بسم الله الرحمن الرحيم

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

رقم التبليغ:	٢٠٥٣
بتاريخ:	١٩ / ٣ / ٢٠١٨

ملف رقم: ٧٨١/٢/٣٧

السيد الدكتور/ محافظ الدقهلية

تحية طيبة، وبعد،

فقد اطلعنا على كتابكم رقم (٤٨٢٦) المؤرخ ٢٠١٥/١١/١١ الموجه إلى إدارة الفتوى لوزارات النقل والاتصالات والطيران المدنى بشأن جواز تجزئة غرامة عدم توفير سيارة ركوب لمهندسى مشروع تشغيل محطة الخلط الإسفلتية بالمحافظة، المستحقة نتيجة إخلال المتعاقد معهما فى عملية توريد ونقل وتعتيق سن (٦) بالمناقصة العامة جلسة ٢٠١٢/١٢/١٩ بالبند الخاص بتوفير سيارة زكوب لمهندسى المشروع الوارد بكراسة الشروط والمواصفات الخاصة بتلك العملية، وذلك بحسب نسبة الأعمال المسندة إلى كل منهما.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن مشروع تشغيل محطة الخلط الإسفلتية بمحافظة الدقهلية أعلن عن مناقصة عامة جلسة ٢٠١٢/١٢/١٩ لتوريد ونقل وتعتيق عدد (٥٠٠٠) متر مكعب من سن (٦) لمقر المشروع، ومدينة المنصورة، ومركز ومدينة طلخا، والطرق الإقليمية بدائرة المحافظة (بند ١)، وعدد (٢٥٠٠٠) متر مربع من هذا السن بسمك (٢٥) سنتيمترًا بعد الدمك (بند ٢) بمدينة المنصورة، ومركز ومدينة طلخا، والطرق الإقليمية بدائرة المحافظة، وعدد (٣٥٠٠٠) متر مربع من السن ذاته بسمك (١٥) سنتيمترًا بعد الدمك (بند ٣) بالمدن، والطرق ذاتها الواردة قرين بند (٢). وقد تضمن البند (١٤) من الاشتراطات العامة لهذه العملية أنها قابلة للتجزئة، فى حين نص البند (١١) من الشروط الخاصة على أن: "على المورد توفير سيارة ملاكى حديثة بحالة جيدة لمهندسى المشروع للتنقل بها فى المواقع وفى حالة عدم تواجد سيارة يحق للمشروع استئجار سيارة وتوقيع غرامة على المورد بواقع (١٠٠) جنيه عن كل يوم نتيجة عدم إحضار السيارة دون الحاجة إلى إنذاره". وقد أسفرت إجراءات هذه المناقصة عن ترسية البندين (١)،

و(٣) المشار إليهما على المقاول/ محمد سعد السيد بمبلغ (٣٣٣٧٥٠) جنيهًا للبند (١)، ومبلغ (٥٨٦٢٥٠) جنيهًا للبند (٣)، وترسية البند (٢) على المقاول/ مؤسسة الحديدى للتجارة والتوريدات العمومية بمبلغ (٦٧٥٠٠٠) جنيه. ولدى قيام الجهاز المركزي للمحاسبات بفحص أعمال محطة الخلط المشار إليها، اعترض على عدم حساب غرامة عدم وجود سيارة الركوب المشار إليها خلال فترة عدم توريد السن المتعاقد على توريده بناء على تلك المناقصة، وردا على ذلك أفادت مديرية الطرق والنقل بالدقهلية بأنه إزاء تجزئة العملية تم العرض على الشئون القانونية لتجزئة الغرامة، بحيث تتحمل مؤسسة الحديدى للتجارة والتوريدات العمومية ثلث الغرامة المستحقة عن عدم توفير السيارة، ويتحمل الباقى المقاول/ محمد سعد السيد، وأنه تم حساب تلك الغرامة بمبلغ مقداره (٥١٦٦,٦٧) جنيهًا بواقع مبلغ (١٠٠٠) جنيه شهريًا لمدة (١٥٥) يومًا، وتم خصمها بالمستند رقم (٦٣٠) فى ٢٠١٤/٩/٢٢، وإزاء ذلك طلب الجهاز استطلاع رأى إدارة الفتوى المختصة بشأن جواز تجزئة تلك الغرامة على المقاولين المتعاقد معهما بحسب نسبة الأعمال المسندة إلى كل منهما، وبعرض الموضوع على إدارة الفتوى المختصة ارتأت إحالته إلى اللجنة الثالثة من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة؛ والتى قررت إحالة الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لما آنسته فيه من أهمية وعمومية.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة بتاريخ ١٤ من فبراير عام ٢٠١٨م، الموافق ٢٨ من شهر جمادى الأولى عام ١٤٣٩ هـ؛ فتبين لها أن المادة (٦٤٦) من القانون المدني تنص على أن: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". وأن المادة (٢٠٨) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ تنص على أن: "عقد النقل اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شيء إلى مكان معين مقابل أجرة". وأن المادة (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ تنص على أن: "يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة..."، وأن المادة (٩) منه تنص على أن: "يكون الطرح على أساس مواصفات كافية..."، وأن المادة (١٦) من القانون ذاته تنص على أن: "يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطًا والأقل سعرًا بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية...".

كما تبين لها أن المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ تنص على أن: "على مقدم العطاء مراعاة ما يلى في إعداده

لقائمة الأسعار (جدول الفئات) التي يتم وضعها داخل المظروف المالي: ١- تُكتب أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقمًا وحروفًا باللغة العربية، ويكون سعر الوحدة في كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عددًا أو وزنًا أو مقاسًا أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل في الوحدة..."، وأن المادة (٨٢) منها تنص على أن: "المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة أو النقص تبعا لطبيعة العملية، والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة، والمبالغ التي تسدد للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلا سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الواردة بالمقايسة أو الرسومات، وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ في حساب المقايسة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل طبقًا لأحكام العقد. ويجب في جميع الحالات ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول في ترتيب عطائه. ويعتبر المقاول مسئولا عن التحري بنفسه عن صحة المقادير والأوزان، وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لإعادة النظر لأى سبب، ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصروفات إضافية...".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم – وعلى نحو ما استقر عليه إفتاؤها – أن المشرع غاير بين عقد النقل وعقد المقاولة مغايرةً جعلت لكل منهما طبيعته وأحكامه المستقلة عن الآخر، فلا يندمج أي منهما في الآخر اندماجًا يمحوه أو يُخفي طبيعته، فجعل كلا منهما عقدًا من العقود المسماة قائمًا بذاته، مُتفردًا بأحكامه، فإن أُبرم مستقلًا كان عقدًا بسيطًا، وإن امتزج بغيره كان عقدًا مختلطًا فتطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها، فإذا تنافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها فيجب تغليب أحدها باعتباره العنصر الأساسي. وقد صرح المشرع فى المادة (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بخضوع كل من عقد المقاولة وعقد النقل لأحكام هذا القانون بما احتواه من وسائل وإجراءات تلتزم الجهات الخاضعة لأحكامه باتباعها قبل التعاقد، ومن بينها تحديد وتوصيف المطلوب تنفيذه تحديدًا وتوصيفًا دقيقًا لا لبس فيه ولا غموض بما يُمكن معه إجراء المقارنة بين العروض بغية اختيار أفضلها شروطًا وأقلها سعرًا عند الترسية، مع استمرار هذه الأفضلية مصاحبة للمتعاقد حتى تمام التنفيذ الفعلي، بحيث إذا ثبت أنها كانت محض أفضلية خادعة رُدَّ على المخادع قصده بخصم ما زاد على قيمة غيره من العطاءات وفق أحكام شرط أولوية العطاءات المنصوص عليه في المادة (٨٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليها.

ولاحظت الجمعية العمومية مما تقدم، أن عقود المقاولات التي تبرمها الجهات الإدارية إنما تخضع في تنفيذها لرقابة وإشراف هذه الجهات في جميع مراحل التنفيذ، سواء أتم هذا الإشراف مباشرة بمعرفة موظفيها المتخصصين،

أم عن طريق غير مباشر بمعرفة استشاري تتعاقد معه كل منها بعقد مستقل عن عقد المقاولة، وهو ما يفرض الحرص على توفير الإمكانيات اللازمة لمباشرة عملية الإشراف هذه بشكل منتظم ومستمر للتحقق من أن التنفيذ يتم وفق المعايير والضوابط الفنية المقررة، مع كفالة الاستقلال الكامل لسلطة الإشراف على التنفيذ عن القائم به، ومن تلك الإمكانيات تدبير وسيلة انتقال مناسبة للقائمين بالإشراف على التنفيذ إذا كانت ظروف تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها تقتضي ذلك، كأن تكون في مواقع متباعدة، أو أماكن نائية أو غير ذلك، وهو ما يقع الالتزام به، أو تحمل نفقاته على عاتق الجهات الإدارية المتعاقدة، فإذا كان الإشراف يتم بمعرفة العاملين بهذه الجهات الإدارية التزمت بنقلهم بسياراتها وفقًا للقواعد المتبعة، وإلا صرفت لهم النفقات التي يتحملونها في سبيل أداء مهمتهم وفق أحكام لائحة بدل السفر ومصاريف الانتقال واجبة الإعمال، وإن لم يكن هذا ولا ذاك كان لها أن تتعاقد مع الغير على نقلهم إلى مواقع العمل من خلال عقد النقل شريطة إبرامه بالإجراءات والشروط المنصوص عليها في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المعمول به، ومن أهمها وأخصها أن تتضمن العطاءات المقدمة تحديد وسيلة النقل تحديدًا دقيقًا من حيث نوعها ومواصفاتها، وتحديد أجرة النقل تحديدًا وافيًا، لتجرى المقارنة وفق قاعدة منضبطة تكفل توحيد أسس المقارنة بين هذه العطاءات، بما يتيح اختيار أفضلها شروطًا وأقلها سعرًا، فلا يصح قانونًا أن تبني تلك العطاءات على توزيع أجرة نقل جهاز الإشراف على التنفيذ على بنود المقاولة، لما في ذلك – حال إبرام العقد – من تجهيل لهذه الأجرة تجهيلا تأباه العقود بصفة عامة والعقود الإدارية على وجه الخصوص، هذا فضلاً عن استحالة إجراء المقارنة للمفاضلة بين العطاءات على نحو ما اشترطه قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه ولائحته التنفيذية، وكذلك استحالة إعمال شرط أولوية العطاءات المنصوص عليه في المادة (٨٢) من هذه اللائحة. وغنى عن البيان، أنه ليس ثمة ما يمنع قانونًا من أن يكون الناقل هو المقاول ذاته المتعاقد معه سواء أكان عقد النقل قائمًا بذاته، أم أدرجت أحكامه ضمن عقد المقاولة بالنص فيه على التزام المقاول بتدبير سيارة أو أكثر لاستخدامها فى تنقلات المشرفين، مادامت التزامات الطرفين وحقوقهما واضحة ومحددة.

والحاصل فى الحالة المعروضة، أن مشروع محطة الخلط الإسفلتية بمحافظة الدقهلية نقل التزامه بنقل مهندسيه للإشراف على تنفيذ الأعمال محل المناقصة العامة المشار إليها، إلى المقاولين المنفذين لهذه الأعمال، دون أن يتم تحديد وسيلة النقل تحديدًا دقيقًا من حيث نوعها ومواصفاتها، وتحديد أجرة النقل تحديدًا وافيًا، بل تُرِك لمقدم العطاء تقدير أجرة النقل كما يشاء، دون أن يجهر بها، أو بأسس تحديدها، موزعًا إياها على فئات بنود العملية، فصارت هذه القيمة مجهولة تجهيلًا يستحيل معه تطبيق أحكام عقد النقل،

أو إجراء المقارنة والمفاضلة بين العروض، أو مراقبة الناقل فى وصف السيارة التى ينقل بها، أو إعمال شرط أولوية العطاءات بعد التنفيذ، فيستوى من ينقل بسيارة صغيرة بها الحد الأدنى للمواصفات بمن ينقل بسيارة فارهة بها جميع وسائل الرفاهية، الأمر الذى يكون معه البند الخاص بتوفير سيارة ركوب لمهندسى المشروع المدرج بكراسة الشروط والمواصفات الخاصة بتلك العملية، مخالفًا للقانون.

بيد أنه ولئن كان ما تقدم، وأيًا ما كانت درجة جسامة المخالفة فى البند الخاص بتوفير سيارة الركوب المشار إليه، فإنه وقد انعقد العقد فعلًا بين المشروع والمقاولين المتعاقد معهما فى العملية المعروضة، متضمنًا النص على التزام مقاول المشروع بتدبير سيارة لانتقال مهندسى المشروع بصفة يومية، استصحابًا للحكم الوارد بالبند (١١) من الشروط الخاصة للمناقصة العامة سالفة الذكر، وإذ جرى تجزئة العملية بين المقاولين المتعاقد معهما، إعمالًا لحكم البند (١٤) من الشروط العامة للمناقصة، فلا مناص من تنفيذهما لهذا الالتزام العقدى عينًا بصفة يومية، على أن يتم توزيع العبء المالى الناجم عن ذلك بينهما، كل بحسب نسبة الأعمال المسندة إليه، فإن أخلّا بهذا الالتزام، وجب الرجوع عليهما معًا بقيمة الغرامة المنصوص عليها فى العقد عن كل يوم من الأيام التى يقع فيها الإخلال، وهو ما يقتضى توزيع قيمة الغرامة المستحقة عليهما كل بحسب نسبة الأعمال المسندة إليه، نزولًا على الأصل المشار إليه.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى التزام مشروع محطة الخلط الإسفلتية بتجزئة غرامة عدم توفير سيارة ركوب لمهندسى المشروع فى العملية المعروضة بين المتعاقد معهما لتنفيذها، بحسب نسبة الأعمال المسندة إلى كل منهما، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا في: ١٩ /٩ /٢٠١٨

رئيس
المكتب الفني

المستشار/
مصطفى حسين السيد أبو حسين
نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

المستشار/
يحيى أحمد راغب دكروري
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

أحمد/