بسم الله الرحمن الرحيم

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

رقم التبليغ :	١٢١
بتاريخ :	١٠/٢/٢٠١٤

ملف رقم : ٥٤ / ١ / ٤٧٩

السيد الأستاذ المستشار/نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس اللجنة الأولى لقسم الفتوى

تحية طيبة وبعد ...

اطلعنا على كتاب سيادتكم رقم (١٠٤) المؤرخ ٢٠١٠/٤/٢٦م بشأن مراجعة العقدين المبرمين بين الهيئة العامة لنظافة وتجميل القاهرة وشركة أما العرب بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٧ و٢٠١٠/١١/٨ بشأن خدمات الإدارة المتكاملة للمخلفات الصلبة بأحياء المنطقة الشمالية وأحياء المنطقة الغربية.

وحاصل الوقائع - حسبما يبين من الأوراق - أن الهيئة العامة لنظافة وتجميل القاهرة أعلنت عن طرح مناقصتين محدودتين لمشروع النظافة العامة - إدارة وجمع المخلفات الصلبة والتخلص منها - إحداهما للمنطقة الغربية والأخرى للمنطقة الشمالية بمحافظة القاهرة، وذلك بين الشركات المحلية والأجنبية المُتخصصة في هذا المجال، وبتاريخ ٢٠٠١/١٠/٢٣ تم إرساء مناقصة المنطقة الغربية على شركة (أورباسير) الأسبانية، والتي أنشأت وأسست شركة (إنسر)، وحلت الشركة الأخيرة محل الشركة الأصلية حلولاً قانونياً وفقاً لكراسة الشروط والمواصفات والعقد المبرم بين الطرفين بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١٧، وفيما يتعلق بالمقابل المالي، نص العقد على أن: "تكون استحقاقات الشركة المالية السنوية التي تؤدى لها من قبل الهيئة مبلغ إجمالي مقداره (٥٥٩٠٠٠٠٠جنيه) ثابتة سنوياً لمدة الثلاث سنوات الأولى بدون أي زيادة، وبدءاً من السنة الرابعة تُمنح الشركة زيادة سنوية تُعادل نسبة التضخم المُعلنة بالبنك المركزي المصري عن العام السابق وتُضاف هذه النسبة تراكمياً على القيمة السنوية للعقد على أن تُصبح قيمة

كل ثلاث سنوات طوال مدة سريان العقد"، وبتاريخ ٢٠٠١/٨/١٢ تم إرساء مناقصة المنطقة الشمالية على كل من شركة (أما الدولية) الإيطالية وشركة المقاولون العرب، وقد أسسا معاً شركة مساهمة مصرية مشتركة بينهما هي شركة (أما العرب) والتي حلت محل الشركتين الأصليتين حلولاً قانونياً وفقا لكراسة الشروط والمواصفات والعقد المبرم بين الطرفين بتاريخ ٢٠٠٢/٨/٥، وفيما يتعلق بالمقابل المالي نص العقد على أن "تكون استحقاقات الشركة السنوية التي تؤدى لها من قبل الهيئة مبلغ إجمالي مقداره (٥١١٣٩٠٠٩ جنيه) ثابتة سنوياً لمدة سنتين بدون أي زيادة، وبدءاً من السنة الثالثة تُمنح الشركة زيادة سنوية تُعادل نسبة التضخم المُعلنة بالبنك المركزي المصري عن العام السابق وتضاف هذه النسبة تراكمياً على القيمة السنوية للعقد على أن تُصرف الزيادة عن التضخم كل ٤ شهور"، ونص كل من العقدين المشار إليهما على أن مدتهما تنقسم إلى ثلاث مراحل: الأولى: مرحلة تحضيرية تستغرق سبعة أشهر من اليوم التالي لتاريخ التوقيع على هذا العقد وتقوم خلالها الشركة بإتمام جميع التجهيزات لعمليات إدارة وجمع المُخلفات، والمرحلة الثانية: هي مرحلة تنفيذية تستغرق خمسة عشر عاماً وتبدأ من اليوم التالي لتاريخ انتهاء المرحلة التحضيرية، أما المرحلة الثالثة: هي مرحلة الإخلاء وتستغرق الثلاثة أشهر الأخيرة من مدة العقد، كما نص كل منهما على التسوية الودية للمنازعات عن طريق المفاوضات بين الطرفين فإذا لم تنجح يتم إحالة النزاع إلى التحكيم طبقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي... ويخضع التحكيم لأحكام القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، على الرغم من أن كراسة الشروط الخاصة بالعمليتين تضمنت في البند (١٢) من الملحق النص على أن: محاكم مجلس الدولة هي جهة الاختصاص بالفصل في المنازعات، ولم تتم مراجعة العقدين من قبل مجلس الدولة.

- ونظراً لنشوب خلاف بين الهيئة وشركة (إنسر) حول تنفيذ التزاماتهما التعاقدية، فقد لجأت الشركة المذكورة إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقضية التحكيمية رقم (٤٢٦) لسنة ٢٠٠٤، وبجلسة ٢٠٠٥/١١/٢٨ أصدرت هيئة التحكيم حكمها في طلبات الشركة بقبول بعضها ورفض الباقي، وتم تنفيذ الحكم ودياً بين الطرفين، وعلى أثر ذلك تم إنهاء العقد بالاتفاق بينهما، وبتاريخ ٢٠٠٦/١١/١٣ تعاقدت الهيئة مع شركة

لاستكمال وتنفيذ عقد الخدمات للإدارة المُتكاملة للمُخلفات الصلبة بأحياء المنطقة الغربية بمحافظة القاهرة، وذلك بطريق الاتفاق المباشر دون الحصول على إذن من رئيس مجلس الوزراء بتجاوز الحد الأقصي المقرر للسلطة المختصة، وتضمن العقد التزام الشركة بتنفيذ عقد خدمات المنطقة الغربية المؤرخ ٢٠٠٢/٦/١٧ المشار إليه بالأسعار ذاتها والواجبات والحقوق الواردة به بدءًا من تاريخ توقيع العقد، ونص العقد على أنه في حالة نشوب نزاع يتم اللجوء إلى السبيل الودي فإن لم يتفقا يتم اللجوء إلى التحكيم وفقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، كما نص على عرض هذا العقد على مجلس الدولة لمراجعته تطبيقاً للقانون المصري، إلا أنه لم تتم المراجعة من قبل مجلس الدولة.

- وبتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٧ اتفقت الهيئة مع شركة أما العرب على إبرام العقد المُعدل لعقد خدمات الإدارة المُتكاملة للمُخلفات الصلبة الموقع مع شركة أما العرب عن المنطقة الشمالية والمنطقة الغربية، وقد انطوى هذا العقد في فحواه على إعادة تنظيم لعقدي المنطقتين الشمالية والغربية المشار إليهما في عقد واحد وهو (العقد المُعدل)، وشملت هذه التعديلات الاتفاق على زيادة العمالة اللازمة للتنفيذ وزيادة الآلات والمُعدات والمُهمات اللازمة لتنفيذ الأعمال فضلاً عن إضافة بعض الأعمال واستحداث مُخالفات وغرامات جديدة (وذلك على الرغم من أن ملحق كراسة الشروط العامة بالنسبة للعمليتين تضمن ضرورة قيام الشركة بمعاينة نطاق العقد ومعرفة ظروفه وعدم أحقيتها في زيادة الأسعار وأن الكميات الواردة بالمقايسة تقديرية ويجب أن يؤخذ فى الاعتبار الزيادة السكانية المتوقعة وما يترتب على هذه الزيادة من توفير العمالة والمعدات والحفاظ على المستوى الممتاز للخدمة) وتتمثل التعديلات في المقابل المالي، على النحو الوارد بالدراسة المالية المرفقة بالعقد، زيادة قيمة العقد المتعلق بالمنطقة الشمالية لتكون (١٠٧١٣٢٠٦٨) جنيهاً، وزيادة قيمة العقد المتعلق بالمنطقة الغربية لتكون (١٠٩٠٩٣٢٧١) جنيهاً، كما تضمن العقد المُعدل المشار إليه في البند"١٥" منه بشأن الشروط المالية تحت عنوان (النظام الاقتصادي) الاتفاق على أن مستحقات مُقدم الخدمة الناتجة عن التسوية السنوية سواء بالزيادة أو النقصان تُسدد أو تُخصم سنوياً وفقاً لمُعادلة مطابقة للمعادلة التي وردت في المادة (٥٥) مكرراً من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ والمضافة بقرار

المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦، ونص العقد على سلوك سبيل التحكيم حال عدم التوصل إلى تسوية ودية لأي نزاع أو خلاف ينشأ بين الطرفين فيما يخص أو يتعلق بهذا العقد، كما نص على أن: "تخضع كافة أوجه هذا التحكيم لقواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي (مركز التحكيم)"، وعلى أن: "يعتبر بند التحكيم هذا بنداً مستقلاً وقائماً بذاته ويظل سارياً بعد إنهاء أو انتهاء العقد أو فسخه أو بطلانه، كما يظل سارياً ونافذاً حتى التسوية النهائية لكافة المنازعات والخلافات الناشئة عن أو المُتعلقة بهذا العقد"، كما نص على اتفاق الطرفين على قبول أى تعديلات قد يجريها مجلس الدولة على هذا العقد طبقاً لأحكام المادة (٥٨) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

- بتاريخ ٢٠١٠/١١/٨ أبرم الطرفان عقداً جديداً بمثابة تعديل للعقد المبرم بينهما بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٧ سمي بالعقد (المطوّر)، وقد انطوت هذه التعديلات على تغيير نظام أداء الخدمة وتغيير نظام المُحاسبة المالية، وذلك بأن تتم المُحاسبة (بالطن)، وتضمن العقد النصوص الواردة ذاتها بالعقد (المعدل) المؤرخ ٢٠٠٩/٥/٢٧ فيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم وبقبول التعديلات التي يجريها مجلس الدولة، كما تضمن زيادة المقابل المالي لعقد المنطقة الشمالية ليكون ١٣٢٣٥٠٤٤٦ جنيهاً وزيادة المقابل المالي لعقد المنطقة الغربية ليكون (١٢٤٠٣٢٤٣٢) جنيهاً، ولم يتم تنفيذ العقد سوى في جزئية العمالة الزائدة.

- وبتاريخ ٢٠١١/٤/١٩ خاطب الجهاز المركزي للمحاسبات السيد الأستاذ المستشار/ النائب الأول لرئيس مجلس الدولة رئيس الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع؛ ليحيط سيادته بأن الجهاز قام بعمل مناقضة بشأن العقدين المؤرخين٢٠٠٩/٥/٢٧ و٢٠١٠/١١/٨ انتهى فيها إلى أنه قد تم صرف مبالغ مالية دون وجه حق لشركة أما العرب بلغ ما أمكن حصره منها مبلغ (٣١٤٢٨٥٥٠,٦٤) جنيهاً.

- وإزاء ما انتهت إليه إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والتنمية المحلية من التزام الهيئة العامة لنظافة وتجميل القاهرة بصرف المستحقات المالية لشركة أما العرب وفقا للبند المفعل من العقد المطور المؤرخ ٢٠١٠/١١/٨ الخاص بزيادة أجور و مرتبات عمال الشركة وذلك لحين انتهاء اللجنة المختصة بمجلس الدولة من مراجعة كل من العقدين المعدل والمطور وابداء رأيها القانونى فى مشروعيتهما فقد

خاطب بتاريخ ٢٠١٣/٦/٢٣ السيد الأستاذ المستشار رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات، السيد الأستاذ المستشار/ رئيس مجلس الدولة بطلب إحالة الأمر إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لبحث مدى مشروعية هذا الإفتاء، وبتاريخ ٢٠١٣/١٠/١٠ أحال السيد الأستاذ المستشار/ رئيس مجلس الدولة الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، حيث ورد إلى الجمعية بتاريخ ٢٠١٣/١٠/٢١.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة في الأول من يناير سنة ٢٠١٤، الموافق ٢٨ من صفر سنة ١٤٣٥هـ؛ فتبين لها أن المادة (١٤٧) من القانون المدني تنص على أن: "(١)العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.(٢) ...."، وأن المادة (١٤٨) من القانون ذاته تنص على أنه: "(١) يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. (٢) ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

كما تبين لها أن الفقرة الثالثة من المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه: "...ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة"، وتنص المادة (٦١) من القانون ذاته على أنه: "لرئيس إدارة الفتوى أن يحيل إلى اللجنة المختصة ما يرى إحالته إليها لأهميته من المسائل التي ترد إليه لإبداء الرأي فيها، وعليه أن يحيل إلى اللجنة المسائل الآتية: (أ)... (ب) عقود التوريد والأشغال العامة، وعلى وجه العموم كل عقد يرتب حقوقاً أو التزامات مالية للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو عليها إذا زادت قيمته على خمسين ألف جنيه"، وتنص المادة (٦٦) على أن: "تختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بإبداء الرأي مسبباً في المسائل والموضوعات الآتية: (أ)... (ب)... (ج) المسائل التي ترى إحدى لجان قسم الفتوى إحالتها إليها لأهميتها (د)...".

كما استبان لها أن المادة الأولى من مواد إصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ كانت تنص – قبل تعديلها بالقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣

- على أن: "يُعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة - من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة - وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية.

ويلغى القانون رقم (١٤٧) لسنة ١٩٦٢ بشأن تنفيذ أعمال خطة التنمية الاقتصادية، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، كما يُلغى كل حكم آخر يُخالف أحكام القانون المرافق"، وتنص المادة الثانية على أن: "يُقصد "بالسلطة المختصة" في تنفيذ أحكام القانون المرافق، الوزير - ومن له سلطاته - أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة، كل في نطاق اختصاصه...، وتنص المادة (١) من هذا القانون على أن: "يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة. ويصدر باتباع أي من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقا للظروف وطبيعة التعاقد. ومع ذلك يجوز استثناءً، وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق الآتية: (أ) المناقصة المحدودة. (ب) المناقصة المحلية. (جـ) الممارسة المحدودة. (د) الاتفاق المباشر. ولا يجوز في أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة. وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود ووفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية"، وتنص المادة (٢) من القانون ذاته على أن: "تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكلتاهما إما داخلية يُعلن عنها في مصر أو خارجية يُعلن عنها في مصر وفي الخارج، ويكون الإعلان في الصحف اليومية، ويصح أن يُضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار"، وأن المادة (٧) منه - قبل تعديلها بالقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ - كانت تنص على أنه: "يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعهما، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من: (أ) رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الأخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال. (ب) الوزير المختص ومن له سلطاته، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية

أو مقاولات النقل، وثلاثمائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال. ولرئيس مجلس الوزراء، في حالة الضرورة القصوى، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما لا يجاوز الحدود المنصوص عليها في البند (ب) من الفقرة السابقة"، وتنص المادة (٩) على أن: "يكون الطرح على أساس مواصفات كافية... ويتم التعاقد على أساس مواصفات ورسومات فنية دقيقة ومُفصلة"، وأن المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه والصادرة بقرار وزير المالية رقم (٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ تنص على أنه: "يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود (٢٥%) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك. ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة. ويجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالي اللازم وأن يصدر خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه.و في مقاولات الأعمال التي تقتضي فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره، فيتم التعاقد معه على تنفيذها بموافقة السلطة المختصة وذلك بطريق الاتفاق المباشر وبشرط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن المشرع حظر على جميع الجهات الإدارية أن تبرم عقداً أو تقبل تحكيماً أو صلحاً فيما تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، ومؤدى ذلك ولازمه التزام هذه الجهات بعرض مشروعات عقودها قبل إبرامها وتوقيعها على جهة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لمراجعتها وإبداء الرأي بشأنها، ولم يفرض المشرع ذلك عبثاً وإنما أراد به أن يجنب الجهة الإدارية مواطن الخطأ وأن يكفل لها من أسباب السلامة في إبرام تلك العقود ما تتحقق به المصلحة العامة.

كما استظهرت أن المشرع عهد إلى لجان الفتوى المختصة بمجلس الدولة مراجعة عقود التوريد والأشغال العامة وجميع العقود التي ترتب حقوقاً أو التزامات مالية للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو عليها إذا كانت قيمة العقد أكثر من خمسين ألف جنيه وبالتالي يكون هذا الاختصاص مقصوراً على هذه اللجان ويمتنع على غيرها من الجهات مباشرته، وأنه ولئن كان المشرع قد ناط بالجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أمر نظر المسائل التي ترى

الفتوى إحالتها إلى الجمعية العمومية لأهميتها، ويشمل ذلك العقود بحكم اندراجها ضمن المسائل الواردة بالنص، إلا أن اختصاص الجمعية العمومية في هذا الشأن لا يجُب اختصاص اللجنة بمراجعة مشروعات العقود، فهو ينحصر في المسائل التي تكون قد أثارت لدى اللجنة خلافاً قانونياً يقتضى أخذ رأى الجمعية بشأنها.

لما كان ذلك وكانت الرقابة القانونية التي تتولاها إدارة الفتوى ثم اللجنة المختصة بمجلس الدولة إنما هي رقابة لمطابقة أحكام مشروع العقد للقوانين دون أن تتطرق إلى مسائل الملاءمة والتقدير التي ينفرد القضاء برقابتها في ضوء ما يقدم إليه من أدلة واقعية وتمتد هذه الرقابة القانونية إلى مشروع العقد وكل ما أصبح جزءًا منه من مستندات سابقة على إبرامه أدت إليه، كما تمتد إلى الإجراءات التي سبقت العقد وأدت إلى إبرامه من حيث مطابقتها لأحكام القانون، فهي رقابة مشروعية لا ملاءمة وعلى جهة الإفتاء التي تتولى هذه المراجعة أن تفصل في سلامة كل ذلك وتبدى رأيها في مراجعة نصوص العقد ذاته ثم تبلغ الجهة طالبة الرأي بكافة ما ارتأته في هذا الشأن سواء ما تعلق بالإجراءات أو بنصوص العقد أو بما أصبح جزءًا منه من مستندات سابقة عليه وبذلك تضع جهة الإدارة المتعاقدة أمام مسئوليتها القانونية كاملة والتي لا يصبح لديها عذر بعد إيضاح الموقف القانوني لها كاملاً ثم تتحمل مسئوليتها إذا لم تر الأخذ بالرأي القانوني، ومهما بلغت المخالفات التي تشوب الإجراءات السابقة فلا يجوز الامتناع عن المراجعة بسببها؛ لأن هذه المراجعة هى التى تكشفها دون أن تضفى على إجراءات وبنود العقد الشرعية والصحة إذا كانت قد فقدتها أو تطهره من المخالفات التي شابت إبرامه أو بنوده أو تجبرها، وإنما تضعها تحت بصر الجهة الإدارية بما يستوجبه ذلك منها من إعادة النظر في العقد بالتحلل منه كله أو بعضه على ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة، ولذلك فالأحرى بجهات الفتوى المنوط بها أمر مراجعة العقد أن تراجع بنوده؛ لتكشف ما شابها من مخالفات قد تكون أدهى وأمر مما شاب إجراءات إبرامه، فكل ذلك لا يكشف عنه إلا هذه المراجعة.

واستظهرت الجمعية أيضا أن المشرع وضع أصلاً من أصول القانون ينطبق في العقود المدنية والإدارية على حدٍ 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 حُسن النية، وأن التزامات كل طرف من أطراف العقد لا تنفك عند

ما حوته نصوص العقد من التزامات بل تمتد إلى كل ما تستلزمه طبيعة موضوع العقد من التزامات سواء جرى بها نص في قانون أو عُرف معتبر به أو اقتضتها قواعد العدالة.

وأن هذه المبادئ وإن كانت هي أساس التعامل في العقود الإدارية مثلها في ذلك مثل العقود المدنية إلا أن إرادة الجهة الإدارية فيما يتعلق بإبرام العقود أو تعديلها لا تكون طليقة من كل قيد فهي ملزمة عند إبرام العقد بأن تتوسل إلى ذلك بالإجراءات المقررة قانوناً لاختيار الشخص الذي تبرم معه العقد، وبما يجوز أن يكون محلاً للتعاقد، وما يتعين أن تتضمنه نصوص العقد من أحكام، ويكون الأمر على النحو ذاته حين تكون هناك ضرورة ملجئة إلى تعديل نصوص عقد قائم بينها وبين الغير فهي ملزمة كذلك بمراعاة الإجراءات القانونية المقررة وأن يكون هدفها من هذا التعديل تحقيق مصلحة عامة، وبشرط ألا تكون هناك وسائل بديلة تستطيع بها تحقيق هذه المصلحة العامة سوى إجراء هذا التعديل.

ولاحظت الجمعية العمومية أن المشرع قرر في إفصاح جهير سريان أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ - قبل التعديل الصادر بالقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ والذي لا ينطبق على العقود الماثلة لإبرامها قبل صدوره - على وحدات الجهاز الإداري للدولة والإدارة المحلية والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية وألغى العمل بكل القوانين التي تُخالف أحكام هذا القانون وبصفة خاصة قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، وأن المشرع إذ أعاد بمقتضى هذا القانون الجديد تنظيم أحكام المناقصات والمزايدات فقد وضع نظاماً متكاملاً يتضمن تحديد طرق التعاقد المختلفة وضوابطها، ومن بين هذه الطرق المناقصة العامة أو الممارسة العامة كطرق أصلية للتعاقد، والمناقصة المحدودة والمناقصة المحلية والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر كطرق استثنائية لا يجوز لجهة الإدارة اللجوء إليها إلا بقرار مسبب من السلطة المختصة بالمفهوم المحدد الوارد في القانون المذكور والذي يقتصر على الوزراء ومن لهم سلطاتهم والمحافظين ورؤساء مجالس إدارة الهيئات العامة كل في نطاق اختصاصاته، وأنه في مجال التعاقد بالاتفاق المباشر حدد المشرع موجباته وحالاته وحدوده القصوى وسلطة الاستثناء من هذه الحدود، فهو بحسب صريح نص المادة (٧) سالفة البيان - قبل التعديل الصادر بالقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ والذي لا ينطبق على العقود الماثلة على نحو

لا يكون إلا في الحالات العاجلة التي لا وقت معها لاتباع إجراءات التعاقد بالمناقصة أو الممارسة بأنواعها، وهو لا يكون إلا بقرار من السلطة المختصة بالمفهوم سالف البيان، وهو مقصور على شراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات الأعمال أو النقل، وإذا ما تم الترخيص بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر من رؤساء الهيئات أو المصالح ومن لهم سلطاتهم كان حده الأقصى خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقى الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال، أما إذا تم الترخيص من الوزراء ومن لهم سلطاتهم والمحافظين فإن هذا الحد الأقصى يرتفع إلى ما لا يجاوز مائة ألف جنيه في الحالة الأولى وثلاثمائة ألف جنيه في الحالة الثانية، وسلطة الإذن بتجاوز هذه الحدود القصوى معقودة لرئيس مجلس الوزراء شريطة أن تكون هناك حالة ضرورة قصوى ملجئة إلى الإذن بالتجاوز، وهذا الاستثناء بحسب صريح النص وموضعه يقتصر في حكمه على الحالة التي ورد بشأنها وهى الإذن بتجاوز الحد الأقصى دون أن يمتد إلى باقي ضوابط التعاقد بالاتفاق المباشر سالفة البيان.

ولاحظت الجمعية العمومية أن المستفاد من نص المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ أن المشرع اللائحي نظم ضوابط وحالات تعديل العقود التي تبرمها الجهة الإدارية وحدود سلطاتها إزاء هذا التعديل سواء كان بإرادتها المنفردة أو بالاتفاق مع المتعاقد، فأجاز لها تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود (٢٥%) لكل بند من بنود العقد بذات الشروط والأسعار دون موافقة المتعاقد،أما إذا تجاوز التعديل في حالة الضرورة هذه النسبة فلابد من موافقة المتعاقد، ويدل ذلك على أن التعديل طبقا لحكم هذه المادة لابد وأن يكون على بنود موجودة بالعقد وليست بنودا جديدة ليس لها مثيل به ولم يستثن المشرع اللائحي من ذلك إلا مقاولات الأعمال تلك التي قدر فيها إمكانية وجود ضرورات فنية تطرأ أثناء التنفيذ وتقتضي تنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المتعاقد ذاته فأوجب في هذه الحالة التعاقد مع المقاول القائم بالتنفيذ على هذه البنود بطريق الاتفاق المباشر – بضوابطه المقررة قانونا – وهذا الأمر بحكم صريح النص يقتصر على مقاولات الأعمال دون غيرها، ومن ثم فإن تعديل باقي العقود التي

تبرمها الجهات الإدارية يلزم أن يرد على أحد بنود العقد، وأن يكون التعديل بزيادة هذا البند أو نقصانه بالضوابط المشار إليها آنفا، فإذا رغبت الجهة الإدارية في تعديل أي عقد خلاف عقود المقاولات باستحداث بنود جديدة فلا مناص أمامها سوى طرح هذه البنود واختيار المتعاقد معها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، والتي من بينها الأمر المباشر بضوابطه المقررة قانونا.

ومن حيث إنه وعلى هدي ما تقدم ولما كان الثابت أن العقد المبرم بين الهيئة العامة لنظافة وتجميل القاهرة وشركة أما العرب بتاريخ ٢٠٠٦/١١/١٣ بشأن استكمال وتنفيذ عقد الخدمات للإدارة المُتكاملة للمُخلفات الصلبة بأحياء المنطقة الغربية بمحافظة القاهرة – المبرم ابتداءً مع شركة إنسر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١٧ – بذات الأسعار والواجبات والحقوق قد جرى إبرامه بطريق الاتفاق المباشر على الرغم من قيمته المالية التي تزيد عن الحدود المقررة للسلطة المختصة ودون اللجوء إلى رئيس مجلس الوزراء للإذن بتجاوز هذه الحدود، ومن ثم تضحى الإجراءات السابقة على التعاقد الماثل قد جرت بالمخالفة للشروط والضوابط المنصوص عليها في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ .

ولما كان الثابت أن كراستي الشروط والمواصفات للعقدين الأصليين المبرمين بين الهيئة وشركة إنسر لإدارة وجمع المخلفات الصلبة والتخلص منها للمنطقة الغربية المؤرخ ٢٠٠٢/٦/١٧، وبين الهيئة وشركة أما العرب لإدارة وجمع المخلفات الصلبة والتخلص منها للمنطقة الشمالية المؤرخ ٢٠٠٢/٨/٥ تضمنا النص على التزام الشركة المتعاقدة بأن تضع في اعتبارها جميع الظروف المحيطة بالعمل والزيادة السكانية المتوقعة التي تمكنها من تقدير حجم المعدات والعمالة المطلوبة، ويكون تقدير ذلك على مسئوليتها دون أدنى مسئولية على الجهة الإدارية، وأن تقوم بتوفير وتشغيل وصيانة أسطول من المُعدات المُتنقلة المناسبة واستخدام وتدريب عمالة تكفي لأداء خدمات النظافة وفقاً للخطة العامة لها، فضلا عن مسئوليتها عن تغطية أي احتياجات إضافية من المركبات والمعدات والأفراد لتأدية الخدمة على أحسن وجه، وتلتزم بتقديم سعر إجمالي سنوي لجميع الخدمات التي يشملها المشروع بالإضافة إلى تحليل ذلك السعر الخاص بتقديم

النظافة في الجداول المرفقة إلى أسعار فردية محددة، وعلى أن تعتبر الأسعار الواردة في العطاء شاملة جميع المصاريف التي تتحملها الشركة، وأن تقوم بتحديد نسبة الزيادة في الأسعار المتقدم بها لمراعاة عوامل التضخم، ولا يحق لها المطالبة بأية زيادات مالية أو شروط خاصة بعد توقيع العقد، وأنه بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٧ قامت الهيئة وشركة أما العرب بإبرام عقد سمي (بالعقد المعدل) لتعديل عقد المنطقة الغربية المؤرخ ٢٠٠٦/١١/١٣ وعقد المنطقة الشمالية المؤرخ ٢٠٠٢/٨/٥، وبتاريخ ٢٠١٠/١١/٨ قام الطرفان بإبرام عقد سمي (بالعقد المطور) لتعديل العقد المؤرخ ٢٠٠٩/٥/٢٧، وتضمن العقدان الاتفاق على زيادة العمالة والآلات والمُعدات والمُهمات اللازمة لتنفيذ الأعمال، ومن ثم زيادة أجور العمالة ومصاريف التشغيل والصيانة والاستبدال، وهو ما استلزم زيادة قيمة العقد زيادة ضخمة على النحو المبين بالدراسات المالية الملحقة بالعقدين، واستحداث مُخالفات وغرامات جديدة، وإضافة المادة (١٥) التي تتضمن المعادلة التي تحسب على أساسها مستحقات الشركة الناتجة عن التسوية السنوية سواء بالزيادة أو النقصان، كما انطوى العقد المبرم بتاريخ ٢٠١٠/١١/٨ على تغيير في نظام أداء الخدمة بتجميع المُخلفات ثم دفنها خارج القاهرة في مدافن يتم تجهيزها بمعرفة وزارة البيئة بمواصفات مُعينة، وذلك بدلاً من جمع المُخلفات من الشوارع والمساكن وتجميعها في نقاط المناولات ثم ترحيلها إلى المقالب العمومية للدفن، وتغير نظام المُحاسبة المالية بأن تتم المُحاسبة (بالطن) مضروبا في قيمته المنصوص عليها في العقد المطوّر، ومن واقع كميات المُخلفات التي تم دفنها في المدافن خارج القاهرة، بدلاً من النظام المنصوص عليه بالعقد المُعدل القديم المؤرخ ٢٠٠٩/٥/٢٧ بمبالغ مالية مُقدرة مقابل الخدمات التي تؤديها الشركة.

ومن حيث إن مؤدى ما تقدم أنه ولئن كان العقدان المعدل والمطوّر المؤرخان ٢٠٠٩/٥/٢٧ و٢٠١٠/١١/٨ في ظاهرهما يحملان سمات تعديل لبعض بنود العقدين الأصليين المبرمين بين الهيئة وشركة أما العرب، إلا أن تمحيصهما يكشف بجلاء أنهما بمثابة تعاقد جديد أفقد العقدين الأصليين وجودهما الحقيقي ولا ينطويان على تعديل فحسب للعقدين الأصليين المؤرخين ٢٠٠٢/٦/١٧ و٢٠٠٢/٨/٥، وقد جرى إبرامهما خارج إطار الحدود المقررة لتعديل العقود المنصوص عليها بالمادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون

تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨، بالإضافة إلى أن إبرام العقدين المعدل والمطور المشار إليهما كان تنفيذاً لما ورد بمحاضر لجان مجلس الوزراء لبحث عقود النظافة في جميع أنحاء البلاد والتي انتهت إلى تطبيق نموذج العقد النمطي الموحد على مستوى الجمهورية للحصول على أعلى مستوى من النظافة العامة والنهوض بمستوى النظافة، وهو ما يكشف عن نية الطرفين في إبرام عقد جديد منفصل ومختلف عن العقدين الأصليين ينطوي على النموذج النمطي الموحد المشار إليه.

ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن العقدين الجديدين المعدل والمطوّر قد جرى إبرامهما بطريق الاتفاق المباشر بما يجاوز الحدود المقررة للسلطة المختصة في التعاقد بالأمر المباشر ودون اللجوء إلى رئيس مجلس الوزراء للإذن بهذا التجاوز، ومن ثم تضحى الإجراءات السابقة على إبرامهما قد جرت بالمخالفة للشروط والضوابط المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

وحيث إنه من المستقر عليه في إفتاء الجمعية العمومية أنه أياً ما كان البطلان الذي لحق إجراءات التعاقد، فإنه إذا ما انعقد العقد مستوفياً أركانه يكون ملزماً لطرفيه، ووجبت مراجعته لتكون جهة الإدارة على بصيرة من أمرها فيما شاب إجراءاته من عوار، ولتصويب ما عساه أن يكون من خطأ فيما تضمنه العقد من حقوق أو التزامات للدولة أو على عاتقها، كما أنه وقد أصبح إبرام هذا العقد أمراً واقعاً، فلا مناص من الاستمرار في تنفيذه حتى انتهاء مدته، تحقيقاً لمبدأ استقرار المعاملات، وبصفة خاصة إذا ترتب على إنهاء العمل بالعقد ضررا بالغا بالصالح العام كفوات فرصة الاستفادة من المبالغ التي تم صرفها بالفعل على هذا العقد أو أن يترتب على إنهائه مبالغ باهظة تتحملها الخزانة العامة، ومن ثم فقد خلصت الجمعية العمومية إلى استمرار تنفيذ هذه العقود مع ما يترتب على ذلك من صرف مستحقات شركة أما العرب عنها، مع ملاحظة أنه لا يجوز تجديد تلك العقود بحال من الأحوال إلا بعد اتباع الإجراءات المقررة قانوناً، وأنه يجب على الجهة الإدارية اتخاذ ما يلزم قانوناً تجاه من قام بالتعاقد في الحالة المعروضة دون اتباع الإجراءات القانونية المقررة، للوقوف على مسئوليته الجنائية والمدنية والتأديبية عن هذا الإجراء.

ومن حيث إن الاختصاص بمراجعة العقدين المبرمين عامي ٢٠٠٩ و٢٠١٠ إنما ينعقد لهيئة اللجنة الأولى الموقرة بقسم الفتوى بمجلس الدولة، فمن ثم يتعين إعادة العقدين المعروضين إليها؛ لتجرى فيهما شئونها واتخاذ ما تراه مناسباً في ضوء هذا الإفتاء.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى:

أولاً: مخالفة الإجراءات السابقة للتعاقدات التي أبرمتها الجهة الإدارية في الحالة المعروضة أعوام ٢٠٠٦ و٢٠٠٩ و٢٠١٠ لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه.

ثانياً:الاستمرار في تنفيذ هذه العقود حتى انتهاء مدتها دون أن يخل ذلك بمسئولية من أبرمها جنائيًا ومدنيًا وتأديبيًا.

ثالثاً: إعادة العقدين المبرمين عامي ٢٠٠٩ و٢٠١٠ إلى اللجنة الأولى لقسم الفتوى لتجرى فيهما شئونها واتخاذ ما تراه مناسباً في ضوء هذا الإفتاء، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا في: ١٠/٦/٢٠١٤

رئيس
المكتب الفني
المستشار/
شريف الشاذلي
نائب رئيس مجلس الدولة
معتز/

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع
المستشار/
عصام الدين عبد العزيز جاد الحق
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع