قرار محكمة النقض

رقم 2/677

الصادر بتاريخ 20 شتنبر 2017

في الملف الاداري رقم 2014/1/4/863

صفقة عمومية – مديونية – إجراء تحقيق – سلطة المحكمة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 2014/02/26 من طرف الطالبين المذكورين أعلاه بواسطة نائبهما الاستاذ (ع.ع)، الرامي إلى نقض القرار رقم 3156 الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2013/09/30 في الملف عدد 2013/10/18 مع القرار التمهيدي عدد: 651 بتاريخ: 2011/11/02 .

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 07 شتنبر 2017.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 20 شتنبر 2017.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة المستشار المقرر السيد عبد الرحمان بن امحمد مزوز تقريره في هذه الجلسة والاستماع إلى مستنتجات المحامي العام السيد حسن تايب.

وبعد المداولة طبقا للقانون:

حيث يستفاد من مستندات الملف ومن القرار المطعون فيه أن المدعية شركة (ت) للأشغال (المطلوبة) تقدمت بتاريخ 21 نونبر 2007 بمقال أمام المحكمة الادارية بمكناس عرضت فيه انها تعاقدت في إطار الصفقة عدد12/96/97 مع وزارة الصحة لبناء مستشفى الولادة 20 غشت بأزرو، وإنها أنجزت جميع الأشغال التي تصل قيمتها إلى 4.036.796 درهم وأنها لم تتوصل سوى بما مبلغه 2.819.519 درهم. ملتمسة الحكم لفائدتها بمبلغ 1.217.276 درهم مع الفوائد القانونية. وبعد جواب الادارة وإجراء بحث من طرف المحكمة، ثم إجراء خبرة، صدر الحكم ((بالمصادقة على الخبرة والحكم على الدولة المغربية (وزارة الصحة) بأدائها للمدعية ما تبقى من مستحقاتها موضوع الصفقة عدد 12/96/97وقدره 1.217.176 درهم مع الصائر ورفض باقي الطلبات)). استأنفته وزارة الصحة ومن معها بواسطة دفاعهم

الاستاذ عبد الناصر علوش، وبعد جواب المستأنف عليها مع استئناف فرعي وإجراء خبرة ثانية من طرف محكمة الاستئناف الادارية بالرباط، عين للقيام بها الخبير (ع.ع) ووضع التقرير من طرف هذا الاخير واستيفاء الاجراءات صدر القرار المطعون فيه (بتأييد الحكم المستأنف).

في وسيلة النقض الاولى:

حيث يعيب الطالبون القرار المطعون فيه بالشطط في استعمال السلطة وتجاوز الاختصاص وخرق وتعطيل نص قانوني، ذلك أنه علل ما انتهى إليه من استبعاد دفوع الدولة بما جاء من أن: "المرسوم عدد 1965/10/19 يندرج ضمن المجال التنظيمي ويتعلق بتنظيم علاقة الادارة بالمقاولة اثناء تنفيذ الصفقة، والمقتضيات الاجرائية منه لا يخص سوى تنظيم المنازعة الادارية بين صاحب المشروع والمقاولة..... " في حين أنه من استقراء ديباجة عقد الصفقة يلاحظ أن طرفي الدعوى احتكما إلى مقتضيات المرسوم المذكور ليكون لهما بمثابة شريعة، في مواكبة مختلف مراحل العلاقة التعاقدية بينهما وما قد يطرأ عليها من عوارض، وليس للمحكمة ان تحل إرادتها محل إرادة الطرفين وتقضي باستبعاد النص المرتضى من طرفهما ليكون مرجعا قانونيا وإجرائيا. ما تكون معه قد اشتطت في استعمال سلطتها، كما أنه لا يدخل ضمن اختصاص المحاكم ممارسة قضائية على دستورية القوانين ولما لم يعد الاختصاص في انتاج القوانين حكرا على البرلمان بحكم ما للسلطة التنفيذية من اختصاص في انتاج القوانين في ما لم يسند للبرلمان، فإن للمرسوم عدد: 1965/10/19 قوته كقانون ملزم فاعل منطبق على النازلة وقت سريانه، وما استنتجه القرار بتعليله من أن: "الصحيح أن النص المذكور يتحدث عن سقوط الحق في المطالبة بالتعويض أمام الادارات...." مخالف تماما لصراحة النص الذي يتحدث عن هذا الجزاء حال عدم عرض النزاع على المحكمة المختصة داخل 6 أشهر كما ورد في المقطع الثاني من الفصل 50 من المرسوم 65-209 تاريخ 1965/10/19. مما يكون معه التعليل من هذه الزاوية معرضا للنقض ومجانبا للصواب والقرار المطعون فيه عرضة للنقض.

في الرد على الوسيلة الاولى:

لكن من جهة، حيث إن المحكمة المطعون في قرارها بتأييدها للحكم المستأنف تكون قد تبنت تعليلاته بما جاءت به في حكمها من: ((أن الدفع بعدم احترام مسطرة التظلم إلى الجهة المدعى عليها غير مؤسس ويتعين.... لأن المدعية وجهت إنذار إلى الجهة المدعى عليها قبل إقامة الدعوى، في 2006/02/07 توصلت به في 2006/02/17 حسب الاشعارين بالاستلام البريديين المدلى بهما رفقة المقال، مما يدل عن ان المدعية احترمت المواد من 49 إلى 59 من مرسوم المصادقة على كناش التحملات المؤرخ في 1965/10/19 كما وقع تعديله وتتميمه)). وبما ثبت للمحكمة من سلوك المطلوبة لمسطرة تظلم إدارية للمطالبة بمستحقاتها الناجمة عن تنفيد أشغال إضافية مأمور بها من طرف الطالبة ومعترف بقيام المطلوبة بإنجازها وفق المواصفات المتفق عليها مثبتة بمحاضر موقعة من طرف الطالبين بمن فيهم الرئيس المشرف على المشروع تفيد اعتراف هؤلاء بكمية الأشغال المنجزة وقيمتها وبمبلغ الأداء المتبقي بذمتهم، ما تكون معه

المنازعة منصبة ليس علي مسألة إثبات المبالغ المستحقة للمطلوبة وإنما على رفض الطالبين أداء تلك المستحقات رغم تعهدهم بذلك وفق ما توضحه الوثائق المضمنة بالملف، والمقتضيات المراد الاستدلال بها من طرف الطالبين للدفع بسقوط حق المطلوبة في الحصول على مستحقاتها المعترف بها والمتمثلة في المقطع الثاني من الفصل 50 من المرسوم 209/65 بتاريخ 1965/10/19 غير منطبقة على النازلة بالنظر إلى انعدام تبليغ قرار وزاري صادر عن شكايات ناجمة عن جرد عام ونهائي حتى يمكن احتساب اجل الستة أشهر ابتداء من القرار الوزاري المذكور، للجوء إلى المحكمة المختصة، ويكون بذلك الخرق القانوني المراد الاستدلال به من طرف الطالبين للقول بالشطط في استعمال المحكمة لسلطتها وتجاوز الاختصاص غير ذي أساس من القانون.

في وسيلة النقض الثانية:

حيث يعيب الطالبون القرار المطعون فيه بخرق قاعدة مسطرية جوهرية أضر بأحد الاطراف، ذلك أن محكمة الدرجة الثانية أصدرت أمرها التمهيدي بإجراء خبرة عينت للقيام بها في البداية الخبير عبد الرزاق الشرقي. إلا أنه تراجعت عن ذلك التعيين وعينت الخبير (ع.ع) للقيام بنفس المهمة محل الخبير الاول، غير أنها لم تبلغ المنوب عنهم بالقرار التمهيدي الاصلي القاضي بإجراء الخبرة ولا بقرار الاستبدال ليحصل التقصي ويتاح لهم إبداء موقفهم وعرض أسباب التجريح في الخبير المعين ضمن الاجل القانوني لذلك، وفي هذا خرق للفصل 332 من قانون المسطرة المدنية، ما يعد خرقا لحقوق الدفاع يترتب عنه نقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إنه لما كان بينا للمحكمة من وثائق الملف ومعطيات القضية أن جميع أطراف الدعوى ومنوبهم توصلوا بالاستدعاء لحضور أشغال الخبرة بكيفية قانونية، كما أشير إلى ذلك في تقرير الخبرة وكما تبينه الوثائق المضمنة بالملف والمرفقة بالخبرة، فإن بذلك تكون الغاية من تبليغ الحكم التمهيدي الامر بالخبرة قد تحققت وإمكانية الطعن بالتجريح في الخبرة متوفرة لدى الطالبين بالمؤازرة مع حضورهم لأشغال الخبرة التي حضرها نائب عن المندوب الاقليمي لوزارة الصحة بإفران) والتعقيب عليها، ما ينتفي معه تحقق أي ضرر بالنسبة للطالبين في ما أثير من طرفهم بخصوص الخرق المسطري المدفوع بخرق القرار المطعون فيه له وذلك وفق ما ينص عليه الفصلان 49 و359 من قانون المسطرة المدنية الناصان على التوالي على أن لا بطلان بدون ضرر وعلى أنه تبني طلبات النقض على أحد الاسباب التي من بينها خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الاطراف، ولما لم يبين الطالبون ان ضررا أصابهم تحقق بحصول الخرق المسطري المحتج به، تكون هذه الوسيلة على غير أساس.

في الوسائل (الثالثة والرابعة والخامسة):

حيث يعيب الطالبون القرار المطعون فيه بانعدام التعليل وفساده وخرق القانون، ذلك أنه تغاضى عن الجواب على ما تمسكت به الطاعنة من غياب أي اتفاق على الأشغال الاضافية المزعوم إنجازها وان هذا الغياب يستتبع وفق ما استقر عليه العمل القضائي برفض الطلبات المتعلقة به. وقد

تمسكت الطالبة بالمفعول الابرائي لكشف الحساب النهائي المقبول بالصفقات العمومية، إلا أن المحكمة تجاهلت بالمرة وجود هذا الكشف الحسابي النهائي ما يجعل المطالب التي تجاوزت هذا الكشف مردودة بالقوة الابرائية لهذا المستند خاصة وأن المقتضيات الفصل 41 من دفتر الشروط الادارية العامة تعكس القيمة القانونية لمثل هذا المستند وحاسمة في ذلك بما تضمنته الفقرة السابعة منه. وتمسكت الدولة بغياب اتفاق تعاقدي على إنجاز الأشغال الاضافية، واستحقاق أي دين ناجم عن إنجاز أشغال إضافية رهين بأمر ين أولهما وجود اتفاق وثانيهما التسليم المادي الفعلي لهذه الأشغال وهو الشيء غير متوفر في النازلة لغياب عنصر الاتفاق عنها، كما أن البت في مطالب متعلقة بأشغال إضافية من طرف المحكمة رغم خروجها عن اختصاص القضاء الاداري يجعل القرار منعدم التعليل من هذا الجانب، وهو ما تمسكت به الدولة أمام المحكمة وصدرت في شأنه عدة قرارات عن محكمة النقض. وبخصوص فساد تعليل القرار المطعون فيه، فإن ذلك يتجلى خاصة في اعتماده تقرير خبرة وفي ما تضمنه من تلفيق نسب فيه إلى ممثل الادارة اعترافه بالوجود المادي للأشغال الاضافية لكون صفقات الدولة تتمظهر وتصاغ في شكل عقود مكتوبة تتضمن دفاتر تحملات محددة للشروط التي يتم بموجبها تنفيذ الصفقات والواضح أن المدعية عجزت عن إثبات ما تزعمه من قيامها بأشغال خارج الصفقة الاصلية. إلا أن المحكمة تكفلت بجبر هذا النقص فأمرت بخبرة تبنتها كوسيلة إثبات استعاضت بها عن السند التعاقدي الذي كان من المفروض أن يؤطر العلاقة. وتكون المحكمة بذلك قد خرجت عن الحياد المفروض عليها. كما يتجلى فساد التعليل في تبني المحكمة لخبرة معيبة لا تصلاح لما استعملت فيه، ذلك أن هذه الخبرة لم تحترم الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية حيث تحاشى الخبير أن يدلي بالمحضر المتضمن لأقوال الاطراف وملاحظاتهم ولم تسند الخبرة على أي دراسة تقنية أو معطيات فنية وغيبت موقف العارضة وتحفظاتها وتصريحات ممثليها المؤهلين والمفوض لهم بالتصرف باسمها. ولم تبرز الخبرة بوسائل موضوعية ما ادعته المقاولة من إنجاز أشغال إضافية. واعترف الخبير صراحة بأنه لم يتمكن من الرجوع إلى الوثائق لتتبع مراحل إنجاز الأشغال المزعومة للتثبت من أوامر بإنجازات خارج الصفقة. وذلك عن طريق استطلاع كناش الورش والوثائق التقنية لدى الطرفين ولدى المتدخلين الآخرين، ولم ينجز أي مسح فني ولا أي قياسات بوسائله الخاصة ولم تعتمد أي مركز للمقارنة. وفي مجال الصفقات العمومية ولا يجوز اعتماد ما سمي "بإقرار" خارج وسائل الاثبات القانونية في هذا المجال والتي أفرز لها المشرع نصوصا عديدة تهتم بمرحلة تنفيذ العقد بدأ بكيفية معاينة الأشغال أو الخدمات أثناء الانجاز بالمواكبة والمراقبة... وانتهاء بالكشف الحسابي النهائي الذي يعلن انتهاء الصفقة وتصفيتها دون رجعة بما لها وما عليها. ولما لم يتطرق القرار المطعون فيه لهذه المقتضيات وركن لما ساقه الخبير من إقرار ملفق خارج وسائل الاثبات القانونية المقررة بالنصوص المنظمة للصفقات العمومية، يكون فاسد التعليل ومستوجب للنقض. وأخيرا فإن في ما قضت به المحكمة من تعويض عن التماطل خرق لمقتضيات الفصل 254 و255 من قانون الالتزامات والعقود لغياب الشروط والمبررات المنصوص عليها في الفصلين المذكورين، وما عللت به المحكمة قرارها في هذا الجانب من كون: "مستحقات المقاولة محددة الاجل وأنها بجانب ذلك قد وجهت مطالب" غير مسند

لأن القول بأن دين المقاولة محدد الاجل وأن انصرام هذا الاجل يجعل المدين في حالة مطل دونما حاجة إلى إنذار وفق مقتضيات الفصل 255 من قانون الالتزامات والعقود، أمر غير صحيح، إذ أن الخبير أكد أن المقاولة توصلت بجميع مستحقاتها عن الصفقة الاصلية وهو أمر مسلم به ولم تناقشه المقاولة وهي التي أقرت أن المبالغ المتبقية التي لم تتوصل بها إنما هي نظير ارتفاع حجم الأشغال تارة أو عن الأشغال خارج القائمة تارة أخرى. مما لا يمكن معه القول بتقييد أجل أداء لهذه المبالغ التي لم يؤطرها عقد ولا أي التزام قط. وهي لم تكن موضوع كشف حسابي نهائي سليم وموقع من طرف الادارة والمعنية بالأمر حتى يصير لها أجل وفاء، تستحق عنه فوائد قانونية. والقول بوجود مطالب سابقة للمقاولة تثبت التماطل من جانب الادارة قول سبقت الاجابة عنه من طرف العارضة بما بينته من أن المشرع اشترط في المطالبة بالدين المترتبة عن التماطل شروطا بينها في الفصل 255 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: "... فإن لم يكن للالتزام أجل لم تعتبر المدين في حالة مطل، إلا بعد ان يوجه إليه إو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين وهو الشيء غير المتوفر في النازلة، وبجانب ذلك فإن القرار خرق المقتضيات القانونية التي توجب أن يكون التعويض لجبر الضرر محدد وان يكون هذا التعويض بحجم الضرر دون تجاوزه ويجب إثبات الضرر المستحق عنه التعويض. وافتراض وقوع ضرر لمجرد أن الامر يتعلق بمقاولة تمارس نشاط يتطلب سيولة مادية أمر غير كاف خصوصا في تحديد حجم الضرر وتقدير قيمة التعويض. ما يتأكد معه حصول خرق للقانون ينضاف إلى العيوب الاخرى التي شابت القرار ما يبرر نقضه.

لكن، من جهة حيث إنه لما ثبت للمحكمة من خلال وقائع النازلة ومعطياتها ومن إجرائي التحقيق من بحث وخبرتين المنجزة ابتدائيا واستئنافيا، أن المطلوبة: "أنجزت أشغالا خارج الصفقة بناء على أمر صريح صادر عن الادارة وبإقرار من هذه الاخيرة من خلال شهادة مندوبها الصادرة بتاريخ 2001/09/10 والشهادة الصادرة عن المهندس المعماري المتتبع للصفقة، وأنه نتج عن ذلك ارتفاع تكلفة الأشغال إلى مبلغ 4، 036.796 درهما. وأنه لما كانت الادارة أدت ما مبلغه 2.819.519 درهما، فإن المقاولة تبقى دائنة بمبلغ 1.217.176.63 درهما عن الأشغال خارج الصفقة والتي حددها الخبير استئنافيا في أشغال توسعة القبو وبناء قاعة للاجتماعات ومخزن وسلم واتعاب المختبر وهي أشغال موثقة ضمن محضر الاجتماع المؤرخ في 2001/06/13 ويعضدها الامر بالخدمة الصادر عن المندوب الاقليمي للصحة بإفران بتاريخ 2001/12/14 في وقت كانت فيه أشغال الصفقة الاصلية قد انتهت منذ دجنبر 1999. مما حاصله أن المبلغ المذكور ناتج عن أشغال خارج الصفقة، وتبقى الادارة مسؤولة عن أدائه في إطار القواعد العامة للمسؤولية الإدارية، الشيء الذي يجعل السبب المثار بشأنه مردودا، مما يتعين معه استبعاد أسباب الاستئناف الاصلي إذ أن المطلوبة المدعية أدلت رفقة مقالها ومذكراتها بمجموعة من الاثباتات تفيد كون الطالبة هي من قامت بتغييرات تصاميمها الاولية بتوسيع مشتملات الأشغال المطلوب إنجازها وهي من قامت بإعطاء أوامرها للمطلوبة بمواصلة الأشغال رغم تجاوز سقف ومبلغ الأشغال المحددين في الصفقة الاصلية وهو التجاوز الذي كان محط الاعتراف ومعاينة من طرف كل من مندوب وزارة الصحة بإفران (الطالبة) ومهندسها المشرف على الأشغال وكذا عدة لجان إدارية معاينة للأشغال الاضافية الناتجة عن

الأوامر المنجزة في شقها المرتبط بالصفقة الاصلية وفي شقها المرتبط بالأشغال الصادرة عن وزارة الصحة ممثلة في مندوبها الاقليمي بإفران وذلك ما تؤكده المحاضر المنجزة من طرف هذه اللجنة المكونة من أعضاء يمثلون عدة جهات إدارية للوزارة المعنية بالاضافة إلى ممثل المقاولة المطلوبة في الطعن، ما رأت معه محكمة الدرجة الاولى والثانية جدوى إجراءات تحقيق تمثلت بالنسبة للأولى في إجراءات بحث وخبرة والثانية في إجراء خبرة وبما خلصت إليه إجراءات التحقيق المذكورة من تطابق بين طلبات المدعية المتعلقة بما تبقى من مستحقاتها الناجمة عن الأشغال المتفق عليها بموجب الصفقة الاصلية عدد 97/96/12 بين المطلوبة ووزارة الصحة وكذا عن الأشغال الاضافية المثبت إنجازها ميدانيا بموجب الخبرتين المنجزتين والبحث المجرى استنادا إلى محاضر المعاينة المنجزة من طرف مصالح الوزارة المعنية في شخص ممثليها، يكون ما قضت به محكمة الدرجة الاولى وما أيدته فيها محكمة الدرجة الثانية مستند الاساس الواقعي والقانوني والوسيلة الثالثة والرابعة على غير أساس، ومن جهة ثانية فإنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه المؤيد للحكم المستأنف في ما قضى به فإن محكمة الدرجة الاولى قضت برفض طلب المطلوبة (المدعية) المنصب على التماس الحكم لها بالفوائد القانونية عن المبالغ المستحقة لها والغير المؤداة. والقرار المطعون فيه بما قضى به من تأييد الحكم المستأنف يكون بدوره قد رفض الاستجابة لطلب المدعية بهذا الخصوص على الرغم من تقديمها لاستئناف فرعي في شأنه، ما تكون معه هذه الوسيلة منعدمة الأساس الواقعي والقانوني.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من **رئيس الغرفة** الإدارية (القسم الثاني) السيد سعد غزيول برادة **رئيسا**، والمستشارين السادة: عبد الرحمان بن امحمد مزوز **مقررا** وسلوى الفاسي الفهري ومحمد بوغالب واحمد البوزيدي أعضاء وبمحضر **المحامي العام** السيد حسن تايب، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد رشيد الزهري.