بسم الله الرحمن الرحيم

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

رقم التبليغ :	٩٤١
بتاريخ :	٢٠١٦/١٠/٢٤

ملف رقم : ٧٨ / ٢ / ١٢٤

السيد المهندس / رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للطرق والكبارى

تحية طيبة وبعد...

اطلعنا على كتابكم رقم (٦١٥) المؤرخ ٢٠١١/٦/٨ الموجه إلى إدارة الفتوى لوزارات النقل والاتصالات والطيران المدني بشأن الإفادة بالرأى القانونى عن كيفية تطبيق معادلة فروق الأسعار لشركة سامكريت مصر المتعاقدة مع الهيئة العامة للطرق والكبارى لتنفيذ عملية إنشاء القطاع الثانى من مشروع الطريق الدائرى الإقليمى فى المسافة من مدينة العاشر من رمضان، حتى مدينة بلبيس بطول ٢٧ كم، هل يكون بتطبيق المعادلة طبقًا للمعاملات المقدمة من الشركة على إجمالى قيمة العقد، أم لكل بند على حدة، أو بعدم تطبيق المعادلة على الشركة لعدم وجود معاملات على كل بند على حدة.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن الهيئة العامة للطرق والكبارى طرحت عملية إنشاء الطريق الدائرى الإقليمى فى المسافة من مدينة العاشر من رمضان (تقاطع طريق الإسماعيلية)، حتى مدينة بلبيس المسافة الثانية من المرحلة الأولى بطول حوالى ٢٧ كم (المنطقة الثالثة شرق الدلتا) فى مناقصة عامة، ونص فى البند (١٨) من الاشتراطات المالية الواردة فى كراسة شروط ومواصفات العملية على أنه: "ليس للشركة الحق فى المطالبة بأية زيادات تطرأ على الأسعار، أو الأجور ولو صدر بشأنها قرارات سيادية فيما عدا زيادة أسعار البيتومين وهى السلعة الوحيدة التى يمكن للهيئة صرف فروق أسعار عنها فى حالة صدور قرارات سيادية... مع تثبيت أسعار كافة المواد الأخرى التى تدخل فى تنفيذ العملية ..."، كما تم النص فى البند (٢١) على أنه: "لا يقبل أى تحفظ أو شرط مخالف للشروط الواردة بهذا الدفتر سواء من الناحية المالية أو الفنية، ويعتبر هذا التحفظ كأن لم يكن..."، وأنه تقدم للاشتراك فى المناقصة سبعة عطاءات حيث تم استبعاد العطاء رقم (٧/٢) لعدم تقديم التأمين الابتدائى

وتبقى العطاء رقم (٧/١) المقدم من شركة النيل العامة للطرق والكبارى، والعطاء رقم (٧/٣) المقدم من شركة أوراسكوم للإنشاء والصناعة، والعطاء رقم (٧/٤) المقدم من شركة (المقاولون العرب)، والعطاء رقم (٧/٥) المقدم من شركة فاروق عبد الوهاب محمود، والعطاء رقم (٧/٦) المقدم من شركة سامكريت مصر، والعطاء رقم (٧/٧) المقدم من شركة النيل العامة لإنشاء الطرق، وعند المقارنة بينهم ماليًا من قبل لجنة البت تبين أن العطاء المقدم من شركة سامكريت مصر أرفق به خطاب تضمن معاملات، ونسب لكل بند من البنود الخاضعة للتعديل منسوبًا إلى القيمة الإجمالية لجميع بنود العقد، فى حين لم تتضمن باقى العطاءات مثل هذا الشرط، وبالرغم من ذلك تم ترسية العملية على الشركة بمبلغ مقداره (٥٤٩٣٣٩١٢) أربعة وخمسون مليونًا وتسعمائة وثلاثة وثلاثون ألفًاوتسعمائة واثنا عشر جنيهًا باعتبار العطاء المقدم منها أقل سعرًا من العطاءات المقدمة من الشركات الأخرى، وتم إبرام عقد العملية الذى نص فى البند الواحد والعشرين منه على أن: "الشروط الخاصة: تحتفظ الشركة بحقها فى صرف فروق الأسعار للمواد (حديد التسليح –الأسمنت –البيتومين) طبقًا لأوزان عناصر التكلفة لهذه البنود والواردة فى عطاء الطرف الثانى طبقًا للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية وتعديلاتهما، وطبقًا لقرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ ..."، ولدى تنفيذ العقد طلبت الهيئة من إدارة الفتوى الإفادة بالرأي القانونى عن كيفية تطبيق معادلة فروق الأسعار، هل يكون بتطبيق المعادلة طبقًا للمعاملات المقدمة من الشركة على إجمالى قيمة العقد، أم لكل بند على حدة، أو بعدم تطبيق المعادلة على الشركة لعدم وجود معاملات على كل بند على حدة، ونظرًا لما ارتأته إدارة الفتوى من أهمية لهذا الموضوع فقد أحالته إلى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة التى ارتأت بجلستها المعقودة فى ٢٠١٢/١٢/١٩ إحالته إلى الجمعية العمومية لما آنسته من أهمية وعمومية.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة فى ١٢ من أكتوبر عام ٢٠١٦ م الموافق ١١ من شهر المحرم عام ١٤٣٨ هـ؛ 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) على أن: "١- يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢-..."، وأن المادة (٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ تنص على أن: "تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة..."، وتنص المادة (١٦) منه على أن: "يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطًا والأقل سعرًا بعد توحيد

أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية..."، وتنص المادة (٢٢) مكررًا (١) منه المضافة بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ – قبل تعديلها بالقانون رقم (١٨٩) لسنة ٢٠٠٨– على أن: "فى العقود التى تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقًا 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 وفقًا لمعاملات يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها، ويكون هذا التعديل ملزمًا للطرفين، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغير الأسعار فى الحالات المختلفة".

كما تبين للجمعية العمومية أن المادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ تنص على أن: "بمراعاة ما تقضى به أحكام المادة (١٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات تتولى لجنة البت إجراء المفاضلة والمقارنة بين العروض بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية ... وترفع لجنة البت محضرًا بإجراءاتها وتوصياتها إلى السلطة المختصة لتقرير ما تراه"، وأن المادة (٥٥) مكررًا منها المضافة بقرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ على أنه: "فى عقود مقاولات الأعمال التى تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقًا 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 وفقًا لمعاملات يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها ويكون هذا التعديل ملزمًا للطرفين، ويكون احتساب التغير فى أسعار البنود المشار إليها فى الفقرة السابقة زيادة أو نقصًا وفقًا لمعادلات تغير الأسعار واشتراطات تطبيقها المبينة فيما يلى: أولاً: المعادلات:... ثانيًا: 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 تحديدًا لمعاملات تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التى حددتها الجهة طالبة التعاقد ضمن شروط الطرح والتى يتم التعاقد على أساسها نفاذًا لأحكام القانون. وجوب صرف قيمة المستخلص المعتمد فى المواعيد المحددة وفقًا لأسعار العقد دون انتظار لتطبيق معادلة فروق الأسعار، على أن تتم محاسبة المقاول على فروق الأسعار زيادة أو نقصًا خلال مدة ستين يومًا على الأكثر من تاريخ تقديم المطالبة يتم خلالها مراجعة وصرف تلك الفروق وبمراعاة أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه وذلك بعد تطبيق ذات المعادلة على باقى العطاءات الأخرى عند المحاسبة على ختامى الأعمال. تبدأ محاسبة المقاول على التعديل فى الأسعار زيادة أو نقصًا بالنسبة لعناصر التكلفة التى تم الحصول عليها بعد التعديل وفقًا لنتائج تطبيق المعادلات المشار إليها وذلك بعد مرور سنة من تاريخ فتح المظاريف الفنية أو الإسناد المباشر

بحسب الأحوال وبمراعاة البرنامج الزمنى للتنفيذ وتعديلاته التى يتفق عليها الطرفان، ولا يسرى ذلك فى الحالتين الآتيتين: (أ) العقود التى تكون مدة تنفيذها أقل من سنة ويتأخر تنفيذها لسبب مرجعه إلى المقاول، (ب) الكميات التى يتأخر المقاول فى تنفيذها إلى ما بعد السنة الأولى من تاريخ فتح المظاريف الفنية أو الإسناد المباشر بحسب الأحوال لسبب مرجعه إليه وذلك فى العقود الخاضعة للتعديل طبقًا لأحكام القانون"، وأن المادة (٨٢) من اللائحة ذاتها تنص على أن: "المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة أو النقص تبعًا لطبيعة العملية، والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والمبالغ التى تسدد للمقاول تكون على أساس الكميات التى تنفذ فعلاً سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الواردة بالمقايسة أو الرسومات وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ فى حساب المقايسة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت فى العمل طبقًا لأحكام العقد، ويجب فى جميع الحالات ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول فى ترتيب عطائه ويعتبر المقاول مسئولاً عن التحرى بنفسه عن صحة المقادير والأوزان، وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لإعادة النظر لأى سبب ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصروفات إضافية...".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم – وعلى ما جرى به إفتاؤها – أن المشرع استن أصلاً 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 التى يقررها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية، فالعقد الإدارى شأنه شأن العقد المدنى لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء، أو تعديل التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفين أحدهما هو الدولة، أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وهو بهذه المكانة شريعة المتعاقدين. 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 تعبيرًا صادقًا عن إرادتيهما المشتركة رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقًا لاستقرار المعاملات، يضاف إلى ذلك أن عبارات الاتفاق بجميع مستنداته من كراسة الشروط والمواصفات والمقايسات ومحاضر لجنة البت وأحكام العقد يفسر بعضها بعضًا، فالعبارة المطلقة التى ترد فى كراسة الشروط والمواصفات يحددها خصوص العبارة التى ترد فى العقد إذ الخاص يقيد العام، فتلك أصول فى تفسير العقود اتفق عليها الشراح وأجمعت عليها أحكام المحاكم وإفتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع.

كما استظهرت الجمعية العمومية مما تقدم، أن المشرع فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات حدد طرق وقواعد وإجراءات إبرام عقود شراء المنقولات ومقاولات الأعمال، وغيرها من العقود التى تبرمها الجهات الإدارية، واستلزم أن يجرى التعاقد على ذلك . كأصل عام . عن طريق مناقصات عامة، أو ممارسات عامة لما فيها من علانية تتيح حرية المنافسة، وتكافؤ الفرص على نحو يحقق الوصول إلى أفضل العروض سعرًا وشروطًا، وأن طرح الأصناف، أو الأعمال المراد التعاقد عليها فى مناقصات، أو ممارسات عامة يكون على أساس مواصفات فنية دقيقة، ومفصلة واشتراطات عامة، وخاصة تستقل الجهة الإدارية بوضعها، وأنه بمجرد إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة، أو ممارسة لتوريد أصناف، أو تنفيذ أعمال، تعدُّ هذه الشروط والمواصفات هى قانون التعاقد الذي يتعين الالتزام به وعدم الفكاك منه، باعتبار أن تقديم العطاءات وفقًا لتلك الشروط والمواصفات هو الإيجاب الذى يجب أن يلتقى معه قبول الإدارة لينعقد العقد، ومن ثمَّ يتعين أن تكون المقارنة والمفاضلة بين هذه العطاءات طبقًا لهذا القانون، شريطة توحيد أسس المقارنة بينها من جميع النواحي الفنية والمالية، فلا يجوز استبعاد، أو قبول أى عطاء بالمخالفة لهذه الشروطوالمواصفات وإلا كان ذلك إخلالاً بمبادئ المساواة بين المتناقصين، وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة، وبحيث تأتى الترسية على أقل العطاءات سعرًا وأفضلها شروطًا، شريطة مراعاة المصلحة العامة للخزانة العامة من جانب، والمصلحة الفنية للمرفق العام من جانب آخر.

واستعرضت الجمعية العمومية سابق إفتائها المنتهى إلى، أنه ولئن كان الأصل فى العقد الإداري أن الإيجاب يوجه على أساس الشروط العامة المعلن عنها، والتى تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك فى ذلك، إلا أنه إذا قدم المتناقص تحفظًا على بعض الشروط العامة، أو الخاصة، أو على شروط عطائه، ولم ترفض جهة الإدارة العطاء لهذا السبب وفاوضت مقدمه للنزول عن التحفظ فلم ينزل، أو وافق على تعديله دون النزول الكامل عنه، أو إذا قبلت التحفظ صراحة، أو ضمنًا فإنه يصبح جزءًا من العقد ملزمًا لها، إعمالاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين.

ولاحظت الجمعية العمومية، أن الأولوية التى يتم الخلوص إليها بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات المشتركة فى المناقصة والممارسة فى مرحلة دراسة العطاءات فنيًا هى تحديد العطاء الأفضل شروطًا والأقل سعرًا الذى ستتم ترسية المناقصة أو الممارسة عليه، وتكليف صاحبه بتنفيذ الأعمال يجب أن يصاحب العطاء الذى تمت الترسية عليه فى جميع مراحل التنفيذ، وحتى إجراء الحساب الختامى من خلال متابعة جهة الإدارة دائمًا لأولوية العطاء لمعرفة ما إذا كانت أولوية حقيقية، أم أولوية خادعة استنفدت أغراضها بالترسية، ذلك إعمالاً للمادتين (٧٨)، و(٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

والحاصل فى الحالة المعروضة، أنه وأيًا ما كان وجه الرأى فى مدى صحة ما انتهت إليه الهيئة العامة للطرق و الكباري من قبول العطاء رقم (٧/٦) المقدم من شركة سامكريت مصر بالرغم من أن الشركة أرفقت بعطائها المالي خطاب يتضمن معاملات ونسب لأسعار البيتومين وحديد التسليح والأسمنت منسوبًا إلى القيمة الإجمالية لجميع بنود العقد بالمخالفة لكراسة الشروط والمواصفات الخاصة بالعملية، والتى حظرت فى المادة (١٨) منها مطالبة الشركات بأية زيادات تطرأ على الأسعار والأجور فيما عدا زيادة أسعار البيتومين فقط، مع تثبيت أسعار جميع المواد الأخرى، وإسناد تنفيذ العملية للشركة، فإن ذلك لا يعفى الهيئة من التزامها تطبيق البند الواحد والعشرين من العقد والذي ينص على احتفاظ الشركة بحقها فى صرف فروق الأسعار للمواد (حديد التسليح – الأسمنت – البيتومين) طبقًا لأوزان عناصر التكلفة لهذه البنود وفقًا للمعاملات التى قامت الشركة بتحديدها فى عطائها وتم التعاقد على أساسها، التزامًا من الهيئة بتنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه، إلا أن ذلك لا يعنى أن يؤثر هذا على وجوب بقاء عطاء الشركة أقل العطاءات سعرًا، إذ إن الأولوية التى رتبت العطاءات على أساسها وأرسيت المناقصة بناء عليها لابد وأن تكون مصاحبة للعقد فى مسيرته حتى تمام تنفيذه.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، إلى التزام الهيئة العامة للطرق والكبارى بما ورد فى البند الواحد والعشرين من العقد المبرم مع شركة سامكريت مصر فى الحالة المعروضة دون إخلال بشرط أولوية العطاءات، وذلك كله على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا فى ٢٠١٦/١٠/٥

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

المستشار/
يحيى أحمد راغب دكروري
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رئيس
المكتب الفني

المستشار/
مصطفى حسين السيد أبو حسين
نائب رئيس مجلس الدولة

معتز/