضمن البند الثالث منه النص على أن "مدة تنفيذ العملية (١٨) شهراً من تاريخ استلام الشركة للموقع خالياً من الموانع" ونص البند التاسع عشر منه على أن "الشروط الخاصة:- تحتفظ الشركة بحقها في صرف فروق الأسعار (البيتومين) طبقاً لأوزان عناصر التكلفة لهذه البنود وطبقاً لقرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦، أما فيما يخص بتطبيق القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ سيتم تطبيق ذلك بعد صدور اللاحة التنفيذية الخاصة بالقانون".

وبتاريخ ٨/٦/٢٠١٠ استلمت الشركة موقع الأعمال خالياً من الموانع.

وإزاء حدوث زيادات في سعر البيتومين خلال السنة الأولى من التعاقد أرتأت الهيئة أن تطبيق القانون يستلزم ثبات الأسعار طوال السنة الأولى من التعاقد وأن التغيير يكون طبقاً للمعادلات على الأعمال المتبقية بعد السنة الأولى في حين رأت الشركة ضرورة تطبيق المعادلات على كافة الأسعار الخاصة بمادة البيتومين من تاريخ فتح المظاريف الفنية على ألا يتم الصرف إلا في نهاية كل سنة تعاقدية، لذا فإنكم تطلبون الرأي في الموضوع.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة

في ٦ من مارس عام ٢٠١٣م، الموافق ٢٤ من ربيع الآخر عام ١٤٣٤هـ؛ فتبين لها أن المادة (١٤٤)

من دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١ كانت تنص على أن: "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفرض"



م التعاقد على أساسها ويكون هذا التعديل ملزماً 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 ٢٦/٥/٢٠١٠ والمعمول به بدءاً من ٢٧/٥/٢٠١٠ طبقاً لحكم المادة الثانية منه تنص على أن: "في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو الخفض في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد المباشر، وذلك وفقاً للمعاملات المحددة في عطاء المقاول لتلك البنود أو مشتملاتها، ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

ويكون حساب التغيير في الأسعار ومحاسبة المقاول على فروق الأسعار رفعاً أو خفضاً وفقاً للتعريفات والمعادلة والقواعد الآتية:- أولاً: ... ثالثاً: قواعد المحاسبة على فروق الأسعار: ١-... ٤- يحاسب المقاول على التعديل في الأسعار رفعاً أو خفضاً بالنسبة للبنود المتغيرة أو مكوناتها كل ثلاثة أشهر تعاقدية بعد مرور ستة أشهر من تاريخ فتح المظاريف الفنية أو الإسناد المباشر، بحسب الأحوال، مع مراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ وتعديلاته الذي يتفق عليه الطرفان...".

واستظهرت الجمعية العمومية، مما تقدم وعلى ما جرى عليه إفتاؤها، أن المشرع استن أصلًا من أصول القانون ينطبق في العقود المدنية والإدارية على حد سواء مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ولأسباب التي يقررها القانون، وأن تنفيذ العقد يجب أن يكون طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية، وأنه من المبادئ المستقرة في تفسير العقود أنه إذ كانت عبارات العقد صريحة واضحة لا تحتمل تأويلاً فلا يجوز الانحراف بتفسيرها والنأي بها عن مدلولها الظاهر، إذ يجب اعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة لأطرافه وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات.

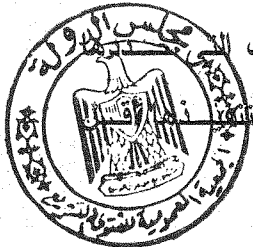
واستظهرت الجمعية العمومية كذلك مما تقدم - وعلى ما جرى عليه إفتاؤها - أن المشرع حينما أضاف المادة ٢٢ مكرراً (١) إلى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فقد أقر مبدأ التعديل السنوي للعقود التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، فألزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل سنة تعاقدية أن تعدل قيمته بالنسبة للمستقبل وفقاً للزيادة أو النقص التي طرأت في تكاليف بنوده وذلك وفق معاملات يحددها المقاول في عطاءه ويتم التعاقد على أساسها، وأنط المشرع باللائحة التنفيذية تحديد معاملات تغيير الأسعار في الحالات المختلفة، أي بيان شروط وحالات تطبيق حكم المادة المذكورة وأنه تنفيذاً لذلك صدر قرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ بتعديل اللائحة التنفيذية



المشار إليه مضيفاً إليها المادة (٥٥ مكرراً) والتي تضمنت نظاماً متكاملاً لتعديل قيمة العقد حددت فيه شروط وكيفية إجراء مثل هذا التعديل فأوجب 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 كيفية المحاسبة على فروق الأسعار، وأن المستفاد مما تقدم أن الشروط التي وضعتها اللاحة التنفيذية في المادة (٥٥ مكرراً) ليست شروطاً شكلية بل هي شروط موضوعية تمثل في حقيقتها العناصر والأسباب التي يمكن من خلالها تعديل قيمة العقد وحساب فروق السعر وأنه متى انتفت هذه الشروط فلا يتصور المطالبة بتعديل القيمة والاستفادة من حكم المادة (٢٢) مكرراً إذ يكون هناك استحالة قانونية وعملية تحول دون الوصول لهذه النتيجة لانتهاء شروطها وأسبابها.

كما استظهرت الجمعية العمومية أيضاً أن المشرع عدل بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ المادة (٢٢) مكرراً (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات فألزم الجهة الإدارية بالنسبة للعقود التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر بتعديل قيمة هذه العقود في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد المباشر، وذلك وفقاً للمعاملات التي حددها المقاول في عطاءه وتم التعاقد على أساسها وجعل المشرع في هذا القانون التعديل الذي يتم على قيمة العقد بناء على هذه المعادلات ملزماً لطرفي العقد وأبطل كل اتفاق يخالف ذلك وأحال المشرع على اللاحة التنفيذية في تحديد معاملات تغيير الأسعار في الحالات المختلفة، وأنه تنفيذاً لذلك صدر قرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ المعمول به بدءاً من ٢٧/٥/٢٠١٠ على نحو ما تقدم بتعديل المادة (٥٥) مكرراً من اللاحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والتي تضمنت أيضاً نظاماً متكاملاً لتطبيق المادة (٢٢) مكرراً (١) من القانون المذكور بعد تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ بما مؤداه أيضاً استحالة تطبيق حكم القانون الأخير قبل صدور التعديل الخاص بالمادة (٥٥) مكرراً من اللاحة التنفيذية للأسباب ذاتها المشار إليها آنفاً.

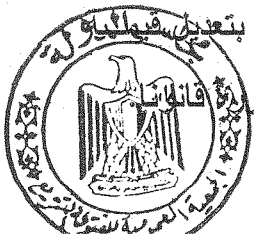
ولاحظت الجمعية العمومية أن المشرع في المادة (٢٢) مكرراً (١) قبل تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ ألزم الجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية كل عام تعاقدية بتعديل قيمة العقود التي تكون مدة تنفيذها عاماً فأكثر وذلك وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد تاريخ فض المظاريف الفنية أو تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد المباشر وذلك وفقاً للمعاملات التي حددها المقاول في عطاءه وتم التعاقد على أساسها، وهو ما يستفاد منه أن العقود التي تكون مدة تنفيذها عاماً فأكثر



عام لا تستفيد من حكم هذه المادة أما العقود التي تكون مدة تنفيذها عاما فأكثر فإنها تستفيد من حكم هذه المادة متى توافرت باقي الضوابط والشروط وقد يتصور أن استفادة العقود التي تكون مدتها عاما واحدا من هذه المادة نظرية محضة في ضوء أن التعديل لن يتم إلا في نهاية كل عام تعاقدي ولا يتحقق أثره إلا على المستقبل وبالتالي فلا ينتظر تحقق فائدة بالنسبة للعقود التي تكون مدة تنفيذها عاما واحدا، إلا أن المشرع ذاته فسر هذا الأمر حيث فرق ما بين العام التعاقدي ومدة التنفيذ، فالأخيرة هي مدة تنفيذ العقد كما وردت بكراسة الشروط والمواصفات الخاصة بالعملية أو العقد المبرم بين الطرفين والتي تبدأ عادة بتحقق واقعة محددة مثل استلام موقع العملية خاليا من الموانع، أما العام التعاقدي فيبدأ من تاريخ فض المظاريف الفنية أو من تاريخ التعاقد المبني على أمر الأسناد المباشر، وبالتالي فمن المتصور استفادة العقود التي تكون مدة تنفيذها - كما هي محددة بالعقد - عاما من حكم المادة ٢٢ مكررا (١) قبل تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ .

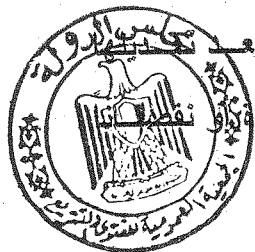
والحاصل أن المشرع تصور إمكانية تكرار الاستفادة أكثر من مرة من حكم هذه المادة باستخدامه عبارة (في نهاية كل سنة تعاقدية) وبالتالي فمن المتصور أن العقود التي تكون مدة تنفيذها ثلاث سنوات مثلا أن يتم تعديل قيمتها مرتين متى توافرت كافة الضوابط والشروط المقررة قانونا، ومن البديهي أن الأسعار في هذه الحالة ستظل ثابتة خلال فترة السنة التعاقدية ولن تعدل إلا في نهايتها بحيث ينصرف أثر التعديل إلى المستقبل ففي أول سنة تعاقدية ستظل الأسعار التي تم التعاقد على أساسها ثابتة كما وردت بالعطاء المقدم من المقاول - أخذا في الاعتبار أن المشرع أفترض أن المقاول راعي في تحديد سعره كافة التقلبات المتوقعة والتي يستطيع تحملها خلال فترة ثبات الأسعار - وفي نهاية هذه السنة سيتم تعديل قيمة العقد زيادة أو نقصانا متى توافرت كافة الضوابط والشروط المقررة قانونا ليطبق هذا التعديل على العام التعاقدي الجديد، فالتعديل لا يتصور أن ينتج أثره إلا على المستقبل ثم تظل الأسعار ثابتة لمدة عام تعاقدي آخر وفي نهايته يتم تعديلها إذا توافرت الشروط.

وقد تنبه المشرع إلى أن فترة العام التعاقدي الذي تظل الأسعار فيه ثابتة فترة كبيرة، فقرر بموجب التعديل الذي أدخله على المادة (٢٢) مكررا (١) بالقانون (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ أن يخفف مدة العام التعاقدي لتصبح ثلاثة أشهر تعاقدية كما قرر توسعة مجال الاستفادة من ميزة تعديل الأسعار فعُدل الشرط الخاص بمدّة تنفيذ العقد فخفضها وجعلها ستة أشهر فأكثر بدلا من سنة فأكثر وأضاف حكما جديدا ببطلان كل اتفاق يخالف التزام الجهة الإدارية بالتعديل، ومن ثم فإن العقود التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر تلتزم الجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمتها العقد زيادة أو نقصانا طبقا للمعاملات المتفق عليها متى توافرت كافة الضوابط والشروط المقررة قانونا.



ولاحظت الجمعية العمومية أن دستور ١٩٧١، والذي صدر في ظل العمل بأحكامه قرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ بتعديل المادة ٥٥ مكرراً من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات - ناط برئيس الجمهورية أو من يفوضه أو من يعينه القانون إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين شريطة ألا تتضمن تعديلاً لحكم في القانون أو تعطيلاً لمقتضاه أو إعفاء من تنفيذه ولا أن تتناول بالتنظيم ما لم ينظمه القانون، فهذه اللوائح تفصل ما ورد إجمالاً من نصوص القانون وتفسر ما غمض منها وذلك كله بالضوابط المشار إليها ومن ثم فلا يملك التشريع اللاتي المفصل أو المفسر تعطيل حكم النص الذي يسنه المشرع، فإذا تعذر تطبيقهما معاً لما يوجد بينهما من تعارض وجب تطبيق القانون الأعلى في المرتبة وأن يستبعد من مجال التطبيق التشريع الأدنى إذا تعارض مع التشريع الأعلى.

وهدياً بما تقدم ولما كان الثابت بالأوراق أن كراسة الشروط والمواصفات الخاصة بالعملية محل طلب الرأي تضمنت في البند (١٨) منها مبدأ تعديل العقد طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بعد تعديله بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ واللائحة التنفيذية لهذا القانون بعد تعديلها بقرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ وفتحت المظاريف الفنية لهذه العملية بتاريخ ٢٠١٠/٢/٣ وكان في هذا التوقيت قد صدر القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ بتعديل المادة (٢٢) مكرراً (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه ولم تكن اللائحة التنفيذية للقانون المذكور قد تعدلت لتلائم التعديل الذي أدخل على المادة المذكورة حيث تقدمت شركة النيل العامة لإنشاء الطرق المنفذة للعملية بعتها وضمنتها بالفعل معاملات تغيير سعر مادة الببتومين كعصر متغير وحيد وأررفت بعتها صورة من القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ المشار إليه، وعند توقيع العقد بتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٣ وضعت الشركة المذكورة شرطاً خاصاً في البند التاسع عشر بتطبيق أحكام القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ بعد صدور اللائحة التنفيذية وتلاقت إرادة الطرفين على هذا الشرط وأصبح واجباً تنفيذه حيث صدر تعديل اللائحة التنفيذية بموجب قرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ وعمل به بدءاً من ٢٠١٠/٥/٢٧ أي بعد أربعة أيام من توقيع العقد ومن ثم فإن العقد الماثل يخضع في تعديله لحكم المادة (٢٢) مكرراً (١) من قانون المناقصات والمزايدات المشار إليه بعد تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ ولحكم المادة (٥٥) مكرراً من اللائحة التنفيذية لهذا القانون بعد تعديلها بالقرار رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ بحيث يتم تعديله في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية وبحيث يسرى التعديل على المستقبل على نحو ما تقدم.



ولا يفوت الجمعية العمومية أن تنوه إلى أن اللائحة التنفيذية للقانون المذكور بعد

بالقرار رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ تضمنت محاسبة المقاول على التعديل في الأسعار زياداً

بالنسبة للبنود المتغيرة أو مكوناتها كل ثلاثة أشهر تعاقدية بعد مرور ستة أشهر من تاريخ فتح المظاريف الفنية أو الإسناد المباشر وهو ما يؤدي إلى اشتراط شرط لم يرد له ذكر في القانون وهو مرور ستة أشهر حيث أن القانون أشرط فقط أن تكون مدة تنفيذ العقد ستة أشهر فأكثر حتى يتم تعديل العقد في نهاية كل ثلاثة أشهر إذا توافرت كافة الشروط الأخرى المقررة لذا فإن ما تضمنته اللائحة التنفيذية من أحكام معدلة لحكم القانون ومعلقة لمقتضاه على نحو ما تقدم تكون مخالفة لأحكام الدستور الذي صدرت في ظله والقانون طبقاً لقواعد التدرج التشريعي بما يجعلها موصومة بعدم المشروعية ويضحي متعيناً الالتفات عما ورد باللائحة في هذا الخصوص.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى وجوب تعديل قيمة العقد في الحالة المعروضة في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية طبقاً لحكم المادة (٢٢) مكرراً (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات معدلة بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ ولائحته التنفيذية، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريراً في: ٢٠١٤/١/١١

رئيس

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

المستشار الدكتور
مدى الوكيل

النائب الأول لرئيس مجلس الدولة



رئيس

المكتب الفني

المستشار
شريف الشاذلي

نائب رئيس مجلس الدولة

معنزا