بسم الله الرحمن الرحيم

رقم التبليغ :	٢٧٧
بتاريـــخ :	١٩ / ٥ / ٢٠٠٩

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ملف رقم : ٧٨ / ٢ / ٩٤

السيـــد الأستاذ الدكتور / وزير الموارد المائية والرى

تحية طيبة وبعد ،،،

بالاشارة إلى كتابكم رقم ٨٤٩٧ المؤرخ ٢٠٠٨/١٠/٢٦ فى شأن الإفادة بالرأى القانونى فى مدى أحقية شركة وادى كوم أمبو مقاول الأعمال التكميلية لخزان المناوبة على ترعة الصف الجديدة فى إضافة مدد إضافية لتوقف الأعمال نتيجة سوء الأحوال الجوية والتأخير فى صرف بعض المستخلصات، ومدى أحقية الشركة فى الاستفادة من أحكام القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ المعدل لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ نظراً لفتح المظاريف الفنية فى ٢٠٠٤/١٢/١٤ قبل صدور القانون المشار اليه ، والقواعد الواجب اتباعها عند حساب المدد الإضافية نتيجة التأخير فى صرف بعض المستخلصات للعمليات التى تم إبرامها بعد صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ .

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن وزارة الموارد المائية والرى أسندت الأعمال التكميلية لخزان المناوبة على ترعة الصف لشركة وادى كوم أمبو بقيمة إجمالية قدرها ٥٧٥٠٢٥٥ جنيهًا (خمسة ملايين وسبعمائة وخمسون الفا ومائتين وخمس وخمسون جنيهاً) وبمدة تنفيذ مقدارها ٢٤ شهراً تبدأ من ٢٠٠٥/٤/٢٠ وتنتهى فى ٢٠٠٧/٤/١٩ ، وأنه بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٧ طلبت الشركة إضافة مدة مقدارها (٦١ يوماً) إلى مدة تنفيذ العملية لتوقف الأعمال خلال هذة المدة لسوء الأحوال الجوية، كما طلبت بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٣ الموافقة

على إضافة مـــدة (٢٣ شهراً و١٧ يوما ً) إلى مدة تنفيذ العملية بسبب التأخير فى صرف المستخلصات الجارية ، وأن الجهة الإدارية المتعاقدة قامت ببحث طلبات الشركة وانتهت إلى أن عدد الأيام التى توقف العمل خلالها بسبب سوء الأحوال الجوية لهطول الأمطار والعواصف الرملية بلغت (٤٣ يوماً)، وأن مدد التأخير فى صرف المستخلصات بلغت (١٧٦ يوماً)، وبذلك يكون إجمالى مدد التوقف (٢١٩ يوماً)، وأن الجهة الإدارية استطلعت رأى إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والرى في مدى أحقية الشركة المذكورة فى إضافة مدد التوقف المشار إليها إلى مدة تنفيذ العملية فانتهت بفتواها رقم ١٥٢٤ بتاريخ ٢٠٠٧/٨/٨ إلى عدم أحقية الشركة فى إضافة مدد التوقف بسبب سوء الأحوال الجوية، وأحقية الشركة فى حساب مدد التأخير فى صرف المستخلصات ضمن مدة تنفيذ العملية ، وإلى أن حساب هذه المدد يكون بخصم مدة التأخير التالية على الستين يوماً التالية لتقديم كل مستخلص إعمالاً لحكم المادة (٢٢ مكرراً) من قانون المناقصات والمزايدات المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ وليس بخصم مدة التأخير التالية على الخمسة عشر يوماً التالية لتقديم المستخلص كما كانت تفعل الجهة الإدارية ، وأنه يتعين عند حساب مدد التأخير حساب نسبة مدة تأخير كل مستخلص على حدة منسوبة إلى مدة العملية ككل ، وأنه إزاء اختلاف الرأى حول كيفية حساب مدد التأخير عاودت الجهة الإدارية استطلاع رأى إدارة الفتوى المختصة مرة أخرى ، فأكدت بفتواها رقم ١٦٤٨ بتاريخ ٢٠٠٨/٨/١٢ على افتاءها السابق ، وأنه إزاء ذلك الخلاف فى الرأى رأيتم استطلاع رأى الجمعية العمومية فى المسائل المشار إليها ٠

نفيد أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة فى ١ من إبريل سنة ٢٠٠٩م الموافق ٥ من ربيع الآخر سنة١٤٣٠هـــ، 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 ٠ (٢) ....." وفى المـــادة (١٤٨) على أن "١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.٢- ....." ، وأن المادة (٢٢ مكرراً) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمضافة بالقانون رقم ٥ لسنة

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

٢٠٠٥ تنص على أن " تلتزم الجهة المتعاقدة بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم المستخلص لها تلتزم خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما يتم اعتماده ، وإلا التزمت بأن تؤدى للمتعاقد تعويضاً يعادل تكلفة التمويل لقيمة المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزى "، وأن المادة (٢٣) من القانون المذكور تنص على أنه "إذا تأخر المتعاقد فى تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له جاز للسلطة المختصة لدواعى المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير.....

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أواتخاذ أى إجراء آخر. ويعفى المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته .....

وفى حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها ، يكون للمتعاقد الحق فى اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك ، .....".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم ــ وعلى ما جرى به إفتاؤها ــ 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 تنفيذ العقد يجب أن يكون طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية ، 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 تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة لأطرافه ، وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات ، وأن عبارات الاتفاق بكافة مستنداته من كراسة الشروط والمواصفات للمناقصة العامة والمقايسات ومحاضر لجنة البت وأحكام العقد تفسر بعضها بعضاً، وأن الغبارة المطلقة التى ترد فى كراسة الشروط والمواصفات لا يحدها سوى خصوص

العبارة التى ترد فى العقد ، فتلك أصول فى تفسير العقود اتفق عليها الشراح وأجمعت عليها أحكام المحاكم وإفتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع .

وتبين للجمعية العمومية ــ وعلى ما جرى عليه إفتاؤها كذلك ــ أنه فى مجال العقود بصفة عامة فإنه يتعين أن يتم تنفيذها فى الموعد المتفق عليه وإلا استنهضت جهة الإدارة حقها المخول لها قانوناً باقتضاء غرامة التأخير من المتعاقد للتقاعس عن إنهاء الأعمال فى موعدها ، بيد أنه إذا تبين من واقع الحال أن التأخير فى تنفيذ مقاولات الأعمال كان مرده حادثاً فجائياً أو أسباباً قهرية كان من أثرها لا الإعفاء من تنفيذ الإلتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيتبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث ، وينحسر فى هذه الحالة عن مدة التوقف مناط توقيع غرامة التأخير ، وأن من الأمور المسلمة أنه يشترط فى الحادث الفجائى أو القوة القاهرة أن يكون غير ممكن التوقع مستحيل الدفع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه أو أمكن دفع الحادث ولو استحال توقعه انتفت موجبات إعفاء المدين من توقيع غرامة التأخير.

واستعرضت الجمعية العمومية ما ورد فى محضرلجنة البت للمناقصة العامة من أن عرض شركة وادى كوم أمبو المالى المقدم لوزارة الموارد المائية والرى عن العملية الماثلة اقترن بشروط ثلاثة منها شرط خاص بوجوب صرف المستخلص خلال خمسة عشر يوماً وأن أى تأخير فى الصرف يضاف إلى مدة العملية، وأن أى فترات توقف لظروف خارجة عن إرادة الشركة تضاف إلى مدة تنفيذ العملية، وأن الشركة المذكورة تنازلت عن الشروط الثلاثة وجميع التحفظات المرفقة بعرضها المالى مع إلتزامها بالشروط العامة والخاصة وشروط طرح المناقصة وذلك بموجب فاكس وخطاب موجه منها إلى الجهة الإدارية ،،على النحو الثابت بمحضر لجنة البت المالى للعملية المؤرخ ٢٠٠٥/٣/٧ والذى أصبح جزءً لا يتجزأ من مستندات العملية، وهو ما يعنى أن الشركة المذكورة تنازلت بمحض إرادتها عن طلب إضافة مدد التأخير فى صرف المستخلصات إلى مدة تنفيذ العملية، وعلى ذلك انعقدت إرادة الطرفين،وهو مالا يجوز معه إجابة الشركة المذكورة إلى طلبها بإضافة مدد التأخير المشار إليها إلى مدة تنفيذ العملية ولو أدى ذلك إلى أن يصبح تنفيذ العقد فى موعده الأصلى عسيراً ،

وهو الأمر الذى ــ على فرض صحته ــ لا يمكن معالجته إلا من خلال تطبيق أحكام القواعد العامة ، سيما وأنه تبين للجمعية العمومية أن سوء الأحوال الجوية الذى وقع أثناء تنفيذ العملية والمتمثل فى هطول الأمطار فى بعض الأيام ، وهبوب عواصف رملية فى بعضها الآخر واللذين اتخذتهما الشركة المذكورة سنداً لطلب مدد إضافية إلى مدة تنفيذ العملية ، ليس من الظروف الاستثنائية أو الحوادث الفجائية غير المتوقعة عند التنفيذ وإنما هى ظروف معتادة تحدث سنوياً طبقاً للظروف المناخية للمنطقة التى يقع فى نطاقها مكان تنفيذ العملية ، وأن ذات الظروف الجوية التى ساقتها الشركة سبق أن واجهت العمليات السابقة التى تمت على ترعة الصف – حسبما ورد بمذكرة قطاع التوسع الأفقى والمشروعات بوزارة الموارد المائية والرى المؤرخة ٢٠٠٧/٧/٧ – وهوما ينفى عنها صفة الظروف الاستثنائية والحوداث الفجائية الامر الذى يقتضى عدم حساب هذه المدد كمدد توقف تعُفى من توقيع غرامة التأخير .

ولا ينال مما تقدم صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ بإضافة المادة (٢٢) مكررًا إلى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات والتي أجازت للجهات الإدارية تعديل قيم العقود التي تبرمها وفقًا للزيادة أوالنقص في تكاليف بنود العقد التي تطرأ خلال فترة التنفيذ بالشروط المنصوص عليها في المادة المذكورة، إذ أنه ولئن كان الأصل هو سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبًا على وقائع أو مراكز نشأت في ظل القانون السابق، إلا أنه ثمة استثناء من هذا الأصل خاص بالعقود – وفقًا لما استقر عليه إفتاء الجمعية العمومية – يقضى بأن المراكز العقدية الجارية تظل – حتى بعد صدور قانون جديد – محكومة بالقانون الذي تكونت في ظله دون أن تخضع للأثر المباشر لهذا القانون الجديد باعتبار أن المراكز العقدية تخضع في نشأتها وتحديد آثارها لمبدأ سلطان الإرادة، فيظل النظام القانوني الذي تعاقد الطرفان في ظله هو الواجب الإعمال احترامًا لإرادتهما المشتركة، وعملاً بمبدأ حلول الأثر المستمر للقانون القديم محل الأثر المباشر للقانون الجديد في شأن المراكز العقدية الجارية.

وحيث إنه متى كان ما تقدم وانتفت موجبات إعمال حكم المادة (٢٢) مكرراً المشار إليها على نحو ما سلف بيانه فإنه لم تعد هناك ثمة جدوى للبحث في الحكم الموضوعى الوارد فيها بشأن القواعد المتعلقة بكيفية حساب المدد الإضافية نتيجة التأخير في صرف المستخلصات ٠

وخلصت الجمعية العمومية مما تقدم إلى أنه لا يحق للجهة الادارية فى الحالة المعروضة حساب مدد التأخير فى صرف المستخلصات كمدد توقف تضاف لمدة تنفيذ العملية تستحق الشركة بموجبها الإعفاء من توقيع غرامة التأخير عنها.

لذلك

انتهت، الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى ما يلى : ــ

١ــ عدم جواز اضافة مدد توقف الشركة عن تنفيذ الأعمال فى الحالة المعروضة نتيجة سوء الأحوال الجوية أو إضافة مدد التأخير فى صرف بعض المستخلصات لها إلى مدة تنفيذ العملية.

٢ــ عدم أحقية الشركة في الاستفادة من أحكام القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ ٠

٣ــ أنه ليس ثمة جدوى من بحث القواعد المتعلقة بكيفية حساب المدد الإضافية نتيجة التأخير في صرف المستخلصات في الحالة المعروضة ٠

وذلك على النحو المبين تفصيلاً بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،،

تحريراً في : ١٩/ ٥ /٢٠٠٩

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ع عيان

١١٠ / ٢٠٠٩

محمد أحمد الحسيني
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رئيس المكتب الفني
المستشار /
محمد عبد العليم أبو الروس
نائب رئيس مجلس الدولة

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ميرفت /هنال