بسم الله الرحمن الرحيم

| | |
|---|---|
| رقم التبليغ : | ٣٣٣ |
| بتاريخ : | ٢٠١٢/٤/٢٨ |

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

ملف رقم : ٥٤ / ١ / ٤٩٣

**السيد الأستاذ الدكتور/ رئيس جامعة عين شمس**

تحية طيبة وبعد،،،

فقد اطلعنا على كتابكم المؤرخ ٢٩ من ديسمبر سنة ٢٠١٠ الموجه إلي السيد الأستاذ المستشار رئيس مجلس الدولة في شأن طلب الإفادة بالرأي عن مدي جواز اتخاذ نظام الاستبدال طريقاً للتعاقد بطريق الممارسات وغيرها بشأن الأجهزة غير الصالحة للعمل والتي لا تواكب التكنولوجيا الحديثة ومن ثم جواز استبدال جهاز جديد لوحدة أشعة الجهاز العصبي لقسم الأشعة التشخيصية بمستشفيات جامعة عين شمس بالجهاز القديم.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن مستشفيات جامعة عين شمس كانت قد طرحت عملية شراء جهاز جديد لوحدة أشعة الجهاز العصبي لقسم الأشعة التشخيصية بمستشفيات جامعة عين شمس بالجهاز القديم في حدود مبلغ ٦٠٠٠,٠٠٠ جنيه "ستة ملايين جنيه" خلال العام المالي ٢٠١٠/٢٠٠٩ عن طريق الممارسة العامة وذلك استناداً إلي أن الجهاز القديم موديل ١٩٩٤ وطبقاً لمعايير الصناعة الدولية متوقع توقف الشركة عن الالتزام بتوفير جميع قطع الغيار الخاصة به ابتداء من عام ٢٠١١ كما أنه أصبح لا يفي باحتياجات طرق العلاج الحديثة لأمراض شرايين الجهاز العصبي وأصبح يمثل خطورة على المرضي، وقد تقدم للممارسة العامة شركتان هما شركة سيمنس وشركة فيلبس حيث تم قبولهما فنياً إلا أن الممارسة توقفت بناء على اعتراض السيدين مندوب المالية ومستشار مجلس الدولة الحاضرين في الممارسة، على الرغم من عرض فتوى اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة رقم ٣٤/٤/٢ بجلستها المعقودة في ١٨ من أبريل سنة ٢٠٠٧ عليهما والتي أقرت نظام الاستبدال، الأمر الذي سبب حرجاً واضطراباً بالتعاقد داخل المستشفيات، وأن الأجهزة المراد استبدالها يتم تقييمها بأسعار تفوق أسعار الكهنة في حالة استبدالها وتعد كهنة في حالة عدم الاستبدال، وإزاء اختلاف الرأي بشأن المسألة المعروضة فقد طلبتم الإفادة بالرأي من إدارة الفتوى المختصة، التي قامت

برفعه إلى اللجنة الثانية لقسم الفتوى التي قررت بجلستها المعقودة في ٦ من يوليو سنة ٢٠١١ رافعة إلي الجمعية العمومية لما أنسته فيه من أهمية وعمومية.

ونفيد أن الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة في ٢٤ من صفر سنة ١٤٣٣هـ، الموافق ١٨ من يناير سنة ٢٠١٢م ، فتبين لها أن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ينص في المادة الأولي على أن "يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة – من وزارت، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة – وعلي وحدات الإدارة المحلية، وعلي الهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية ....". وأن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ينص في المادة رقم (١) من الباب الأول الخاص بشراء المنقولات والتعاقد على المقاولات وتلقي الخدمات، 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 بإتباع أي من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد. ومع ذلك يجوز استثناء، وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية:- أ- المناقصة المحدودة. ب- المناقصة المحلية. ج- الممارسة المحدودة. د- الاتفاق المباشر. ولا يجوز في أية حال تحويل المناقصة إلي ممارسة عامة أو ممارسة محدودة، وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية" وأن المادة رقم (٢) من القانون ذاته تنص على أنه "تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة.....". وتنص المادة رقم (٧) من القانون المذكور علي أنه "يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء علي ترخيص من:- (أ) ....." وأن قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ ينص في المادة (٢) على أن "الجامعات هيئات عامة ذات طابع علمي وثقافي، ولكل منها شخصية اعتبارية ....". وأن القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ بشأن المحاسبة الحكومية ينص في المادة رقم (١) على أن "تسري أحكام هذا القانون على وحدات الجهاز الإداري ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة الخدمية وكافة الأجهزة الأخري التي تشملها الموازنة العامة للدولة، كما تسرى أحكامه على الجهات التي تتضمن القوانين أو القرارات الصادرة بشأنها قواعد خاصة فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين واللوائح المذكورة ويطلق على الوحدات والهيئات والأجهزة التي تسرى عليها أحكام هذا القانون "الجهات الإدارية".

وتنص المادة رقم (١٤) من ذات القانون الأخير على أن "علي ممثلي وزارة المالية والمسئولين الماليين بالجهات الإدارية الامتناع لأسباب يوضحونها كتابة عن تنفيذ أي أمر أو قرار ينطوي على مخالفة واضحة لأحكام الدستور أو القوانين أو القرارات الجمهورية أو القواعد المالية وعلى المسئولين

الماليين الامتناع عن الارتباط أو الصرف إذا كان ينطوي على مخالفة إلا بناء على أمر كتابي من رئيس الجهة بعد إيضاح أسباب الاعتراض كتابة....." وأن المادة رقم (٣٤) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٢٧ بشأن المحاسبة الحكومية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٨١ لسنة ١٩٨٢ تنص على أن "يختص المراقبون الماليون بالوزارات والمديرون الماليون بما يأتي أولاً: ..... رابعاً: الاختصاصات الخاصة بشئون المشتريات والمخازن:-١-..... ٢-..... ٨- التصريح ببيع الأصناف الراكدة والتي بطل استعمالها أو الزائدة عن الحاجة .....". وأن المادة رقم (١) من قرار رئيس الجمهورية رقم ٢١٢٦ لسنة ١٩٧١ بإنشاء الهيئة العامة للخدمات الحكومية تنص على أن "إنشاء هيئة عامة تسمي "الهيئة العامة للخدمات الحكومية" مقرها القاهرة يكون لها الشخصية الاعتبارية .....". وأن المادة رقم (٢) من ذات القانون تنص على أن "تقوم الهيئة بعملية تخطيط ومتابعة عمليات الشراء والبيع للجهاز الإداري للدولة وكذلك الهيئات العامة والمؤسسات العامة التي تحدد بقرار من وزير الخزانة بالاتفاق مع الوزير المختص وبما لا يتعارض مع القوانين الخاصة المنظمة لهذه العمليات بالجهات المذكورة وفي حدود الاختصاصات الآتية:- ١- حصر ومتابعة مراكز المهمات والموجودات التي يتقرر عدم صلاحيتها أو التي استنفدت عمرها الإنتاجي أو الاقتصادي أو التي يتقرر الاستغناء عنها بمعرفة الجهات المعنية. وتقوم هذه الجهات بالتصرف في المهمات والموجودات المشار إليها طبقاً للقواعد المعمول بها أو تعهد إلي الهيئة بناء على موافقة الوزير المختص بإجراءات بيعها سواء بنفسها أو بتكليف الجهات المختصة بذلك. ٢-.....".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم – وعلي ما جري به إفتاؤها – أنه بصدور القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم المناقصات والمزايدات وما تضمنه من إفصاح جهير عن سريان أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة والإدارة المحلية والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية فقد أصبحت جميع هذه الجهات خاضعة لأحكامه دون تفرقة بين كونها تنتمي إلي وحدات الجهاز الإداري للدولة والإدارة المحلية التي تسرى عليها الأنظمة الحكومية، أو تندرج في عداد الهيئات العامة التي تنظمها قوانين ولوائح خاصة دون أن يقيد ذلك بما قد يرد من نصوص في القوانين والقرارات المنشئة أو المنظمة لها، فإنه لا مناص من القول بخضوع هذه الجهات لأحكامه فيما نظمه من وسائل لإبرام العقود أياً كانت طبيعتها القانونية، فإذا ولت وجهها عن هذه الإجراءات كان تصرفها مخالفاً للقانون.

وأن المشرع بمقتضي أحكام قانون المناقصات والمزايدات 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 المباشر حدد المشرع موجباته وحالاته وحدوده

القصوى وسلطة الاستثناء من هذه الحدود فهو بحسب صريح نص المادة (٧) من القانون سالفة الذكر لا يكون إلا في الحالات العاجلة التي لا وقت معها لإتباع إجراءات التعاقد بالمناقصة أو الممارسة بأنواعها، ولا يكون إلا بقرار من السلطة المختصة بالمفهوم المحدد بالمادة، وهو مقصور على شراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات الأعمال أو النقل أو الأعمال، وذلك كله وفقاً للحدود المالية المبينة في تلك المادة، حيث أعطي المشرع حق التجاوز عن هذه المبالغ لرئيس مجلس الوزراء فقط، كما أن المشرع أنشأ الهيئة العامة للخدمات الحكومية بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم ٢١٢٦ لسنة ١٩٧١ وجعل مهمتها القيام بعملية تخطيط ومتابعة عملية الشراء والبيع للجهاز الإداري للدولة وكذلك للهيئات العامة والمؤسسات العامة وكذا حصر ومتابعة مراكز المهمات والموجودات التي يتقرر عدم صلاحيتها أو التي استنفدت عمرها الإنتاجي أو الاقتصادي أو التي يتقرر الاستغناء عنها بمعرفة الجهات المعنية وأن الاستبدال يتضمن وفقاً لمفهومه الصحيح عمليتي بيع وشراء وأنه يلزم وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات أن يتم البيع عن طريق المزايدة وأحكامها الواردة بالقانون وكذا تتم عملية الشراء عن طريق المناقصة أو الممارسة العامة وطبقاً لأحكامها الواردة بذات القانون أو عن طريق الاتفاق المباشر إذا توافرت شروطه في القانون السالف البيان وأن القول بغير ذلك يعد مخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات وتحايلاً علي تطبيق أحكامه وهو الأمر غير الجائز قانوناً ولا يخل بذلك ما ذكر من أن هذا الاستبدال في طريق الشراء والبيع قد يؤدي إلي تحقيق مصلحة للجهة الإدارية لأن هذا الأمر يعد افتراض غير يقيني وأن إقراره يستلزم تعديلاً في أحكام قانون المناقصات والمزايدات يقره ويضع له ضوابطه وقواعده وإجراءاته المحققة للصالح العام.

ولما كان ما تقدم وكان الثابت من الأوراق أن مستشفيات جامعة عين شمس كانت قد طرحت عملية شراء جهاز جديد لوحدة أشعة الجهاز العصبي لقسم الأشعة التشخيصية بمستشفيات جامعة عين شمس بالجهاز القديم في حدود مبلغ ٦٠٠٠,٠٠٠ جنيه "ستة ملايين جنيه مصري" خلال العام المالي ٢٠٠٩/٢٠١٠، من ثم فإن الجامعة بإتباعها هذا الأسلوب في الشراء في شكل ممارسة عامة بكافة شروطها وأوضاعها من الناحية الإجرائية يعد مخالفاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية لعدم وجود نص صريح يجيز ذلك الأمر، حيث إن القانون ولائحته لم يجزا هذا الأسلوب من التعاقد ولم يحدد له ضوابط وإجراءات واجبة الإتباع خلاف الطرق والوسائل المقررة للشراء والبيع في القانون، كما أن السلطات الممنوحة لرؤساء الجهات ومنها الجامعات ليست سلطات مطلقة إنما هي سلطات مقيدة بعدة قوانين تنظم علاقة هذه السلطات بالجهات المختلفة في الدولة، فضلاً عن ذلك فإن إتباع هذا الأسلوب يفرغ قانون المناقصات والمزايدات من مضمونه وغايته في تحقيقه مبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة كما أنه قد يترتب علي إتباع هذا الأسلوب من التعاقد احتكار شركات بعينها لاحتياجات الجهات الإدارية ويكون حائلاً دون وجود منافسة شريفة لأي صنف من المنتجات الجديدة بالإضافة إلي هذا الأسلوب بالتعاقد يعد محلاً للمخالفة المالية وفقاً لأحكام القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ بشأن المحاسبة

الحكومية والخاضعة لأحكامه الجامعة. وأنه ولا ينال من ذلك ما انتهت إليه اللجنة الثانية لقسم الفتوى بجلستها المعقودة بتاريخ ١٨ من أبريل سنة ٢٠٠٧ من جواز اللجوء إلي نظام الاستبدال إذا ما رأت الجهة الإدارية التوفيق بين القصور في الاعتمادات وبين التطور والتقدم في الأجهزة الطبية حيث إن ذلك لا يكون بالمخالفة الصريحة لأحكام القانون والموضوع أيضاً للمحافظة علي المال العام وأن التعاقد عن طريق الأمر المباشر كأحد أساليب الشراء هو طريق استثنائي للشراء تقوم السلطة المختصة باللجوء إليه بناء على قواعد وضوابط محددة في حكم المادة رقم (٧) من قانون المناقصات والمزايدات سالفة البيان ومن ثم فإنه لا يجوز للجامعة الالتجاء لنظام الاستبدال بجهاز جديد لوحدة أشعة الجهاز العصبي لقسم الأشعة التشخيصية بمستشفيات جامعة عين شمس بالجهاز القديم عن طريق الممارسة العامة أو غيرها لمخالفة ذلك لأحكام قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية.

## لـــذلـك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى عدم جواز اتخاذ مستشفيات جامعة عين شمس لنظام الاستبدال للجهاز الجديد لوحدة أشعة الجهاز العصبي وذلك بجهاز قديم عن طريق الممارسة العامة وذلك بالمخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، وذلك علي النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريراً في: ٨/٤/٢٠١٢

رئيس

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

السيد المستشار/

**أحمد شمس الدين خفاجى**

النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

معتز//