بسم الله الرحمن الرحيم

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

رقم التبليغ:	٦٠٨
بتاريخ:	٢٠١٧/٣/٦

ملف رقم: ٥٧٢/١/٥٤

السيد الأستاذ المستشار/ نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس اللجنة الأولى من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة

تحية طيبة وبعد...

فقد اطلعنا على كتابكم رقم (٨٢٨) المؤرخ ٢٠١٦/٢/١٦ بطلب الإفادة بالرأي القانوني بشأن مدى اعتبار اشتراك أعضاء اللجنة الفنية التى قامت بوضع القيمة التقديرية لعملية إنشاء عقد رقم (٦) والمكون من عدد (٦) عمارات نموذج (٧)، وعدد (٤) عمارات نموذج (٨) – تنسيق الموقع العام واستكمال تنسيق الموقع العام لعقد رقم (٣) بالمرحلة الثالثة بمنطقة الهضبة بمدينة الخمائل بالسادس من أكتوبر في عضوية اللجان الفنية والمالية المشكلة لدراسة العروض المقدمة في هذه العملية مخالفة قانونية جسيمة، وما إذا كان من شأن ذلك بطلان انعقاد هذه اللجان، وجواز مراجعة العقد الخاص بهذه العملية باللجنة الأولى من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة في حال تقرير هذا البطلان.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن صندوق مشروعات أراضي وزارة الداخلية (صاد) بعد أن انتهى من إجراءات ترسية عملية إنشاء عدد (٦) عمارات نموذج (٧)، وعدد (٤) عمارات نموذج (٨) تنسيق الموقع العام واستكمال تنسيق الموقع العام لعقد رقم (٣) بالمرحلة الثالثة بمنطقة الهضبة بمدينة الخمائل بالسادس من أكتوبر وفق قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، على الشركة المصرية للإنشاءات (اجيبكو)، طلب بموجب كتاب مساعد وزير الداخلية لقطاع الشئون القانونية رقم (٥٢٩٨ ف) المؤرخ ٢٠١٥/٨/١٣ إلى إدارة الفتوى لوزارات الداخلية والخارجية والعدل بمجلس الدولة مراجعة مشروع عقد تنفيذ العملية المزمع توقيعه مع الشركة المذكورة، وأحيل الموضوع إلى اللجنة الأولى

مجلس الدولة

من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة – للاختصاص – والتي انتهت بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٠١٦/١/٢٠ إلى إحالة المسألة المعروضة إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع للإفادة بالرأي القانوني فيها.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة في ٨ من مارس عام ٢٠١٧م، الموافق ٩ من شهر جمادى الآخرة ١٤٣٨هـ؛ فتبين لها أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أن: "... 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"، وأن المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ تنص على أن: "يكون الطرح على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة ..."، وأن المادة (٤) منها تنص على أن: "تتولى اللجنة المشار إليها في المادة السابقة وضع القيمة التقديرية للعملية موضوع التعاقد بحيث تكون ممثلة لأسعار السوق عند الطرح مع الأخذ فى الاعتبار جميع العناصر المؤثرة وفقًا لظروف وطبيعة تنفيذ التعاقد وترفع اللجنة تقريرًا بنتيجة أعمالها – متضمنًا اقتراح مبلغ التأمين المؤقت المطلوب فى الحدود المقررة قانونًا – وذلك للاعتماد من السلطة المختصة. ويخطر رئيس اللجنة مدير إدارة المشتريات بمبلغ التأمين المؤقت بكتاب مستقل ثم يضع رئيس اللجنة تقريرها فى مظروف مغلق بطريقة محكمة يوقع عليه وأعضاؤها ويحفظ لدى مدير إدارة المشتريات ولا يفتح إلا بمعرفة رئيس لجنة البت عند دراسة العروض المالية"، وأن المادة (٢٣) من اللائحة ذاتها تنص على أن: "تتولى لجنة البت دراسة العروض الفنية للتحقق من مطابقتها للمواصفات والشروط المطروحة على أساسها المناقصة، ..."، وأن المادة (٢٨) من اللائحة ذاتها تنص على أن: "بمراعاة ما تقضي به أحكام المادة (١٦) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، تتولى لجنة البت إجراء المفاضلة والمقارنة بين العروض بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية...".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم – وطبقًا لما جرى به إفتاؤها – أن المشرع ألزم الجهات الإدارية المنصوص عليها فى المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المشار إليه استفتاء إدارة الفتوى المختصة فى مشروعات العقود المزمع إبرامها، وناط بإدارة الفتوى واللجنة المختصة من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة طبقًا لأحكام هذا القانون مراجعة هذه المشروعات من خلال بسط الرقابة القانونية عليها ومطابقة بنودها مع أحكام القوانين واللوائح، دون أن تتطرق إلى مسائل الملاءمة والتقدير التي ينفرد القضاء برقابتها.

وتمتد هذه الرقابة القانونية إلى مشروع العقد وإلى المستندات والإجراءات التي سبقته من حيث مطابقتها لأحكام القانون، فهي رقابة مشروعية لا ملاءمة، وهي رقابة لم تفرض عبثًا، إنما أريد بها تجنيب الجهة الإدارية مواطن الزلل، وضمان أسباب السلامة لها في إبرامها لعقودها بما تتحقق معه المصلحة العامة، لذا فإنه يكون على جهة الإفتاء التي تتولى هذه المراجعة أن تفصل في سلامة العملية التعاقدية برمتها من ناحية مطابقتها للقوانين واللوائح، وأن تبدي رأيها في مراجعة نصوص مشروع العقد ذاته، ثم تبلغ الجهة طالبة الرأي بجميع ما ارتأته في هذا الشأن سواء ما تعلق بالإجراءات، أو النصوص، 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 – أن تتحمل مسئوليتها إذا لم ترَ الأخذ بالرأي القانوني. ولتحقيق ما سلف فإنه لا يجوز الامتناع عن المراجعة القانونية المذكورة بسبب المخالفات التي تشوب الإجراءات السابقة على التعاقد، ومهما بلغت جسامة هذه المخالفات؛ لأن هذه المراجعة هي التي تكشفها، دون أن تضفي على إجراءات وبنود العقد شرعية افتقدتها، أو صحة فاتتها، أو تطهر التعاقد من مخالفات شابت إبرامه، أو بنوده، أو تجبر نقصًا حدث بها، وإنما تضع ذلك كله تحت بصر الجهة الإدارية لتجرى شئونها فى ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة، ولذلك فالأحرى بجهات الفتوى المنوط بها أمر مراجعة العقد أن تراجع بنوده؛ لتكشف ما شابها من مخالفات قد تجاوز ما شاب إجراءات إبرامه، فكل ذلك لا يكشف عنه إلا هذه المراجعة.

كما استظهرت الجمعية العمومية مما تقدم، أن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليها أوجبت فى المادتين (٣)، و(٤)، منها تشكيل لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف، أو الأعمال التى ترغب الجهة الإدارية فى التعاقد على شرائها، أو تنفيذها – بحسب الأحوال – تتولى وضع المواصفات الفنية الدقيقة والتفصيلية الواجب توفرها فى هذه الأصناف، أو الأعمال، كما تتولى وضع القيمة التقديرية لتوريدها، أو تنفيذها شريطة أن تكون هذه القيمة مماثلة لأسعار السوق عند الطرح، مع الأخذ بعين الاعتبار جميع العناصر المؤثرة وفقًا لظروف السوق وطبيعة تنفيذ التعاقد. وأنه ولئن كانت المواصفات الفنية التى تضعها اللجنة يتم الإعلان عنها ليقوم الراغبون فى التعاقد بإعداد عروضهم الفنية والمالية بركيزة منها، إلا أن اللائحة اتبعت منهجًا مغايرًا بالنسبة للقيمة التقديرية ضمانًا لسريتها لكي تبقى بمنأى عن اتصالها بعلم من يرغب في الاشتراك في المناقصة، أو الممارسة المعلن عنها، تحقيقًا للشفافية، و المساواة، وضمانًا لموضوعية العروض التى يتم تقديمها، بما يتيح للجهة الإدارية الحصول على أفضل المواصفات الفنية بأقل الأسعار، حيث أوجبت على اللجنة المذكورة تضمينها التقرير الذى تعده، وأن تعتمدها من السلطة المختصة . وناطت اللائحة برئيس اللجنة وضع هذا التقرير

فى مظروف مغلق بطريقة محكمة، يوقع عليه هو وأعضاء اللجنة، ويتم حفظه لدى مدير إدارة المشتريات، ولا يفتح إلا بمعرفة لجنة البت عند دراسة العروض المالية، وذلك فى مرحلة لاحقة على تلقي العروض المالية من ذوي الشأن، وصيرورتها في حوزة الجهة الإدارية، وهو ما يكشف عن أن علة ذلك هو الحد قدر الإمكان من احتمالات إفشاء سرية القيمة التقديرية الموضوعة إلى حين استنفاد الغرض من إضفاء هذه السرية، بتلقي العروض المالية والبدء في دراستها، وهو ما يقتضي حجب هذه القيمة عن علم أعضاء لجان تلقي العروض، وأعضاء اللجان المنوط بها إجراء الدراسة الفنية للعروض المقدمة، تحقيقًا لتلك الغاية، وتجنبًا لشبهة أي تأثير قد يقع فى التقييم الفني نتيجة علم أعضاء لجان الدراسة الفنية بتلك القيمة، وهو ما يقتضي عدم جواز مشاركة أعضاء اللجان الفنية المنوط بها دراسة العروض الفنية فى عضوية اللجنة الفنية التى تتولى وضع القيمة التقديرية للعملية، التزامًا بمقتضى التنظيم الذي رسمته اللائحة التنفيذية في هذا المقام.

ولاحظت الجمعية العمومية مما سبق استظهاره من أحكام اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بشأن القيمة التقديرية للأصناف، أو الأعمال المزمع التعاقد عليها، أن هذه الأحكام محض أحكام إجرائية غايتها ضمان سرية هذه القيمة في الحدود آنفة البيان، وأن عدم جواز مشاركة أعضاء اللجنة الفنية التى تضع هذه القيمة في عضوية اللجان المشكلة لدراسة العروض المقدمة، نزولاً على مقتضى هذه الأحكام، لا يمنع بذاته لزومًا إفشاء سرية القيمة التقديرية، إذ قد يجرى هذا الإفشاء عن طريق أى من المشاركين فى وضعها دون أن يكون عضوًا في لجان دراسة العروض، أو من سلطة اعتمادها، إهمالاً، أو عن سوء قصد، وهو ما لا يجوز اعتباره أصلاً، ولا يجوز القول به ظنًا، وإنما وفق دليل قطعى لا يظاهره شك، كما أن هذه المشاركة بالمخالفة لهذا الحكم ليس من شأنها بذاتها الإخلال بهذه السرية، و لا تعد هي السبب المباشر في إفشاء سرية القيمة التقديرية، بل مرد ذلك إلى إخلال أي ممن اتصلت هذه القيمة بعلمهم بالواجبات التى يفرضها عليه القانون. كما لاحظت الجمعية العمومية أن أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية المشار إليهما وردت خلوًا من نص يرتب البطلان على مخالفة ذلك الحكم، ومن ثم فإن مشاركة أعضاء اللجنة الفنية التى قامت بوضع القيمة التقديرية في لجان دراسة العروض المقدمة، ولئن كان يشكل مخالفة إجرائية تستوجب النظر فى المساءلة التأديبية في ضوء ظروف الحال ومقتضياته، إلا أنه لا يترتب عليها بذاتها بطلان ما بني عليها من إجراءات، أو بطلان العقد الذى أُبرم بناء على هذه الإجراءات.

ولما كان ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق أنه لدى قيام الصندوق المعروضة حالته باتخاذ إجراءات التعاقد لتنفيذ عملية إنشاء عقد رقم (٦) المشار إليه اشترك أعضاء اللجنة الفنية التى وضعت القيمة التقديرية للعملية

في عضوية اللجان الفنية والمالية المشكلة لدراسة العروض التى تم تقديمها، ومن ثم فإن هذه المشاركة تشكل مخالفة إجرائية تستوجب النظر فى محاسبة المسئول عنها على نحو ما سلف بيانه، دون أن يترتب على ذلك بطلان ما اتخذ بناء على هذه المخالفة من إجراءات، مما يقتضي قيام اللجنة الأولى بمراجعة هذا العقد.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى:

أولاً: عدم جواز اشتراك أعضاء لجنة تحديد القيمة التقديرية فى عضوية اللجان الفنية والمالية المشكلة لدراسة العطاءات المقدمة فى العملية المعروضة – الخاضعة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ – وأن اشتراكهم يشكل مخالفة إجرائية لا تحول دون مراجعة العقد المشار إليه فى الحالة المعروضة، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

ثانيًا: إعادة العقد المعروض إلى اللجنة الأولى من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة لتجري فيه شئونها فى ضوء ما سبق.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا في: ٢٩ / ٣ / ٢٠١٧

رئيس
المكتب الفني
المستشار/
مصطفى حسين السيد أبو حسين
نائب رئيس مجلس الدولة

مع رد التحية

رئيس
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع
المستشار/
يحيى أحمد راغب دكروري
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

أحمد/