مناقصات ومزايدات ـ مدى جواز تنازل محافظة بور سعيد لبنك التعمير والاسكان عن العقد المبرم بينها وبين شركة المشروعات الصناعية والهندسية بخصوص تنفيذ عملية انشاء خطوط انحدار شبكات الصـــرف الصحى لمنطقة اسكان الجوهرة ـ عدم جواز ذلك .

٥ـ

استعرضت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة فى ٢٠٠٣/٤/١٦ الاحكام الواردة بالمادة (٣٨) من قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وكذا المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ .

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن المشرع فى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أجاز للجهات التى تسرى عليها أحكامه التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر دون التقيد بالحدود المالية الواردة به ، ودرءا للتحايل على هذه القيود فقد حظر المشرع التنازل لغير الجهات الادارية عن العقود التى تتم فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر ،وتغليبا لمبدأ الاعتبار الشخصى فى تنفيذ العقد الادارى فقد حظر المشرع على المتعاقد مع جهة الادارة التنازل عن العقد حتى لا تكون العقود الادارية مجالا للوساطات والمضاربات ، وازاء خلو نصوص القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية من ثمة اشارة الى اباحة تنازل جهة الادارة عن العقد الادارى الى أحد أشخاص القانون الخاص ، فقد وجب النظر الى هذا الامر لا من منظور قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ،ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الادارى ومدى تلائمها مع هذا التنازل وما هى شرائط الاهلية وأوضاع الولاية التى تحمل هذا التنازل على وجه المشروعية من عدمه .

فالعقد الادارى يتميز عن العقد المدنى من ثلاثة وجوه يتردد ذكرها فى كتب الشرح وبحوث الفقة وفى الفتاوى واحكام المحاكم ، فهو **أولها** : تبرمه هيئة عامه من اشخاص القانون العام ، **وثانيها** : أن الهيئة العامه تبرمه لا فيما تنزل فيه منزلة الافراد وأشخاص القانون الخاص من بيع وايجار ونحوه ،ولكنها تبرمه فى اطار استخدامها لسلطتها وما نيط بها من آمانات ادارة المصالح العامه وانشاء المرافق العامه وتنظيمها وتسييرها **وثالثها** : أن العقد الادارى يتضمن شروطا استثنائية مما لا يعتاد فى العقود المدنية فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متساوية الا انها فى العقود الادارية غير متكافئة اذ تختلط علاقات التعاقد التى يعرفها فقه القانون الخاص بأوضاع السلطة العامة التى ترتد فى مرجعيتها ليس فقط الى الرضاء الاتفاقى فى صياغة عقد ما ولكنها ترتد أيضا الى قوامة الدولة على المجتمع وسلطانها عليه لحماية الجماعة وتنظيم وتسيير شئونها ومصالحها العامه .

ولاحظت الجمعية العمومية أن العقد الادارى يتضمن بطبيعته شروطا استثنائية تقيم لجهة الادارة المتعاقدة وجه سطوة ونفوذ فى العلاقة العقدية القائمة مع الطرف الاخر وبما يتلاءم مع موضوع عقد يتعلق بتسيير المرافق العامه ،وهو ـ اى العقد الادارى ـ يرد فى نطاق الاختصاص المعين للجهه الادارية المتعاقده فلا يجاوز هذا الاختصاص ، فليس لجهة عامة مسئولة عن مرفق معين أن تنزل عنه لغيرها على خلاف ما أجازه التشريع الذى اقامها على هذا المرفق وليس لها ان تعدل من اسلوب الادارة والتسيير بما يجاوز ما رخص التشريع لها به ،ولا ان تفوض غيرها فى شأن لم يجز لها التفويض فيه صراحة ، وجهة الادارة العامة ايضا مقيدة فى تعاقداتها بما رسمه التشريع من اجراءات تتعلق بطريقة اختيار المتعاقد معها وطريقة اتمام التعاقد معه وشروط ذلك وضوابطه وأحواله ،كما أنها مقيده بأوضاع ورسوم تتعلـــق بممارساتها لسلطاتها التعاقدية واستيفاء حقوقها العقدية من المتعاقد معها ، واسلوب استخدامها لامكانات انهاء العلاقة العقدية أو فسخها أو غير ذلك . ومن ثم فليس لجهة ادارية أن تنزل عن اختصاصها العقدى الا ان يكون مأذونا لها فى ذلك باجازة تستند الى التشريع او بعمل تشريعى .

(فتوى رقم ٥٢٨ بتاريخ ٢٠٠٣/٧/١٦ ملف رقم ٣٩٣/١/٥٤)