بسم الله الرحمن الرحيم

مجلس الدولة
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

رقم التبليغ :	٦١٠
بتاريخ :	٣٠/١٠/٢٠١٠

ملف رقم : ١٠٨ / ٢ / ٧٨

السيد الأستاذ المستشار/ رئيس اللجنة الثانية لقسم الفتوى

تحية طيبة... وبعد،،

اطلعنا على كتابكم رقم ١٦١ بتاريخ ٢٠١٠/٥/٣ فى شأن طلب الهيئة العامة للأبنية التعليمية تعديل المادة (١١) من الشروط العامة للتعاقد والخاصة بتدبير وسائل نقل المهندسين المشرفين والذى سبق مراجعته باللجنة الثانية بجلسة ٢٠٠٤/١١/٩ فى ضوء الحاجة إلى هذا التعديل.

وحاصل الوقائع – حسبما يبين من الأوراق – أن هيئة الأبنية التعليمية أدرجت ضمن بنود كراسة الشروط العامة للتعاقد لعام ٢٠٠٢ البند (١١) والذى ينص على "تدبير وسائل نقل المهندسين المشرفين: على المقاول تدبير سيارة صالحة ومناسبة وبحالة جيدة ومخصصة فقط لانتقال السادة المهندسين المشرفين على العمل والمراجعين والرؤساء. والمقاول مسئول عن تعيين سائق للسيارة وتزويدها بالوقود وغيره وأن تكون صالحة للعمل بصفة مستديمة وفى أى وقت وحسب تعليمات المهندس المشرف وتحت تصرفه....."، وأنه تم مراجعة كراسة الشروط باللجنة الثانية لقسم الفتوى بجلستها بتاريخ ٢٠٠٤/١١/٩، إلا أن الهيئة عدلت هذا الشرط بكراسة الشروط العامة للتعاقد لعام ٢٠٠٧ ليكون بالنص التالي "يتم سداد قيمة سيارة للإشراف والمتابعة والتفتيش بواقع ١% من قيمة المشروع الواحد يتم استقطاعها من مستحقات المقاولين والشركات... وفى حالة تأخر العملية يتم الحساب يوميًا بواقع ١٠٠ جنيه لليوم الواحد لحين انتهاء المشروع"، ثم عدلت النسبة الواردة بهذه المادة إلى ١,٥% ثم إلى ٢%، وذلك على سند من صعوبة توفير حصيلة بصورة منتظمة للصرف منها لمالكى السيارات المؤجرة بديوان عام الهيئة، وأنه على أثر تضرر المقاولين من استقطاع ١٠٠ جنيه يوميًا عن كل يوم تأخير بعد التاريخ المحدد لنهو الأعمال، ارتأت الهيئة تعديل نص المادة (١١) ليكون بالنص التالي "يتم سداد قيمة سيارة للإشراف والمتابعة والتفتيش بنسبة ٢% من قيمة الأعمال المنفذة

لكل مشروع على حدة يتم استقطاعها من مستحقات المقاولين والشركات بدءًا من أول مستخلص وحتى المستخلص النهائى وفى حالة تأخر مدة المشروع عن المدة التعاقدية لأى سبب يتم استقطاع مبلغ ١٠٠ جنيه عن كل يوم بعد التاريخ المحدد لنهو المشروع بحد أقصى ١٠% من قيمة الأعمال المنفذة وذلك من المشروعات المطروحة اعتبارًا من ٢٠٠٩/١١/١٦، وفى حالة حصول المقاول على مدة إضافية والإعفاء من غرامة التأخير عن الأعمال لأى سبب لا ترد قيمة استخدام السيارة حيث أن المشروع يتم الإشراف عليه خلال تلك المدة"، وأن جميع التعديلات المشار إليها لم يتم مراجعتها بمعرفة اللجنة الثانية لقسم الفتوى، وطلبت الهيئة من إدارة الفتوى لوزارات التعليم والتعليم العالى مراجعة كراسة الشروط العامة للتعاقد متضمنة البند (١١) فى صورته النهائية بعد التعديل وذلك بعد موافقة السلطة المختصة عليه، وأعدت إدارة الفتوى تقريرًا للعرض على هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى والتى انتهت بجلستها بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢١ إلى إحالة الموضوع للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع للأهمية والعمومية.

ونفيد أن الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٣ من أكتوبر عام٢٠١٠م الموافق ٥ من ذى القعدة عام١٤٣١هـ فتبين لها أن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ينص فى المادة (١) 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 ....". وينص فى المادة (٩) على أن "يكون الطرح على أساس مواصفات كافية،..... ويتم التعاقد على أساس مواصفات ورسومات فنية دقيقة ومفصلة". وينص فى المادة (١٦) 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 النواحى الفنية والمالية....."، وأن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المشار إليه الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧لسنة ١٩٩٨تنص فى المادة (١٣٩) على أن "لا يجوز إضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتعين إقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة إلا بعد الرجوع إليها وموافقتها".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن المشرع – في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات – حدد الطرق التى يتم من خلالها التعاقد على مقاولات الأعمال، كما بين الإجراءات التى تلتزم بها الجهات الخاضعة لأحكامه وذلك عند طرح المقاولات المشار إليها، ومن بين هذه الإجراءات تحديد

وتوصيف الأعمال المطلوب تنفيذها تحديداً وتوصيفاً دقيقاً لا لبس فيه ولا غموض قبل الطرح، وذلك لإمكان المقارنة بين العروض المقدمة بغية اختيار أفضلها شروطا وأقلها سعراً عند الترسية.

واستعرضت الجمعية العمومية سابق إفتائها بجلسة ٢٠٠٣/١٢/٣ بالملف رقم ٥٧/٢/٧٨ من أنه لما كان المقاول يخضع فى تنفيذه لأعماله المسندة إليه لرقابة وإشراف جهة الإدارة فى جميع مراحل التنفيذ سواء تم هذا الإشراف مباشرة بمعرفة موظفيها المتخصصين أو عن طريق غير مباشر بمعرفة استشارى تتعاقد معه بعقد مستقل عن عقد المقاولة،وهذا الإشراف ولئن كان مصاحباً للتنفيذ إلا أنه ليس من مكونات عقد مقاولة الأعمال ولا من مسلتزماته التى يتحمل بها المقاول فلا يندمج فيه كبند من بنوده بل بطبيعته متنافر معه مستقل عنه تنافر واستقلال الرقيب عن المراقب. لذا كان جهاز الإشراف على التنفيذ مستقلاً دوماً عن المقاول بما يستلزمه ذلك من تبعيته الرئاسية للجهة المالكة وهذه التبعية تقتضى تحملها – كأصل عام – بنفقاته من أجر وانتقال وخلافه، وأنه لا يصح قانونا إلزام المقاول بتحمل نفقات نقل جهاز الإشراف على التنفيذ مع توزيع أجرة هذا النقل على بنود المقاولة لما فى ذلك من تجهيل لهذه الأجرة تجهيلاً تأباه العقود بصفة عامة والعقود الإدارية على وجه الخصوص ولاستحالة إجراء المقارنة بين العروض على نحو ما اشترطته المادة (١٦) من القانون رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨.

ولاحظت الجمعية العمومية فى الحالة المعروضة أن هيئة الأبنية التعليمية ضمنت كراسة الشروط العامة للتعاقد شرطًا يقضى باستقطاع ٢% من قيمة الأعمال المنفذة لكل مشروع لسداد قيمة سيارة الإشراف والمتابعة، وهو ما يعنى أن قيمة هذه النسبة ستكون مرتبطة بالنسبة لكل متناقص بقيمة العرض المقدم منه في المناقصة وهو ما يعني اختلاف قيمتها بين مقدمي العطاءات لاختلاف قيمة عطاء كل منهم عن الآخر وهو ما يتناقض مع ما يستوجبه قانون تنظيم المناقصات والمزايدات من كفالة مبدأ المساواة بين المتناقصين من خلال الالتزام بالإجراءات المنصوص عليها بالقانون المذكور والتي تقضي بأن يتم تحديد وسيلة النقل المطلوبة تحديدًا دقيقًا من حيث نوعها ومواصفاتها، وذلك حتى تتمكن الجهة الإدارية من إجراء المفاضلة بين العروض المقدمة لها فى ضوء من ذلك.

وإذ كان ما تقدم وكانت جهة الإدارة لم تلتزم بذلك في التعديل الذي أدخل على كراسة شروط التعاقد للهيئة، واكتفت بأن تكون قيمة تدبير سيارة الإشراف والمتابعة عبارة عن نسبة مئوية تحسب على أساس قيمة بنود المقاولة ككل وهو ما يعد تجهيلاً لهذه القيمة يفضي إلى اختلاف قيمتها بالنسبة لكل مقاول

بحسب قيمة عطائه وهو ما لا يمكن معه توحيد أسس المقارنة بينهم على نحو تتحقق به المساواة بين المتناقصين، الأمر الذى يكون معه شرط الهيئة فى الحالة المعروضة مخالفا للقانون.

وخلصت الجمعية العمومية إلى أنه وفى ضوء اختصاص هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمراجعة كراسة الشروط العامة للتعاقد والوارد بها الشرط محل طلب الرأى، فإنه يتعين إعادة الكراسة إليها لإعمال شئونها نحو القيام بمراجعة الكراسة في ضوء ما انتهت إليه الجمعية العمومية في خصوص الشرط المشار إليه.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى: -

١- عدم جواز إدراج الهيئة العامة للأبنية التعليمية شرطًا بكراسة الشروط العامة للتعاقد يقضى باستقطاع ٢% من قيمة الأعمال المنفذة لكل مشروع لسداد قيمة سيارة للإشراف والمتابعة.

٢- إعادة الكراسة المشار إليها إلى هيئة اللجنة الثانية لقسم الفتوى لإعمال شئونها نحو مراجعتها في ضوء مما تقدم.

وذلك كله على النحو الموضح تفصيلًا بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته،،

تحريرًا في: ٢٠١٠/١٠/٣٠

رئيس
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

المستشار الدكتور/
محمد أحمد عطية
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

محمود//