بسم الله الرحمن الرحيم

جمهورية مصر العربية
مجلس الدولة
رئيس الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع
المستشار النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رقم التبليغ:	٧٥٦
بتاريخ:	٢٠١٩/٥/١٣

ملف رقم: ٦٠٣/١/٥٤

السيد الفريق / وزير النقل

تحية طيبة، وبعد،

فقد اطلعنا على كتابكم رقم (١٧٢٥) المؤرخ ٢٠١٨/٢/١٣، الموجه إلى إدارة الفتوى لوزارات النقل والاتصالات والطيران المدني، بشأن طلب الإفادة بالرأي حول مدى جواز إعفاء شركة القاهرة للعبارات والنقل البحري من سداد مبلغ مقداره (٣٥٠١٦٠٠٨,٨٥) خمسة وثلاثون مليونًا وستة عشر ألفًا وثمانية جنيهات وخمسة وثمانون قرشًا، المستحق للوزارة نتيجة التأخر في سداد مقابل تأجير العبارتين القاهرة والرياض.

وحاصل الوقائع- حسبما يبين من الأوراق- أنه بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٢٤ حُرر عقد إدارة وتشغيل وصيانة العبارتين القاهرة والرياض بين وزارة النقل وشركة القاهرة للعبارات والنقل البحري، بمقابل مقداره (١٢٠٠٠٠٠٠) اثنا عشر مليون جنيه سنويًا، وبمناسبة قيام الجهاز المركزي للمحاسبات بمباشرة أعمال الفحص والمراجعة بالوزارة تبين عدم قيام شركة القاهرة للعبارات والنقل البحري بأداء المبالغ المستحقة للوزارة طبقًا للعقد المشار إليه بخلاف الفوائد التأخيرية المستحقة وفقًا لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي، فقامت الوزارة بحساب تلك المبالغ طبقا للمادة (١٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ووفقًا لما انتهى إليه الجهاز المركزي للمحاسبات، وجاء في معرض رد الوزارة على إدارة الفتوى أن أسباب تأخر الشركة فى السداد جاء نتيجة عدم تسوية المبالغ الخاصة بمصروفات ما قبل التشغيل ومصروفات التأسيس التي تحملتها الشركة نيابة عن الوزارة ، فضلا عن الخلاف بين الطرفين حول تحديد أيهما يلتزم بتحمل تكاليف التأمين على البدن والآلات والعمرات الجسيمة، ولذا طلبتم استطلاع رأى إدارة الفتوى

المختصة للنظر في مدى جواز إعفاء الشركة من غرامة التأخير طبقًا للمادة (٢٣) من قانون المناقصات والمزايدات سالف البيان، ونظرًا لما ارتأته من أهمية فقد أحالته إلى اللجنة الثالثة من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة التي قررت بجلستها المعقودة في ٢٠١٨/١١/١٤ إحالة الموضوع إلى الجمعية العمومية؛ لما آنسته فيه من أهمية وعمومية.

ونفيد: أن الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة في ١٠ من إبريل عام ٢٠١٩، الموافق ٤ من شعبان عام ١٤٤٠ هـ؛ 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) منه تنص على أن: "١-يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢-..."، وأن المادة (٣٧٣) منه تنص على أن: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه"، وأن المادة (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨- قبل إلغائه بالقانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨- كانت تنص على أنه: "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقًا للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية، بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة (٣%) من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، و(١٠%) بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل. وتوقع غرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر. ويعفى المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، وللسلطة المختصة - عدا هذه الحالة - بعد أخذ رأي الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر. ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير..."، وأن المادة (٣٠) منه تنص على أن: "يكون بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية، والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف، عن طريق مزايدة علنية عامة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة. ومع ذلك يجوز استثناء، وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فيما يلي: ...ويتم ذلك كله وفقا للشروط والأوضاع

التي تبينها اللائحة التنفيذية..."، وأن المادة (١٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ والمستبدلة بموجب قرار وزير المالية رقم (٣٧٤) لسنة ٢٠٠٨- تنص على أنه: "في حالة طرح العقارات والمشروعات للتأجير أو الترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف، يجب على من يتقدم للمزايدة سداد مبلغ تحدده السلطة المختصة حسب أهمية وقيمة العملية كتأمين مؤقت... وفي جميع الأحوال يراعى تضمين شروط الطرح طريقة سداد القيمة الإيجارية أو مقابل الانتفاع أو الاستغلال بمراعاة أن يتم السداد خلال ثلاثة أيام عمل على الأكثر من بداية المدة المحددة لذلك، وفي حالة تجاوز هذه المهلة تستحق الجهة الإدارية تعويضًا يعادل سعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي المصري، وذلك عن الفترة من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم- وعلى ما جرى به إفتاؤها- أن المشرع فى القانون المدنى استنّ أصلًا 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 طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق ومقتضيات حسن النية، فالعقد الإدارى، شأنه شأن العقد المدنى، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء، أو تعديل التزامات تعاقدية تقوم على التراضى بين طرفين أحدهما هو الدولة، أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وهو بهذه المثابة شريعة المتعاقدين، فما تلاقت إرادتاهما عليه يقوم مقام القانون بالنسبة إلى طرفيه، ومن بين أهم الالتزامات المترتبة على جميع العقود، سواء المدنية أو الإدارية، ضرورة أن يُنفذ المدين التزاماته كاملة وبدقة فى موعدها المحدد بالعقد، وإلا جاز لجهة الإدارة المتعاقدة أن توقع عليه الجزاءات المنصوص عليها عقدًا وقانونًا، ولا يعفي المتعاقد (المدين) من توقيع هذه الجزاءات سوى أن يثبت أن عدم تنفيذ التزاماته من حيث الأصل، أو تأخره عن الميعاد المحدد للتنفيذ أصبح مستحيلًا لأسباب خارجة عن إرادته، ومن بين هذه الأسباب الحوادث الفجائية، والقوة القاهرة، والتى يشترط أن تكون غير ممكنة التوقع ومستحيلة الدفع، وكذلك خطأ الإدارة ذاتها، والذى قد يساهم بشكل مباشر، أو غير مباشر، فى تأخر المتعاقد فى تنفيذ التزاماته.

واستظهرت الجمعية العمومية كذلك مما تقدم أن المشرع فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، ولائحته التنفيذية المشار إليهما، وانطلاقًا من القاعدة التى تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية، وهى استهداف العقود الإدارية تسيير المرفق العام بانتظام واطّراد، مما يقتضى تغليب وجه المصلحة العامة

على مصلحة الأفراد الخاصة، على نحو يجعل مصالح الطرفين فى العقود الإدارية غير متكافئة، على خلاف الحال فى العقود المدنية حيث تكون هذه المصالح متوازية ومتساوية، فقد أجاز للسلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة توقيع بعض الجزاءات على المتعاقد معها حال تأخره فى تنفيذ التزامه العقدى عن الميعاد المقرر له، ومن ذلك ما قرره فى المادة (٢٣) من هذا القانون، من حقها- حال تأخر المتعاقد مع الجهة فى مجال شراء المنقولات، أو التعاقد على أعمال المقاولات، أو تلقى الخدمات عن تنفيذه التزامه العقدى فى موعده المحدد- فى أن تعطى له مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقًا للأسس والنسب التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون، شرط ألا تجاوز هذه الغرامة نسبة (٣%) من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، ونسبة (١٠%) بالنسبة إلى مقاولات الأعمال والنقل. وميّز المشرع هذه الغرامة ببعض المميزات وهى: أولاً: طابعها التلقائى فهى تطبق مباشرة دون حاجة إلى تنبيه، أو إنذار، أو أى إجراء آخر، ودون حاجة إلى إثبات أن ضررًا حاق بجهة الإدارة من جراء تأخير المتعاقد معها فى الوفاء بالتزاماته. ثانيًا: أنه يُتصور الإعفاء منها إما وجوبًا، أو جوازًا بعد الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأخذ رأيها فى هذا الشأن. ثالثًا: أن توقيع هذه الغرامة لا يخل بحق الجهة الإدارية المتعاقدة فى الرجوع على المتعاقد معها بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير.

كما استظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن المشرع فى القانون المذكور جعل الأصل العام للتعاقد على بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات والترخيص بالانتفاع، أو باستغلال العقارات، هو اتباع طريق المزايدة العلنية العامة، أو المحلية، أو بالمظاريف المغلقة، وفقًا للشروط والأوضاع التفصيلية التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون. وتنفيذًا لذلك تضمنت المادة (١٢١) من اللائحة تفصيل الضوابط الواجب اتباعها فى حالة طرح العقارات والمشروعات للتأجير، أو الترخيص في الانتفاع، أو الاستغلال، ومن بين هذه الضوابط، ضرورة تضمين شروط الطرح طريقة سداد القيمة الإيجارية، أو مقابل الانتفاع، أو الاستغلال، بحيث يُراعى أن يتم السداد خلال ثلاثة أيام عمل على الأكثر من بداية المدة المحددة لذلك، وفي حال تجاوز هذه المهلة تستحق الجهة الإدارية تعويضًا يعادل سعر الائتمان والخصم المُعلن من البنك المركزي المصري، وذلك عن الفترة من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد، وهذا التعويض، ولئن كان يتفق مع غرامة التأخير التى تُفرض على المتعاقد مع الجهة الإدارية فى حال التعاقد على شراء المنقولات، أو التعاقد على أعمال

المقاولات، أو تلقى الخدمات حال تأخره فى تنفيذ التزامه العقدى عن الميعاد المقرر له فى أن كلاً منهما ذو طبيعة مالية، فإنه يفترق عنها من وجوه عدة، وهى: أولًا: أنه ليس للتعويض عن التأخير ثمة حد أقصى على خلاف ما هو مقرر بالنسبة إلى غرامة التأخير من جعل حدها الأقصى نسبة (٣%) من قيمة العقد بالنسبة إلى شراء المنقولات وتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، ونسبة (١٠%) بالنسبة إلى مقاولات الأعمال والنقل. ثانيًا: أن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات سالف الذكر ورد خلوًا من النص على جواز الإعفاء من ذلك التعويض، بحسبان أن الضرر من التأخير في سداد القيمة الإيجارية قد تحقق فعلا بمجرد التأخير، على خلاف ما هو مقرر بشأن غرامة التأخير حيث نص هذا القانون ولائحته التنفيذية على جواز الإعفاء منها في حال عدم تحقق الضرر بالضوابط المنصوص عليها بهما، ومنها أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. ثالثًا: أن طريقة تحديد التعويض تختلف عن طريقة تحديد غرامة التأخير المشار إليها، حيث يُحدد التعويض بما يعادل سعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزى المصرى وذلك عن الفترة من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد، في حين يجرى تحديد غرامة التأخير كنسبة من قيمة العقد، حسبما تقدم بيانه.

وعلى هدى ما تقدم، ومتى كان الثابت أن شركة القاهرة للعبارات والنقل البحري قد تأخرت عن سداد مقابل الإيجار المستحق لوزارة النقل عن تأجير العبارتين القاهرة والرياض في الميعاد المتفق عليه طبقًا للعقد المحرر بين الطرفين بشأن إدارة وتشغيل وصيانة هاتين العبارتين؛ الأمر الذى يُستحق معه مقابل عن هذا التأخير، وذلك إعمالًا لحكم المادة (١٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه طبقًا لما انتهى إليه الجهاز المركزي للمحاسبات في هذا الخصوص، ولما كانت المادة سالفة البيان أسبغت على هذه الغرامة وصف "التعويض"، ومن ثم فإنه لا يصدق عليه وصف "غرامة تأخير" بالمعنى المقصود في المادة (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليها، فى ضوء أوجه التمايز بينهما على النحو السالف بيانه، ومن ثمَّ لا يطبق على هذا التعويض حكم المادة (٢٣) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، فيما تضعه من أحكام تجيز الإعفاء من غرامة التأخير المنصوص عليها فى المادة ذاتها، ووفقًا للضوابط المحددة بها.

ولما كان ذلك، وكانت الأوراق المعروضة وردت خلوًا من إقامة الدليل الذى لا يتطرق إليه شك على أن هناك سببًا أجنبيًا لا يد للشركة فيه حال بينها وبين الوفاء بالقيمة الإيجارية في الموعد المتفق عليه،

على نحو يبرر عدم استحقاق التعويض المشار إليه، إعمالاً للقواعد العامة التي يقررها القانون المدني في هذا الشأن، فضلا عن أن الخلاف الذي دار بين الوزارة والشركة حول تحديد الملتزم بتحمل عبء تكاليف العمرات الجسيمة، والمصروفات السنوية للتأمين على بدن وآلات العبارتين وكذا الملتزم بتحمل قيمة الأقساط الصافية للتأمين على بدن وآلات العبارتين لا يعد سببًا أجنبيًا يبرر إعفاء الشركة من سداد القيمة الإيجارية المستحقة عن العقد، فضلا عن أن التأخير كان في كامل القيمة الإيجارية وليس في الجزء المتنازع فيه، ومن ثم لا يجوز للوزارة إعفاء الشركة في الحالة المعروضة من أداء ذلك التعويض.

لـــذلـــك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى عدم جواز إعفاء شركة القاهرة للعبارات والنقل البحري في الحالة المعروضة من أداء التعويض المُقدر إعمالًا لحكم المادة (١٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا في: ١٣ / ٥ / ٢٠١٩

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

المستشار/
بخيت محمد محمد إسماعيل
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

مجلس الدولة
مركز المعلومات - الجمعية العمومية
لقسمي الفتوى والتشريع