رأي رقم 390/11 بتاريخ 3 مارس 2011
بشأن طلب استشارة لجنة الصفقات حول تطبيق أحكام المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة

لقد تم التماس رأي لجنة الصفقات بشأن كيفيات تطبيق أحكام المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال وبالخصوص حول الإجراءات القسرية اللازم اتخاذها إزاء مقاول مخل بالتزاماته التعاقدية : فسخ الصفقة بدون قيد أو شرط أو فسخها على نفقة المقاول مع تطبيق عقوبة التأخير في التنفيذ.

ويتعلق الأمر بصفقة أبرمتها ..... مع مقاولة .....، من أجل أشغال تهييء الطرقات الحضرية للمدينة بما في ذلك صوائر الدراسة والتتبع. غير أن انتهاء الأشغال تزامن مع سقوط الأمطار سنة 2009، فظهرت عدة عيوب بالأشغال، وتم استدعاء مكتب محايد للخبرات والتجارب لإجراء خبرة ميدانية لمعرفة أسباب العيوب السالفة الذكر.

وخلصت الخبرة إلى أن بعض المعايير لم تطبق في إنجاز الأشغال، وتم اقتراح بالتالي طريقة لمعالجة العيوب الظاهرة وذلك بموافقة مكتب الشركة المكلف بالدراسات ومختبر الإدارة ومكتب الدراسات، غير أن الشركة المتعاقدة قامت بإصلاح العيوب بطريقتها الخاصة وتجاهلت التدابير المطلوبة وتوصيات لجنة التتبع واستمرت العيوب بل ظهرت أخرى في الأماكن التي تم إصلاحها. وبعد انتهاء مدة الإنجاز دون القيام بالمطلوب، تم إنذار الشركة التي لم تستجب لما طلب منها.

وبناء على الطلب المذكور، قامت لجنة الصفقات، بتاريخ 12 يناير 2011، بدراسة الاستفسارات السالفة الذكر وأبدت بشأنها الرأي التالي :

ينص دفتر الشروط الإدارية العامة على صنفين من الإجراءات الممكن اتخاذها إزاء المقاول الذي أخل بالتزاماته التعاقدية. و يكمن الصنف الأول من هذه الإجراءات في فرض غرامة مالية على المقاول الذي تأخر في تنفيذ الأشغال، سواء تعلق الأمر بمجموع الصفقة أو بشطر منها حدد له أجل جزئي للتنفيذ أو تاريخ أقصى. ويحدد مبلغ الغرامة في نسبة ألفية من المبلغ الإجمالي للصفقة أو للشطر المقصود، ينص عليها دفتر الشروط الخاصة، مع الأخذ بعين الاعتبار مبالغ العقود الملحقة عند الاقتضاء.

70 ويكمن الصنف الثاني في اتخاذ أحد الإجراءات القسرية الوارد ذكرها في المادة من دفتر الشروط الإدارية العامة، وهي كالتالي :

- التنفيذ المباشر على نفقة المقاول (la mise en régie) ؛

- فسخ الصفقة ؛

- إقصاء المقاول من الاستفادة من الصفقات العمومية.

وإذا كان التنفيذ المباشر إجراء قسريا صعب التطبيق في الوقت الراهن لما يتطلبه من تدابير تمهيدية ومواكبة، فإن فسخ الصفقة يبقى الإجراء الأكثر تداولا في مجال الصفقات العمومية.

ويمكن أن يكون فسخ الصفقة بدون قيد أو شرط، أو مقرونا بحجز الضمان النهائي والاقتطاع الضامن عند الاقتضاء، كما يمكن أن تفسخ الصفقة مع إبرام صفقة جديدة مع مقاول آخر لإتمام الأشغال على نفقة المقاول المخل بالتزاماته.

أما إجراء إقصاء المقاول، سواء بكيفية مؤقتة أو نهائية، من الاستفادة من الصفقات التي يعلن عنها صاحب المشروع المعني، فيمكن اتخاذه إذا ثبت في حقه القيام بأعمال تدليسية أو مخالفات متكررة لشروط العمل أو إخلالات خطيرة بالالتزامات الموقعة.

وإذا كانت الغرامات عن التأخير تستحق بمجرد معاينة تأخير في تنفيذ الأشغال ودون سابق إنذار، ويخصم مبلغها تلقائيا من المبالغ التي يكون صاحب المشروع مدينا بها للمقاول، فإن الإجراءات القسرية تستوجب تبليغ المقاول بالمؤاخذات المنسوبة إليه ودعوته سلفا إلى الإدلاء بملاحظاته قبل اتخاذ أي إجراء ضده.

وتضاف إلى هذا الشرط، شروط مبدئية أخرى، منها ضرورة تعليل مقرر الإجراء القسري واتخاذه من طرف السلطة المختصة وضرورة ملاءمة الإجراء المزمع اتخاذه ضد المقاول المخل بالتزاماته مع المؤاخذات المسجلة ضده.

وفي حالة إبرام صفقة جديدة لإتمام الأشغال على حساب المقاول المخل، تؤجل جميع الأوامر بالصرف المتعلقة بالصفقة إلى غاية الإنجاز التام للأشغال، وتقطع هذه المبالغ المطابقة لإتمام الأشغال من المبالغ المستحقة للمقاول، وفي حالة انعدامها أو عدم كفايتها، تخصم من ضمانه النهائي ومن الاقتطاع الضامن عند الاقتضاء، بصرف النظر عن المتابعات التي يمكن أن يتعرض لها في حالة عدم الكفاية أو الانعدام.

أما إذا نتج عن تنفيذ الصفقة الجديدة تقليص في النفقات، فيبقى الفارق كسبا للدولة ولا يحق للمقاول المطالبة به أو بجزء منه.

وفي جميع حالات الفسخ، يجب أن تتم، بمعية المقاول، معاينة المنشآت المنفذة وإجراء جرد للمواد الممونة إذا كانت تستوفي الشروط الخاصة المطلوبة وكذا القيام بجرد تفصيلي للتجهيزات المؤقتة للمقاول الخاصة بالورش. ويمكن لصاحب المشروع استرداد كل أو بعض المنشآت المؤقتة التي وافق عليها، والتجهيزات المركبة خصيصا لتنفيذ الأشغال موضوع الصفقة وغير القابلة لإعادة الاستعمال في أوراش أخرى.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز الجمع بين غرامات التأخير وأي إجراء قسري آخر، وكذا الجمع بين جميع أنواع الفسخ والإقصاء المؤقت أو النهائي من الاستفادة من الصفقات العمومية.

أما فيما يتعلق باختيار الإجراء القسري المراد تطبيقه على المقاول المخل بالتزاماته، فإن هذا الاختيار يندرج في إطار السلطة التقديرية لصاحب المشروع يختاره حسب خطورة الإخلال الذي قام به المقاول، شريطة مراعاة الشروط السالفة الذكر في اتخاذ الإجراء.