٧- مناقصات ومزايدات ـ الاثر القانونى المترتب على عدم حضور عضو ادارة الفتوى المختص لجان البت المشكلة وفقا لقانون المناقصات والمزايدات ـ مدى خضوع عقد منح التزام الطرق السريعة بنظـــــام البـوت (B O T) لاحكام ذلك القانون .

استعرضت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة في ٢٠٠٣/٦/٤ الاحكام الواردة بالماده (١٢) من القانون رقم ٩ لسنة ٨٣ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات الملغى وكذا أحكام الماده (١٣) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

واستظهرت الجمعية العمومية أن المشرع فى قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، وهو بصدد تنظيم شئون البيع والشراء والتأجير التى تكون الدولة طرفا فيها ، قد سن من الاحكام التى ترسم طرق التعاقد ، ما يضمن به تحقيق افضل صالح مرتجى للدولة فى هذا الخصوص، واتى باحكام اخرى توفر سلامة اتباع هذه الاجراءات وصحة موافقتها للقانون ، فمن ثم تضحى تلك الاحكام الاخيرة بمثابة الاجراءات الجوهرية التى يلزم من تحققها تحقق التعاقد على النحو الموفر للصالح المبتغى من قبل المشرع ومن عدم تحققها عدم تحقق ذلك الصالح . فاذا ما استلزم المشرع على ما ورد فى المادة (١٢) من القانون المذكور ، اشتراك ممثل لوزارة المالية فى لجنة البت وعضو ادارة الفتوى المختصه بندبه رئيسها بتلك اللجنه ، ان بلغت قيمة التعاقد نصابا معينا ، فان هذا الوجوب انما بغية ضمان الاتباع السليم لاجراءات التعاقد كما قررها المشرع ، لما قدره من توفير هذين العنصرين ـ ضمن باقى عناصر لجنة البت ـ لضمان سلامة الاجراءات . واذا ما ورد الامر فى هذا الشأن منصبا على وجوب اشتراك هذين العنصرين ـ ممثل وزارة المالية وعضو ادارة الفتوى المختصه ـ فى عضوية لجنة البت، فان ذلك يفصح بجلاء عن رغبة المشرع فى توفير ضمانه ذات شأن هى التحقق من صحة اجراءات التعاقد على النحو الذى اراده المشرع ، وعلى ذلك فان عدم حضور اى من ممثل وزارة المالية أو ادارة الفتوى المختصه بمجلس الدولة يترتب عليه الاخلال بضمانه أساسية واجراء جوهرى مما يترتب عليه بطلان انعقاد لجنة البت .

ولا ينال من صحة ما تقدم وجود مغايرة بين صياغة نص الماده (١٣) من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، والمادة (١٢) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، حيث نصت الماده الاولى بعدم صحة انعقاد اللجنه فى حالة عدم حضور ممثل وزارة المالية أو ممثل ادارة الفتوى المختصه ، فى حين ان الماده الثانية لم تنص على ذلك صراحة . اذ ان تلك المغايرة تخلو من دلالة على قصد الشارع عدم استلزامه حضورهما ، ذلك أنه باستلزامه اشتراكهما فى عضوية لجنة البت ، يكون قد افاد بذلك الوجوب ، وضرورة حضورهما تلك الاعمال ، والا كان استلزامه عضويتهما اللجنه من باب اللغو الذى تنزه المشرع عنه ، فضلا عن ان علة استلزامه اشتراكهما فى عضوية لجنة البت ، انما هو مراقبتهما لصحة الاجراءات التى تتخذها لجنة البت ، فان قيل بعدم لزوم حضورهما اعمال تلك اللجنه ، بدا حكم اشتراكهما فى عضويتها ضمانا لصحة المتبع من اجراءات مفرغا من مضمونه .

كما تبين للجمعية العمومية فى شأن المسألة الثانية والتى تتعلق بعدي خضوع عقود منح التزام الطرق السريعه لاحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، أن القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروه الطبيعية والمرافق العامه وتعديل شروط الامتياز ، ينص فى الماده (١) منه على أن " يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروه الطبيعية والمرافق العامه ،وكذلك اى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقة أو الاتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الامه . ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص " . وتنص المادة الثانية من القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض احكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامه على أن " تضاف مادة جديدة برقم (١٢ مكررا) الى مواد القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامه ، نصها الاتى استثناء من احكام المواد ١و٣و٩ مكررا من هذا القانون ،يجوز منح التزامات المرافق العامه للمستثمرين المحليين والاجانب ، اشخاصا طبيعيين أو معنويين ، وذلك لانشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وادارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد باحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامه والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروه الطبيعية والمرافق العامه وتعديل شروط الامتياز ، وذلك بمراعاة القواعد والاجراءات الاتية : (أ) ان يتم اختيار الملتزم فى اطار المنافسة والعلانية . (ب) الا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنه . (ج) تحديد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد . (د) يكون للملتزم فى خصوص ما انشأه من طرق ، سلطات واختصاصات وحقوق الجهه المشرفه على الطريق فى المواد ٥و٦و٧و٨و٩و١٠و١١و١٢و١٥ (فقرة أولى) من هذا القانون ، بما في ذلك الحق فى استغلال مساحات واقعه على جانبى الطريق وفى بدايته ونهايته باقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الاسعاف ومحطات الخدمه وورش الصيانه السريعه للسيارات وغير ذلك من المنشآت والانشطة الزراعية والصناعيـــــة والسياحية التى تخدم الطريق والمارة ، ويتعين على الملتزم المحافظة على الطريق وعلى المشروعات المشار اليها وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام ،على ان تؤول جميع المنشآت الى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة ..... ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه ، فى حدود القواعد والاجراءات السابقه قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات ".

ولاحظت الجمعية العمومية أن المشرع قد غاير فى شأن منح امتيازات المرافق العامه ، ما بين احكام تسرى على عموم تلك الامتيازات ، واحكام استثنائية تسرى على بعض المرافق العامه ، واذ قرر فى نصوص عامه ،أن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروه الطبيعية والمرافق العامه وكذلك التعديل فى شروطها المتعلقة بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقة أو الاتاوة (العائدات) لا تكون الا بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب ، فقد استثنى من ذلك احوال منح التزامات المرافق العامه للمستثمرين المحليين والاجانب لانشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وادارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها ، حيث خصها بجواز المنح بموجب قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير النقل والمواصلات.

الامر الذى يبين معه ان الاصل فى منح تلك الامتيازات المتعلقة بالمرافق العامة انما هو من اختصاص رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب ، حيث استقر الرأى قضاء وفقها على ان دور مجلس الشعب (المشرع) فى هذا الخصوص ، انما هو دور المراقب والمشرف على عملية التعاقد التى تتم لمنح امتيازات المرافق العامه باعتبار ان اضطلاعه بهذا الدور - وفق تقديره بحسبانه مشرعا - يوفر اقصى ضمانات الحيدة والنزاهة المتطلبة فى مثل تلك التعاقدات . فلاهمية تلك الصور من التعاقدات ونظرا لحساسية مساسها بالصالح العام لتعلقها بثروات هى من الندرة بمكان ، فقد احتجز المشرع لنفسة مهمة المراقبة المباشرة التى تمكنة بذاته من ضمان فرص الحيدة والنزاهة تحقيقا للصالح العام ، فارضا بذلك سلطانه فى تقدير تلك المصلحة العامه وتقدير سبل توفرها وتقدير كيفية تعيينها ، وهى امور حدت بالقضاء مشايعا بالفقة الى القول بعدم لزوم خضوع تلك التعاقدات لقوانين المزايدات والمناقصات المعمول بها ، كون الاخيرة واذ تهدف الى تنظيم سبل التعاقد التى تكون الدولة طرفا فيها ، فى اجراءات قررها المشرع، مقدرا انها توفر اقصى حماية للصالح العام ، فقد احتجز لنفسه احوال منح التزامات المرافق العامه كى يعمل رقابته المباشرة فى شأنها ، حيث تداخل ارادته التقديرية ارادة قمة السلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الجمهورية ، على النحو الذى يوفر اقصى ضمانات تتحقق بها اعتبارات الصالح العام المرعية ، لذلك يكون مجلس الشعب (المشرع) بالخيار بين اتباع سبل قانون المناقصات والمزايدات لابرام هذه التعاقدات أو اللجوء الى غيرها مما يراه اكثر ضمانا وتحقيقا للحيدة والنزاهة واكثر التصاقا بالصالح العام . الا ان الامر يختلف ، فى شأن تلك الامتيازات التى خصها المشرع بتقدير مغاير ، ارتاى معه امكان اضطلاع مجلس الوزراء وحده بمهمة منحها ، كما الحال بالنسبة لامتيازات الطرق الحرة والسريعة والرئيسية حيث اجاز لمجلس الوزراء القيام بهذا المنح بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات ، شريطة أن يتم التعاقد فى اطار من المنافسة والعلانية . فاذا كانت المنافسة والعلانية هما الاعتبارين الامثلين فى تقدير المشرع لتحقيق افضل فرص الحيدة والنزاهة ابتغاء للمصلحة العامه المرجوه وهما الشرطان اللذان سبق واستعاض عنهما المشرع بقيامة بالمراقبة المباشرة فى صور الامتيازات العامه الاخرى ، وكان المشرع قد حدد سلفا السبل المجردة لتحقيقهما على ما ابانة من اجراءات تعاقد بقوانين المناقصات والمزايدات ، فمن ثم يغدو الشرط الذى قرره المشرع فى احوال منح امتيازات الطرق الحره والسريعة والرئيسية غير قابل للتحقق الا باتباع احكام قانون المناقصات والمزايدات ، تلك الاحكام التى توفر هذه الاعتبارات على خير ما قدره لها المشرع . فلا سبيل معه امام مجلس الوزراء ان شاء منح امتياز الطرق الحرة والسريعة والرئيسية سوى اتباع احكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، باعتباره السبيل الوحيد الذى يوفر للمصلحة العامه افضل فرص التحقق على هدى اطر المنافسة والعلانية .

(فتوى رقم ٦٠١ بتاريخ ٢٠٠٣/٨/١٧ ملف رقم ١٤/٢/١٠٠)