بسم الله الرحمن الرحيم

رقم التبليغ :	٥٧
بتاريخ :	٢٠١١/٢/٢٣

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ملف رقم : ٧٨ / ٢ / ٩٨

السيد /محافظ الجيزة

تحية طيبة وبعد ،،،

اطلعنا على كتاب وكيل وزارة الإسكان والمرافق بالمحافظة رقم ٥١٦٣ المؤرخ ٢٠٠٨/١٢/١٦، الموجه إلى إدارة الفتوى لوزارة الإسكان والمرافق والتنمية العمرانية فى شأن طلب إعادة النظر فى فيما انتهت إليه الإدارة فى شأن التظلم المقدم من المقاول كرم رزق روفائيل المسند إليه عملية استكمال مستشفى مبارك المركزى بمنشأة القناطر بالعقد رقم ٥ لسنة٢٠٠٦/٢٠٠٧ لتعديل أسعار هذا العقد فى ضوء القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بتعديل قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والذى يطلب فيه كذلك تعديل شروط التعاقد، ومدى أحقيته فى التعويضات التى قررتها اللجنة الرئيسية للتعويضات.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن محافظة الجيزة أعلنت عن مناقصة عامة محلية لتنفيذ عملية استكمال مستشفى مبارك المركزى بمنشأة القناطر، وتقدم المقاول المذكور بعطاء فى هذه المناقصة أورد به شرط المحاسبة على زيادة أسعار مواد البناء والمهمات والآلات، وتنازل عن هذا الشرط أثناء اتخاذ إجراءات البت حيث تمت ترسية العملية عليه، وأنه بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٣ أبرم عقد المقاولة رقم ٥ لسنة ٢٠٠٦/٢٠٠٧ لتنفيذ العملية المشار إليها بقيمة إجمالية قدرها ٤٠٠٥٣٥٠,٨٠ جنيه شاملة كافة الضرائب والرسوم المقررة وبمدة تنفيذ قدرها ١٢ شهراً من استلام الموقع، وتضمن البند السابع من العقد أن تظل الأسعار ثابتة دون أى زيادة طوال مدة التنفيذ وحتى انتهاء العمل بالكامل، وأنه أثناء التنفيذ تقدم المقاول المذكور بطلب لتعديل أسعار العقد فى ضوء القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ و شروط التعاقد حيث انتهت إدارة الفتوى لوزارة

الإسكان والمرافق والتنمية العمرانية بفتواها رقم ٧٩٤ بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٢٨ بالملف رقم ٣٣٠٨/١٣/٣١ إلى عدم جواز تعديل أسعار عقد العملية المشار إليها تأسيساً على أن العقد تضمن شرط ثبات الأسعار ولم يبد المقاول أية ملاحظات أو تحفظات بعد تنازله عن شرط المحاسبة على فروق الأسعار فى حالة زيادة أسعار مواد البناء والمهمات والآلات، فضلاً عن تخلف مناط إعمال أحكام القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ لخلو شروط الطرح من تحديد العناصر وخلو عطاء المقاول من تحديد المعاملات، وأن المقاول تظلم من رأى إدارة الفتوى على أساس أن زيادة الأسعار التى طرأت خلال مدة تنفيذ العقد الأصلية منذ استلام الموقع فى ٢٠٠٦/٨/٩ وحتى ٢٠٠٧/٨/٨ واستمرت مع مدة التنفيذ الإضافية لسنة تالية تنتهى فى ٢٠٠٨/٩/٢ تعد حادثاً استثنائياً طارئاً موجباً لاستحقاق فروق الأسعار عملاً بحكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى، بالإضافة إلى أن ما خلصت إليه الفتوى من تخلف مناط إعمال أحكام القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ يعد تخصيصاً للنص بغير مخصص، والتمس المذكور بحث تظلمه فى ضوء ما سبق وما صدر عن مجلس الوزراء بجلسته بتاريخ ٢٠٠٨/٤/١٦ بتعويض المقاولين، وأنه ورد لمديرية الإسكان بالجيزة كتاب وزارة الإسكان (قطاع التشييد والعلاقات الخارجية) رقم ٢٤ بتاريخ ٢٠٠٨/٩/٢٣ متضمناً أن العقود المسندة فى ظل القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ والتى لم تتضمن شروط طرحها عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل ولم يتضمن عطاء المقاول تحديداً للمعاملات يستحق المقاول فيها التعويض طبقاً لنسب الزيادة المعتمدة من اللجنة الرئيسية للتعويضات بالوزارة كل ثلاثة شهور، وهو ما ينطبق على الحالة المعروضة، ونظراً لأن العقود التى تبرمها المديرية مع جميع المقاولين المتعاملين معها تتضمن النص على ثبات الأسعار دون زيادة طوال مدة التنفيذ وحتى انتهاء العمل بالكامل، طلبت المديرية رأى وزارة الإسكان فى مدى أحقية هؤلاء المقاولين فى التعويض طبقاً للجداول المعتمدة، وأفادت الوزارة بتطبيق الضوابط الخاصة بصرف التعويضات بالنسبة للعقود المبرمة فى ظل القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ وقبل صدور اللائحة التنفيذية، وأنه فى ضوء ما سبق طلبت المديرية من إدارة الفتوى المختصة إعادة النظر فيما سبق أن انتهت إليه حيث أعدت إدارة الفتوى تقريراً بالرأى القانونى عرض على هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى التى انتهت بجلستها بتاريخ ٢٠٠٩/٤/١ إلى إحالة الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع للأهمية والعمومية.

ونفيد أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى ١٥ من ديسمبر لسنة ٢٠١٠ م، الموافق ٩ من محرم لسنة ١٤٣١هـ ، 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. ٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" و ينص 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 ١٩٩٨كان ينص فى المادة ٢٢ مكرراً (١) المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ قبل تعديلها بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٨ على أن" فى العقود التى تكون 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 إذ 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.

واستعرضت الجمعية العمومية الشروط التي وردت بعطاء المقاول المذكور المقدم لمحافظة الجيزة عن العملية فى الحالة المعروضة ومنها الشرط الخاص بالمحاسبة على فروق الأسعار الناتجة عن زيادة أسعار مواد البناء والمهمات والآلات والذي تنازل عنه المقاول بكتابه الموجه إلى وكيل وزارة الإسكان والمرافق بالجيزة إبان إجراءات البت فى العملية، وهو ما يعنى أن المقاول المذكور تنازل بمحض إرادته عن طلبه المحاسبة على فروق الأسعار الناشئة عن زيادة أسعار مواد البناء والمهمات والآلات، وعلى ذلك انعقدت إرادة الطرفين وتحرر العقد بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٣ الذى تضمن شرطا صريحا فى البند السابع مفاده أن تظل الأسعار ثابتة دون أي زيادة طوال مدة التنفيذ وحتى انتهاء العمل بالكامل، وإذا كانت قواعد التفسير تقضى بأنه لا يجوز الانحراف عن المدلول الظاهر للعبارات الصريحة والواضحة للعقد بمقولة أن النص ينصرف إلى ثبات الأسعار طوال مدة التنفيذ الأصلية دون مدة التنفيذ الإضافية الناشئة عن إضافة مدة التأخير فى صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية إذ أن هذه المدة الإضافية هي تطبيق للبند الثاني من شروط التعاقد- والتي يتعين تفسيرها جميعاً فى إطار النية المشتركة للمتعاقدين- والتي لا تحتمل تأويلا سوى انصرافها إلى ثبات الأسعار طوال مدة التنفيذ سواء الأصلية أو الإضافية وحتى انتهاء العمل بالكامل إعمالاً لصريح نص البند المذكور وهو مالا يجوز معه إجابة المقاول المذكور إلى طلبه المحاسبة على فروق الأسعار الناشئة عن زيادة أسعار مواد البناء والمهمات والآلات أخذاً فى الاعتبار أن البند الخاص بإضافة مدة تأخير صرف المستخلصات إلى مدة التنفيذ لم يرد به الإشارة إلى تعديل الأسعار بناء على هذه الزيادة فى المدة.

وحيث إنه وعن طلب المقاول تطبيق نظرية الظروف الطارئة على حالته فإنه يشترط لتطبيق هذه النظرية – وعلى نحو ما استقر عليه القضاء والإفتاء – أن يطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف سواء طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد وهذا هو مقتضى وصفها بالاستثنائية أو الطارئة ولا يملك المتعاقد لها دفعا، ويكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيماً، ويكون نتيجة توافر هذه الشروط تطبيق تلك

النظرية بحيث يتمخض الأمر عن إلزام جهة الإدارة المتعاقدة، بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من الخسارة التى حاقت به.

ولاحظت الجمعية العمومية أن إعمال هذه النظرية يتطلب أن تكون الخسارة التى تلحق بالمتعاقد مع الإدارة خسارة فادحة جسيمة تجاوز فى فداحتها الخسارة العادية المألوفة فى التعامل، بحيث يترتب عليها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فإذا لم يترتب على الظروف الطارئة أية خسارة، أو كانت هذه الخسارة طفيفة بالنسبة إلى مجموع عناصر العقد، أو كانت فى حدود الخسارة العادية المألوفة فى التعامل، أو انحصر اثر الظرف الطارئ فى تفويت فرصة الربح على المتعاقد بإنقاص أرباحه كلها أو بعضها، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة لتخلف أحد أهم شروطها، وأنه وبتطبيق المبادئ المتقدمة على الحالة المعروضة، ولما كان الثابت من الأوراق أن زيادة الأعباء المالية على المقاول المذكور نتجت عن ارتفاع أسعار المواد والمهمات والآلات وذلك من المسائل المتوقعة الحدوث فى ضوء أن تنفيذ العملية يمتد لفترة عام بخلاف المدد الإضافية الناتجة عن تأخير صرف المستخلصات، ومن ثم فإن ارتفاع الأسعار خلال هذه المدة لا يعد ظرفاً استثنائيا غير متوقع - بفرض صحته - لم يؤد إلى إلحاق خسائر فادحة بالمقاول المذكور يترتب عليها قلب اقتصاديات العقد، ومن ثم لا يتوافر مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة على حالته.

وحيث إنه بالنسبة لما أثاره المقاول من تطبيق أحكام المادة ٢٢ مكررا (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥- والتى أجازت للجهات الإدارية تعديل قيمة العقود التى تبرمها وفقاً للزيادة أو النقص فى تكاليف بنود العقد التى تطرأ خلال فترة التنفيذ- على حالته فإن طرح عملية استكمال مستشفى مبارك بمنشأة القناطر تم فى مناقصة عامة محلية فتحت مظاريفها بتاريخ ٢٠٠٦/٥/١٧ دون أن تضمن شروط الطرح عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل، ولم يتضمن عطاء المقاول المذكور معاملات تغير الأسعار، وهو ما من شأنه تخلف مناط تطبيق أحكام المادة ٢٢ مكرراً المشار إليها على حالته، دون أن ينال من ذلك أن طرح العملية تم فى ظل العمل بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ وقبل صدور اللائحة التنفيذية له إذ أن الشروط التى تضمنتها اللائحة التنفيذية وعلى نحو

ما سبق إيضاحه هى شروط موضوعية يتعين توافرها ابتداء لإمكانية تعديل الأسعار وفقاً لحكم المادة ٢٢ مكرراً، فضلاً عن أن تقدم المقاول المذكور بعطائه فى ضوء ما سبق لا يعطى له حقاً مكتسباً أو مركزاً قانونياً بدون توافر الشروط.

ولا يغنى فى هذا الشأن استناد المقاول فى طلبه إلى ما 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 وبعد صدور اللائحة التنفيذية للقانون والتى لم تضمن شروط الطرح لها عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل، ولم يتضمن عطاء المقاول تحديد المعاملات التى تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التى حددتها الجهة طالبة التعاقد، مما يتعذر معه تعويض المقاول عن الزيادة الحادثة نتيجة ارتفاع الأسعار، وأن المقاول يستحق تعويضاً طبقاً للزيادة المعتمدة من اللجنة الرئيسية للتعويضات، ذلك أن ما صدر من مجلس الوزراء لا ينال من احترام الإرادة المشتركة للمتعاقدين والتى انعقدت فى ضوء ملابسات الحالة المعروضة على الالتزام بشرط ثبات الأسعار طوال مدة التنفيذ وحتى انتهاء العمل بالكامل وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات، سيما وأن المشرع حينما تدخل وأصدر القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بتعديل قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه وأضاف المادة ٢٢ مكرراً (١) كان يهدف - 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" وما 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 أنها 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 فلا 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

لذلك انتهت الجمعية العمومية إلى عدم أحقية المقاول المعروضة حالته فى تعديل أسعار عقد عملية استكمال مستشفى مبارك المركزى بمنشأة القناطر وذلك على النحو المبين تفصيلا بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته،،

تحريرًا في: ٢٣/٣/٢٠١١

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع
المستشار الدكتور/
محمد أحمد عطية
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

أحمد//
منال//
هشام//