بسم الله الرحمن الرحيم

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

رقم التبليغ:	٩٩٨
بتاريخ:	٢٠١٩/ ٧/ ٢٧

ملف رقم: ٥٩٨/١/٥٤

السيد الأستاذ المستشار /نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس اللجنة الثالثة لقسم الفتوى

تحية طيبة، وبعد،

فقد اطلعنا على كتاب السيد اللواء/ رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للموانئ البرية والجافة رقم (١٢١٠) المؤرخ ٢٠١٧/٨/٢٠، الموجه إلى إدارة الفتوى لوزارات النقل والاتصالات والطيران المدنى بشأن طلب مراجعة العقد المبرم بين الهيئة والشركة المصرية للموانئ البرية والجافة والمناطق اللوجستية المتميزة والموقع بتاريخ ٢٠١٧/٨/١٦.

وحاصل الوقائع- حسبما يبين من الأوراق- أن الهيئة العامة للموانئ البرية والجافة هى الجهة المنوط بها إنشاء وإدارة الموانئ البرية والجافة وفقًا لقرار رئيس الجمهورية رقم (٣٤٩) لسنة ١٩٩٦ بإنشاء هذه الهيئة والمعدل بالقرارين رقمى (٣٣٥) لسنة ٢٠٠٤ و(٣٥٠) لسنة ٢٠١٢، وقد أجازت المادة الثالثة من ذلك القرار لتلك الهيئة أن تباشر بنفسها أو بالاشتراك مع الغير الاختصاصات التى تكفل تحقيق غرضها، ومن ذلك إنشاء شركات مساهمة مع شركاء آخرين للقيام بالأعمال التى تدخل فى أغراضها، وذلك بعد موافقة وزير النقل ورئيس مجلس الوزراء بعد أخذ رأى وزارة الدفاع، ومن ثم فقد تم تأسيس شركة مساهمة مصرية تسمى الشركة المصرية للموانئ البرية والجافة والمناطق اللوجستية المتميزة تخضع لأحكام القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ بشأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة وقانون رأس المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢، وقد ساهمت الهيئة فى تلك الشركة بنسبة ٨٠% من رأس مالها، وقد أبدت الشركة رغبتها فى إنشاء وإدارة المنطقة اللوجستية فى السخنة والمنطقة المخصصة للحجر الصحى البيطرى والمجزر الآلى، وتم عرض الأمر على مجلس إدارة الهيئة الذى وافق على ذلك بجلسة ٢٠١٧/٧/٣١،

وانتهت الإجراءات إلى تحرير العقد المطلوب مراجعته، وقد أحالت إدارة الفتوى سالفة البيان موضوع العقد إلى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة إعمالًا لحكم المادة (٦١/ب) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة ، ولما كانت هيئة اللجنة الثالثة لقسم الفتوى ومن خلال اطلاعها على بنود العقد المطلوب مراجعته تبين لها أن البند الثالث من العقد تضمن تفويض الهيئة للشركة المذكورة فى إنشاء وإدارة المنطقة اللوجستية بأرقين، ومن ثم فإن الأمر يتعلق بتنفيذ إنشاء وإدارة مساحة الأرض المشار إليها وليس مجرد إنابة أو تفويض فى طرح المشروع فقط، فقد انقسم الرأى داخل اللجنة إلى اتجاهين؛ حيث ذهب اتجاه إلى وجوب التزام الهيئة بنصوص قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية عند البدء فى أعمال طرح ذلك المشروع وحتى الانتهاء من الترسية، في حين ذهب اتجاه آخر إلى عدم التزام الهيئة بأحكام ذلك القانون، وإزاء اختلاف وجهتى النظر المشار إليهما فى المسألة المعروضة فقد ارتأت اللجنة الثالثة إحالة الموضوع لما له من أهمية وعمومية إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لتقرير ما تراه صوابًا فى هذا الشأن.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة في١٣ من مارس عام ٢٠١٩ الموافق ٦ من رجب عام ١٤٤٠هـ؛ فاستبان لها أن القانون المدنى، بعد أن حدد فى المادة (٥٢) منه الأشخاص الاعتبارية، ومن بينها المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية، نص فى المادة (٥٣) منه على أن: "١-الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازمًا لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك فى الحدود التى قررها القانون. ٢-فيكون له: [أ]... [ب] أهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه، أو التى يقررها القانون...". واستبان لها أن قرار رئيس الجمهورية رقم (٣٤٩) لسنة ١٩٩٦ بإنشاء الهيئة العامة للموانئ البرية والجافة المعدل بقرارى رئيس الجمهورية رقمى (٣٣٥) لسنة ٢٠٠٤ و(٣٥٠) لسنة ٢٠١٢، ولئن رخص للهيئة فى المادة (١٢/٣) منه: "أن تنشئ الشركات المساهمة مع شركاء آخرين بعد أخذ رأى وزارة الدفاع وموافقة وزير النقل وبعد موافقة مجلس الوزراء وذلك للقيام بالأعمال التى تدخل فى نطاق أغراضها"، إلا أن ذلك يتعين أن يجرى فى الحدود التى يقررها القانون، وبما يضع هذه الرخصة فى إطارها الصحيح ضمن نسيج القاعدة التشريعية المقررة لها، باعتبار أن الشركات التى يتم إنشاؤها أو الاشتراك فيها، إنما هى من أشخاص القانون الخاص التى تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن أشخاص المساهمين أو المشاركين فيها، ولها ذمة مالية خاصة بها، ولها إدارة تعبر عن إرادتها، وتسعى لتحقيق المصالح الخاصة لهؤلاء المساهمين أو الشركاء. ومن ثم فإنها لا تعد امتدادًا للهيئة العامة المساهمة أو المشاركة فيها، على نحو تخضع معه إدارتها لهيمنتها وتدور فى فلك ما ترسمه لها من سياسات، بما ينتفى معه تعارض المصالح بينهما، ويرتب للهيئة الحق فى إسناد أعمال [illegible] الشركة مباشرة فى سبيل إعانتها

على تحقيق أغراضها، بل يجب أن يتم ذلك من خلال النظام القانونى الحاكم لتعاقدات الهيئة العامة، وهو قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، والذى تنص المادة الأولى من مواد إصداره على أن: "يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإدارى للدولة من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية...".

وبالنظر إلى أنه مما لا ريب فيه أن الهيئة العامة للموانئ البرية، المنشأة بقرار رئيس الجمهورية رقم (٣٤٩) لسنة ١٩٩٦ المشار إليه، تعد من المرافق العامة التى أنشأتها الدولة، بغرض تقديم خدمة عامة تتمثل، بحسب المادة (١) من قرار رئيس الجمهورية سالف البيان باختصاصات ومسئوليات تلك الهيئة، فى إدارة الموانئ البرية بالسلوم وطابا ورفح وأرقين وراس حدربة وأي موانئ اخرى يصدر بتحديدها قرار من رئيس الجمهورية وفقًا للسياسة العامة الموضوعة لموانئ الجمهورية، وذلك بما يكفل حسن سير العمل فى تلك الموانئ وانتظامه والارتفاع بمستواه إلى أقصى درجة من الكفاية بالنسبة لكافة أوجه النشاط فيه"، وعلى الأخص، تنظيم حركة المركبات بأنواعها داخل الموانئ وتخطيط الممرات البرية والطرق والأرصفة وتجهيزها وإقامة وصيانة التسهيلات الثابتة ووضع تعريفات الخدمات التى تؤديها بعد موافقة مجلس الوزراء والإشراف على أعمال الحراسة والإشراف الإدارى على العاملين، وإنشاء وإدارة واستغلال المخازن والمستودعات والساحات داخل الميناء وخارجه، والقيام بعمليات الشحن والتفريغ والنقل الداخلى فى الميناء.

ولما كانت الدولة كسلطة عامة هى صاحبة الكلمة النهائية فى إدارة الهيئة وتنظيمها وإلغائها، بحسبان أنها هى التى اختارت أسلوب الهيئة العامة فى إدارة المرفق آنف الذكر، مع ما يقتضيه ذلك من استخدام وسائل وأساليب أكثر مرونة، وأقل تعقيدًا، مقارنة بطريقة الإدارة المباشرة للمرافق العامة من قبل الدولة؛ لذلك يكون من المتعين قانونًا على الهيئة العامة للموانئ البرية والجافة، أن تقوم بنفسها على تحقيق الأغراض المنوطة بها، وأن تمارس الصلاحيات المسندة إليها قانونًا، وصولًا إلى تحقيق هذه الأغراض، وذلك على اعتبار أن إنشاء المرفق العام لم يكن سوى ابتغاء لمصلحة عامة ما، مقدرة ابتداءً من قبل المشرع، فلا يكون للهيئة أن تتسلّب من ذلك، أو أن تعهد بكل أو جزء من الخدمة العامة المنوطة بها إلى غيرها من أشخاص القانون الخاص، إلا على سبيل الاستثناء، إذا كان ثمة من موجب له، وبالأداة الصحيحة المقررة قانونًا، وهى منح التزام المرافق العامة، طبقًا للقواعد والإجراءات التى يرسمها القانون، انصياعًا لما تقضى به المادة (٣٢) من الدستور من أنه: "...ولا يجوز التصرف فى أموال الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو منح التزام المرافق العامة، بقانون ولمدة لا تجاوز ثلاثين عامًا. ويكون منح

حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عامًا بناء على قانون...'، حتى ولو كان من بين هذه الأشخاص شركة مساهمة تشترك الهيئة المذكورة فى رأس مالها، استعمالًا للرخصة المخولة لها فى قانون إنشائها، بما يخدم أغراضها أو يعينها على تحقيق هذه الأغراض، لما ينطوى عليه إسناد الهيئة مباشرة جانب من الخدمة العامة التى تضطلع بتحقيقها إلى الشركة، فى غيبة التنظيم القانونى الخاص الذى يخولها ذلك، من افتئات على إرادة كل من المشرع، ورئيس الجمهورية- بما له من سلطة بموجب الدستور فى إنشاء وتنظيم المرافق العامة- فى اختيار أسلوب الهيئة العامة لإدارة المرفق فى الحالة الماثلة، وما ينطوى عليه كذلك من خروج على أحكام القانون المنظم لمنح التزامات المرافق العامة فى هذه الحالة.

والحاصل أن القانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ينص فى المادة (١) منه على أن: "يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة [العائدات]، بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة..."، وأن القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ فى شأن الموانى التخصصية، ينص فى المادة الرابعة مكررًا، المضافة بموجب القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ والمستبدلة بموجب القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٧، على أنه: "مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانى والسفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، سواء كانوا أشخاصًا طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج لإنشاء موانئ عامة أو جافة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة فى الموانى القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية: [أ] أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية. [ب]... ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها -فى حدود القواعد والإجراءات السابقة- قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص".

ومن مفاد ذلك أن الأصل فى منح الامتيازات المتعلقة بالمرافق العامة إنما هو من اختصاص رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس النواب، حيث استقر الرأى فقهًا وقضاءً على أن دور مجلس النواب فى هذا الخصوص، إنما هو دور المراقب والمشرف على عملية التعاقد [illegible] امتيازات المرافق العامة، باعتبار أن اضطلاعه بهذا الدور - وفق تقديره بحسبانه مشرعًا- يقتضى [illegible] الحياد والنزاهة المتطلبة

فى مثل هذه التعاقدات. إلا أن الأمر يختلف، فى شأن المرافق التى خصها المشرع بتقدير مغاير، ارتأى معه إمكان اضطلاع مجلس الوزراء وحده بمهمة منح الامتياز المتعلق بكل منها، كما هي الحال بالنسبة إلى الموانى العامة والتخصصية والأرصفة المخصصة فى الموانى القائمة، حيث أجاز لمجلس الوزراء ذلك، بناءً على اقتراح وزير النقل، شريطة أن يتم التعاقد فى إطار من المنافسة والعلانية، يحسبان أن المنافسة والعلانية هما الاعتباران الأمثلان فى تقدير المشرع لتحقيق أفضل فرص الحياة والنزاهة تحقيقًا للمصلحة العامة المرجوة، وهما الشرطان اللذان سبق أن استعاض عنهما المشرع بقيامه بالمراقبة المباشرة فى حدود الامتيازات العامة الأخرى؛ الأمر الذى لا يجوز معه قانونًا القعود عن كل ما من شأنه كفالة كل من المنافسة والعلانية فى اختيار الملتزم، ومن ذلك أن يجرى اختياره مباشرة، على نحو ما فعلته الهيئة العامة للموانئ البرية والجافة.

والحاصل أيضا، حسبما استظهرت الجمعية العمومية من استعراضها أحكام القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ سالف الذكر، أن هذا القانون ورد خلوًا من تحديد الإجراءات والقواعد الحاكمة لاختيار المتعاقد الذى سيجرى منحه التزام المرفق العام. وإزاء ذلك، ولما كان قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، يعد الشريعة العامة المنظمة للسبل التى يتعين على الجهات المخاطبة بأحكامه، ومن بينها الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية، اتباعها لاختيار من تتعاقد معه على تدبير احتياجاتها، من مقاولات الأعمال والنقل وتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، وبيع وتأجير العقارات والمنقولات والترخيص في الانتفاع أو في استغلال العقارات. ومن ثم لا فكاك من استدعاء الأحكام التى يرصدها هذا القانون لاختيار من يجرى منحه التزام المرفق العام، على نحو يتحقق معه كل من شرطى المنافسة والعلانية المنصوص عليهما فى القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ المشار إليه.

ولما كان ذلك، وكان مشروع إنشاء وإدارة مساحة ١٠٦٣٠٠٠م٢ المخصصة لإقامة المنطقة اللوجستية فى أرقين، وكذا مساحة ٦٣٠٠٠م٢ المخصصة لإقامة محجر صحى بيطرى ومجزر للمواشى فى أرقين والداخلة إلى البلاد، لا يعدو أن يكون جزءًا من المرفق العام الذى تقوم عليه الهيئة العامة للموانئ البرية والجافة. وإذ تم إسناد هذا المشروع [الالتزام] مباشرة إلى الشركة المصرية للموانئ البرية والجافة والمناطق اللوجستية المتميزة (ش.م.م)، والتى تمتلك الهيئة ٨٠% من رأس مالها، دون اتباع أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه، فإن ذلك الاختيار يكون قد تم بمنأى عن اعتباري المنافسة والعلانية اللازمين لاختيار الملتزم، ودون اتباع الأحكام المنصوص عليها فى القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ سالف الذكر، مما يضحى معه العقد المبرم بين الهيئة والشركة المذكورة فى هذه الحالة مخالفًا لأحكام كل من القانونين المذكورين؛ الأمر الذى يتعين معه على الهيئة العامة للموانئ البرية والجافة الالتزام بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة

١٩٩٨ عند إنشاء الأعمال محل العقد المعروض وبأحكام القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ سالف البيان عند إسناد الأعمال المتعلقة بإدارة المشروع محل العقد المطروح.

لـــذلـــك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى التزام الهيئة العامة للموانئ البرية والجافة بأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨عند إنشاء الأعمال محل العقد المعروض وبأحكام القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ عند إسناد الأعمال المتعلقة بإدارة المشروع محل العقد المطروح، مع إعادة الموضوع إلى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى لإعمال شئونها بشأن مراجعة العقد.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرا في: / / ٢٠١٩

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

المستشار/
بخيت محمد محمد إسماعيل
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

مجلس الدولة
الجمعية العمومية للفتوى والتشريع

(٢٩٦٣٤)