٦٣- **الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - نزاع - مدى مشروعية ادراج بند يلزم المقاول بتدبير سيـــارة أو أكثر لاستخدامها في تنقلات جهاز الاشراف في عقود المقاولات .**

استعرضت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع نص المادة ٦٤٦ من القانون المدني ونص المادة ٢٠٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ونص المادة (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصـــادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ونصوص المواد أرقام ١ ، ٩ ، ١٦ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، ونص المادتين ٥٥ ، ٨٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٩ .

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن المشرع قد غاير بين عقد النقل وعقد المقاولة مغايرة جعلت لكل منهما طبيعته واحكامه المستقلة عن الاخر فلا يندمج أى منهما فى الاخر اندماجا يمحوه أو يخفي طبيعته فجعل كلا منهما عقدا من العقود المسماه قائما بذاته ، متفردا بأحكامه ، فان ابرم مستقلا كان عقدا بسيطا ، وان امتزج بغيره كان عقدا مختلطا فتطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها ، فاذا تنافرت الاحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها فيجب تغليب احدها باعتباره العنصر الاساسي .

ولقد أورد المشرع أحكام عقد المقاولة في المواد من ٦٤٦ الى ٦٦٧ من القانون المدني معرفا اياه بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر يتعهد به الاخر . وأبان بالتفصيل التزامات طرفيه وأحوال تعديله وفسخه وانقضائه والاثار المترتبة عليه ، بينما أورد أحكام عقد النقل في المواد من ٢٠٨ الى ٢٩٩ من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ معرفا اياه بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاة الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شيء الى مكان معين مقابل أجره . وأوضح التزامات طرفيه وأحوال الاعفاء من المسئولية فيه وآثاره بالنسبة لطرفيه سواء في نقل الاشياء في المواد من ٢١٧ الى ٢٤٥ ، أو في نقل الاشخاص في المواد من ٢٥٥ الى ٢٧٢ .

ونتيجة لهذه المغايرة صرح قانون المناقصات والمزايدات في مادته الاولى بخضوع كل من عقد المقاولة وعقد النقل لاحكام هذا القانون بما احتواه من وسائل واجراءات تلتزم الجهات الخاضعة باتباعها قبل التعاقد ومن بينها تحديد وتوصيف المطلوب تنفيذه تحديدا وتوصيفا دقيقا لا لبس فيه ولا غموض لامكان المقارنة بين العروض بغية اختيار أفضلها شروطا وأقلها سعرا عند الترسية مع استمرار هذه الافضلية مصاحبة للمتعاقد حتى تمام التنفيذ الفعلي بحيث اذا ثبت أنها كانت محض أفضلية خادعة رد على المخادع قصده بخصم ما زاد على قيمة غيره من العطاءات وفق أحكام شرط أولوية العطاءات المنصوص عليها في المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور .

ولما كان المقاول يخضع في تنفيذه للاعمال المسندة اليه لرقابة واشراف جهة الادارة في جميع مراحل التنفيذ ، سواء تم هذا الاشراف مباشرة بمعرفة موظفيها المتخصصين أو عن طريق غير مباشر بمعرفة استشارى تتعاقد معه ، بعقد مستقل عن عقد المقاولة ، وهذا الاشراف ولئن كان مصاحبا للتنفيذ الا أنه ليس من مكونات عقد مقاولة الاعمال ولا من مستلزماته التي يتحمل بها المقاول فلا يندمج فيه كبند من بنوده بل بطبيعته متنافر معه مستقل عنه تنافر واستقلال الرقيب عن المراقب . لذا كان جهاز الاشراف على التنفيذ مستقلا دوما عن المقاول بما يستلزمه ذلك من تبعيته الرئاسية للجهة المالكة وهذه التبعية يقتضي تحملها - كأصل عام - بنفقاته من أجر وانتقال وخلافه . فاذا كان المشرف من العاملين بهذه الجهة الادارية التزمت بنقله بسيارتها وفقا لقواعد تشغيل السيارات الحكومية ، والا صرفت له النفقات التي يتحملها في سبيل أداء مهمته وفق أحكام لائحة بدل السفر ومصاريف الانتقال ، وان لم يكن هذا ولا ذاك كان لها أن تتعاقد مع الغير على نقله الى مواقع العمل من خلال عقد النقل شريطة ابرامه بالاجراءات والشروط المنصوص عليها في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ومن أهمها وأخصها تحديد وسيلة النقل تحديدا دقيقا من حيث نوعها ومواصفاتها ، وأن يحدد المتعاقد أجرة النقل تحديدا وافيا ، لتجرى على مقتضى ذلك المقارنة لاختيار أفضل العروض شروطا وأقلها سعرا ، وليس من مانع قانوني في أن يكون الناقل هو ذات المقاول المتعاقد معه شريطة أن يكون النقل بعقد مستقل واضح مستوف لاركانه وشروطه حتى ولو اختلط بعقد المقاولة طالما كانت التزامات الناقل وحقوقه واضحة ومحددة . فلا يصح قانونا الزام المقاول بنقل جهاز الاشراف على التنفيذ مع توزيع أجرة هذا النقل على بنود المقاولة ، لما في ذلك من تجهيل لهذه الاجرة تجهيلا تأباه العقود بصفة عامة والعقود الادارية على وجه الخصوص ، ولاستحالة اعمال أحكام عقد النقل المنصوص عليها قانونا واستحالة اجراء المقارنه للمفاضلة بين العروض على نحو ما اشترطته المادة (١٨) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، واستحالة اعمال شرط أولوية العطاءات المنصوص عليه في المادة (٨٢) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

والحال في الحالة المعروضة أن الجهة المتعاقدة نقلت التزامها بنقل عامليها للاشراف على تنفيذ أعمالها ، الى المقاول المنفذ لهذه الاعمال دون أن تحدد وسيلة النقل نوعا أو وصفا بل تركت له تقدير اجرة النقل كما يشاء دون أن يجهر بها وألزمته أن يوزعها على فئات بنود المقاولة فصارت هذه القيمة مجهولة تجهيلا يستحيل معه تطبيق أحكام عقد النقل ، ولا اجراء المقارنة والمفاضلة بين العروض ، ولا مراقبة الناقل في وصف السيارة التي ينقل بها ، ولا اعمال شرط أولوية العطاءات بعد التنفيذ ، فيستوى من ينقل بسيارة صغيرة بها الحد الادنى للمواصفات بمن ينقل بسيارة فارهة بها جميع وسائل الرفاهية في الوقت الذى لم يفصح فيه الناقل عن الاساس الذى حدد عليه سعر النقل المجهول ، الامر الذى يكون معه شرط جهة الادارة - في الحالة المعروضة - مخالفا للقانون .

بيد أنه وأيا ما كانت درجة جسامة المخالفة في الشرط المشار اليه ، فانه وقد انعقد العقد فعلا فلا مناص من وجوب تنفيذه لان المقاول يتقاضى أجرة النقل بالفعل ضمن قيمة بنود المقاولة .

(فتوى رقم ٢٧٧ بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣١ ملف رقم ٥٢/٢/٢٨)