بسم الله الرحمن الرحيم

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

رقم التبليغ:	٣٠٥٠
بتاريخ:	١٢/٣/٢٠١٨

ملف رقم: ٥٢٨/١/٥٤

السيد الأستاذ الدكتور/ وزير الصحة والسكان

تحية طيبة وبعد...

فقد اطلعنا على كتاب مساعد وزير الصحة للشئون الفنية والسياسية رقم (٧٠١٩) المؤرخ ٢٠١٢/٦/١٣ المُوجَّه إلى إدارة الفتوى لوزارات الصحة والأوقاف والتضامن الاجتماعي وشئون الأزهر، بشأن الإفادة بالرأي القانوني بخصوص التزام وزارة الصحة تنفيذ العقد المُبرم بين الأمانة العامة للمراكز الطبية المتخصصة وشركة مركز الجامانايف بتاريخ ٢٠١١/٦/٢٧ ، لتوفير جهاز الجامانايف المُستخدم فى تشخيص وعلاج الأورام السرطانية بمستشفى معهد ناصر.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أنه بتاريخ ١٩٩٨/٤/١٦ تعاقدت وزارة الصحة مع مركز الجامانايف(شركة مساهمة مصرية) لتوريد جهاز الجامانايف المُستخدم فى استئصال الأورام الحميدة والخبيثة (بنظام الإيجار التمويلي) وذلك بأن يقوم المركز بشراء الجهاز بجميع مشتملاته وإقامة المبنى الخاص به بمستشفى معهد ناصر على نفقته الخاصة، دون أن تتحمل الوزارة أى أعباء سوى توفير مساحة الأرض اللازمة لإقامة المبنى ، على أن تحصل الوزارة على ١٠% من إجمالى الدخل الناتج عن تشغيل الجهاز ، فضلاً عن تحمل المركز بتكاليف علاج ١٠% من المرضى المحولين إليه من وزارة الصحة دون أي مقابل، على أن تئول ملكية الجهاز والمبنى الخاص به إلى وزارة الصحة بعد عشرة أعوام من تاريخ التشغيل التجاري للمركز، والذى بدأ بالفعل عام ٢٠٠١، كما تم الاتفاق على أن تكون تكلفة علاج الحالة على نفقة الدولة بمبلغ مقداره (١٥٠٠٠) خمسة عشر ألف جنيهٍ للحالة ، وإزاء انتهاء مدة عشر السنوات المتعاقد عليها فى ٢٠١١/٦/٢٦ تم إعداد مذكرة للعرض على وزير الصحة والسكان السابق تضمنت المقترحات الآتية:١- قيام معهد ناصر بالتعاقد مع مركز الجامانايف على إيجار الدورين الأول

مجلس الدولة – الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

والثانى من المبنى الذى آلت ملكيته إلى المعهد بقيمة إيجارية مقدارها (١٨٠٠٠٠٠) جنيه سنويًا (مليون وثمانمائة ألف جنيهٍ سنويًا) لمدة عشر سنوات مع زيادة القيمة بنسبة ١٠% كل ثلاث سنوات. ٢- قيام المركز بتركيب الجهاز الجديد من أحدث طرازات جامانايف مكان الجهاز القديم وتشغيل الجهاز، وتحمل كافة تكاليف التشغيل والصيانة لمدة عشر سنوات. ٣- يلتزم مركز الجامانايف باستقبال وعلاج الحالات المُحولة له من وزارة الصحة والجهات التابعة لها بسعر الحالة الواحدة (٢٨٠٠٠) فقط ثمانية وعشرين ألف جنيه، مع زيادة القيمة بنسبة ١٠% كل ثلاث سنوات. ٤-... . ٥- يتم الاتفاق بين معهد ناصر ومركز الجامانايف على قيمة إيجارية للجهاز القديم يسددها مركز الجامانايف لمعهد ناصر فى الفترة اعتبارًا من ٢٠١١/٦/٢٦ حتى تاريخ خروج الجهاز من الخدمة وتكهينه وتركيب الجهاز الحديث مكانه. ٦-.... وبتاريخ ٢٠١١/٦/١٨ أشر وزير الصحة على هذه المذكرة "لا مانع حسب اللوائح وتم اعتماد اقتراحات اللجنة" وبناء عليه تم تحرير عقد بين معهد ناصر ومركز الجامانايف شاملاً ضمن بنوده جميع المقترحات السابقة ، وبمطالعة الوزارة صورة العقد تبين لها إغفاله لامتيازات سابقة للوزارة كانت واردة بالعقد الأصلي دون مبرر، فقد أغفل التزام المركز بتحمل تكاليف علاج ١٠% من المرضى المحولين إليه من وزارة الصحة، وكذا زيادة علاج الحالة لتصبح ثمانية وعشرين ألف جنيهٍ بدلاً من خمسة عشر ألف جنيهٍ. وبتاريخ ٢٠١٢/٦/١٢ أشر وزير الصحة بإحالة الموضوع إلى النيابة العامة للتحقيق فى المخالفات التى شابت إجراءات التعاقد ، واستطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بشأن التزام الوزارة تنفيذ العقد، وتأجيل تفعيل التعاقد لحين صدور الفتوى، وبناء عليه طلبتم الرأي القانوني من إدارة الفتوى لوزارات الصحة والأوقاف والتضامن الاجتماعي وشئون الأزهر ، والتى أحالت الموضوع إلى اللجنة الثانية من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة، التي ارتأت بجلستها المعقودة في ٢٠١٣/٤/٧ إحالته إلى الجمعية العمومية لما آنسته فيه من أهمية وعمومية.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٨ من فبراير عام ٢٠١٨م، الموافق ١٢ من جمادى الآخرة عام ١٤٣٩هـ؛ فتبين لها أن المادة (١٤٧) من القانون المدني تنص على أن:" ١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. ٢-..."، وأن المادة (١٤٨) منه تنص على أن: " ١- يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢-...". وأن المادة (الأولى) من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات- قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ - كانت تنص على أن: "يُعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة - من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة - وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة، خدمية كانت أو

اقتصادية. ويُلغى القانون رقم (١٤٧) لسنة ١٩٦٢ ...، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣، كما يُلغى كل حكم آخر يُخالف أحكام القانون المرافق"، وأن المادة (الثانية) منه تنص على أن: "يُقصد (بالسلطة المختصة) في تنفيذ أحكام القانون المرافق، الوزير – ومن له سلطاته – أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة، كل في نطاق اختصاصه ...". وأن المادة (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه تنص 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 باتباع أي من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقًا للظروف وطبيعة التعاقد. ومع ذلك يجوز استثناءً، وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق الآتية: (أ) المناقصة المحدودة. (ب) المناقصة المحلية. (جـ) الممارسة المحدودة. (د) الاتفاق المباشر. ... . وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود ووفقًا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية"، وأن المادة (٧) منه – قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ – كانت تنص على أن: "يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعهما، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من: (أ) رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الأخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال. (ب) الوزير المختص ومن له سلطاته، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، وثلاثمائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال. ولرئيس مجلس الوزراء، في حالة الضرورة القصوى، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز الحدود المنصوص عليها في البند (ب) من الفقرة السابقة"، وأن المادة (٩) منه تنص على أن: "يكون الطرح على أساس مواصفات كافية... "، وأن المادة (٢٥) منه تنص على أن: "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط من شروطه. ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة، يُعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم – وعلى ما استقر عليه إفتاؤها – أن المشرع استن أصلاً من أصول القانون ينطبق في العقود المدنية والإدارية على حد سواء، مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يُقررها القانون، وأنه يجب تنفيذه طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية، وأن هذا الأصل

وإن كان هو أساس التعامل في العقود الإدارية مثله في ذلك مثل العقود المدنية، إلا أن إرادة الجهة الإدارية فيما يتعلق بإبرام العقود، أو تعديلها لا تكون طليقة من كل قيد فهي ملزمة عند إبرام العقد بأن تتوسل إلى ذلك بالإجراءات المقررة قانونًا لاختيار الشخص الذي تبرم معه العقد، وبما يجوز أن يكون محلاً للتعاقد، وما يتعين أن تتضمنه نصوص العقد من أحكام.

كما استظهرت الجمعية العمومية مما تقدم – وعلى ما جرى به إفتاؤها قبل صدور القانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الذى لا ينطبق على العقد محل الموضوع المعروض لإبرامه قبل صدوره– أنه بصدور قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والعمل به، وما تضمنه من إفصاح جهير بشأن نفاذ أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية وإلغاء العمل بكل النصوص التشريعية التي تخالف أحكام هذا القانون، فقد أضحى جميع أشخاص القانون العام – بما فيها المحافظات – خاضعين لأحكامه فيما نظمه من وسائل وإجراءات لإبرام العقود أيا كانت طبيعتها القانونية، وباتت مقيدة في تصرفاتها بتلك الوسائل والإجراءات، فإذا ولت وجهها عن هذه الإجراءات كان مسلكها مخالفًا للقانون. وقد وضع المشرع بموجب هذا القانون نظامًا متكاملاً لتعاقدات الجهات الخاضعة لأحكامه، حدد فيه طرق التعاقد وحالات وأحكام كل طريق، فخصص الباب الأول لشراء المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات، مُبينًا أن الأصل فيها أن تتم بالمناقصة العامة، أو الممارسة العامة، وأجاز استثناءً التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة، أو المناقصة المحلية، أو الممارسة المحدودة، أو الاتفاق المباشر، ولا يكون اللجوء إلى أي من هذه الطرق الاستثنائية إلا بقرار مسبب من السلطة المختصة بالمفهوم المحدد في القانون سالف الذكر. وفيما يتعلق بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر فقد حدد المشرع موجباته، وحالاته، وحدوده القصوى، وسلطة الاستثناء من هذه الحدود حيث نصت المادة (٧) من هذا القانون – قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ – صراحة على أن التعاقد بالاتفاق المباشر لا يكون إلا في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع إجراءات التعاقد بالمناقصة، أو الممارسة بأنواعهما، وذلك بناء على ترخيص من رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الأخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيهٍ بالنسبة إلى شراء المنقولات، أو تلقي الخدمات، أو الدراسات الاستشارية، أو الأعمال الفنية، أو مقاولات النقل، ومائة ألف جنيهٍ بالنسبة إلى مقاولات الأعمال، وبترخيص من الوزير المختص ومن له سلطاته، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيهٍ بالنسبة إلى شراء المنقولات، أو تلقى الخدمات، أو الدراسات الاستشارية، أو الأعمال الفنية، أو مقاولات النقل، وثلاثمائة ألف جنيهٍ بالنسبة إلى مقاولات الأعمال. وخوَّل المشرع رئيس مجلس الوزراء الإذن بالتعاقد فيما يجاوز هذا النصاب شريطة

وجود حالة ضرورة قصوى ملجئة إلى الإذن بالتجاوز، وهذا الاستثناء بحسب صريح النص وموضعه يقتصر حكمه على الحالة التي ورد بشأنها، وهى الإذن بتجاوز الحد الأقصى دون أن يمتد إلى باقي ضوابط التعاقد بالاتفاق المباشر سالفة البيان.

واستعرضت الجمعية العمومية ما استقر عليه إفتاؤها من أنه أيًّا ما كان وجه البطلان الذي لحق بالإجراءات السابقة على التعاقد، فإنه إذا انعقد العقد مستوفيًا أركانه يكون ملزمًا لطرفيه، ويكون من الواجب على الجهة الإدارية الاستمرار في تنفيذه حتى انتهاء مدته؛ حفاظًا على مصداقية الدولة في الوفاء بتعاقداتها، وتحقيقًا لمبدأ استقرار المعاملات، ولاسيما أنه سيترتب في أغلب الأحوال على إنهاء العمل بالعقد أثناء تنفيذه ضرر بالغ بالمصلحة العامة كفوات فرصة الاستفادة من المبالغ التي تم صرفها بالفعل، أو تُكلِّف الدولة مبالغَ باهظة تتحملها الخزانة العامة. وذلك كله دون الإخلال بقواعد المسئولية ضد كل من اتخذ الإجراءات المخالفة للقانون.

كما استعرضت الجمعية العمومية ما استقر عليه إفتاؤها من أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، فإنها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن تعلو المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري. ويترتب على ما تقدم أن للإدارة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن هذا هو ما تقتضيه المصلحة العامة، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له مقتضى. كما أجاز المشرع في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات للسلطة المختصة بالجهة الإدارية فسخ العقد، أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط من شروطه.

وترتيبًا على ما تقدم، فإنه ولئن كان الثابت من الأوراق أنه لم يتم مراعاة الإجراءات السابقة التي يقررها القانون لدى قيام الأمانة العامة للمراكز الطبية المتخصصة بالتعاقد مع شركة مركز الجامانايف بتاريخ ٢٠١١/٦/٢٧، لتوفير جهاز الجامانايف المُستخدم فى تشخيص وعلاج الأورام السرطانية بمستشفى معهد ناصر، حيث خلت الأوراق مما عساه أن يفيد توفر الحالة العاجلة التي تُبرر اللجوء إلى التعاقد بطريق الاتفاق المباشر، فضلاً عن عدم مراعاة الأحكام المتعلقة بالحدود القصوى لقيمة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر – ولئن كان ذلك– إلا أن هذا وعلى الرغم من مخالفة الإجراءات السابقة على إبرام هذا العقد لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات سالف الذكر، إلا أن العقد قد استوفى أركانه، ومن ثم يكون مُلزمًا لأطرافه، بما يوجب استمرار وزارة الصحة (الأمانة العامة للمراكز الطبية المتخصصة) في تنفيذه حتى انتهاء مدته، وذلك دون الإخلال بقواعد المسئولية ضد كل من اتخذ الإجراءات

المخالفة للقانون، ودون إخلال بسلطة وزارة الصحة فى إنهاء العقد محل طلب الرأي، إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك تحت رقابة القضاء، ولا يكون للطرف الآخر سوى المطالبة بالتعويض إن كان له وجه.

لـذلـــك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، إلى التزام وزارة الصحة (الأمانة العامة للمراكز الطبية المتخصصة) بالاستمرار فى تنفيذ العقد المشار إليه، ما لم تقدر على مسئوليتها أن المصلحة العامة تقتضى إنهاءه قبل نهاية مدته، وذلك كله على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريرًا في: ١٣ / ٣ / 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/