بسم الله الرحمن الرحيم

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

رقم التبليغ:	٩٦٤
بتاريخ:	٢٠١٧/٥/٩

ملف رقم: ٤٤٢/١/٥٨

السيد الدكتور المهندس/ وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية الجديدة

تحية طيبة وبعد...

فقد اطلعنا على كتابكم رقم (٦٠٨) المؤرخ ٢٠١٦/٣/٣ بشأن مدى قانونية قيام الجهاز التنفيذى لمياه الشرب والصرف الصحى بخصم قيمة الدفعة المقدمة عند حساب فروق الأسعار لمشروع تنفيذ خطوط المياه المرشحة الخارجة من محطة مياه الشرب الجديدة بالعاشر من رمضان مقاولة شركة (المقاولون العرب).

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن الجهاز التنفيذى لمياه الشرب والصرف الصحى قام بطرح مناقصة محدودة لمشروع تنفيذ خطوط المياه المرشحة الخارجة من محطة مياه الشرب الجديدة بالعاشر من رمضان، وحددت جلسة ٢٠٠٩/٦/٢٥ لفتح المظاريف الفنية، وجلسة ٢٠٠٩/٧/١٦ لفتح المظاريف المالية، واعتمدت توصية لجنة البت بالترسية على شركة (المقاولون العرب) بقيمة بلغت (١٤٤٠٨٤٨٤٠) مائة وأربعة وأربعين مليونًا وأربعة وثمانين ألفًا وثمانمائة وأربعين جنيهًا، وأبرم العقد بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٢٣ متضمنًا فى البند الخامس التزام الجهاز بصرف دفعة مقدمة إلى الشركة بنسبة (١٠%) من قيمة العقد، وقام الجهاز بخصم قيمة الدفعة المقدمة عند حساب فروق الأسعار، فتقدمت الشركة بشكوى تتضرر فيها من ذلك؛ فطلبتم عرض الموضوع على الجمعية العمومية.

ونفيد: أن الموضوع عُرِضَ على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة فى ١٠ من مايو عام ٢٠١٧م، الموافق ١٣ من شعبان 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،

مجلس الدولة

أو للأسباب التى يقررها القانون ...."، وأن المادة (١٤٨) منه تنص على أن: "١- يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ..."، وأن المادة (٢٢) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ تنص على أن: "يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد، وذلك بالنسب وفي الحدود ووفقًا للشروط والقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية"، وأن المادة (٢٢) مكررًا منه - المضافة بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ - تنص على أن: "تلتزم الجهة المتعاقدة بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعًا لتقدم العمل وفقًا لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون وذلك خلال ستين يومًا من تاريخ تقديم المستخلص لها تلتزم خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما يتم اعتماده، وإلا التزمت بأن تؤدي للمتعاقد تعويضًا يعادل تكلفة التمويل لقيمة المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقًا لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي"، وأن المادة (٢٢ مكررًا ١) منه - المضافة بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ والمعدلة بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٠٨ - تنص على أن:"في العقود التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقًا 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 وفقًا لمعاملات يحددها المقاول في عطائه ويتم التعاقد على أساسها، ويكون هذا التعديل ملزمًا للطرفين، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغيير الأسعار في الحالات المختلفة".

كما تبين للجمعية العمومية، أن المادة (٥٥) مكررًا من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ - المضافة بموجب قرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ قبل تعديلها بقرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ - تنص على أن: "في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر، فتلتزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقًا 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 وفقًا لمعاملات يحددها المقاول في عطائه، ويتم التعاقد على أساسها ويكون هذا التعديل ملزمًا للطرفين. ويكون احتساب التغير في أسعار البنود المشار إليها في الفقرة السابقة زيادة أو نقصًا وفقًا لمعادلات تغير الأسعار واشتراطات تطبيقها المبينة فيما يلي: ... ثانياً: 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 نفاذاً لأحكام القانون..."، وأن المادة (٦٩) منها – قبل تعديلها بقرار وزير المالية رقم (٥٤٩) لسنة ٢٠١٠ – تنص على أن: "يكون الترخيص بصرف مبالغ مقدما من قيمة التعاقد بموافقة السلطة المختصة وبشرط أن يكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان مصرفي معتمد بذات القيمة والعملة وغير مقيد بأي شروط وساري المفعول حتى تاريخ الاستحقاق الفعلي لتلك المبالغ..."، وأن المادة (٨٥) من اللائحة ذاتها – المعدلة بقرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ – تنص على أن: "تلتزم الجهة الإدارية المتعاقدة بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعًا لتقدم العمل وذلك خلال ستين يومًا من تاريخ تقديم المستخلص لها، تلتزم خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما يتم اعتماده، وإلا التزمت بأن تؤدي للمتعاقد تعويضًا يعادل تكلفة التمويل لقيمة المستخلص المعتمد – بعد استنزال ما قد يكون مسددًا للمقاول من دفعات مقدمة عن كل مستخلص – وذلك عن فترة التأخير التي تجاوز مدة الستين يومًا المشار إليها ووفقًا لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي في تاريخ اليوم التالي لانتهاء الستين يومًا...".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم – وعلى ما جرى به إفتاؤها – أن المشرع استن أصلاً عامًا يطبق على 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، وأنه إذا كان الأصل هو بدء سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه حتى ولو كان مترتبًا على وقائع ، أو مراكز نشأت فى ظل القانون السابق، بما من شأنه أن يؤدى إلى وحدة القانون المُطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة فى الدولة، وتفاديًا لازدواج ، أو تعدد الأنظمة القانونية فى حكم المراكز المتماثلة، إلا أن ثمة استثناء من هذا الأصل خاص بالعقود، إذ تظل المراكز العقدية الجارية حتى بعد صدور قانون جديد محكومة بالقانون الذى تكونت فى ظله دون أن تخضع للأثر المباشر لهذا القانون الجديد، وبذلك يحل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد بشأن المراكز العقدية الجارية، وذلك باعتبار أن المراكز العقدية تخضع فى نشأتها وتحديد آثارها لمبدأ سلطان الإرادة، فيظل النظام القانونى الذى تعاقد الطرفان فى ظله ووضعت أحكامه فى اعتبارهما عند إبرام عقدهما هو الواجب الإعمال، احترامًا لإرادتيهما المشتركة فى هذا الشأن.

كما استظهرت الجمعية العمومية مما تقدم، أن المشرع بموجب قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه أجاز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد، وألزم الجهة المتعاقدة أن تصرف للمتعاقد معها دفعات تحت الحساب تبعًا لتقدم العمل خلال ستين يومًا من تاريخ تقديم المستخلص، وحال إخلالها بذلك تلتزم أن تؤدى للمتعاقد تعويضًا عن فترة التأخير التى تجاوز مدة الستين يومًا يعادل تكلفة تمويل المستخلص بعد استنزال ما قد يكون مسددًا للمقاول من دفعات مقدمة عن كل مستخلص، وفقًا لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزى في تاريخ اليوم التالي لانتهاء الستين يومًا. وقد أقر المشرع في هذا القانون مبدأ تعديل قيمة العقود التى تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، فألزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية أن تعدل قيمته وفق الزيادة، أو النقص التي طرأت في تكاليف بنوده، وذلك وفق معاملات يحددها المقاول في عطائه، ويتم التعاقد على أساسها. وأن المادة (٥٥) مكررًامن اللائحة التنفيذية للقانون المذكور – قبل تعديلها بقرار وزير المالية رقم (٣٤٧) لسنة ٢٠١٠ – تضمنت نظامًا متكاملاً لتعديل قيمة العقد حددت فيه شروط وكيفية إجراء مثل هذا التعديل، فأوجبت على الجهات 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، وكيفية المحاسبة على فروق الأسعار، بما مؤداه أن الشروط التي وضعت فى هذا الشأن ليست شروطًا شكلية بل هى شروط موضوعية تمثل في حقيقتها العناصر والأسباب التي يمكن من خلالها تعديل قيمة العقد، وحساب فروق الأسعار.

ولاحظت الجمعية العمومية أن المشرع قصد من تلك التعديلات التى تم إدخالها على قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه، ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومنعًا من تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر، بتوقى حدوث اختلال فى التوازن المالى للعقد نظرًا لما قد يطرأ من متغيرات فى الأسعار التى قد تعيق تنفيذ المشروعات، ولعدم إثراء أى من طرفى العقد على حساب الطرف الآخر، قرر استنزال ما قد يكون مسددًا للمتعاقد مع الجهة الإدارية من دفعات مقدمة عن كل مستخلص عند حساب التعويض عن التأخير فى صرف المستخلص خلال ستين يومًا على الأكثر من تاريخ تقديم المطالبة، وذلك فى ضوء دخول الدفعة المقدمة الذمة المالية للمتعاقد مع الجهة الإدارية، وللعلة ذاتها فإنه يتعين خصم قيمة الدفعة المقدمة عن كل مستخلص عند حساب فروق الأسعار لتكاليف بنود العقد رفعًا، أو خفضًا لعدم تأثر قيمة تلك الدفعة بما قد يطرأ على تلك التكاليف من متغيرات فى أسعار البنود. يؤكد ذلك أن الجهة الإدارية

لا تحصل على عائد جراء صرف الدفعة المقدمة للمقاول، كما يؤكد ما تقدم أن القول به يتفق مع حسن النية فى تنفيذ العقود، وقواعد العدالة، والإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين لا الإرادة الفردية لكل منهما.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، إلى قانونية ما قام به الجهاز التنفيذى لمياه الشرب والصرف الصحى بخصم قيمة الدفعة المقدمة عند حساب فروق الأسعار الخاصة بعملية تنفيذ خطوط المياه المرشحة الخارجة من محطة الشرب الجديدة بالعاشر من رمضان مقاولة شركة (المقاولون العرب)، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا فى: ٢٩ / ٥ / ٢٠١٧

رئيس
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع
يحيى أحمد راغب دكروري
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رئيس
المكتب الفني
المستشار/
مصطفى حسين السيد أبو حسين
نائب رئيس مجلس الدولة

المستشار/
معتز/