مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

رقم التبليغ :	٢١٤
بتاريـــخ :	٢٤/ ٤ /٢٠١٠

ملف رقم : ٥٤ / ١ / ٤٦٨

السيـــد القائم بأعمال / رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للأرصاد الجوية

تحيـــة طيبـــة وبعـــد ،،،

اطلعنا على كتابكم رقم ١٥٥٥ المؤرخ ٢٠٠٧/١٢/٢٤ الموجه إلى إدارة الفتـــوى لـــوزارات النقل والاتصالات والطيران المدنى، في شأن مدى التزام الهيئة العامة للأرصاد الجوية بتعديل قيمـــة عقد إنشاء قاعة المؤتمرات الدولية المبرم مع الشركة الدولية للتجارة والمقاولات فى نهاية كل ســـنه تعاقدية، وذلك طبقاً للبند التاسع من العقد، والمادة (٥٥) مكرراً من اللائحة التنفيذية من قانون تنظـــيم المناقصات والمزايدات.

وحاصل الوقائع ــ حسبما يبين من الأوراق ــ أن الهيئة العامة للأرصاد الجوية طرحت عملية إنشاء قاعة المؤتمرات الدولية بها وملحقاتها فى مناقصة عامة ،ونص في البند (٢) من الاشتراطات العامة الواردة فى كراسة شروط ومواصفات العملية على أن " يجب مراعاة أحكام المادة (٥٥ مكرراً) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ عند وضع جداول الفئات فى العطاء المالى المقدم من الشركة مع مراعاة أن يرفق بالعطاء المالى ..... البرنامج الزمنى للتنفيذ موضحاً به الأعمال وكمياتها التى تنفذ كل عام على حدة مع تحديد النسب لكل بند من البنود الخاضعة للتعديل "، وأنه تقدم للاشتراك فى المناقصة ثلاثة عطاءات حيث تم استبعاد العطاء رقم ٣/١ لمخالفته الشروط الفنية للمناقصة، وتبقى العطاء رقم ٣/٢ المقدم من الشركة الدولية للتجارة و المقاولات، والعطاء رقم ٣/٣ المقدم من شركة أطلس العامة للمقاولات، وعند المقارنة بينهما مالياً من قبل لجنة البت تبين أن العطاء المقدم من الشركة الدولية للتجارة والمقاولات تضمن معاملات ونسب لكل بند من البنود الخاضعة للتعديل ، فى حين لم يتضمن العطاء المقدم من شركة أطلس العامة للمقاولات أية معاملات لهذه البنود،وأنه بالرغم من ذلك تم ترسية العملية على الشركة الدولية للتجارة والمقاولات بقيمة إجماليـــة ٤٩٩٨٠١٦١,٨٨ جنيهاً باعتباره أقل سعراً من العطاء المقدم من الشركة الأخرى، وأنه تم إبرام عقد العملية الذى نص البند التاسع منه على أن " يلتزم الطرف الأول (الهيئة) فى نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً

للزيادة أو النقص التى طرأت بعد تاريخ فتح المظاريف الفنية (٢٠٠٧/٤/١٢) فى تكاليف البنود محل التعديل والمحددة بكراسة الشروط والمواصفات،وذلك وفقاً للمعاملات التى قام الطرف الثانى (الشركة) بتحديدها فى عطائه وتم التعاقد على أساسها، ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين عملاً بالمادة (٥٥مكرراً) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ المعدلة بقرار وزير المالية رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ ، وأنه بناء على ذلك طلبت الهيئة الرأى من إدارة الفتوى في شأن مدى الالتزام بتطبيق ما ورد فى البند المشار إليه فى ضوء أن العطاء الآخر المقبول فى المناقصة التى طرحت فيها العملية لم يتضمن أية معاملات للبنود الخاضعة للتعديل فى عطائه. ونظراً لما ارتأته إدارة الفتوى من أهمية لهذا الموضوع فقد أحالته إلى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة التي إرتأت بجلستها المنعقدة فى ٢٠٠٩/١/٢١ إحالته إلى الجمعية العمومية لما آنسته فيه من أهمية وعمومية .

ونفيد أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى ٩ من ديسمبر سنة ٢٠٠٩ م الموافق ٢٢ من ذى الحجة سنة ١٤٣٠هـ ، فاستعرضت القانون المدنى الذى ينص في المادة ١٤٧ منه على أن" ١- العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ،أو للأسباب التى يقررها القانون ....." وفي المادة ١٤٨على أن " ١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية٢-.....".

واستعرضت الجمعية العمومية كذلك قانون تنظيم المناقصات و المزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الذى ينص في المادة (٢) منه على أن " تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ...". وفي المادة (١٦) منه على أن " يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية والمالية ...".وفي المادة (٢٢) مكرراً (١) منه ــ المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ وقبل تعديلها بالقانون رقم١٨٩ لسنة ٢٠٠٨ــ على أنه " فى العقود التى تكون مدة 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 الفنية 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 ".

وأخيراً استعرضت الجمعية العمومية اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ التى تنص المادة ٥٥ مكرراً منها والمضافة 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 وفقاً 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 وفقاً لمعاملات يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين . ويكون احتساب التغير فى أسعار البنود المشار إليها فى الفقرة السابقة زيادة أو نقصاً وفقاً لمعادلات تغير الأسعار واشتراطات تطبيقها المبينة فيما يلى : أولاً – المعادلات : ..... 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، ووجوب أن يتضمن عطاء المقاول تحديداً لمعاملات تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التى حددتها الجهة طالبة التعاقد ضمن شروط الطرح والتى يتم التعاقد على أساسها نفاذاً لأحكام القانون، ووجوب صرف قيمة المستخلص المعتمد فى المواعيد المحددة وفقاً لأسعار العقد دون انتظار لتطبيق معادلة فروق الأسعار ، على أن تتم محاسبة المقاول على فروق الأسعار زيادة أو نقصاً خلال مدة ستين يوماً 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، وأن تبدأ محاسبة المقاول على التعديل فى الأسعار زيادة أو نقصاً بالنسبة لعناصر التكلفة التى تم الحصول عليها بعد التعديل وفقاً 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، وأن ما تقدم لايسرى 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 طبقاً لأحكام القانون " والمادة (٧٨) من اللائحة المذكورة والتي تنص على أن " يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أوالنقص فى حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك . ويجوز فى حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة . ويجب فى جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالى اللازم وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه ..... " والمادة (٨٢) من ذات اللائحة والتي تنص على أن " المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة أو النقص تبعاً 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 طبقاً 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 ما جرى عليه إفتاؤها من 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 التداول

المنافسة وتكافؤ الفرص على نحو يحقق الوصول إلى أفضل العروض سعرا وشروطاً، وأن طرح الأصناف أوالأعمال 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 الأصناف أو تنفيذ الأعمال ، تعتبر هذه الشروط والمواصفات هى قانون التعاقد حيث يتعين الالتزام بها وعدم الفكاك منها ، باعتبار أن تقديم العطاءات وفقاً لتلك الشروط والمواصفات هو الإيجاب الذى يجب أن يلتقى معه قبول الإدارة لينعقد العقد ، وبالتالى يتعين أن تكون المقارنة والمفاضلة بين هذه العطاءات طبقاً لهذا القانون ، ويكون كذلك من خلال توحيد أمين لأسس المقارنة بينهما من جميع النواحى الفنية والمالية ، فلا يجوز استبعاد أو قبول أى عطاء بالمخالفة لهذه المعايير أوالشروط، وإلا كان ذلك إخلالاً بمبادئ المساواة بين المتناقصين وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة ، وبحيث تأتى الترسية على أقل العطاءات سعراً وأفضلها شروطا للجمع بين مراعاة اعتبارى الصالح العام للخزانة العامة والمصلحة الفنية للمرفق العام من جانب آخر.

ولاحظت الجمعية العمومية أن مبدأ توحيد أسس المقارنة بين العطاءات المشتركة في المناقصة والممارسة في مرحلة دراسة العطاءات فنياً ومالياً وما قد ينتج عنه من استبعاد العطاءات المخالفة للشروط والمواصفات المطروحة ، فضلاً عن كونه مؤثراً في تحديد العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً – الذي ستتم ترسية المناقصة أو الممارسة عليه وتكليف صاحبه بتنفيذ الأعمال– فإنه يصاحب العطاء الذي تمت الترسية عليه في جميع مراحل التنفيذ وحتي إجراء الحساب الختامي من خلال متابعة جهة الإدارة دائماً لأولوية العطاء لمعرفة ما إذا كانت أولوية حقيقية أم أولوية خادعة استنفدت أغراضها بالترسية ؛ ذلك أن المشرع ألزم فى المادتين (٧٨) ، (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات جهة الإدارة عند إجراء الحساب الختامي التأكد من أن ما تم تنفيذه بالفعل من كميات تم بأقل الأسعار في المناقصة أو الممارسة ، وذلك بأن تجري مقارنة بين إجمالي أسعار المقاول المنفذ وبين إجمالي أسعار غيره من العطاءات المقبولة فنياً، وذلك بافتراض أن كل عطاء من تلك العطاءات نفذ

ذات الأعمال الواردة في الحساب الختامي بذات الشروط والمواصفات المتعاقد عليها. فإذا تبين أن إجمالي سعر المقاول الذي تمت الترسية عليه تزيد عن أي منها وجب خصم المبلغ الزائد ليظل إجمالي قيمة العطاء المنفذ أقل منها جميعا ، وذلك إعمالاً لإرادة المشرع بأن تظل الأولوية التي رتبت العطاءات وأرسيت المناقصة على أساسها مصاحبة للعقد حتي تمام تنفيذه . وبالتالي فإنه في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزامها الذي يفرضه عليها المشرع في المادة (١٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه باستبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات المطروحة في المناقصة والممارسة ، وقيامها بقبول عطاء أو أكثر من هذه العطاءات ينطوي على شروط فنية أو مالية يكون من المتعذر معها مقارنتها بغيرها من العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات سواء في مرحلة الترسية أو عند إجراء الحساب الختامي، فإنه يصبح من المتعذر على جهة الإدارة تطبيق شرط أولوية العطاء حسبما هو وارد في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الأمر الذي يتعين معه استبعاد هذا العطاء من دائرة التطبيق في هذه الحالة.

كما استظهرت الجمعية العمومية أن المشرع أضاف بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ المادة ٢٢ مكرراً (١) إلي قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ التى أقر بها مبدأ تعديل قيمة العقد سنوياً ، حيث ألزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل سنة تعاقدية بأن تعدل قيمته وفقاً لما قد يطرأ من زيادة أو نقص في تكاليف بنوده بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد المباشر ، وذلك وفقاً لمعاملات يحددها المقاول في عطائه يتم التعاقد على أساسها ، وأوكل إلي اللائحة التنفيذية تحديد معاملات تغير الأسعار في الحالات المختلفة، وأنه تنفيذاً لذلك صدر قرار وزير المالية رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ بإضافة المادة ٥٥ مكرراً إلي اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والتي وضعت نظاماً متكاملاً لتعديل قيمة العقد حددت فيه شروط وكيفية إجراء مثل هذا التعديل . حيث أوجبت على الجهة طالبة التعاقد تحديد عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل ضمن شروط الطرح ، وألزمت المقاولين بتحديد معاملات في عطاءاتهم تمثل أوزان التكلفة للبنود التي سيرد عليها التعديل ، كما أوضحت المادة المذكورة كيفية المحاسبة على فروق الأسعار،

فوضعت معادلات حسابية يؤدي إعمالها إلي تحديد قيمة هذه الفروق ، وذلك عن طريق استخدام المعاملات التي حددها المقاول في عطائه عند تقديمه . كما بينت هذه المادة كيفية إعمال شرط أولوية العطاء في هذه الحالة حيث أشارت إلي أن ذلك يتم عن طريق تطبيق ذات معادلة تغير الأسعار على باقي العطاءات الأخرى عند المحاسبة على ختامى الأعمال، وهو ما مؤداه أنه حتى يتسنى تطبيق شرط الأولوية فى هذه الحالة يتعين على جهة الإدارة عند دراستها العطاءات المشتركة في المناقصة أو الممارسة إستبعاد العطاءات التي لم تضع معاملات تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التي حددتها الجهة طالبة التعاقد ضمن شروط الطرح، فإذا أغفلت جهة الإدارة ذلك الإجراء ولم تستبعد مثل هذه العطاءات وأدخلتها في المقارنة مع العطاءات الأخرى التي وضعت هذه المعاملات، فإنه يكون من المتعذر إعمال شرط أولوية العطاء في هذه الحالة، لأنه فضلاً عن مخالفة هذه العطاءات لشروط الطرح ، فإنها تكون مفتقدة لأحد عناصر تطبيق الأولوية طبقاً للمادة ٥٥ مكرراً سالفة الذكر ، وهو معادلة تغير الأسعار المشار إليها.

واستعرضت الجمعية العمومية ما جرى عليه إفتاؤها من أن المشرع إستن أصلاً من أصول القانون ينطبق في 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 تنفيذه يجب أن يكون طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية ، فالعقد الإداري شأنه شأن العقد المدني لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء أو تعديل التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة وهو بهذه المثابة شريعة المتعاقدين.

والحاصل في الحالة المعروضة أنه وأياً ماكان وجه الرأي في مدي صحة ما إنتهت إليه الهيئة العامة للأرصاد الجوية من قبول العطاء رقم٣/٣ المقدم من شركة أطلس العامة للمقاولات بالرغم من أنه لم يتضمن تحديداً لمعاملات تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود المحددة في البند (٢) من الاشتراطات العامة الواردة في كراسة وشروط مواصفات العملية ، وقيام

الهيئة بإدخاله في مقارنة مع العطاء رقم ٣/٢ المقدم من الشركة الدولية للتجارة والمقاولات الذي جاء مطابقاً لكراسة الشروط في شأن تحديده للمعاملات المشار إليها ، وقيام الهيئة بإسناد العملية للعطاء الأخير بالرغم من تعذر المقارنة بين هذين العطاءين سواء عند ترسية العملية أوعند إجراء الحساب الختامي لها . فإن ذلك كله لا يعفي الهيئة من التزامها بتطبيق البند التاسع من العقد المبرم مع الشركة الدولية للتجارة والمقاولات من تعديل قيمة العقد في نهاية كل سنة تعاقدية وفقاً للزيادة أو النقص التي طرأت بعد تاريخ فتح المظاريف الفنية في تكاليف البنود محل التعديل سالف الذكر ، وذلك وفقاً للمعاملات التي قامت الشركة بتحديدها في عطائها وتم التعاقد على أساسها ، وذلك إلتزاماً من الهيئة بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى التزام الهيئة العامة للأرصاد الجوية بما ورد في البند التاسع من العقد المبرم مع الشركة الدولية للتجارة والمقاولات والاستثمار العقاري في الحالة المعروضة، على النحو المبين بالأسباب

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا في: ١٧/٤/٢٠١٠

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

المستشار/
محمد عبد الغني حسن
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رئيس المكتب الفني
المستشار/
أحمد عبد التواب موسى
نائب رئيس مجلس الدولة

نيفين ٠ منال