المملكة المغربية
الأمانة العامة للحكومة
اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية

الرأي رقم 36 بتاريخ 21 مارس 2023
في شأن النتائج المترتبة عن عدم إتمام تنفيذ صفقة لصعوبة في تمويلها

اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية،

بناء على طلب الاستشارة الذي تقدم به السيد رئيس ..... بإقليم ..... رقم 2023/76 بتاريخ 17 يناير 2023؛

وعلى المرسوم رقم 2.14.867 الصادر في 7 ذي الحجة 1436(21 سبتمبر 2015) المتعلق باللجنة الوطنية للطلبيات العمومية كما وقع تغييره وتتميمه؛

وعلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة المصادق عليه بمقتضى المرسوم رقم 2.99.1087 صادر في 29 من محرم1421 (4 ماي 2000) باعتباره الواجب التطبيق على الصفقة موضوع الاستشارة؛

وبعد دراسة عناصر التقرير المقدم من طرف المقرر العام إلى الجهاز التداولي للجنة الوطنية للطلبيات العمومية؛

وبعد مداولة الجهاز التداولي المذكور خلال الجلستين المغلقتين المنعقدتين بتاريخ 21 مارس 2023 و 11 يوليو 2023،

أولا : المعطيات

التمس السيد رئيس ..... بإقليم ..... بموجب رسالته المشار إليها أعلاه، استطلاع رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية، بشأن فسخ الصفقة رقم 02/2003 مع إمكانية حجز أو تحرير الضمان النهائي والاقتطاع الضامن، واسترجاع الفرق بين المبلغ الاجمالي الذي تم صرفه للشركة صاحبة الصفقة بناء على الكشوفات التفصيلية المؤقتة وبين المبلغ الحقيقي المقابل لقيمة الأشغال المنجزة فعلا ، والتي حددتها الخبرة التقنية التي أجريت عليها؛

ويشير صاحب المشروع إلى أنه بتاريخ 12 يونيو 2003 تم فتح الأظرفة المتعلقة بطلب العروض لبناء مركب تجاري ب..... حيث نالت شركة البناء .....الصفقة. وبتاريخ 9 دجنبر 2004 تم إصدار أمر بالخدمة بشأن وقف الأشغال لرداءة أحوال لطقس، وبعد ذلك وبتاريخ

8 ماي 2005، صدر أمر بالخدمة باستئنافها. وفي 8 غشت 2002 صدر أمر جديد بالخدمة لتأجيل تنفيذ الأشغال بسبب صعوبة في تعبئة تمويل الصفقة المذكورة؛

وأوضح السيد رئيس ..... أنه ولغاية سنة 2010 لم تتقدم المقاولة بطلب فسخ الصفقة، كما أنها لم تتقدم بطلب التعويض في الآجال المحددة قانونا. كما أضاف أنه لم يتم التسليم الجزئي المؤقت والنهائي للأشغال المنجزة؛

ويضيف صاحب المشروع أنه في سنة 2010، تم إعداد الكشوفات التفصيلية المؤقتة الثلاثة بعد استدعاء المقاولة للاطلاع عليها، حيث قامت بتوقيعها دون تحفظ. وشكلت أساس الأداءات المؤشر عليها من طرف مصالح الخزينة العامة للمملكة ب..... بتاريخ 13 فبراير 2010؛

وأضاف صاحب المشروع أنه أخضع الاشغال الى خبرة تقنية عهد بها إلى المختبر العمومي للتجارب والدراسات (LPEE) الذي خلص في تقريره المنجز في شهر دجنبر 2013 إلى أن قوة الضغط سيئة للغاية وتشكل خطرا على استقرار الهيكل الداعم للبناية؛

وبتاريخ 2018/07/26 أقدمت ..... على إشعار الشركة المعنية بفسخ الصفقة بسبب حالة البناء المثبتة بتقرير المختبر المشار إليه أعلاه، على إثر ذلك، قامت ..... بتكليف مهندس مساح لتقييم كلفة الأشغال المنجزة، مع دعوة ممثل الشركة من أجل الحضور، إلا أن الشركة رفضت هذا الإجراء وتشبت بالتقرير الذي أنجزه المهندس المساح المعين الذي كان يتابع تنفيذ الصفقة؛

وبناء على جميع هذه المعطيات، يستطلع السيد رئيس ..... بإقليم ..... رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية بشأن وجاهة فسخه للصفقة المذكورة سلفا وبشأن إمكانية حجز أو تحرير الضمان النهائي والاقتطاع الضامن، بالإضافة إلى مدى أحقيته في استرجاع المبلغ الذي يشكل الفرق بين ما تم صرفه للمقاولة بناء على الكشوفات التفصيلية المؤقتة والكلفة المالية للأشغال المنجزة التي قامت بتقديرها الخبرة التقنية؛

ثانيا : الاستنتاجات

1- فيما يتعلق بفسخ الصفقة رقم 2003/02 مع حجز الضمان النهائي والاقتطاع الضامن.

حيث إن صاحب المشروع يؤكد أن إنجاز المشروع محل الصفقة قد تعثر سنة 2003 لعجزه عن تعبئة التمويل الكافي لإنجاز المشروع؛

وحيث إن المشكل في تمويل الصفقة راجع بالأساس إلى مسؤولية صاحب المشروع في تمويل الصفقة وضمان تنفيذها وفق النصوص القانونية والالتزامات التعاقدية محل الصفقة؛

وحيث إن صاحب المشروع لما تأكد من استحالة تنفيذ الصفقة لعجز في التمويل، قرر فسخها بتاريخ 2018/07/26؛

وحيث ما دام أن توقف إنجاز الأشغال راجع لسبب لا يد للمقاول فيه وإنما يرجع إلى مسؤولية صاحب المشروع الذي يتحمل وحده مسؤولية ضمان تمويل الصفقة وأداء مقابل ما ينجز في إطارها من أعمال، فإنه وإن كان من حق صاحب المشروع في هذه الحالة، بل من واجبه فسخ الصفقة، فإن لا يجوز بأي شكل من الأشكال أن يكون هذا الفسخ مقرونا بمصادرة الضمانة النهائية أو الاقتطاع الضامن طالما أنه لم تنسب إلى المقاولة المتعاقدة أية مخالفة تبرر اتخاذ مثل هذه الجزاءات القسرية؛

وحيث علاوة على ذلك، فإن مصادرة الضمانة النهائية والاقتطاع الضامن ليست عقوبة أصلية يمكن اتخاذها لوحدها وإنما هي عقوبة إضافية تتخذ بمناسبة توقيع جزاء الفسخ في حق المقاولة ومادام أن ..... صاحبة المشروع قد سبق لها أن أصدرت قرارا بفسخ الصفقة دون أن تقرنه بمصادرة الضمانة والاقتطاع الضامن، ومادام أن هذا القرار قد انصرمت مدة طويلة على تاريخ صدوره، مما يعني انقضاء الأجل القانوني الذي يجوز خلاله سحبه أو الطعن فيه، فإن قرار الفسخ أصبح محصنا ومنتجا لكافة آثاره ولا يمكن تعديله بإضافة جزاء المصادرة بجزاء الفسخ؛

2- فيما يتعلق باسترجاع المبلغ الذي يشكل الفرق بين ما أخذه المقاول بناء على الكشوفات التفصيلية المؤقتة والكلفة المالية للأشغال المنجزة.

وحيث إن صاحب المشروع قام سنة 2010 بأداء مبالغ الكشوفات رقم 01 و02 و03 وقدرها الإجمالي 847109.59 درهما لصالح الشركة مقابل الأشغال المنجزة وذلك بعد استكمال المسطرة الواجبة؛

وحيث مادام أن صاحب المشروع أكد على أن هذه الكشوفات لم يتم أداؤها إلا بعد استكمال المسطرة، وبناء على الكشوفات الحسابية التي تم إعدادها من طرف مصالحه هو بعد إجراء المراقبات والتمتيرات اللازمة، فإن ما ذهب إليه من أنه قام بإجراء خبرة بواسطة جهة مختصة، تبين من خلال الخلاصة التي انتهت إليها أن المبلغ الذي صرفه للمقاولة بواسطة الكشوفات المشار إليها أكثر من المبلغ المقابل للأشغال المنجزة فعلا، هو إجراء لا يمكن الاستناد إليه ولا الأخذ به طالما أن .....

المعنية لم تقم بالطعن رسميا في سلامة الكشوفات الحسابية المنجزة من قبلها ولا في المسطرة المتبعة لوصفها واعتمادها؛

وحيث، وفي جميع الحالات، وحتى في حال الأخذ بخلاصة الخبرة التي أمرت ..... صاحبة المشروع بالقيام بها، فإنه طالما أنها خبرة مجردة أنجزت بطلب من ..... وفي غياب المقاولة فإنها تبقى خبرة استرشادية وغير إلزامية، وبالتالي فطالما أن المقاولة بدورها تشبثت بالتمتير الذي سبق القيام به وعلى أساسه توصلت بمستحقاتها، مما يعني أن هناك خلاف جدي بين الطرفين فإنه يمكنهما من أجل حسمه اللجوء إلى خبرة تواجهية تجرى من طرف جهة مختصة؛

ثالثا : رأي اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية

بناء على المعطيات والاستنتاجات السالفة الذكر، ترى اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية ما يلي:

- يحق لصاحب المشروع إصدار قرار فسخ الصفقة رقم 2003/02، دون أن يكون الفسخ مقرونا بحجز أو مصادرة الضمان النهائي والاقتطاع الضامن.
- طلب باسترجاع ما اعتبر دفعا غير مستحق لا يمكن إعماله إلا بعد إثبات، وفقا لقواعد الإثبات المعتبرة قانونا، أن المقاولة صاحبة الصفقة قد استوفت مبالغ أكثر مما هو مستحق لها فعلا.