بحث بعنوان

دور المشرع في تقنين سلطة التعديل الانفرادي وحدودها

إسراء عبدالعزيز القطان

باحثة دكتوراة جامعة عين شمس

المقدمة

يعتبر العقد الإداري هو وسيلة جهة الإدارة في تنفيذ أغراض الدولة وتسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وانطلاقاً من استهداف المصلحة العامة وصالح المرفق وحسن سيره بانتظام تأتي تصرفات جهة الإدارة بشكل عام وسلطاتها في إطار العقد الإداري بشكل خاص وعلى الأخص سلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى المتعاقد معها، ودون أن يكون له الاحتجاج في مواجهتها بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه لا يجوز لأحد طرفيه أن ينفرد بتعديله دون إقرار من الآخر .

وعلى الرغم من تقرير المشرع لتلك السلطة لجهة الإدارة إلا أنه لم يتركها على إطلاقها وإنما أخضعها لقيود تفرضها اعتبارات المشروعية والصالح العام.

وحيث أن من شأن تلك السلطات وغيرها من الظروف المحيطة بالعقد طيلة مدة تنفيذه أن تؤثر على قيمة المقابل النقدي المقرر للمتعاقد، وحيث أن العقود الإدارية يغلب عليها طابع الامتداد بحيث يستغرق تنفيذها مدة زمنية متفق عليها، لذا فقد أخذ المشرع بعين الاعتبار تقرير مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المقرر للمتعاقد.

ومن هنا سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث على التوالي كما يلي :

المبحث الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي.

المبحث الثاني : القيود التي تحد من سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي.

المبحث الثالث : تقرير المشرع لمبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد.

المبحث الأول:

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي

لما كان العقد الإداري يتصل بالمرفق العام ويبرم بهدف تمكين الإدارة من تنظيمه وتسييره بانتظام واضطراد ، و بغرض تطويره وتعديله وفق المتطلبات المستحدثة، فالقاعدة التي تحكم تصرفات الإدارة في إدارة المرافق العامة هي ضرورة استمرار سير هذه المرافق بانتظام وخضوعها لأي تعديل أو تغيير يطرأ أثناء تنفيذ العقد.

وهكذا تعتبر القاعدة العامة التي تحكم العلاقة الناشئة عن العقد الإداري هي إعطاء الإدارة مجموعة من السلطات والامتيازات وتحميلها الالتزامات التي توفق بين صفتها كمتعاقدة تلتزم بعقودها وتتمكن في ذات الوقت من مباشرة اختصاصاتها ومسئوليتها في تنظيم إدارة المرافق العامة بما يكفل استمرار سيرها بانتظام و اضطراد، وقابليتها للتعديل والتغيير وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، ذلك أن العقود الإدارية تتميز عن العقود

المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة [1].

الفرع الأول: الاحكام القضائية التي تقرر حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقدة .

إن من مقتضى سلطات الجهة الإدارية في العقود الإدارية ، ومن أبرز خصائص العقود الادارية المميزة لها عن عقود القانون الخاص، سلطة الجهة الإدارية في تعديل العقد، ومن مقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها بإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو و بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقدة ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أوالنقص على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد و ملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق و تحديد قواعد سيره

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٨٣٢ لسنة ٣٣ ق ، صادر بتاريخ ١٩٩٢/٧/٢٨ مجموعة أحكام المحكمة ، ص ١٩٩٠ .

تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق تلك المصلحة. ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق و اتصال العقد الإداري به وضرورة الحرص على تنظيم سيره ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه اعتباراً أن هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة للعقد المتعلقة بالصالح العام ٢.

وكذلك أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه إذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك ٣.

وهو كذلك ما قررته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ١٩٩٢/١١/١٥ بأن هذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرفق العام والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ، ومن ثم فحق الإدارة في التعديل مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد وإلى موافقة الطرف الآخر عليه ، فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى حق الإدارة في إجراء هذا التعديل ، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان

٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى ٧/٩٨٣ ق جلسة ١٩٥٧/٧/٣٠ ؛ مشار إليه لدى المستشار عبد الكريم الزيات: العقود الإدارية في التشريع الكويتي فقهاً وقضاء ج٢ ديوان المحاسبة ، الكويت، ٢٠٠٧ ، ص ٨-٩ .

٣ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى ١٦٠٩ / ١١ ق . بجلسة ١٩٥٦/١٢/١٦ ، مرجع سابق ، ص ٩٠ . .

أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون في ذلك أي مساس بالحق الأصيل المقرر للجهة الإدارية في التعديل ولاتصال هذه السلطة بالنظام العام للمرافق العامة، ومن المقرر أنه لا يجوز لجهة الإدارة نفسها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة٤.

وهو ما سارت عليه ذات المحكمة مستطردة في حكمها الصادر في ١٩٩٨/١١/٢٤ بأنه يثبت للجهة الإدارية دائماً حق تعديل العقد الإداري بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو تطلب موافقة المتعاقد معها، حتى إذا ما أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة الجهة الإدارية في تعديل العقد وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك، ذلك أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة وهي تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء، تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ومن أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة وضمان سيرها وانتظامها واستمرارها، ومن ذلك سلطة الجهة الإدارية في تعديل العقد، وهي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن العقود

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٩٨٦/٣٥ ق بتاريخ ١٩٩٢/١١/١٥، وارد في مجموعة أحكام المحكمة ج ٣٥ ص ٣٦٩ .

المدنية وتقتضي هذه السلطة أن الجهة الإدارية تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة – على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم – حق تعديل العقد اثناء تنفيذه و تعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف المتعاقد معها أو تنقصها وتتناول الأعباء أو الكميات المتعاقدة عليها بالزيادة أو النقصان على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير ما يحتج عليها المتعاقد معها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فطبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق[٥].

المطلب الثاني:

النصوص التشريعية التي تقرر حق الإدارة في تعديل التزامات العقد

لقد نص المشرع المصري على حق جهة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد في المادة ٤٦ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ وهي

[٥] حكم المحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٠٠١/٤٢ ق بتاريخ ١٩٩٨/١١٤/٢٤ ، وكذلك حكمها في الطعن ٤/٥٨٢ ق .

التي عنونها المشرع بعنوان (تعديل حجم العقد) وهي التي جرى نصها بالآتي : " إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل حجم التعاقد يكون للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو النقص وبما لا يجاوز (٢٥٪) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (١٥٪) من كمية كل بند لباقي العقود بذات الشروط والمواصفات والأسعار على أن تتضمن كراسة الشروط والمواصفات ذلك.

ويتعين لتعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة أو مجلس الوزراء بحسب الأحوال ، ووجود الاعتماد المالي اللازم، وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه، وأن تعدل مدة العقد الأصلي إذا تطلب الأمر ذلك بالقدر الذي يتناسب وحجم الزيادة أو النقص"[٦].

ثم أتى المشرع المصري في المادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية لذات القانون مبيناً نطاق وحدود ذلك التعديل ولقد عنون المادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية بذات عنوان المادة ٤٦ من القانون (تعديل حجم العقد) ولقد جرى نص المادة بالآتي:

" يجب على الجهة الإدارية تحديد احتياجاتها الفعلية والضرورية لسير العمل على أساس دراسة واقعية وموضوعية، ومع ذلك إذا استجد أثناء التنفيذ ما يوجب تعديل العقد فيتم التعديل بما لا يجاوز (٢٥٪) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (١٥

[٦] القانون المصري رقم ١٨٢ السنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ، المادة رقم ٤٦ .

%) من كمية كل بند لباقي العقود مع تضمين شروط الطرح مضمون ذلك مع تعديل المدة المناسبة أو البرنامج الزمني ، بحسب الأحوال ، للتوريد، أو التنفيذ، وبما يتناسب مع حجم التعديل، على أن تراعي إدارة التعاقدات الآتي : ... "[٧]. ولقد استطردت المادة بعرض جملة من القيود والاعتبارات التي يجب مراعاتها عند التعديل .

المبحث الثاني :

القيود التي تحد من سلطة الإدارة في التعديل

لقد حرصت النصوص التشريعية والمبادئ القضائية على حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة في مواجهة سلطتها في تعديل العقد الإداري، حيث قررت جملة من القيود التي تحمي حقوق المتعاقد وفي ذات الوقت ترمي إلى المصلحة العامة، إذ لو تركت هذه السلطة على إطلاقها لما أصبح هناك اقبال من أشخاص القانون الخاص على التعاقد مع الجهات الإدارية .

[٧] قرار وزير المالية المصري رقم ٩٦٢ لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية القانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ، المادة رقم ٩٦ .

المطلب الأول :

القيود التشريعية التي تحد من سلطة الإدارة في التعديل.

لقد تبين من خلال استعراض النصوص التشريعية التي تقرر حق جهة الإدارة في تعديل العقد تعديلاً انفرادياً في ضوء ما تستدعيه حاجة المرفق بأن المشرع قد أحاطها بجملة من القيود للتوفيق بين مصلحة المرفق ومصلحة المتعاقد سيتم تناولها تباعاً على النحو الآتي :

أولاً: وجود ضرورة وأسباب داعية للتعديل

استهل المشرع المصري المادة ٤٦ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بهذا القيد إذ يجري نص المادة بالآتي : " إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل حجم التعاقد..." وكذلك أتت اللائحة التنفيذية في المادة ٩٦ منها وافتتحت نصها بعبارة أنه "يجب على الجهة الإدارية تحديد احتياجاتها الفعلية والضرورية لسير العمل على أساس دراسة واقعية وموضوعية، ومع ذلك إذا استجد أثناء التنفيذ ما يوجب تعديل العقد فيتم التعديل ...." ولقد أوردت ذات المادة جملة من القيود والاعتبارات حيث تنص على : " ... على أن تراعي إدارة العقود الآتي :

١- وجود ضرورة وأسباب داعية لتلك التعديلات..." .

ولقد أقرت محكمة القضاء الإداري المصرية ذلك الشرط في العديد من أحكامها ومنها ما أوردت فيه أنه ليس ثمة نزاع على أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تفترض مقدماً حدوث تغير في ظروف العقد وملابساته وطرائق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق وأن التعاقد في تلك العقود يتم على أساس أن نية الطرفين قد انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة ... وسلطة التعديل هذه وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية ومنها عقود التوريد، إلا أنها ليست سلطة مطلقة، بل ترد عليها قيود ... ويشترط لممارسة تلك السلطة أن تكون قد استحدثت ظروف بعد إبرام العقد تبرر التعديل[٨].

ثانياً : موافقة السلطة المختصة على التعديل :

لقد نص المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ في المادة ٤٦ منه على شرط موافقة السلطة المختصة على التعديل بعبارة : " ويتعين لتعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة أو مجلس الوزراء بحسب الأحوال... " .

[٨] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٧٤١ لسنة ٢١ ق – بجلسة ١٩٧٠/٣/٢٢ .

وقد رددت المادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية للقانون ذات الشروط في إطار الاعتبارات التي يجب مراعاتها من قبل إدارة التعاقدات حيث جاء في عجز النص أنه : " ... على أن تراعى إدارة التعاقدات الآتي : ... ٢- الحصول على موافقة السلطة المختصة ، أو مجلس الوزراء – بحسب الأحوال – على التعديل ..." .

ولقد أوضح المشرع المصري في المادة الأولى من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية المتعلقة بالتعريفات المقصود بالسلطة المختصة بأنها: "السلطة المختصة : الوزير، ومن له سلطاته، أو المحافظ، أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو الصندوق، أو من يعادلهم من سلطات في الجهات المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون ، كل في نطاق اختصاصه" .

ولقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن إلى أن "العقد الاداري لا ينشأ ولا يعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة – يجوز لجهة الإدارة أن تعدل شروط العقد الإداري – لا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة فلا يتأتى إلا من السلطة المختصة بإجرائه ، نتيجة ذلك أن التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة لا تنتج أثراً في تعديل وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه[٩].

[٩] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن برقم ٨٤٥ لسنة ١٩ ق بجلسة ١٩٨٠/١١/٢٢ ، مشار إليه لدى المستشار عبد الكريم الزيات، مرجع سابق ، ص ١١ – ١٢.

ثالثاً : ضرورة وجود الاعتماد المالي اللازم للتعديل .

لقد نص المشرع المصري في عجز المادة ٤٦ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الدولة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل حجم العقد بأنه " ... ويتعين لتعديل العقد ... ، ووجود الاعتماد المالي اللازم ، ..." .

كما قررت المادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية وذلك ما عبرت عنه على النحو الآتي : " ... على أن تراعي إدارة التعاقدات الآتي : ... ٥- الحصول من الإدارة المالية على سماح البند في حالة التعديل بالزيادة ...". وهو ما يتضح منه مدى دقة المشرع المصري في معالجة النص أعلاه إذ قيد استلزام سماح البند بحالة التعديل بالزيادة إذ أنه لو كان التعديل بالنقص فلا محل لاستلزام تحقق ذلك الشرط[١٠].

ومع ذلك فإنه قد يثور التساؤل حول ما إذا قررت الإدارة زيادة الأعمال دون التأكد من مدى توافر الاعتماد المالي وقام المقاول بتنفيذها، أو نفذ الاعتماد المالي عند التنفيذ وفي ذلك أفتت الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأن ذلك لا يعد سنداً لتقاعس الإدارة عن مستحقات المتعاقد[١١].

[١٠] د. محمد فؤاد محمد الحريري : سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام الأوامر التغييرية . رسالة دكتوراة مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٣١٣ .

[١١] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٧٨ صادرة في ٢٠٠٣/١/٢٩ ، ملف ٢٢٥٣/٢/٣٢ ، بجلسة ٢٠٠٣/١/٨ .

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا وجرى قضاؤها بأنه ليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد مع الإدارة أن يعرف مقدماً ما إذا صدر اعتماد أو لم يصدر، وأن ذلك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها، وأنه لو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرافق العامة [١٢].

رابعاً : صدور التعديل خلال فترة سريان العقد :

لقد نص المشرع المصري في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ السنة ٢٠١٨ في المادة المتعلقة بتعديل حجم العقد رقم ٤٦ منه على شرط صدور التعديل خلال فترة سريان العقد حيث تنص على :"... ويتعين لتعديل العقد ...، و أن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد ... ".

ولقد أوردت اللائحة التنفيذية للقانون في المادة ٩٦ منها هذا القيد بمزيد من التوضيح اذ نصت على أنه : "... على أن تراعي إدارة التعاقدات الآتي : ... ٦- أن يكون التعديل خلال مدة تنفيذ العقد، ولا يدخل فيها مدة الضمان ... ".

[١٢] د. جابر جاد نصار : الوجيز في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٥١.

حيث أردفت عبارة ولا يدخل فيها مدة الضمان إذ يتبين أن النطاق الزمني لإجراء التعديل هو مدة تنفيذ العقد فقط إذ يبدأ الضمان بعد تمام التنفيذ .

وشرط حصر الإطار الزمني لإجراء التعديل خلال مدة تنفيذ العقد هو شرط يرمي منطقياً إلى منع وقوع تواطؤ بين بعض رجال الإدارة مع بعض المقاولين – بالتحايل على نصوص قوانين المناقصات العامة والتعاقدات التي تجريها الجهات الحكومية – وذلك بقيام جهة الادارة بإسناد أعمال إلى مقاول بعينه بغرض تنفيعه وذلك باعتبارها تعديلات على اي عقد سبق وأن أبرمته معه الجهة الإدارية ودون اتباع أساليب التعاقد التي رسمها القانون وهو ما يعد إخلالاً جسيماً بأحكام تنظيم التعاقدات العامة في شأن اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة ١٣.

خامسا: عدم تجاوز التعديل للنسب المحددة قانوناً :

لقد اتفقت معظم التشريعات على تحديد النسب التي يجب على جهة الإدارة التقيد بها عند إعمالها لسلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

حيث قرر المشرع المصري في القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في المادة ٤٦ من المتعلقة بتعديل حجم العقد بأنه : " إذا طرأ من

[١٣] د .محمد فؤاد محمد الحريري : مرجع سابق ، ص ٣١٥ – ٣١٦ .

المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل حجم التعاقد يكون للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو النقص بما لا يجاوز (٢٥ %) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (١٥ %) من كمية كل بند لباقي العقود بذات الشروط والمواصفات والأسعار على أن تتضمن كراسة الشروط والمواصفات ذلك ... " كما جاءت اللائحة التنفيذية لذلك القانون في المادة ٩٦ منها مؤكدة على ذلك بنصبها على أنه : " . . فيتم التعديل بما لا يجاوز (٢٥ %) من كمية كل بند لعقود المقاولات و بما لا يجاوز (١٥ %) من كمية كل بند لباقي العقود مع تضمين شروط الطرح مضمون ذلك... "

ويتبين مما سبق بأن المتعاقد مع الإدارة وهو يقوم بتقدير عطائه فإنه يضع في اعتباره بأن جهة الإدارة قد تقوم بإعمال سلطتها في تعديل العقد تعديلاً إنفرادياً لكنه في ذات الوقت يضع في حساباته بأنها ملزمة بألا تتجاوز الحدود والنسب المنصوص عليها[١٤].

سادساً : ألا يؤثر التعديل على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه :

لقد أكد المشرع المصري من خلال نص المادة ١٧ من قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على شرط أن تظل الأولوية التي رتبت العطاءات وأرسيت المناقصة على أساسها مصاحبة للعقد في مسيرته حتى تمام التنفيذ ، إذ جاء

[١٤] د .علي عبدالعزيز الفحام : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥ ، ص ٢٨٨ .

في عجز النص بأنه : "يتعين لتعديل العقد ... ، وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه، ... "

كما جاء في نص المادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية لذات القانون في إطار الأمور التي يجب على إدارة التعاقدات مراعاتها "... ٧- ألاّ يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه ..." .

كما أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث قضت بأن : "إعمال شرط الأولوية قصد به أن يقدم المتناقص في عطائه صورة صادقة لأسعاره، وإن ترتيب جهة الإدارة للعطاءات على هدي من ذلك دون مغالاة من صاحب العطاء في أسعار الأعمال أو الفئات التي ينتظر زيادة حجمها أو كمياتها عند التنفيذ وإنقاص في أسعار الأعمال أو الفئات الأخرى نقصاناً ينأى بها عن الحقيقة وصولاً إلى التعاقد مع جهة الإدارة باعتبار أن (العطاء في جملته أقل العطاءات المقدمة سعراً)، ثم يثبت عند التنفيذ أنها محض أولوية خادعة استنفدت أغراضها لا تصادف الحقيقة، وفي هذه الحالة يتعين الرد على مثل هذا المتناقص قصده بالنص على أن تظل الأولوية التي رتبت العطاءات وأرسيت المناقصة على أساسها مصاحبة للعقد حتى تمام التنفيذ ويراعى هذا الشرط لدى

الحساب الختامي بحيث يبقى العطاء الذي أرسيت عليه المناقصة دائماً هو أقل العطاءات سعراً تحقيقا لمصلحة الجهة الإدارية[١٥].

ومما سبق يتضح بأن المحافظة على أولوية العطاء قيد على كل من المتعاقد وجهة الإدارة مقرر لصالح جهة الإدارة ولم يقتصر نطاق تطلب هذا القيد إلى إرساء المناقصة وابرام العقد وإنما يظل مصاحباً للعقد في مسيرته حتى نهاية تنفيذه .

المطلب الثاني : القيود العامة على سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي.

يعتبر استهداف الصالح العام ومصلحة تسيير المرفق بانتظام واضطراد هو الأساس الذي تبني عليه جهة الإدارة إعمالها لسلطاتها في مواجهة المتعاقد معها، والتي من أهمها سلطتها في تعديل العقد الإداري تعديلا انفرادياً .

ولقد أكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث قضت بأن : " سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة محكومة ومرهونة بغاية الصالح العام إذ تمارسها الإدارة مستهدفة تحقيق حسن سير و انتظام المرافق العامة في إدارة الخدمات العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام"[١٦].

[١٥] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٩٦٩/٣ لسنة ٤٢ ق عليا ، بجلسة ٣١/ ٨/ ٢٠٠٠ .

[١٦] حكم المحكمة الإدارة العليا المصرية في الطعن رقم ٩٧لسنة ٢ ق عليا، بجلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ .

كما رسمت المحكمة الإدارية العليا المصرية لجهة الإدارة حدود ممارستها لتلك السلطة والتي منها ما تناولته التشريعات في نصوصها التي تم استعراضها في الفرع الأول، ومنها ما جرى القضاء على تأكيده ومن أبرز الأحكام في تأكيد ذلك ما قررته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ٢٠٠٤/٣/٣٠ بأن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك بإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد اثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقدة عليها بالزيادة أو بالنقص على خلاف ما ينص عليه العقد وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، لكن سلطة التعديل ليست مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل، إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاور إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أو أن يكون من شانها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب[١٧].

[١٧] حكم المحكمة الإدارية المصرية في الطعن رقم ٤٦/٥٤٥٦ ق ، بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣٠ .

وعليه يمكن أن نستخلص مما سبق جملة من القيود العامة التي يجب على جهة الإدارة مراعاتها على النحو الآتى:

١- استهداف المصلحة العامة لأن الإدارة منحت هذا الحق لتحقيق مصلحة سير المرفق بانتظام و اضطراد.

٢- توافر مبرر للتعديل بحيث تستجد ظروف لاحقة تستوجب قيام الإدارة بهذا التعديل.

٣ - أن يتصل التعديل بموضوع العقد وألا يتجاوزه فلا يتضمن التعديل تغييراً في موضوع العقد ومحله.

٤- مراعاة حدود المبدأ العام للمشروعية باعتبار التعديل قراراً إدارياً يجب لقيامه صحيحا في منأى عن البطلان أن تتوافر فيه أركان القرار الإداري السليم.

٥- ألا يترتب على التعديل فرض أعباء جديدة تؤدي إلى ارهاق المتعاقد وتتجاوز إمكانياته الفنية والمالية.

٦- وألا يكون من شأن التعديل قلب اقتصاديات العقد.

وتأتي أهمية مراعاة جهة الادارة لتلك القيود العامة في إعمالها لسلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة لكي يكون حينئذ المتعاقد مع جهة الإدارة في إطار وحدود التعديلات و التغيرات المتوقعة للعقد ومن ثم نكون في إطار الديناميكية التي يملكها العقد الإداري وفي منأى عن اللجوء إلى القضاء الإداري لإعادة الأمور إلى نصابها وذلك ما تفرضه حالة تجاوز امكانيات المتعاقد الفنية والمالية، أو أن يكون من شأن التعديلات أن تقلب

اقتصاديات العقد رأساً على عقب فعندئذ يكون العقد في ظل ظروف اقتصادية غير متوقعة تحكمها نظريات التوازن المالي للعقد الإداري وهي التي تخرج عن نطاق هذه الدراسة.

إلا أنه من الجدير أن تتم الإشارة بأن جانب كبير من الفقه في فرنسا ومصر يرى بأن حق المتعاقد في التعويض وضمان التوازن المالي في مواجهة سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة هو التطبيق العملي والمثال النموذجي لنظرية فعل الأمير، باعتبار أن إعمال أحكام هذه النظرية يتطلب أن يكون الإجراء الذي ترتب عليه الإخلال بالتوازن المالي للعقد صادراً من جهة الإدارة سواء بصفتها التعاقدية أو بصفتها كسلطة عامة؛ إلا أنه باستقراء أحكام نظرية فعل الأمير والتي تتطلب صدور ثمة إجراء من جهة الإدارة المتعاقدة خارج نطاق العقد يترتب عليه الإضرار بمركز المتعاقد ويجعل تنفيذه للعقد مرهقاً، وهو ما تتفق معه الباحثة وعليه لم يتم تناول أحكام نظرية فعل الأمير في هذه الدراسة[١٨] .

[١٨] د.السيد فتوح محمد هنداوي: دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة. رسالة دكتوراة مقدمة لكلية الحقوق جامعة الزقازيق، ٢٠١٤ ، ص١٩٠-١٩١ .

المبحث الثالث:

تقرير المشرع لمبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد.

لما كان من مقتضيات التعاقد مع جهة الإدارة أن يضع المتعاقد معها في اعتباره – ومنذ اللحظة التي يقوم فيها بتقدير وتقديم عطائه وحتى تمام التنفيذ – سلطتها في تعديل التزاماته تعديلاً انفرادياً بحسبها القوامة على سير المرفق وأن من شأن ذلك أن يتطلب في بعض الأحيان تلك التعديلات و التغيرات على العقد، فيكون المتعاقد هنا في إطار الظروف التي من المتوقع أن يواجهها العقد، وهو الأمر الذي قرره المشرع ونظمه، كما رسم له جملة من القيود في إطار الموازنة بين حق المتعاقد في المقابل المالي الذي ما أقدم على التعاقد مع جهة الإدارة إلا بغية التحصّل عليه و بين سلطات الإدارة التي تستمدها من النظام العام في تعديل العقد لمصلحة المرفق .

فكما أن على المتعاقد أن يضع في اعتباره سلطة الإدارة في التعديل طيلة مدة التنفيذ، فقد أخذ المشرع كذلك في اعتباره أنه من الصعب التنبؤ بما قد يحدث خلال مدة التنفيذ من متغيرات اقتصادية تؤثر تأثيراً مباشراً على أسعار العقود مثل أسعار المواد الأساسية وأسعار العملة وغيرها مما يؤدي إلى تعثر التنفيذ أو توقفه في بعض الأحيان، وهي الأمور التي من شأنها الإضرار بطرفي العقد الإداري سواء جهة الإدارة التي تهدف إلى

استمرار سير المرفق وكذلك المتعاقد الذي أقدم على التعاقد بهدف إنجاز أغراض العقد وصولاً إلى حصوله على المقابل الذي هو غرضه من التعاقد.

فمن هذا المنطلق أخذ المشرع في اعتباره ضرورة تقرير مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد، فيتم تعديل قيمة العقد بالزيادة أو النقص في ضوء الظروف التي طرأت بعد التاريخ المحدد لأمر الإسناد، ويكون من حق المتعاقد صرف فروق الأسعار من جانب الجهة الإدارية في إطار المراجعة الدورية لقيمته إعمالا لأحكام تعديل قيمة العقد التي قررها المشرع بشكل يحافظ على ديناميكية العقد في مواجهة الظروف التي تطرأ أثناء سريانه بغرض استمرار التنفيذ والمحافظة على سير المرفق الذي أبرم العقد لخدمته، وذلك دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لإعادة التوازن المالي له .

المطلب الأول :

النصوص القانونية التي تقرر مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد .

لقد فطن المشرع إلى ضرورة كسر قاعدة نهائية الأسعار المنصوص عليها في العقد في ضوء ما قد يواجهه من ظروف خلال مدة تنفيذه ، بحيث يتميز بديناميكية تسمح بإعادة

النظر في المقابل النقدي للمتعاقد فتتم مراجعة الأسعار وتعديلها رفعاً وخفضاً من خلال تطبيق الأحكام المنصوص عليها في القانون والمعادلات المتفق عليها في العقد.

تقرير المشرع لمبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد في تشريعات المناقصات والتعاقدات الحكومية :

لقد نص المشرع المصري في القانون رقم ١٨٢ السنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة فيما تضمنه بالمادة ٤٧ منه على أنه : "في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة الإدارية في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر بحسب الأحوال، بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر وبمراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ من واقع نشرة الأرقام القياسية للمنتجين الصادرة من الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء ويكون هذا التعديل ملزماً لطرفي التعاقد ويتعين تضمين العقد مضمون ذلك .

و على الجهة الإدارية تحديد البنود المتغيرة أو مكوناتها بكراسة الشروط والمواصفات وفقاً للقائمة التي تصدرها وزارة الإسكان، على أن يضع المقاول معاملاتها في المظروف الفني ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط والإجراءات المتبعة في هذا الشأن ، ومعادلة تغير الأسعار واشتراطات تطبيقها".

ولقد بينت اللائحة التنفيذية لذات القانون الضوابط والإجراءات المتبعة في هذا الشأن حيث جاءت المادة ٩٧ منها التي أوردها المشرع تحت عنوان (معادلة تغير الأسعار في عقود المقاولات والأعمال واشتراطات تطبيقها) تنص على أنه : "في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة اشهر فأكثر ، تلتزم إدارة التعاقدات في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو الخفض في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر، بحسب الأحوال ، ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك .

ويكون حساب التغير في الأسعار ومحاسبة المقاول على فروق الأسعار رفعاً أو خفضاً وفقاً للتعريفات والمعادلة والقواعد الآتية:

أولاً- التعريفات :

مدة التنفيذ : المدة المحددة لإنجاز الأعمال محسوبة من تاريخ تسليم الموقع خالياً من الموانع أو استلام المقاول الدفعة المقدمة، أو الرسومات المعتمدة اللازمة لبدء التنفيذ أيهما أبعد.

البنود المتغيرة : البنود أو مكوناتها الخاضعة للتعديل التي تحددها إدارة التعاقدات بمستندات الطرح (عمالة-مواد خام ...إلخ) من واقع القائمة التي تعدها وزارة الإسكان .

المعامل : النسبة التي يحددها المقاول بعطائه لكل بند أو مكوناته من البنود المتغيرة ، بمراعاة ألا تساوي (صفراً) ويقل مجموعها عن (١٠٠٪) أو الواحد صحيح بالنسبة لكل بند أو مشتملاته.

قيمة التعويض أو الخصم : المبلغ المستحق للمقاول أو المبلغ الواجب خصمه من مستحقاته نتيجة احتساب التغيير في أسعار البنود المتغيرة ارتفاعاً، أو انخفاضاً.

نسبة الزيادة أو الخفض في الأسعار : الرقم القياسي لسعر البند ، أو مكوناته عند المحاسبة مطروحاً منه الرقم القياسي للسعر عند تاريخ فتح المظاريف الفنية ، أو الإسناد المباشر بحسب الأحوال ، وذلك من واقع نشر الأرقام القياسية للمنتجين الصادرة من الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء.

ثانياً – المعادلة :

قيمة التعويض أو الخصم = قيمة الأعمال الخاضعة للتعديل من واقع عطاء المقاول عند التعاقد × معاملاتها × نسبة الزيادة أو الخفض في الأسعار.

ثالثاً – قواعد المحاسبة على فروق الأسعار:

تقوم إدارة التعاقدات بتحديد البنود المتغيرة أو مكوناتها ضمن شروط الطرح من واقع القائمة التي تصدرها وزارة الإسكان، وفي حالة عدم تحديدها تلغى المناقصة أو الممارسة أو أمر الإسناد المباشر قبل البت فيها.

يجب أن يتضمن عطاء المقاول في المظروف الفني معاملات تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود المتغيرة أو مكوناتها والتي حددتها إدارة التعاقدات ضمن شروط الطرح ويتم التعاقد على أساسها ، وفي حالة عدم تضمين المقاول عطاءه تلك المعاملات يتم استبعاد العطاء.

تصرف قيمة المستخلص المعتمد في المواعيد المحددة وفقاً لأسعار العقد دون انتظار لتطبيق معادلة فروق الأسعار.

يحاسب المقاول على التعديل في الأسعار رفعاً، أو خفضاً بالنسبة للبنود المتغيرة، أو مكوناتها كل ثلاثة أشهر تعاقدية من تاريخ فتح المظاريف الفنية، أو الإسناد المباشر، بحسب الأحوال، مع مراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ وتعديلاته الذي يتفق عليه الطرفان.

يحاسب المقاول على فروق الأسعار رفعاً ، أو خفضاً خلال ستين يوماً على الأكثر من تاريخ تقديم المطالبة . يتم خلالها مراجعة وصرف تلك الفروق ، ويجب احتساب أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه وذلك بعد تطبيق المعادلة ذاتها على باقي العطاءات.

لا تسري معادلة تغير الأسعار وقواعد تطبيقها في أي من الحالات الآتية:

أ- العقود التي تكون مدة تنفيذها أقل من ستة أشهر ويتأخر تنفيذها لسبب يرجع إلى المقاول .

ب- العقود التي تكون مدة تنفيذها أقل من ستة أشهر، ويتأخر تنفيذها لسبب يرجع إلى الجهة الإدارية ،

وفي هذه الحالة ، تتم محاسبة المقاول على الكميات التي تم تنفيذها بعد الستة أشهر وفقاً لمعدلات

التضخم الصادرة من الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء".

وحيث أن هذه الإجراءات تأتي في إطار حرص المشرع على تحقيق العدالة التعاقدية وتحقيق التوازن المالي للعقد ذاتياً بحيث تصبح عملية تعديل السعر عملية ديناميكية متحركة١٩، قائمة على نصوص العقد والتعديلات التشريعية التي أدخلت على قانون

١٩ د. محمد صلاح عبد البديع السيد: دور فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد دراسة مقارنة، مرجع سابق ، ص ٢٢١

تنظيم المناقصات والمزايدات وصولاً إلى النصوص القائمة، إلا أنه من الجدير بالتنويه بأنه ومع وجود النصوص العقدية التى تقرر إعادة النظر في المقابل النقدي للمتعاقد و بإعمال أثر القيود التشريعية التي تحد من أثر تلك النصوص، فإن ثمة تحفظ جوهري تنبغي الإشارة إليه يتمثل في حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن الأضرار غير المتوقعة استناداً إلى أحكام نظرية الظروف الطارئة٢٠، ويكون ذلك في حالتين : الأولى عدم التمكن من تطبيق النصوص التي تقرر إعادة النظر في المقابل المالي في ظل تجميد الأسعار بالإجراءات التشريعية التي توقف ارتفاع الأسعار، والثانية عدم قدرة النصوص العقدية على إعادة التوازن المالي له وذلك بتجاوز التقلبات الاقتصادية التي طرأت أثناء تنفيذ العقد لمقدار ما توقعه المتعاقدان عند إبرام العقد٢١.

٢٠ أ. د. محمد سعيد حسين أمين : الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص ٦٠٤ .

٢١ د . رجب محمد السيد أحمد : مرجع سابق ، ص ٣٣٦ .

الخاتمة

تناولت الدراسة دور المشرع في تقنين سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي وحدودها، حيث استعرضت في المبحث الأول منها الأساس القانوني لتلك السلطة، وفي المبحث الثاني القيود التي قررها المشرع على تلك السلطة، وفي المبحث الثالث تقرير المشرع لمبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي للمتعاقد.

وحيث أن المشرع قد اعترف لجهة الإدارة بسلطات واسعة تجد أساسها وسندها في استهداف الإدارة للصالح العام ومصلحة حسن سير المرفق، إلا أنه لا يمكن أن تشكّل تلك السلطات عبئاً وإرهاقاً على المتعاقد؛ لذا تجد المشرع قد وضع القيود على تلك السلطة وقرر مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد.

ومن الملاحظ بأن الدراسة لم تفرد مبحثاً لنظرية فعل الأمير التي تقرر التعويض للمتعاقد عن أعمال جهة الإدارة المتعاقدة، وذلك باعتبار أنه مادامت جهة الإدارة قد أعملت تلك السلطة في إطارها السليم بمراعاة القيود التي قررها المشرع فلا محل لإعمال نظريات التوازن المالي أو اللجوء إلى القاضي الإداري، حيث يسري العقد بمرونة وديناميكية في إطار النصوص التشريعية والعقدية وذلك لأن سلطة التعديل الانفرادي تجد أساسها من القانون والنظام العام ولا تعدو نصوص العقد مجرد أداة لتنظيمها وبيان أحوال ممارستها.