بسم الله الرحمن الرحيم

رقم التبليغ :	٦٩٧
بتاريـــخ :	١٨/ ١١/ ٢٠٠٧

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ملف رقم : ٥٤ / ١ / ٤٤٨

السيد اللواء /رئيس مجلس إدارة صندوق مشروعات أراضى وزارة الداخلية

تحية طيبة وبعد

فقـــد اطلعـــنا على كتاب نائب المدير التنفيذى للجهاز رقم ٣١٢٩ المؤرخ ٢٠٠٦/٩/٣ المـــوجه إلى إدارة الفتوى لوزارات الداخلية والخارجية والعدل فى شأن مدى إستفادة شركة مودرن ساســـل السويســـرية المـــنفذة لعملية إنشاء عدد (٥) أبراج سكنية بمشروع الندى (مرحلة ثانية) بالمعادى من حكم المادة (٢٢ مكرراً (١)) من قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

وتخلـــص الـــواقعات- حسبما يبين من الأوراق - فى أن صندوق مشروعات أراضى وزارة الداخلـــية (صـــاد) طرح فى مناقصة محدودة عملية إنشاء عدد (٦) أبراج سكنية بمشروع الندى بالمعادى (مرحلة ثانية)، وتم دعوة الشركات لها فى ٣٠ / ١٠ / ٢٠٠٥ . وقد تقدمت إليها عدة شـــركات مـــنها شركة مودرن ساسل السويسرية. وبتاريخ ٢٠٠٥/١٢/١٤ تم فتح المظاريف الفنـــية،ثم تتابعت الإجراءات إلى أن أوصت لجنة البت المالى بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٧ بإرساء العملية علـــى الشركة المذكورة، والتى وافقت بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٣ على تنفيذ خمسة أبراج بدلاً من ستة بـــنفس الشـــروط والأسعار. وبتاريخ ٢٠٠٦/٥/٦ تم نشر قرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦ والذى أضاف المادة (٥٥ مكرراً) إلى اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، وتم العمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره. وبينت المادة المشار إليها شروط المحاسبة على فروق الأسعار، وكيفية حساب هذه الفروق تطبيقاً لحكم المادة (٢٢ مكرراً) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاصة بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص فى تكاليف بنود العقد سنوياً، والـــتى تم العمـــل بها قبل تاريخ إجراء المناقصة المشار إليها. وقد سارعت شركة مودرن ساسل إلى مخاطبة الصندوق وإعلامها بالزيادة المطردة فى أسعار المواد الخام الأساسية قبل إعلانها بأمر الإسناد.

وبإستطلاع رأى إدارة الفتوى لوزارة الداخلية فى مدى أحقية الشركة المذكورة فى الإستفادة من حكم المادة (٢٢ مكرراً(١)) من قانون المناقصات والمزايدات، إنتهت فى فتواها رقم (٣٣١) المؤرخة ٢٠٠٦/٨/٣١ ملف رقم (٢٤/٢٩/٤٠) إلى أحقية الشركة المتعاقدة فى الإستفادة من أحكام المادة (٢٢ مكرراً(١)) من قانون المناقصات والمزايدات. وبناء عليه عاود تم مطالبة إدارة الفتوى المشار إليها بالإفادة بالرأى حول كيفية تطبيق هذه الفتوى فى ضوء عدم تحديد عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل ضمن شروط الطرح،وعدم تحديد الشركة المذكورة أوزان عناصر التكلفة بعطائها، فضلاً عن كيفية حساب أولوية العطاءات بالنظر إلى عدم تحديد أى شركة لمعاملات أوزان عناصر التكلفة فى عطاءاتها. فقامت إدارة الفتوى فى ضوء ما تم عرضه من مستندات جديدة، بعرض الموضوع على اللجنة الأولى من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة، والتى إرتأت بجلستها المعقودة فى ٢٠٠٧/٦/٦ إحالته إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع لما آنسته فيه من أهمية وعمومية.

ونفيد أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة فى ٧ من نوفمبر سنة ٢٠٠٧، الموافق ٢٦ من شوال سنة ١٤٢٨ هـ، فإستبان لها أن القانون المدنى ينص فى المادة (١٤٧) على أن " ١- **العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون.** ٢- ... "، وأن القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ينص فى المادة (٢٢ مكرراً (١)) المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ – المنشور فى الجريدة الرسمية فى ٧ مارس ٢٠٠٥ والمعمول به من اليوم التالى لتاريخ نشره على أن " **فى العقود التى تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر،تلتزم 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 فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها،ويكون هذا التعديل ملزما للطرفين .وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغير الأسعار فى الحالات المختلفة**"

وتنفـــيذاً لهـــذه المادة صدر قرار وزير المالية رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام القرار رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات،مضيفاً فى مادتـــه الثانـــية مادة جديدة إلى اللائحة المذكورة تحت رقم (٥٥ مكرراً) وتنص على أن(تضاف مـــادة جديدة برقم (٥٥ مكرر) إلى اللائحة نصها الآتى " فى عقود مقاولات الأعمال التى تكـــون مـــدة تنفيذها سنة فأكثر،فتلتزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية بـــتعديل قـــيمة 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 فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها ويكون هذا التعديل ملزما للطرفين. ويكون احتساب التغير فى أسعار البنود المشار إلـــيها فى الفقرة السابقة زيادة أو نقصاً وفقاً لمعادلات تغير الأسعار واشتراطات تطبيقها المبينة فيما يلى : أولا – المعادلات :..... ثانيا – اشتراطات المحاسبة علـــى فـــروق الأســـعار : وجوب قيام الجهة طالبة التعاقد بتحديد عناصر التكلفة الخاضعة للتعديل ضمن شروط الطرح وبما لايتعارض مع أحكام القانون . وجوب أن يتضمن عطاء المقاول تحديدا لمعاملات تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التى حـــددتها الجهـــة طالبة التعاقد ضمن شروط الطرح والتى يتم التعاقد على أساسها نفاذا لأحكام القانون .وجوب صرف قيمة المستخلص المعتمد فى المواعيد المحددة وفقـــا لأسعار العقد دون انتظار لتطبيق معادلة فروق الأسعار،على أن تتم محاسبة المقـــاول على فروق الأسعار زيادة أو نقصا خلال مدة ستين يوما على الأكثر من تـــاريخ تقـــديم المطالبة يتم خلالها مراجعة وصرف تلك الفروق وبمراعاة أولوية المـــتعاقد فـــى تـــرتيب عطائه وذلك بعد تطبيق ذات المعادلة على باقى العطاءات الأخرى عند المحاسبة على ختامى الأعمال . تبدأ محاسبة المقاول على التعديل فى الأسعار زيادة أو نقصا بالنسبة لعناصر التكلفة التى تم الحصول عليها بعد التعديل وفقـــا لنـــتائج تطبيق المعادلات المشار إليها وذلك بعد مرور سنة من تاريخ فتح المظاريف الفنية أو الإسناد المباشر بحسب الأحوال،وبمراعاة البرنامج الزمنـــــى

للتنفيذ وتعديلاته التى يتفق عليها الطرفان . ولايسرى ذلك فى الحالتين الآتيتين : (أ) العقـــود التى تكون مدة تنفيذها أقل من سنة ويتأخر تنفيذها لسبب مرجعه إلى المقـــاول (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 طبقا لأحكام القانون " .

كمـــا استبان للجمعية العمومية أيضاً أن الشروط الخاصة لمناقصة مشروع إنشاء أبراج الندى تـــنص فى البند (١٣) على أنه " **على المقاول الأخذ فى الإعتبار أن جميع أسعار البنود والأعمـــال ثابـــتة طـــوال مدة العملية وشاملة لكافة أنواع الضرائب.... ولا يحق للمقاول المطالبة بأى زيادات أسعار من أى نوع سواء كانت أسعار مواد أو أجور أو ضـــرائب أو ضـــريبة مبيعات على المواد...إلخ** " وهو ذات ما رددته المادة (٧) من الشـــروط العامـــة للمناقصـــة،وما عبرت عنه العقد المبرم مع شركة مودرن ساسل السويسرية فى ٢٠٠٧/٢/١٧ .

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن المشرع بإضافة المادة (٢٢ مكرراً (١)) إلى قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أقر مبدأ تعديل قيمة العقد سنوياً،فألزم الجهة المتعاقدة فى نهاية كل سنة تعاقدية أن تعدل قيمته وفق الزيادة أو النقص التى طرأت فى تكاليف بنوده، وذلك وفـــق معـــاملات يحددها المقاول فى عطائه ويتم التعاقد على أساسها، وأوكل المشرع إلى اللائحة التنفـــيذية تحديد معاملات تغيير الأسعار فى الحالات المختلفة، أى بيان شرُوط وحالات تطبيق حكم المادة المذكورة.

وتنفـــيذاً لذلك صدر قرار وزير المالية رقم ٢١٩ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل هذه اللائحة التنفيذية مضيفاً إليها المادة (٥٥ مكرراً) والتى تضمنت نظاماً متكاملاً لتعديل قيمة العقد حددت فيه شروط وكيفـــية إجراء مثل هذا التعديل، فأوجبت على الجهة طالبة التعاقد تعيين عناصر التكلفة الخاضعة للـــتعديل ضمن شروط الطرح، وألزمت المقاولين بتحديد معاملات فى عطاءاتهم تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود التى سيرد عليها التعديل.كما أوضحت المادة المذكورة كيفية المحاسبة على فـــروق

الأســـعار، فوضعت معادلات حسابية يؤدى إعمالها إلى تحديد قيمة هذه الفروق،وذلك عن طريق إستخدام معامل التغيير الذى حدده المقاول منذ البداية فى عطائه .

ويســـتفاد مما تقدم أن الشروط التى وضعتها اللائحة التنفيذية فى المادة (٥٥ مكرراً) ليست شـــروطاً شكلية،بل هى شروط موضوعية تمثل فى حقيقتها العناصر والأسباب التى يمكن من خلالها تعـــديل قـــيمة العقـــد وحســـاب فروق السعر، والتى متى إنتفت لا يتصور المطالبة بتعديل القيمة والإستفادة من حكم المادة (٢٢ مكرراً(١))، إذ يكون هناك إستحالة قانونية وعملية تحول دون الوصول لهذه النتيجة لإنتفاء شروطها وأسبابها.

ومـــن ناحية أخرى فإن القول بإستفادة المتعاقد مع جهة الإدارة من حكم المادة المذكورة دون أن يتم تحديد معاملات التغيير فى كل عطاء،ينطوى على مساس بالحيدة والشفافية الواجبة فى إدارة وإســـتغلال المال العام،ومخالفة للعديد من أحكام قانون المناقصات والمزايدات كوجوب التعاقد مع العطـــاء الأقل سعراً فى المناقصات العامة أو المحدودة،ويهدر مبدأ أولوية المتعاقد فى ترتيب عطاءه. ذلـــك ان المعامـــل المشار إليه إنما يمثل نسبة التغيير فى السعر التى يحددها و يقبلهاكل مقاول،وهو بذلك يمثل أحد البنود التنافسية بين المتناقصين أو مقدمى العطاءات، باعتباره يعادل قيمة مالية تدخل كعامـــل رئيسى فى تحديد السعرالوارد بكل عطاء، ومن ثم فهو عنصر أساسى فى تعيين العطاء الأقل سعراً الذى أوجب القانون التعاقد معه.

ومن حيث أنه متى كان ما تقدم – وكان الثابت بالأوراق – أن صندوق مشروعات أراضى وزارة الداخلـــية [صاد] قام بطرح عملية إنشاء الأبراج السكنية بمشروع الندى بالمعادى (مرحلة ثانـــية) فى مناقصـــة محدودة،وتم دعوة الشركات إليها دون أى تعديل فى شروط التعاقد العامة أو الخاصـــة بما يتفق مع حكم المادة (٢٢ مكرراً (١)) المشار إليها، إذ لم يتم تحديد العناصر الخاضعة للتعديل،ولم يحدد المتناقصين المعامل فى عطاءاتهم،بل وتم النص على ثبات أسعار التعاقد وعدم جواز تعديلها، وهو الأمر الذى تنتفى معه شروط تطبيق المادة المذكورة ولا يجوز بالتالى تعديل قيمة العقد الماثل .

ولا ينال مما تقدم أن حكم المادة (٢٢ مكرراً (١)) كان سارياً قبل طرح جهـــــة الإدارة

للعملية المتعاقد عليها، وذلك أن تطبيق هذا الحكم كان متوقفاً على تحديد اللائحة التنفيذية لشروط وكيفية إعماله، فضلاً عن أن تعديل اللائحة وإضافة المادة (٥٥ مكرراً) قبل إعلان شركة مودرن ساســـل السويسرية بأمر الإسناد لا يعطى لها حقاً مكتسباً أو يضعها فى مركز قانونى يصحح غياب الشروط التى كان يتعين توافرها فى مراحل سابقة.

لـــــــــذلـــــــــك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى عدم توافر شروط تطبيق المادة (٢٢ مكـــــــرراً (١)) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، بشأن الحالة المعروضة.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

تحريراً فى ١٨/ ١١ / ٢٠٠٧

رئيس الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

م//

المستشار / نبيل ميرهم

النائب الأول لرئيس مجلس الدولة