

رأي لجنة الصفقات رقم 448 بتاريخ 16 ديسمبر 2014
تتعلق بشكاية "....." بخصوص قرار لمكتب
بفسخ الصفقة رقم 128/2011 المتعلقة بأشغال إنشاء المعهد المتخصص
للتكنولوجيا التطبيقية بسيدي إفني

لقد تم استطلاع رأي لجنة الصفقات بشأن شكاية "....." المتعلقة بقرار المدير
..... الشغل بفسخ الصفقة رقم 128/2011 الخاصة بأشغال إنشاء المعهد
.....، حيث تدعي المقاولة المشتكية أنه بموجب هذا القرار طبقت عليها جميع
الإجراءات القسرية الواردة في المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة : الفسخ و حجز
الضمان النهائي والاقطاع الضامن وإبرام صفقة جديدة على حسابها و حرمانها من
مستحققاتها، الشيء الذي تعتبره الشركة المشتكية تعسفا وتجاوزا لبنود دفتر الشروط الإدارية
العامة المطبق على صفقات الأشغال.

وعليه، فقد تم عرضها على أنظار لجنة الصفقات خلال الاجتماعين اللذين عقدتهما على
التوالي بتاريخ 21 و28 نونبر 2014 بحضور ممثلين عن المكتب المذكور، وحظيت من قبلها
بالرأي التالي :

تجدر الإشارة في البداية إلى أن ممثلي مكتب قد أبلغوا إلى علم أعضاء لجنة الصفقات أن المشتكي قد عرض هذه المسألة على المحكمة الإدارية ب..... وبرمجت أول جلسة لها بتاريخ 29 أبريل 2014. ويطالب المقاول بمقتضى مقاله الافتتاحي، الذي تمت موافاة اللجنة بنسخة منه، بأداء مستحقاته وبالتعويض الكامل عن الضرر الذي لحقه من جراء الفسخ التعسفي للصفقة رقم 128/2011 التي أبرمها مع مكتب

وبناء على مبدأ فصل السلطات، فإنه يتعين على لجنة الصفقات الامتناع عن إبداء رأيها في القضايا التي صدر حكم في شأنها أو التي يجري التحقيق فيها من طرف المحاكم المالية أو المحاكم الأخرى.

ورغم أن المسألة هي الآن بيد القضاء، فإن لجنة الصفقات ارتأت، على مستوى النصوص التنظيمية المطبقة على الصفقة المعنية، توضيح بعض البنود الخاصة بها، ويتعلق الأمر بما يلي :

1 - ينص دفتر الشروط الإدارية العامة على صنفين من الإجراءات القسرية الممكن اتخاذها إزاء المقاول الذي أخل بالتزاماته التعاقدية.

يكن الصنف الأول من هذه الإجراءات الوارد ذكره في المادة 60 من دفتر الشروط الإدارية العامة في فرض غرامة مالية على المقاول الذي لم يحترم الأجل المحدد تعاقديا لتنفيذ الأشغال، سواء تعلق الأمر بمجموع الصفقة أو بشرط 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.

ويكمن الصنف الثاني في اتخاذ إحدى الإجراءات القسرية الوارد ذكرها في المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة، وهي كالتالي بكيفية تنازلية من حيث شدتها :

أ) إما التنفيذ المباشر على نفقة المقاول (la mise en régie) وهو إجراء يقضي بالحلول محل المقاول المخل بالتزاماته لإتمام الأشغال باستعمال وسائله البشرية ومعداته وعلى حسابه. غير أن هذا الجزاء، وإن تم التنصيص عليه، فهو صعب التطبيق في الوقت الراهن لما يتطلبه من تدابير تمهيدية ومواكبة ؛

ب) وإما فسخ الصفقة مع إبرام صفقة جديدة مع مقاول آخر لإتمام الأشغال على نفقة المقاول المخل بالتزاماته. وفي هذه الحالة، 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 ؛

ج) وإما فسخ الصفقة دون قيد أو شرط، يكون مقرونا أو غير مقرون بحجز الضمان النهائي والاقتطاع الضامن عند الاقتضاء، وهو أخف الإجراءات القسرية ؛

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

وإذا كانت الغرامات عن التأخير تستحق بمجرد معاينة تأخير في تنفيذ الأشغال ودون سابق إنذار، ويخصم مبلغها تلقائياً من المبالغ التي يكون صاحب المشروع مدينا بها للمقاول، فإن الإجراءات القسرية الأخرى تستوجب تبليغ المقاول بالمؤاخذات المنسوبة إليه ومنحه أجلا لا يقل عن خمسة عشر (15) يوماً للإدلاء بملاحظاته قبل اتخاذ أي إجراء ضده (المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال).

و يجدر التذكير إلى أنه يجوز الجمع بين غرامات التأخير وأي إجراء قسري آخر، سواء الفسخ المجرد أو الفسخ مع حجز الضمان النهائي والاقتطاع الضامن أو الفسخ على حساب المقاول مع إبرام صفقة جديدة أو كذلك مع التنفيذ المباشر، ويمكن كذلك أن تقترن الإجراءات القسرية السالفة الذكر بالإقصاء المؤقت أو النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية.

وإن كان اتخاذ الجزاء يندرج ضمن السلطة التقديرية للسلطة المختصة فإنه لا يمكنها اتخاذ إلا إجراء قسري واحد من بين الثلاثة الوارد ذكرها في المادة 70 السالفة الذكر من دفتر الشروط الإدارية العامة، وذلك عملاً بمبدأ عدم تعدد العقوبة جراء الفعل الواحد ومراعاة لمبدأ تناسب الإجراء المزمع اتخاذه ضد المقاول المخل بالتزاماته مع المؤاخذات المنسوبة إليه. علماً أن الغاية من اللجوء إلى الإجراءات القسرية ليس الانتقام من المقاول المخل أو دفعه إلى الإفلاس وإنما لحثه على احترام و تنفيذ بنود العقد.

2- أما بالنسبة لموضوع الاستشارة، يتبين من قرار الفسخ ما يلي :

- إقرار فسخ الصفقة على حساب المقاول (المادة الأولى) مع مصادرة ضمانه النهائي (المادة 3) والاقطاع الضامن (المادة 4) و إبرام صفقة جديدة مع مقاول آخر لإتمام الأشغال(المادة 5)، وإرجاء تصفية حسابات الصفقة إلى غاية انتهاء الأشغال من طرف المقاول الجديد (المادة 7).

و يستنتج من القرار السالف الذكر أنه جمع بين الإجراء القسري المنصوص عليه في المقطع ب) من المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية العامة (فسخ الصفقة على حساب المقاول وإبرام صفقة جديدة)، والإجراء القسري المنصوص عليه في المقطع ج) من نفس المادة والرامي إلى فسخ الصفقة مع حجز الضمان النهائي والاقطاع الضامن.

وهذا التصرف يجعل منه إجراء قسريا آخر غير وارد ضمن الإجراءات القسرية المنصوص عليها في المادة 70 السالفة الذكر. ذلك أنه كان يستوجب إرجاء جميع الحسابات بما فيها إرجاع الضمان النهائي والاقطاع الضامن إلى آخر العمليات كما تشير إلى ذلك الفقرة 5 من المادة 70 المذكورة.

ومن ناحية أخرى، يتبين من القرار المعني عدم الإشارة ضمن حيثياته إلى رسالة إعدار المقاول قبل اتخاذ قرار الفسخ، بل اكتفى بالإشارة إلى محضر اجتماع تم عقده في الورش بتاريخ 28 فبراير 2013. ويعتبر هذا الإغفال إخلالا بشرط جوهري في اتخاذ القرار يقضي بوجود إنذار المعني قبل اتخاذ الجزاء ضده.

*
* *
*

تأسيسا على ما سبق، ترى لجنة الصفقات ما يلي :

1 - أن المشتكي قد سبق له أن عرض القضية على القضاء قبل التماسه تدخل السلطة الرئاسية وقد أدرجت المحكمة الإدارية ب..... هذه القضية في جلستها المنعقدة في 29 أبريل 2014 ؛

2- أن المادة 70 من دفتر الشروط الإدارية حددت الإجراءات القسرية الممكن اتخاذها ضد المتعاقد معه المخل بالتزاماته التعاقدية وهي إجراءات قسرية مختلفة في درجة التشديد وتركت اختيار إحداها فقط إلى السلطة التقديرية للسلطة المختصة ؛

3- أن المادة 70 السالفة الذكر قيدت اتخاذ الإجراء بضرورة إعدار المقاوله المخالفة ومنحها أجل خمسة عشر (15) يوما على الأقل للإدلاء بملاحظاتهما بشأن المؤاخذات المنسوبة إليها ؛

4- أن قرار الفسخ الذي اتخذه المدير العام لمكتب لم يشر إلى مراجع رسالة الإعدار مما قد يستفاد منه عدم توجيهها إلى المقاول المعني، ويعتبر عدم إعدار المقاول قبل اتخاذ القرار مخالفة جوهرية للمبادئ التي يقوم عليها اتخاذ الجزاءات القسرية ؛

5- إن قرار الفسخ جمع بين جزأين منصوص عليهما كل على حدة في المادة 70 السالفة الذكر (فسخ الصفقة على حساب المقاول، أو فسخ الصفقة مع حجز الضمان النهائي والاقطاع الضامن) مما نشأ عنه جزاء مركب غير وارد في المادة 70 السالفة الذكر ولا يجوز تطبيقه على المقاول المخل.