بسم الله الرحمن الرحيم

جمهورية مصر العربية
مجلس الدولة
رئيس الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع
المستشار النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رقم التبليغ:	٨٩٤
بتاريخ:	١٣ / ٥ / ٢٠١٧

ملف رقم: ٥١٧/١/٥٤

السيد اللواء/ محافظ الغربية

تحية طيبة وبعد...

فقد اطلعنا على كتابكم رقم (٦٩٣) المؤرخ ٢٠١٢/١٠/٣م الموجه إلى السيد الأستاذ المستشار/ رئيس مجلس الدولة بشأن طلب الإفادة بالرأى بخصوص مدى انطباق حكم المادة (٢٢) مكررًا (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على عملية إنشاء العمارة رقم (٥) بمدينة الشباب بطنطا، سواء فى صياغتها الواردة بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥، أو صياغتها الواردة بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨، ولاسيما أن مدة تنفيذ العملية زادت على سنة، وكذا مدى إمكانية رد مبلغ ثلاثمائة وثلاثة عشر ألف جنيهٍ لشركة المروة للتجهيزات الطبية والمقاولات بالقاهرة.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن مديرية الإسكان والمرافق بمحافظة الغربية أعلنت عن عملية إنشاء العمارة آنفة الذكر فى مناقصة عامة بمدة تنفيذ مقدارها عشرة أشهر، وتحدد لفتح مظاريف العطاءات الفنية جلسة ٢٠٠٨/٦/١٥، وتم عقد جلسة البت المالى فى ٢٠٠٨/٧/٢٧، وتم ترسية المناقصة على شركة المروة للتجهيزات الطبية والمقاولات بالقاهرة، وأبرم العقد بتاريخ ٢٠٠٨/٩/١٨. وبتاريخ ٢٠٠٩/١٢/١٥ تقدمت الشركة بشكوى إلى مكتب التعاقدات الحكومية تتضرر فيها من قيام المديرية بخصم مبلغ ثلاثمائة وثلاثة عشر ألف جنيهٍ من ختامى العملية، وذلك بعد تطبيق معادلة تغيير الأسعار عليها طبقًا للقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه والذى بدأ العمل به فى ٢٠٠٨/٦/٢٣، فى حين أن هذا القانون لا ينطبق عليها؛ لأن جلسة فتح المظاريف الفنية كانت بتاريخ ٢٠٠٨/٦/١٥، ومن ثم يطبق على التعاقد القانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ بتعديل بعض أحكام قانون

تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه. وقد سبق استطلاع رأى إدارة الفتوى لوزارة الإسكان والتى ارتأت عرض الموضوع على هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة حيث انتهت إلى عدم سريان أحكام نص المادة (٢٢) مكررًا من القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ على العملية المعروضة، ونظرًا لأن تنفيذ هذا الإفتاء يترتب عليه رد المبلغ سالف البيان للشركة المذكورة، فقد طلبتم عرض الموضوع على الجمعية العمومية.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٦ من إبريل عام ٢٠١٧م، الموافق ٢٩ من رجب عام ١٤٣٨هـ؛ 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 طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢-..."، وأن المادة (٢٢) مكررًا (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 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"، وأن المادة (٢٢) مكررًا (١) بعد تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨- المنشور بالجريدة الرسمية العدد (٢٥) مكررًا (ب) فى ٢٠٠٨/٦/٢٢ – والمعمول به بدءًا من ٢٠٠٨/٦/٢٣ طبقًا 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 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، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغيير الأسعار فى الحالات المختلفة".

كما تبين لها أن المادة (٥٥) مكررًا من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ 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

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..."، وأن المادة ذاتها بعد تعديلها بقرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ – المنشور بالوقائع المصرية العدد ١٢٠ (تابع) بتاريخ ٢٠١٠/٥/٢٦ والمعمول به بدءًا من ٢٠١٠/٥/٢٧ طبقًا لحكم المادة الثانية منه – صار نصها: "فى عقود مقاولات الأعمال التى تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقًا 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 وفقًا للمعاملات المحددة فى عطاء المقاول لتلك البنود أو مشتملاتها، ويكون هذا التعديل ملزمًا للطرفين، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. ويكون حساب التغيير فى الأسعار ومحاسبة المقاول على فروق الأسعار رفعًا أو خفضًا وفقًا للتعريفات والمعادلة والقواعد الآتية:- ...".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم- وعلى ما جرى به إفتاؤها- أن المشرع حينما أضاف المادة (٢٢) مكررًا (١) إلى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فقد أقر مبدأ التعديل السنوي لعقود المقاولات المبرمة وفقًا لأحكامه، التى تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر، فألزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية أن تعدل قيمة كل منها بالنسبة للمستقبل وفقًا للزيادة، أو النقص التي طرأت فى تكاليف بنوده وذلك وفق معاملات يحددها المقاول فى عطائه، ويتم التعاقد على أساسها، وناط المشرع باللائحة التنفيذية لهذا القانون تحديد معاملات تغير الأسعار فى الحالات المختلفة، والتى تعد بمثابة شروط لتطبيق هذا الحكم فى الحالات المختلفة. وتنفيذًا لذلك صدر قرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ بتعديل هذه اللائحة مضيفًا إليها المادة (٥٥ مكررًا) والتي تضمنت نظامًا متكاملاً 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، ومن خلال استعراض هذه الشروط، يتضح بجلاء أنها ليست شروطًا شكلية بل هى شروط موضوعية لإعمال حكم المادة (٢٢) مكررًا (١) من القانون المذكور تمثل فى حقيقتها العناصر والأسباب التى يمكن من خلالها تعديل قيمة العقد زيادة أو نقصًا، وحساب فروق السعر، فإذا انتفت هذه الشروط، فلا يتصور المطالبة بتعديل قيمة العقد فى الحالات المختلفة تطبيقًا لحكم المادة (٢٢) مكررًا (١) آنفة الذكر، إذ يكون هناك استحالة قانونية وعملية تحول دون ذلك.

وعلاوة على ما تقدم، فإن المشرع لدى تعديله حكم المادة (٢٢) مكررًا (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه بموجب القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ بحيث ينبسط الإلزام بتعديل عقود المقاولات التى تبرمها الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون إلى العقود التى تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، فى نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية، اتبع النهج ذاته الذى انتهجه التعديل الوارد بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥، حيث ناط باللائحة التنفيذية ذاتها تحديد معاملات تغير الأسعار فى الحالات المختلفة. وتنفيذًا لذلك صدر قرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ – المعمول به بدءًا من ٢٠١٠/٥/٢٧ – بتعديل المادة (٥٥) مكررًا من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والتى تضمنت أيضا نظامًا متكاملا لتطبيق حكم المادة (٢٢) مكررًا (١) من القانون المذكور بعد تعديلها بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ يمثل ركيزة أساسية لقابلية هذا الحكم للتطبيق، بحيث يمتنع فى غيابه تطبيق ما يفرضه من إلزام بتعديل تلك العقود.

كما استظهرت الجمعية العمومية مما تقدم – وعلى ما استقر عليه إفتاؤها – أن المشرع استن أصلاً عامًا 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 طبقًا 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 طبقًا 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، مادام ما اتفق عليه طرفا العقد لا يخالف أحكامًا آمرة، أو أن يرتب المشرع جزاء البطلان لما يخالف بعض الأحكام التى يقررها من عقود، أو شروط فيها، كما هو الحال فيما تنص عليه المادة (٢٢) مكررًا (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ وذلك بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ من بطلان كل اتفاق يخالف حكمها، وهو ما يردده التعديل الذى تم إجراؤه بالقرار رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ على المادة (٥٥) مكررًا من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات على عكس ما كان عليه الحال فى المادة (٢٢) مكررًا (١) المضافة بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥، والمادة (٥٥) مكررًا من اللائحة التنفيذية المشار إليها المضافة بالقرار رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ .

ولما كان ذلك، وكانت الدعوة للتعاقد عن العملية المستطلع الرأى بشأنها، وتقديم العروض فيها، وجلسة البت الفنى بشأنها تمت بتاريخ ٢٠٠٨/٦/١٥ فى ظل العمل بأحكام المادة (٢٢) مكررًا (١) طبقًا للقانون

رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ المشار إليه والمادة (٥٥) مكررًا من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمضافة بقرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦، وذلك قبل العمل بأحكام القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨، كما جرت جلسة البت المالى وهذه العملية بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٢٧ وأُبرم التعاقد فيها بتاريخ ٢٠٠٨/٩/١٨ فى المجال الزمنى لسريان القانون المذكور أخيرًا، قبل تعديل اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ لوضع الشروط الموضوعية التى يتوقف عليها وضع حكم التعديل الذى تضمنه هذا القانون موضع التطبيق، ومن ثمَّ تكون هناك استحالة قانونية وعملية تحول دون قابلية الحكم الذى استحدثه للإعمال لانتفاء شروط ذلك، ويضحى معه حكم القانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ والقواعد المنفذة له التى تنص عليها المادة (٥٥) مكررًا من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمضافة بقرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ هو الواجب التطبيق على العملية، وما يستتبع ذلك من قيام مديرية الإسكان والمرافق بمحافظة الغربية برد مبلغ ثلاثمائة وثلاثة عشر ألف جنيهٍ إلى شركة المروة للتجهيزات الطبية والمقاولات بالقاهرة والذى سبق خصمه من ختامى العملية تطبيقًا للقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ سالف الذكر.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، إلى عدم سريان أحكام المادة (٢٢) مكررًا من القانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على العملية المستطلع الرأى بشأنها، ومن ثم رد مبلغ ثلاثمائة وثلاثة عشر ألف جنيهٍ للشركة المذكورة، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا فى: ١٢/ ٥/ ٢٠١٧

رئيس
المكتب الفنى

المستشار/
مصطفى حسين السيد أبو حسين
نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

المستشار/
يحيى أحمد راغب دكروري
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

معتز/