" بسم الله الرحمن الرحيم "

مجلس الدولة
إدارة الفتوي لوزارات التعليم والتعليم العالي والبحث العلمي والجامعات

ملف رقم : ١٢٤/٤/٤

السيد الأستاذ الدكتور / رئيس جامعة جنوب الوادي ..

تحية طيبة ... وبعد ،،،

بالاشارة إلي الكتب المتبادلة والمنتهية بكتاب سيادتكم رقم (٤٠٢) في ٢٠٠٨/٤/١ والمقيد بسجلات وارد هذه الإدارة برقم (١٧٠) في ٢٠٠٨/٤/٣ بشان طلب إبداء الرأي القانوني عن مدي جواز رد غرامات التأخير الموقعة علي مصنع سلامكو للتجهيزات الطبية لعدم توريد صنف دولاب خشب جرار ، وهل يجوز مصادرة التأمين النهائي بواقع (٥%) عن هذا الصنف فقط الذي لم يورد أم يتم مصادرة التأمين النهائي بواقع (٥%) عن كل الأصناف التي تم توريدها والتي لم تورد .

وتخلص عناصر الموضوع – حسبما يبين من أوراقه – في أنه بتاريخ ٢٩/ ٢٠٠٦/١١ تم طرح مناقصة عامة لتوريد أثاثات وخلافه بجامعة جنوب الوادي ، وتم ترسية بعض الأصناف علي مصنع سلامكو للتجهيزات الطبية بالمنيا وصدر له أمر توريد بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٦ باجمالي مبلغ وقدره (٥٠ر٥٨٤١٩) فقط خمسمائة وأربعة وثمانون ألفا ومائة وتسعون جنيها وخمسون قرشا لا غير وكان التوريد مشروط قبل ٢٠٠٧/٦/٣٠ ، ومن ثم فقد قامت لجنة الفحص المختصة بفحص الأصناف الموردة من المصنع بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٨ واتضح منها وجود نسب عجز ونقص في المواصفات في حدود النسبة القانونية المقررة باللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أي لا تزيد علي نسبة (٢٠%) وقد تم قبول هذه الأصناف طبقا لحكم المادة (١٠٢) من اللائحة المذكورة بموافقة كل من المصنع المورد ولجنة البت والسلطة المختصة ، كما قامت لجنة الفحص برفض أحد الأصناف الموردة وهو عدد (٥) خمسة دولاب خشب جرار لعدم مطابقته للمواصفات الفنية ، وقد أوصت لجنة الفحص وبموافقة السلطة المختصة بتاريخ ٤ /٢٠٠٧/٨ بتطبيق حكم الفقرة (ب) من المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات علي المصنع المذكور فيما يخص صنف دولاب خشب جرار بعدد (٥) دولاب وذلك بالغاء التعاقد علي هذا الصنف وما يترتب علي ذلك من آثار أهمها مصادرة التأمين النهائي .

١٥٤١

هذا وقد سبق للمصنع المذكور الموافقة بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٢ علي توريد اثاثات لكلية التجارة بقنا بإجمالي مبلغ وقدره (٢٠٠٠٦ر٥٠) فقط وقدره عشرون ألفا وستة جنيهات وخمسون قرشا وذلك بنفس شروط وأسعار ومواصفات المناقصة العامة المشار إليها، إلا أنه وبعد إصدار أمر التوريد للمصنع من الكلية بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٤ لم يقم المصنع بالتوريد وبعد بحث الموضوع بالإدارة العامة للشئون القانونية بالجامعة بقنا تحت رقم (١٣٢) لسنة ٢٠٠٧ قرر رئيس الجامعة بتاريخ ٢٠٠٧/٨/١٤ الآتي :-

١- تطبيق حكم الفقرة (ب) من المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات علي مصنع سلامكو للتجهيزات الطبية بالمنيا وذلك فيما يخص الأصناف المطلوبة لكلية التجارة بقنا وإلغاء التعاقد عنها .

٢- إخطار المصنع المذكور بذلك بموجب إخطار موصي عليه بعلم الوصول وقد تم تنفيذ ذلك وعليه فقد قامت إدارة الحسابات المركزية بالجامعة بخصم المبالغ الآتي بيانها كاستقطاعات من المصنع المذكور وهي :-

١- مبلغ (٦٤٥٧٨ر١٥) فقط أربعة وستون ألفا وخمسمائة وثمانية وسبعون جنيها وخمسة عشر قرشا لا غير وهي تمثل قيمة العجز والنقص في المواصفات للأصناف التي تم قبولها بموافقة لجنة البت والمصنع والسلطة المختصة .

٢- مبلغ (٤٥٧٩٦ر٨٥) فقط خمسة وأربعون ألف وسبعمائة وستة وتسعون جنيها وخمسة وثمانون قرشا لا غير قيمة الغرامة المقررة بالمادة (١٠٢) من لائحة القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات.

٣- مبلغ (٣٤٩٥) فقط ثلاثة آلاف وأربعمائة وخمسة وتسعون جنيها لا غير قيمة الصنف المرفوض عدد (٥) دولاب خشب جرار .

٤- مبلغ (٣٠٢٠٩ر٩٠) فقط ثلاثون ألفا ومائتان وتسعة جنيهات وتسعون قرشا لا غير ، وهو عبارة عن شقين :-

١- مبلغ (٢٩٢٠٩ر٥٥) فقط تسعة وعشرون ألفا ومائتان وتسعة جنيهات وخمسة وخمسون قرشا لا غير وهو يمثل (٥%) مصادرة التأمين النهائي عن أمر التوريد الصادر للمصنع بإجمالي (٥٨٤١٩٠ر٥٠) جنيه الخاص بالمناقصة العامة وذلك بسبب تطبيق حكم الفقرة (ب) من المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بسبب رفض قبول عدد (٥) دولاب خشب جرار .

ب- مبلغ (١٠٠٠ر٣٥) فقط ألف جنيه وخمسة وثلاثون قرشا لا غير والتي تمثل (٥%) مصادرة التأمين النهائي عن أمر التوريد الصادر بمبلـــــــغ (٢٠٠٠٦ر٥٠) جنيه الخاص بكلية التجارة بقنا .

٥- مليغ (٧٠٥ر٠٥) فقط سبعمائة وخمسة جنيها وخمس قروش عبارة عن الآتي :-

مبلغ (١٠٤ر٨٥) جنيه عبارة عن (٣%) غرامة تأخير من قيمة الصنف
الذي لم يورد .
ـ مبلغ (٦٠٠ر٢٠)جنيه عبارة عن (٣%) غرامة تأخير من إجمالي أمر
توريد الخاص بكلية التجارة .
رر مصنع سلامكو من هذا الخصم وطلب بحث قانونية الخصومات مع رد
ـين النهائى ، فتم بحث الموضوع بمعرفة الإدارة العامة للشئون القانونية
جامعة والتى إنتهت إلى الآتى :-
ـلاخلاف على صحة ما قامت به الحسابات المركزية بالجامعة من مصادرة
امين النهائى بواقع (٥%) عن أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا .
ـ أن غرامات التأخير التى حصلت وقدرها (٣%) على الصنف الذى لم يورد
هو عدد (٥) دولاب خشب جرار وكذلك (٣%) عن إجمالى أمر التوريد الخاص
وليست تأخير ، وأستند الرأى فى ذلك إلى أن الآثار القانونية التى فرضتها
المـادة (٩٤) من لائحة القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على حالة عدم التوريد
ليس من ضمنها غرامة التأخير حيث أن المشرع أعطى للجهة الإدارية الحق فى
إتخاذ أحد الإجراءين إما التنفيذ على الحساب وإما إنهاء التعاقد وهو الأمر الذى تم
إتخاذه بإنهاء التعاقد على صنف دولاب خشب جرار ، ورأت الإدارة القانونية أنه لا
وجه فى خصم غرامات التأخير على الأصناف التى لم تورد وينعقد إبداء الرأى فى
رد تلك الغرامة للمصنع المذكور للإدارة المختصة بمجلس الدولة نفاذاً لحكم المادة
(٢٣) من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فى ضوء قيام الجامعة بتطبيق حكم
الفقرة (ب) من المادة (٩٤) من لائحة القانون المذكور على المصنع المنوة عنه
بإنهاء التعاقد .
ومن ناحية أخرى فإن هناك خلافا فى وجهات النظر حول مصادرة (٥%)
تامين نهائى على أمر التوريد الصادر للمصنع بإجمالى مبلغ (٥٨٤١٩٠ر٥٠)
حيث قامت الحسابات المركزية بمصادرة مبلغ (٢٩٢٠٩ر٥٥) على إجمالى أمر
التوريد المذكور بالكامل وقد تباينت الآراء حوله حيث يرى رأى أن يتم خصم
(٥%) على إجمالى العملية أى للإصناف التى تم توريدها والصنف الذى لم يورد ،
أما الرأى الثانى فيرى أن خصم (٥%) بمصادرة التأمين النهائى يتم على قيمة
الصنف الذى لم يورد فقط وهو قيمة عدد (٥) دولاب خشب جرار دون الامتداد إلى
باقى الأصناف التى تم توريدها .
وإزاء هذا الاختلاف فقد ورد إلينا طلب الرأى الماثل .
ومن حيث أن طلب الرأى الماثل ينصب فى مبناه على سألتين رئيستين هما:
الأولى : مدى جواز إعفاء مصنع سلامكو للتجهيزات الطبية من غرامة التأخير
الموقعة عليه بسبب عدم توريد مشمول أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا
بمبلغ (٢٠٠٠٦ر٥٠) جنيها ، وكذلك لعدم توريد صنف دولاب خشب جرار عدد
(٥) .

حية : هل يتم مصادرة التأمين النهائى بواقع (٥%) من قيمة صنف دولاب خشب جرار فقط والذى لم يورد وألغى التعاقد بشأنه أم يتم بواقع (٥%) من قيمة العملية كلها للأصناف التى تم توريدها وتلك التى لم تورد (دولاب خشب جرار) .

ورداً على ذلك نفيد بأنه بالنسبة للمسألة الأولى المتعلقة بمدى جواز إعفاء مصنع سلامكو للتجهيزات الطبية من غرامة التأخير الموقعة عليه بسبب عدم توريد مشمول أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا بمبلغ (٢٠٠٠٦ر٥٠) جنيها ، وكذلك عدم توريد صنف دولاب خشب جرار عدد (٥) ، فإن المادة (٢٣) من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات تنص على أن :

" إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له ، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ ، علي أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقاً للأسس وبالنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية ، بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة (٣%)من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، و(١٠%) بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبية أو إنذار أو اتخاذ أى أجراء أخر ويعفى المتعاقد من الغرامة ، بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ، وللسلطة المختصة – عدا هذه الحالة – بعد أخذ رأى الإدارة المشار إليها ، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر .

ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية فى الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض عما أصابها من أضرار بسبب التأخير .

وتنص المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨م على أن :

" إذا تأخر المورد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد – ويدخل فى ذلك الأصناف المرفوضة – فيجوز للسلطة المختصة إذا إقتضت المصلحة العامة إعطاءه مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع (١%) عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون قد تأخر فى توريدها وبحد أقصى (٣%) من قيمة الأصناف المذكورة .

وفى حالة عدم قيام المورد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين طبقاً لما تقرره السلطة المختصة وفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد :

(أ) شراء الأصناف التى لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحد الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة .

(ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف .

وفى هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائى من حق الجهة الإدارية ويكون لها ن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها – بما فى ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية – من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها وفى حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى إتخاذ أية إجراءات قضائية وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها فى الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الأدرى."

ومن حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا جرى على أن غرامة التأخير فى العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود فى المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد ، وأن التكييف القانونى لغرامة التأخير أنها صورة من صور التعويض الاتفاقى ولكنها تتميز عن التعويض الاتفاقى فى مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر يفترض حصوله بمجرد حصول التأخير إلا أنه يجوز للطرف الآخر أن يثبت أنتفاء ركن الخطأ ، ومتى انتفى أحد أركان المسئولية الموجبة للتعويض فلا مجال عندئذ لاستعمال الحق المخول للإدارة فى اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانونى الذى يقوم عليه .

" حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعون أرقام ٣١٧٧ لسنة ٤١ق.ع – جلسة ١٩٩٨/٥/١٢ ، والطعن رقم ١٢٢٦ لسنة ٣٥ق.ع – جلسة ١٩٩٦/٤/٢٣، والطعنين رقمى ٤٦٩٧ ، ٤٧١٧ لسنة ٣٩ق.ع – جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤ "

وبالبناء على ما تقدم ، وكان البين من الأوراق أن مصنع سلامكو للتجهيزات الطبية كان قد تأخر فى توريد صنف دولاب خشب جرار عدد (٥) فقررت السلطة المختصة منحه مهلة إضافية للتوريد قام خلالها بتوريد صنف غير مطابق للمواصفات فلم يتم قبوله ، كذلك لم يقم بتوريد مشمول أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا بمبلغ ٢٠٠٠٦ر٥٠ جنيه الأمر الذى ترتب عليه ضياع قيمة هذين البندين بميزانية الجامعة فى تلك السنة وعدم تدبير وزارة المالية قيمة ذلك البندين للجامعة فى السنة التالية ، وذلك على الرغم من أن حاجة الجامعة ماسة لتلك الأصناف خاصة وأن كلية التجارة بقنا وليدة العهد حديثة الإنشاء وهى فى أمس الحاجة لتجهيز مكاتب السادة أعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم والعاملين بها ، وذلك كله حسبما ورد بكتاب الجامعة رقم (٤٠٢) فى ٢٠٠٨/٤/١ المشار إليه بصدر هذه الفتوى ، وعليه فإنه يتعين من ثم والحالة هذه توقيع غرامة تأخير بنسبة (٣%) من قيمة صنف دولاب خشب جرار ، وكذلك من قيمة مشمول أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا بمبلغ ٢٠٠٠٦ر٥٠ جنيه ، ولا ينال من ذلك ما ساقته الشئون القانونية من أن الأمر متعلق بعدم توريد وليس بتأخير فى التوريد لأن ذلك مردود عليه بأن المادة (٢٣) من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليها قد فرضت غرامة التأخير بالنسب والأوضاع الواردة بها على مجرد التأخير بصرف النظر عما إذا كان قد تم التوريد بعد ذلك أم لا ، وأكدت ذلك المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها المشار إليها سلفاً من وجوب توقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير ،

ومن ناحية أخرى فإن عدم توقيع غرامة التأخير على المورد الذى تأخر عن التوريد فى الميعاد ثم لم يقم بالتوريد يجعله فى موقف أفضل من المورد الذى تأخر عن التوريد ثم قام بالتوريد بعد ذلك ، وهذا يخالف قصد المشرع من تقرير تلك الغرامة .

ولا ينال من ذلك أيضاً أن السلطة المختصة كانت قد أعملت البند (ب) من المـــــادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المشار إليها وأن الآثار القانونية التى فرضتها المادة (٩٤) المشار إليها على حالة عدم التوريد ليس من ضمنها غرامة التأخير حيث أن المشرع أعطى للجهة الإدارية الحق فى إتخاذ أحد الاجراءين أما التنفيذ على الحساب وإما إنهاء العقد وهو الأمر الذى تم إتخاذه بإلغاء التعاقد على صنف دولاب خشب جرار ، وكذلك على مشمول أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا بمبلغ ٢٠٠٠٦ر٥٠ جنيهاً .

وما سبق مردود عليه بأن المادة (٩٤) المشار إليها قد أكدت على توقيع الغرامة فى حالة التأخير عن التوريد ، بل أنها ساوت بين الأصناف المرفوضة التى تم توريدها وتلك التى لم تورد وذلك بالفقرة الأولى منها ، ثم فى فقرتها الثانية تعرضت لإستمرار حالة التأخير بنصها " وفى حالة عدم قيام المورد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءين التاليين ..... "

وعليه فإن الأثار القانونية التى فرضتها المادة (٩٤) من اللائحة المشار إليها على حالة عدم التوريد تفترض بادئ ذي بدء توقيع غرامة التأخير بأعلى نسبة لها وهى (٣%) ثم يلى بعد ذلك إتخاذ أحد الإجراءين المنصوص عليهما بتلك المادة ، يؤكد ذلك ما أورده المشرع بالفقرة الأخيرة من ذات المادة أن من حق الجهة الإدارية أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها ، ولم يورد المشرع كلمة غرامات إلا لأنها تأكيد لتوقيع غرامة التأخير التى نص عليها فى الفقرة الأولى من تلك المادة ، وإلا لكان ذكره إياه لغوا يتنزه عنه المشرع .

وبالبناء على ما تقدم لايجوز إعفاء مصنع سلامكو للتجهيزات الطبية من غرامة التأخير الموقعة عليه بسبب عدم توريد مشمول أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا بمبلغ (٢٠٠٠٦ر٥٠) جنيهاً ، وكذلك لعدم توريد صنف دولاب خشب جرار عدد (٥) .

وبالنسبة للمسألة الثانية من طلب الرأى وهى المتعلقة بمصادرة التأمين النهائي بواقع (٥%) فهل يتم ذلك بواقع(٥%) من قيمة صنف دولاب خشب جرار فقط والذى لم يورد وألغى التعاقد بشأنه أم يتم بواقع (٥%) من قيمة العملية كلها للأصناف التى تم توريدها وتلك التى لم تورد .

ورداً على ذلك نفيد بأن المادة (١٨) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص على أن :" على صاحب العطاء المقبول أن يؤدى خلال عشرة أيام – تبدأ من اليوم التالى لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه – التأمين النهائى الذى يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى (٥%) من قيمة العقد ،

..... ويكون التأمين النهائى ضامناً لتنفيذ العقد ، ويجب رده فور إتمام التنفيذ ."

وتنص المادة (١٩) من ذات القانون على أن :" لا يؤدى التأمين النهائى إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأشياء التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية نهائياً خلال المهلة المحددة لأداء التأمين النهائى ."

وتنص المادة (٢٠) من ذات القانون على أن :" تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الشروط والأوضاع الخاصة بالتأمين المؤقت والتأمين النهائى وكيفية أداء كل منهما وردهما واستبدالهما والإجراءات الواجب اتباعها فى شأنهما ."

وتنص المادة (٧١) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن :" يكون سداد التأمين النهائى خلال المدة المحددة لذلك بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .....

ولا يحصل التأمين النهائى إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية المتعاقدة نهائياً خلال المدة المحددة لإيداع التأمين النهائى ..... "

وتنص المادة (٧٢) من ذات اللائحة على أن " .....

ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما فى ذلك مدة الضمان طبقاً للشروط وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية ..... "

ومن حيث أن المشرع فى الفقرة (ب) من المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ – سابقة الذكر عند بحث المسألة الأولى من طلب الرأى – قرر إلغاء التعاقد فيما يختص بتلك الأصناف التى لم تورد فى الميعاد أو خلال المهلة الإضافية كأحد إجراءين خول السلطة المختصة إتخاذ أحدهما وفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل، إلا أنه في هاتين الحالتين – كما ورد بتلك المادة المشار إليها بفقرتها الأخيرة – يصبح التأمين النهائى من حق الجهة الإدارية ، دون أن توضح اللائحة التنفيذية- والقانون من قبلها – مدى إمكان مصادرة جزء من التأمين النهائى يتناسب مع ما لم يتم توريده من الأصناف التى يلتزم بتوريدها المتعاقد ، إلا أن الفتاوى القديمة للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أفتت بما نصه :

" أن الحكم الوارد فى البند (٥٣) من المادة (١٣٧) من لائحة المخازن والمشتريات والذى تنص عليه عقود التوريد التى تبرمها الوزارات والمصالح لا يخرج عن كونه شرطاً جزائياً يقضى بتوقيع جزاء مالى على المتعاقد المقصر فى حالة إلغاء العقد بسبب تقصيره – هو مصادرة التأمين المقدم منه – وهذا الجزاء فى حقيقته تعويض إتفاقي قدر فى العقد بقيمة التأمين المقدم من المتعاقد المقصر . وليس فى الحكم الذى تضمنه البند المذكور ما يدل على أنه قد قصد به الخروج فى العقود الإدارية على القواعد العامة التى تجيز تخفيض التعويض الاتفاقى فى حالة التنفيذ الجزئى للالتزام والتى نصت عليها المادة ٢٢٤ من القانون المدنى ، إذ

المستفاد من نص البند المذكور إن مصادرة التأمين بأكمله إنما تكون فى حالة ما إذا ألغى العقد كلياً ، أما إذا وقع الالغاء بعد تنفيذ بعض الالتزامات التى يقضى بها العقد واقتصر أثره على ما لم يتم تنفيذه من تلك الالتزامات فإن مصادرة التأمين فى هذه الحالة تكون محكومة بالقواعد العامة ، وبناء على ذلك يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة فى حالة إلغاء العقد – بسبب تقصير المتعاقد معها – أن تقتصر على مصادرة جزء من التأمين المقدم منه إذا كان العقد قد نفذ فى جزء منه ، حتى يكون هناك تناسب بين ما لم يتم تنفيذه من الالتزامات وبين قيمة ما يصادر من التأمين . ولا محل للآستناد إلى البند (٤٥) من المادة (١٣٧) من لائحة المخازن والمشتريات للقول بوجوب أن تكون مصادرة التأمين كلية لا جزئية ، إذ لم يتضمن هذا البند أى حكم خاص بإلغاء العقد ومصادرة التأمين ، بل إقتصر على النص على وجوب الاحتفاظ بالتأمين كاملاً إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية ، أى أن مجال تطبيقه هو أثناء قيام العقد وتنفيذه ، بمعنى أنه لا يجوز للمتعاقد – قبل أن يقوم بتنفيذ التزاماته كاملة – أن يطالب بتجزئة التأمين وباسترداد جزء منه يتناسب مع ما قام بتنفيذه فعلا من تلك الالتزامات ، أما إذا ألغى العقد بسبب تقصير المتعاقد فإن مصادرة التأمين فى هذه الحالة تكون محكومة بالقواعد السابق بيانها .

لذلك فإنه إذا نفذ العقد فى جزء منه ثم ألغى بالنسبة إلى ما لم يتم تنفيذه من الالتزامات التى يقضى بها بسبب تقصير المتعاقد فى القيام بهذا التنفيذ ، فإنه يجوز لجهة الإدارة فى هذه الحالة أن تقتصر على مصادرة جزء من التأمين حسبما تراه ملائماً فى كل حالة على حدة ، مراعية فى ذلك ما لم يتم تنفيذه فعلاً من الالتزامات التى يقضى بها العقد وما يترتب على عدم تنفيذها من آثار ."

(فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٢٦٠ فى ١٩٥٥/٥/١٣ جلسة ١٩٥٥/٥/١٣)

وذكرت الجمعية العمومية فى إفتاء آخر لها – بعد أن أوردت نص المادتين ١٠٥ ، ١٠٦ من لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ ، وهما يماثلان المادتين ٩٤، ٩٥من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات – أن المستفاد من النصوص المتقدمة أن المادة (١٠٥) من اللائحة تتناول أحكام التأخير فى التوريد بصفة عامة ، فهى تقرر فى الفقرة الأولى إعطاء المتعهد مهلة للتوريد مع توقيع غرامة تأخير بنسب معينة ، ثم تخول الجهات الإدارية فى الفقرة الثانية – إذا لم يتم التوريد فى الموعد المحدد له أو خلال المهلة الاضافية – الحق فى إتخاذ أحد إجراءين حسبما تقتضيه المصلحة العامة وهما (أ) الشراء على حساب المتعهد المقصر بما يؤدى إليه ذلك من تحميل فرق السعر والمصاريف الإدارية ، (ب) إنهاء التعاقد بالنسبة إلى الأصناف المقصر فى توريدها ومصادرة التأمين النسبى عنها ، أما المادة (١٠٦) فقد أوردت استثناء من أحكام المادة (١٠٥) ومؤدى الاستثناء الذى قررته أنه إذا كان التأخير فى التوريد قد إستمر إلى ما بعد إنتهاء السنة المالية فإنه يتعين فى هذه الحالة إلغاء العقد ومصادرة التأمين النسبى .

(فتوى رقم ٥٤٧ بتاريخ ١٩٦٢/٨/٢٩ جلسة ١٩٦٢/٨/١٥ – ملف رقم ٧٨/١/ ٢٤)

وإذا ما كان ما إنتهت إليه فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع علي نحو ما سبق تتفق مع ما يوجبه القانون من وجوب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية ، فإن نصوص القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية ليس بها ما يمنع تطبيق ما ورد بتلك الفتاوي ، بل إنه بالنظر إلي المادتين ٩٤ ، ٩٥ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور نجدهما يكادا يتطابقان مع نص المادتين ١٠٥، ١٠٦ من لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ والتي إستندت إليها الفتوي الثانية للجمعية ، علاوة علي ما تقدم ، فإنه إذا كانت فلسفة غرامة التأخير هي ضمان تنفيذ العقد في موعده ، فإن فلسفة وجوب التأمين النهائي هو ضمان تنفيذ العقد في موعده أيضاً ، ومطابقا للمواصفات المطروحة ، وعليه فهما يشتركان في ضمان تنفيذ العقد في موعده ، وحيث أن من قواعد تفسير نصوص القانون أن نصوص القانون تفسر بعضها البعض، فإننا نجد أن المشرع عندما يتحدث عن غرامة التأخير في المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فإنه يتحدث عن غرامة تأخير نسبية بمعني أنه ينسب الغرامة الي قيمة الكمية التي يكون قد تأخر المورد في توريدها وليس إلي الكمية محل العقد كلها، كذلك فإن المشرع في المادة (٨٣) من ذات اللائحة وإن كانت تخص عقود المقاولات إلا أنه لا بأس من الاستشهاد بحكمها في هذه الحالة لوحدة العلة – يقرر حساب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الادارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر علي الوجة الاكمل في المواعيد المحددة ، أما اذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شئيا من ذلك، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع المشار إليها بتلك المادة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط.

وعليه وبالنباء علي ما تقدم ، وكان البين من الأوراق أن مصنع سلامكو للتجهيزات الطبية كان قد تأخر في توريد عدد (٥) دولاب خشب جرار حتي نهاية السنة المالية مما إستتبع قيام الجامعة بتطبيق نص الفقرة (ب) من المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات حيث قررت إلغاء التعاقد بشأنه ومصادرة التأمين النهائي ، فإن مقدار التأمين النهائي الذي يتعين مصادرته هو (٥%) من قيمة الصنف الذي لم يورد وليس (٥%) من قيمة جميع الأصناف التي تم توريدها وتلك لم تورد، وغني عن البيان وجوب مصادرة (٥%) من قيمة أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا بمبلغ (٢٠٠٠٦ر٥٠)جنيها حيث أن المصنع المذكور لم يقم بتوريد أي صنف من مشمول أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا ، وذلك علي النحو المشار إليه سلفا

" لذلك نري "

أولا : عدم جواز إعفاء مصنع سلامكو للتجهيزات الطبية من غرامة التأخير الموقعة عليه بسبب عدم توريد مشمول أمر التوريد الخاص بكلية التجارة بقنا بمبلغ (٢٠٠٠٦ر٥٠) جنيها ، وكذلك لعدم توريد صنف دولاب خشب حرار عدد (٥)

ثانيا: مصادرة التأمين النهائي بواقع (٥%) من قيمة الأصناف التي لم تورد فقط وألغي التعاقد بشأنها وذلك علي النحو الموضح بالأسباب ..

وتفضلوا بقبول وافر الاحترام ،،،

مستشار الدولة
رئيس الإدارة

المستشار/ يحيي سيد محمد نجم
نائب رئيس مجلس الدولة

تحرير ٢٠٠٨/٥/٣١