مستعجل

بسم الله الرحمن الرحيم

٢٢/ ١٥/ ٧ ـ ٤

مجلس الدولة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

رقم التبليغ :	٣٧٢
بتاريـــخ :	٢٧ / ٥ / ٢٠٠٧

ملف رقم : ٥٤ / ١ / ٤٤٦

السيد اللواء / رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لميناء الاسكندرية

تحية طيبة وبعد

فقـــد اطلعـــنا علـــى كتابكم رقم ٢١٤٤ المؤرخ ٢٠٠٧/١/١٥، الموجه إلى السيد الأستاذ المستشار / رئيس مجلس الدولة، فى شأن العقد المبرم بين هيئة ميناء الاسكندرية وشركة الاسكندرية لمحطات الحاويات الدولية، لإنشاء وتشغيل وإدارة والانتفاع بالأرض والساحات المخصصة لمحطات تداول الحاويات بمينائى الاسكندرية والدخيلة.

و حاصل الواقعات ـ حسبما يبين من الأوراق ـ أنه بتاريخ ٢٠٠٥/٣/١٢ أبرمت اتفاقية مساهمين فيما بين كل من هيئة ميناء الاسكندرية وشركة هاتشيسون بورتس إيجبيت المحدودة وشركة العالم العربى لتنمية الموانى وشركة كينان كونستالنس جروب إس إيه، تلتزم الهيئة بموجبها بتأسيس شركة مساهمة مصرية، بغرض تحويل وإنشاء وتجهيز وإدارة وتطوير وتشغيل محطات الحاويات بمينائى الاسكندرية والدخيلة، باسم [شركة الاسكندرية لمحطات الحاويات الدولية]، على أن تحتفظ الهيئة بنسبة ١٠% من رأس مال الشركة المصدر،ويتم الاكتتاب فى نسبة الـ ٩٠% المتبقية من قبل باقى المساهمين، وفقاً لنسبة اكتتاب كل منهم فى الشركة. وبذات التاريخ، وإزاء رغبة هيئة ميناء الاسكندرية فى تحويل بعض أرصفتها ومرافقها القائمة إلى محطات حاويات تتولى تشغيلها شركة تابعة، فقد أبرمت مع شركة الاسكندرية لمحطات الحاويات الدولية [تحت التأسيس]، عقداً لإنشاء وتشغيل وإدارة والانتفاع بالأرض والساحات المخصصة لمحطات تداول الحاويات بالمينائين سالفى الذكر، تتمكن الشركة بموجبه من إنشاء وإدارة المشروع وتشغيلـــــه

كمحطات للحاويات طبقاً للمستويات الدولية، وذلك لمدة ٢٥ عاماً قابلة للتجديد من تاريخ التشغيل التجارى، ويكون للشركة دون غيرها حقوق سيادية لاستغلال وتشغيل المشروع لرسو وإبحار السفن والشحن والتفريغ والنقل وتخزين وتسليم أية حاويات، وإجمالاً جميع عمليات الحاويات، كما يكون لها مطلق الحرية فى تحديد وفرض الرسوم التى تتقاضاها عن الخدمات التى تقدمها للعملاء بالمشروع.

وبعرض العقد على اللجنة الأولى من لجان الفتوى، انتهت بجلستها المعقودة فى ٢٠٠٦/١٠/٤ إلى عدم ملاءمة مراجعته، وأعادته إلى الجهة الوارد منها دون مراجعة، تأسيساً على أن العقد أبرم بطريق الاتفاق المباشر، دون توافر حالاته أو موجباته أو حدوده القصوى، وقد خلت الأوراق من الحصول على إذن من رئيس مجلس الوزراء فى هذا الخصوص، هذا فضلاً عن أن العقد أبرم وتوقع من طرفيه فى٢٠٠٥/٣/١٢، وتم النص فيه على عدم جواز تعديله إلا بموجب وثيقة مكتوبة موقع عليها من جميع الأطراف، ولن يغير أى قرار إدارى من التزامات الأطراف المنصوص عليها فى العقد، وعليه يكون العقد محل المراجعة أبرم بالمخالفة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

وإذ ارتأت الهيئة، تعقيباً على ما خلصت إليه اللجنة الأولى على النحو السابق بيانه، أن التعاقد مع شركة الاسكندرية لمحطات الحاويات الدولية، تم طبقاً لما منحه القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٧ بإنشاء هيئة عامة لميناء الاسكندرية، من حق لهذه الهيئة فى إنشاء الشركات التى تخدم أغراضها أو الاشتراك فى ملكيتها. الأمر الذى يصح معه للهيئة، تحقيقاً للهدف من إنشاء الشركة، أن تعهد إليها مباشرة بمزاولة الأنشطة التى تخدم تلك الأغراض، دون اتباع الأساليب المنصوص عليها فى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه لذلك طلبتم عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع.

ونفيد أن الموضوع عرض على الجمعية العمومية بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٣ من مايو سنة ٢٠٠٧، الموافق ٦ من جمادى الأولى سنة ١٤٢٨هـ، فاستبان لها أن المشرع فى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٧ بإنشاء هيئة عامة لميناء الاسكندرية، ولئن رخص للهيئة فى المادة (١) منه " أن تنشئ الشركات المتخصصة التى تخدم أغراضها أو أن تشترك فى ملكيتها " إلا أن

ذلـــك يـــتعين أن يجرى فى الحدود التى يقررها القانون، وبما يضع هذه الرخصة فى إطارها الصحيح ضمن نسيج القاعدة التشريعية المقررة لها، باعتبار أن الشركات التى يتم إنشاؤها أو الاشتراك فيها، إنما هى من أشخاص القانون الخاص التى تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن أشخاص المساهمين أو المـــشاركين فيها، وذمة مالية خاصة بها، ولها إدارة تعبر عن إرادتها، وتسعى لتحقيق المصالح الخاصة لهـــؤلاء المساهمين أو الشركاء. وبالتالى فإنها لا تعد امتداداً للهيئة العامة المساهمة أو المشاركة فيها، علـــى نحو تخضع معه إدارتها لهيمنتها وتدور فى فلك ما ترسمه لها من سياسات، بما ينتفى معه تعارض المـــصالح بيـــنهما، ويـــرتب للهيئة الحق فى إسناد أعمال ونشاطات معينة للشركة مباشرة فى سبيل إعانتها على تحقيق أغراضها، بل يجب أن يتم ذلك من خلال النظام القانونى الحاكم لتعاقدات الهيئة العامـــة، وهـــو قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، والذى تنص المادة الأولى من مواد إصداره على أن " **يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن تنظيم المناقـــصات والمـــزايدات، وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإدارى للدولة من وزارات، ومـــصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة _ وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية** .... " ولا يخرج على هذا النظام إلا أن تكـــون الهيـــئة العامة هى المسيطرة على إدارة الشركة من خلال ملكيتها لكامل أو غالبية رأس المـــال، وأن يكون المشرع بنص صريح قد أجاز للهيئة ذلك، أو يجعل للهيئة من خلال الشركة التى أنشأتها أو تساهم فيها المشاركة فى تنمية الاقتصاد القومى وتحقيق أهداف خطة التنمية فى مجال المرفق العام الذى تتولاه الهيئة، كما هو الحال فى الشركات التى كانت تشرف عليها هيئات القطاع العام، الأمر غير الحاصل فى الحالة المعروضة.

وبالنظر إلى أنه مما لا ريب فيه، أن الهيئة العامة لميناء الاسكندرية ، المنشأة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٧ المـــشار إلـــيه، تعد من المرافق العامة التى أنشأتها الدولة، بغرض تقديم خدمة عامة تتمثل، بحـــسب المادة (١) من قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٢٩٣ لسنة ١٩٦٦ باختصاصات ومسئوليات الهيـــئة العامـــة لميـــناء الاســـكندرية، فى " **إدارة ميـــناء الاسكندرية وفقاً للسياسة العامة الموضـــوعة لموانـــى الجمهـــورية وذلـــك بما يكفل حسن سير العمل فى الميناء وانـــتظامه والارتفـــاع بمـــستواه إلى أقصى درجة من الكفاية بالنسبة لكافة أوجه النشاط فيه**"، وعلى الأخص، إنشاء وصيانة أرصفة رسو السفن وحواجز المياه والممرات الملاحية

وتوسيع وتطهير وتعميق المياه، وإنشاء وإدارة واستغلال المخازن والمستودعات والساحات داخل الميناء وخارجه، والقيام بعمليات الشحن والتفريغ والنقل الداخلى فى الميناء.

ولما كانت الدولة كسلطة عامة هى صاحبة الكلمة النهائية فى إدارة الهيئة وتنظيمها وإلغائها، بحسبان أنها هى التى اختارت أسلوب الهيئة العامة فى إدارة المرفق آنف الذكر، مع ما يقتضيه ذلك من استخدام وسائل وأساليب أكثر مرونة، وأقل تعقيداً، مقارنة بطريقة الإدارة المباشرة للمرافق العامة من قبل الدولة. لذلك يكون من المتعين قانوناً على الهيئة العامة لميناء الاسكندرية، أن تقوم بنفسها على تحقيق الأغراض المنوطة بها، وأن تمارس الصلاحيات المسندة إليها قانوناً، وصولاً إلى تحقيق هذه الأغراض، وذلك على اعتبار أن إنشاء المرفق العام لم يكن سوى ابتغاء لصالح عام ما، مقدر ابتداءً من قبل المشرع، فلا يكون للهيئة أن تتسلب من ذلك، أو أن تعهد بكل أو جزء من الخدمة العامة المنوطة بها إلى غيرها من أشخاص القانون الخاص، إلا على سبيل الاستثناء، إذا كان ثمة من موجب له، وبالأداة الصحيحة المقررة قانوناً، وهى منح التزام المرافق العامة، طبقاً للقواعد والإجراءات التى يرسمها القانون، انصياعاً لما تقضى به المادة (١٢٣) من الدستور من أن " **يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة** ..... "، حتى ولو كان من بين هذه الأشخاص شركة مساهمة تشترك الهيئة المذكورة فى رأس مالها، استعمالاً للرخصة المخولة لها فى قانون إنشائها، بما يخدم أغراضها أو يعينها على تحقيق هذه الأغراض، لما ينطوى عليه إسناد الهيئة مباشرة جانب من الخدمة العامة التى تضطلع بتحقيقها إلى الشركة، فى غيبة التنظيم القانونى الخاص الذى يخولها ذلك، من افتئات على إرادة كل من المشرع، ورئيس الجمهورية ــ بما له من سلطة بموجب المادة (١٤٦) من الدستور فى إنشاء وتنظيم المرافق العامة ــ فى اختيار أسلوب الهيئة العامة لإدارة المرفق فى الحالة الماثلة، وما ينطوى عليه كذلك من خروج على أحكام القانون المنظم لمنح التزامات المرافق العامة فى هذه الحالة.

والحاصل أن القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ينص فى المادة (١) منه على أن " **يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك**

أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة [العائدات] بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة ٠٠٠٠٠٠ "، وأن القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ فى شأن الموانى التخصصية، ينص فى المادة الرابعة مكرراً، المضافة بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨، على أن " مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانى والسفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج لإنشاء موانى عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة فى الموانى القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية: [أ] أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية. [ب] ٠٠٠٠٠٠ ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها ـ فى حدود القواعد والإجراءات السابقة ـ قرار من مجلس الوزراء بناءً عل اقتراح الوزير المختص"

ومن مفاد ذلك، أن الأصل فى منح الامتيازات المتعلقة بالمرافق العامة، إنما هو من اختصاص رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب، حيث استقر الرأى فقهاً وقضاءً على أن دور مجلس الشعب فى هذا الخصوص، إنما هو دور المراقب والمشرف على عملية التعاقد التى تتم لمنح امتيازات المرافق العامة، باعتبار أن اضطلاعه بهذا الدور ـ وفق تقديره بحسبانه مشرعاً ـ يوفر أقصى ضمانات الحيدة والنـــزاهة المتطلبة فى مثل هذه التعاقدات. إلا أن الأمر يختلف، فى شأن المرافق التى خصها المشرع بتقدير مغاير، ارتأى معه إمكان اضطلاع مجلس الوزراء وحده بمهمة منح الامتياز المتعلق بكل منها، كما هو الحال بالنسبة إلى الموانى العامة والتخصصية والأرصفة المخصصة فى الموانى القائمة، حيث أجاز لمجلس الوزراء ذلك، بناءً على اقتراح وزير النقل، شريطـــــــــــــــة

أن يتم التعاقد فى إطار من المنافسة والعلانية، بحسبان أن المنافسة والعلانية هما الاعتبارين الأمثلين فى تقدير المشرع لتحقيق أفضل فرص الجيدة والنـــزاهة تحقيقاً للمصلحة العامة المرجوة، وهما الشرطان اللذان سبق واستعاض عنهما المشرع بقيامه بالمراقبة المباشرة فى حدود الامتيازات العامة الأخرى، الأمر الذى لا يجوز معه قانوناً القعود عن كل ما من شأنه كفالة كل من المنافسة والعلانية فى اختيار الملتزم، ومن ذلك أن يجرى اختياره مباشرة، على نحو ما فعلته الهيئة العامة لميناء الاسكندرية فى الحالة الماثلة .

والحاصـــل أيـــضا، حـــسبما استظهرت الجمعية العمومية من استعراضها أحكام القانون رقم ١ لـــسنة ١٩٩٦ سالف الذكر، أن هذا القانون ورد خلواً من تحديد الإجراءات والقواعد الحاكمة لاختـــيار المـــتعاقد الـــذى ســـيجرى منحه التزام المرفق العام. وإزاء ذلك، ولما كان قانون تنظيم المناقـــصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، يعد الشريعة العامة المنظمة للسبل الـــتى يـــتعين على الجهات المخاطبة بأحكامه، ومن بينها الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية، اتـــباعها لاختيار من تتعاقد معه على تدبير احتياجاتها، من مقاولات الأعمال والنقل وتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، وبيع وتأجير العقارات والمنقولات والترخيص بالانتفاع أو باســـتغلال العقارات. ومن ثم فلا فكاك من استدعاء الأحكام التى يرصدها هذا القانون لاختيار من يجـــرى مـــنحه التزام المرفق العام، على نحو يتحقق معه كل من شرطى المنافسة والعلانية المنصوص عليهما فى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المشار إليه.

ولمـــا كـــان ذلك، وكان مشروع إنشاء وتشغيل وإدارة محطات الحاويات فى الحالة المعروضة، لا يعـــدو أن يكـــون جزءاً من المرفق العام، الذى تقوم عليه الهيئة العامة لميناء الاسكندرية. وإذ تم إســـناد هـــذا المـــشروع [الالتزام] مباشرة إلى شركة الاسكندرية لمحطات الحاويات الدولية[تحت التأســـيس]، والـــتى تمتلك الهيئة ٥١٠% من رأس مالها، دون اتباع أحكام قانون تنظيم المناقصات والمـــزايدات المـــشار إلـــيه، فإن ذلك الاختيار يكون قد تم بمنأى عن اعتبارات المنافسة والعلانية اللازمـــين لاختـــيار الملتزم، ودون اتباع الأحكام المنصوص عليها فى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ سالف الذكر، مما يضحى معه العقد المبرم بين الهيئة والشركة المذكورة فى هذه الحالة، قد تم بالمخالفة لأحكام كل من القانونين المذكورين، على نحو يكون معه ما انتهت إليه اللجنة الأولـــــــــــــى

من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة لدى مراجعتها هذا العقد، جاء قائماً على صحيح سنده قانوناً.

لـــــــذلـــــــك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أن العقد المعروض أبرم بالمخالفة لأحكام كل من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، المشار إليهما، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

تحريراً فى / / ٢٠٠٧

م//

رئيس الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

المستشار / نبيل ميرهم

النائب الأول لرئيس مجلس الدولة