ر/ع

الجمهورية التونسية

وزارة العدل **الحمد لله**

محكمة التعقيب

*** ع40195.2016د القضية**

تاريخه :2016/09/29

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2016/07/08 من الاستاذ ***** المحامي لدى التعقيب .

نيابة عن :

الشركة الوطنية للاتصالات **** في شخص ممثلها القانوني مقرها بنهج ****

ضد :

شركة الشبكة **** في شخص ممثلها القانوني محل مخابرتها بمكتب ***** الكائن بـ 5، نهج *** ينوبها الاستاذ ***** .

طعنا في الحكم الاستئنافي المدني عدد 89771 الصادر بتاريخ 2016/04/19 عن محكمة الاستئناف بتونس .

والقاضي : " بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا

بالزام المستأنف ضدها في شخص ممثلها القانوني بأن تؤدي للمستأنفة في شخص ممثلها القانوني ثلاثمائة وستة وثلاثين الفا وثمانمائة وثلاثة واربعين دينار (336.843,000د) تعويضا عن الضرر المادّي وثلاثة آلاف (3.000,000د) لقاء اجرة الاختبار والفا وخمسمائة دينار (1.500,000د) لقاء اتعاب التقاضي والمحاماة عن كل اطوار التقاضي واعفاء المستأنفة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضدها ورفض الاستئناف العرضي موضوعا .

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بتاريخ 2016/08/03 بواسطة عدل التنفيذ ***** .

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق الواجب تقديمها حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات من الاستاذ ***** عن المعقب ضدها.

والرامية الى طلب مطلب التعقيب اصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب شكلا.

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا جميع اوضاعه وصيغه القانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدّعية في الاصل (المعقب ضدها في شخص ممثلها القانوني لدى المحكمة الابتدائية بتونس بواسطة محاميها عارضة ان المطلوبة قامت بالإعلان عن طلب عروض وطني تحت عدد 2004/68 يتعلق بصيانة الشبكة التابعة للإدارة الجهوية للإتصالات بنابل وذلك بالجرائد اليومية الصادرة بتاريخ 2004/09/21 على ان يتم فتح العروض في 2004/10/06 وقد شاركت المدّعية في طلب العروض بالنسبة للقسط الثاني المتعلقة بمنطقة قرمبالية والثالث منه المتعلقة بمنطقة منزل تميم وبتاريخ 2004/10/27 تمت مراسلة المدعية من قبل الادارة الجهوية للمطلوبة بنابل طبق الفصل 8 فقرة 4 و 5 من كراس الشروط الادارية الخاصة قصد مطالبتها بمدها في ظرف اسبوع واحد مجموعة من الوثائق منها ما يفيد توفرها على شاحنة

فقامت المدعية بتوفير كافة تلك الوثائق المطلوبة بتاريخ 2004/11/02 مع نسخة من البطاقة الرمادية الخاصة بالشاحنة ذات الرقم المنجمي **** ذات الحمولة 3,5 طن ، وقد تم اعلام المدعية بتاريخ 2004/11/24 من قبل لجنة الصفقات لدى المدعى عليها بتاريخ فتح العروض المالية الخاصة بالصفقة عدد 68/2004 والمحدد ليوم 2004/11/29 ثم بموجب المراسلة المؤرخة في 2004/12/15 تم اعلامها بان الفتح التكميلي للعروض المالية قد حدد ليوم 2004/12/20 وبالرغم من ان الطالبة كانت صاحبة العرض المالي الادنى 415.697,680د للقسط الثاني ومبلغ 429.928,840د بالنسبة للقسط الثالث فانه تم استبعادها وقد ثبت لاحقا ان الشركة التي فازت بالصفقة هي شركة *** وهي شركة سبق ان تم رفض عرضها حسبما هو منصوص عليه صلب نتيجة العروض المالية فتولت المدعية مراسلة المطلوبة لاستفسارها عن سبب اقصائها من الصفقة بالرغم من سبق قبول عرضها وبالرغم من انها كانت صاحبة العرض المالي الادنى وذلك في مناسبتين الاولى في 2005/03/18 والثاني في 2005/03/25وبتاريخ 2005/3/31 اعلمت المدعية وبتاريخ 2005/03/31 اعلمت المدعية بان اقصاءها مرده انه تبين لهيئة المراقبة لاحقا ان العرض لم يكن مطابقا لكراس الشروط وبالتحديد للمعايير الخاصة

بالوسائل المادية حيث تضمن شاحنة صغيرة عوضا عن شاحنة واصرت على موقفها في اقصاء عرض المدعية بالرغم من قانونيته وهو ما ادى الى خسارة الطالبة للصفقة رغم احقيتها بها ثم اعادت الكرة بخصوص طلب العروض عدد 2005/16 المتعلقة بصيانة الشبكة المحلية للمشاركين التابع للإدارة الجهوية للاتصالات بولاية توزر باعتماد طريقة مفتاح في اليد والذي وقع الاعلام به بالجرائد اليومية اذ المدعية اعلام المطلوبة حسب مكتوبها المؤرخ في 2005/04/14 والمتضمن دعوتها لفتح العروض المالية والذي حدد لتاريخ 2005/04/15 كما فوجئت برسالة من الادارة الجهوية بتوزر مؤرخة في 2005/07/08 تتضمن مطالبتها بتوفير شاحنة ثقيلة ومدها بالوثائق اللازمة في اجل اقصاه يوم 2005/07/11 قبل الساعة العاشرة صباحا وقد استجابت الطالبة وارسلت للمطلوبة ما يفيد توفرها على شاحنة حمولة 10 طن وذلك قبل التاريخ المحدد الا انه لم يتم دعوتها لإبرام عقد الصفقة مما اضطرها الى مراسلة المطلوبة لطلب توضيح الامر بمراسلة مؤرخة في 2005/07/20 وبتاريخ 2005/09/22 الا انها لم ترد واتضح ان الصفقة وقع اسنادها لشركة *** والحال ان عرض المدعية كان ادنى من عرضها ملاحظة بان التعليل الذي قدمته المطلوبة لاحقا للمدعية من طلب العروض المالي الاول عدد 2004/68 كان تعليلا غير قانوني اذ

ان كـــراس الشـــروط الخـــاص بطلـــب العـــروض عـــدد 2004/68 اوجـب تـوفير شـاحنة وبـالرجوع الـى قـرار السـيد وزيـر المواصـلات المـؤرخ فـي 1998/03/10 يتضـح ان الشـاحنة المطلوبـة للنشـاط هـي شـاحنة حمولـة 3,5 طـن وان الشـاحنة التـي وفرتهـا الطالبـة فـي اطارهـا طلـب العـروض عـدد 2004/68 حمولتهـا 3,5 ثـم بموجـب المراسـلة المؤرخـة فـي 2004/12/15 تـم اعـلام المدعيـة بـان الفـتح التكميلـي للعـروض الماليـة قـد حـدد ليـوم 2004/12/20 وهـو دليـل علـى قبـول ملفهـا الفنـي عمـلا بأحكـام الفصـل 65 مـن الامـر عـدد 3158 وبالتحديـد الفقـرة الاخيـرة منـه والتـي اوجبـت علـى المسـير العمـومي اعـلام المشـاركين الـذين قبلـت عروضـهم الفنيـة كتابيـا بتـاريخ وسـاعة ومكـان فـتح الظـروف الماليـة وقـد نـص الفصـل 74 مـن نفـس الامـر علـى اسـناد الصـفقة للمشـارك الـذي قـدم المبـالغ الماليـة الاقـل ثمنـا وانـه نظـرا لجسـامة الضـرر اللاحـق بهـا جـراء حرمانهـا مـن تلـك الصـفقة استصـدرت المدعيـة اذنـا علـى العريضـة بتـاريخ 2006/01/28 تـم بموجبـه تكليـف الخبيـر *** لتقـدير الخسـارة اللاحقـة بهـا جـراء حرمانهـا بدون وجه قانوني من الصفقتين وما فاتها من ربح .

وقـد انتهـى الخبيـر الـى تقـدير المضـرة فـي حـدود 329.913,416د وذلـك باعتمـاد القيمـة الماليـة للصـفقتين وهـامش ربـح صـافي قـدره 15 بالمائـة فـي حـين ان هـامش الـربح المعمـول بـه فـي صـفقات الاتصـالات هـي

25 بالمائة وبالتالي يتجه تعديل النتيجة التي انتهى اليها الخبير حسب تلك القيمة بما قيمته 549.855,694د وعليه طلبت المدعية الحكم بالزام المدعى عليها بان تؤدي لها مبلغ 549.000,000د جبرا لضررها المادي المتمثل فيما فاتها من ربح جراء حرمانها من انجاز الصفقتين موضوع طلبي العروض عدد 2004/68 و 2005/6 مقابل اسنادهما لغيرها مع مبلغ الفي دينار اتعاب تقاضي واجرة محاماة مع مبلغ الف وخمسمائة دينار اتعاب الخبير المنتدب كتحميلها بالمصاريف القانونية والإذن بالنفاذ العاجل في حدود اصل الدين .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 21393 بتاريخ 2008/03/18 يقضي ابتدائيا برفض الدعوى وابقاء مصاريفها محمولة على القائم بها وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الاصل بتغريم المدعية في شخص ممثلها القانوني لفائدة المدعى عليها في شخص ممثلها القانوني بمائتين وخمسين دينارا لقاء اتعاب التقاضي واشراف المحاماة.

فاستأنفته المدعية في الاصل بواسطة محاميها استنادا الى ان نتيجة الاختبار كانت مؤسسة واقعا وقانونا باعتبار ان الضرر يتمثل في ما فاتها من ربح جراء حرمانها

من الصفقتين وطلبت النقض والقضاء من جديد لصالح الدعوى .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها عدد 87578 بتاريخ 2014/06/26 يقضي بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي المطعون فيه والقضاء مجددا بالزام المستأنف ضدها في شخص ممثلها القانوني بأن تؤدي للمستأنفة في شخص ممثلها القانوني (336.843,د000) تعويضا عن الضرر المادّي و 3 آلاف دينار لقاء اتعاب التقاضي والمحاماة عن القضية بطوريها واعفاء المستأنفة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضدها ورفض الاستئناف العرضي موضوعا .

فتعقبته المطلوبة في الاصل بواسطة محاميها الاستاذ ***** ناسبة له خرق القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الادارية وخرق الفصل 16 من الامر عدد 3158 المؤرخ في 2002/12/17 وضعف التعليل.

فصدر القرار التعقيبي عدد 21465 بتاريخ 2015/05/25 بالنقض والاحالة وذلك بناء على ان النزاعات المتعلقة بالعقود الادارية تنضوي ضمن

الاختصاص الحصر والمطلق للمحكمة الادارية وفق الفصل 17 من قانون 1996/06/03.

وبموجب ذلك تولت المدعية في الامر طلب اعادة النشر بواسطة محاميها الاستاذ ***** بناءا على ان النزاع لا يتعلق بعقد اداري لكون الطرفين لم يبرما أي عقد وان الفصل 2 من قانون 1996 اسند الاختصاص للمحاكم العدلية في النزاعات بين المنشأت العمومية واعوانها او حرفاتها او الغير وطلب النقض والقضاء من جديد لصالح الدعوى.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها عدد 89771 بتاريخ 2016/04/19 السالف تضمين نصه اعلاه بناء على ان طرفي التداعي لم يبرما صفقة والنزاع لا ينضوي تحت احكام الفصل 17 من قانون 03-06-1996 لكون النزاع يخرج عن الأعمال الادارية

فتعقبته المطلوبة في الاصل بواسطة محاميها الاستاذ *** ناسبة له ما يلي:

1/ المطعن الأول: خرق القانون

أ- الفرع الاول: خرق القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الادارية.

بمقولة ان الاشكال القانوني المطروح يتمثل في معرفة الجهة القضائية المختصة في النزاع المتعلق بتعويض الضرر الناجم عن حرمان الشركة من اتمام عقد صفقة مع

الطاعنة وقد اقرت محكمة التعقيب عدم اختصاص محاكم القضاء العدلي بالنزاع بكونه يتعلق بعقد اداري ينضوي ضمن الاختصاص الحصري للمحكمة الادارية طبق الفصل 17 من قانون 03-06-1996 وهو ما خالفته محكمة القرار المنتقد.

فالصفقة العمومية من قبيل العقود الادارية طبق الفصل 3 من الامر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13-03-2014 وان النزاعات المتعلقة بالعقود الادارية تنضوي ضمن الاختصاص الحصري والمطلق للمحكمة الادارية وفق الفصل 17 من قانون عدد 1972/06/01 الواقع تنقيحه بقانون 03-06-1996.

فالطاعنة منشأة عمومية تخضع للقانون الاداري فهي تسير مرفقا عموميا وتخضع للقضاء العدلي في خصوص نشاطها التجاري طبق الفصل الاول من قانون 05-04-2004.

وان الصفقة من الاعمال الإدارية التي تندرج ضمن العقود الادارية نص المشرع بالنظر في النزاعات المتعلقة بالدوائر الابتدائية للمحكمة الادارية للمحكمة الادارية وتكون بذلك الدعوى خارجة عن إطار الاختصاص الحكمي لمحاكم الحق العام وتندرج ضمن مشمولات

القضاء الاداري وهو ما استبعدته محكمة القرار المنتقد بتأويل مخالف للنصوص القانونية الصريحة.

ب- خرق الامر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13-03-2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

بمقولة انه خلافا لما ذهبت اليه محكمة القرار المنتقد فان الامر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13-03-2014 لم ينص على امكانية منح غرامة لمن وقع اقصاؤه من اتمام صفقة عمومية وطبق الفصل 16 من الامر عدد 3158 الواقع استبداله بالأمر عدد 1039 المذكور اعلاه الذي ينص في فصله 118 على الحالات التي يحق فيها مطالبة المشتري العمومي باي تعويض كبيان الحالات التي يمكن فيها فسخ الصفقة العمومية فيحق للمشتري العمومي اسناد الصفقة العمومية للمشارك بقطع النظر عن المبالغ المالية المقترحة باعتبار ان قانون الصفقات اصبح مؤسسا على المنافسة الحرة وهو ما لم تعتبره محكمة القرار المطعون فيه واعتبرت ان الفصل 107 م ا ع ينطبق على النزاع واخذت بنتيجة الاختبارات المنجزة في الغرض والزمت الطاعنة بالأداء وفي ذلك خرق واضح للقانون موجب للنقض .

2/ مطعن الثاني: ضعف التعليل

بمقولة ان محكمة القرار المنتقد لم تعر اهتمام للدفوعات الجوهرية المثارة من الطاعنة التي لها أصل

ثابت بالملف مما جعل قرارها مشوبا بضعف التعليل وكان على المحكمة ان تتمعن في مسألة الاختصاص الحكمي من عدمه وترد عليه بطريقة قانونية تسمح لمحكمة القانون من اجراء المراقبة القانونية.

كما كان عليها التمعن من قانون الصفقات العمومية وما يقتضيه من قواعد قانونية واجرائية وترجيح تطبيقه على النصوص القانونية العامة باعتباره من القوانين الخاصة وطلبت قبول التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه بدون احالة.

وحيث ردّت المعقب ضدها على تلك المستندات بواسطة محاميها الاستاذ ***** بانه لا يوجد أي عقد بين الطرفين والقول بكون النزاع يتعلق بعقد اداري فيه تحريف للوقائع كما ان الامر عدد 3158 لم ينص على طبيعة العقد وتعريف العقد الإداري طبق فقه القضاء هو العقد الذي يشتمل على خصائص العقد الاداري المنصوص عليه بالفصل 1 من امر 27-11-1888 اضافة الى ان الفصل 2 من القانون عدد 38 لسنة 1996 اسند الاختصاص للمحاكم العدلية في النزاع الناشئ بين المنشآت العمومية واعوانها او حرفائها او الغير . وقد جاءت المطاعن مخالفة الفصل 18 من قانون 01-02-1998 الذي تضمن صراحة اخضاع صفقات الاشغال والتزويدات والخدمات العمومية الى التشريع التجاري.

اما الامر عدد 1039 الصادر في 13-03-2014 فلا ينطبق على النزاع الحالي اذ لا أثر رجعي له فضلا عن كونه يتعارض مع المبادئ الاساسية لإبرام الصفقات العمومية.

وطلبت رفض التعقيب اصلا.

المحكمة

1/ عن الفرع الثاني من المطعن الاول المأخوذ من خرق الامر عدد 2039 المؤرخ في 13-03-2014:

حيث تدفع الطاعنة بان الامر عدد 1039 المؤرخ في 13-03-2014 لا يتص على امكانية منح غرامة لمن وقع اقصاؤه من الصفقة العمومية .

وحيث انه من المسلم به فقها وقانونا ان الطعن بالتعقيب ليس امتدادا للخصومة الصادر فيها الحكم المطعون فيه بمعنى ان محكمة التعقيب ليست درجة ثالثة من درجات التقاضي حي يمكن للأطراف ان يثيروا لديها ما لهم من مطاعن وان نظرها مقصور على اجراء الرقابة على اوجه الدفوع التي سبق التمسك بها لدى محكمة الموضوع وليس لها ان تتناول ما يثار لديها لاول مرة الا ما كان منها ماسا بالنظام العام وتبين من اسانيد القرار المنتقد ان المطعن المثار لم يسبق التمسك به امام محكمة الموضوع وهو لا علاقة له بالنظام العام وهو

يشكل دفعا جديدا يثار لأول مرة امام نظر محكمة التعقيب واتجه ردّه .

2/ عن باقي المطاعن لترابطها واتحاد القول فيها:

حيث دفعت المعقبة بعدم اختصاص المحاكم العدلية بالنزاع باعتباره من الإختصاص الحصري للمحكمة الإدارية .

وحيث ان محكمة القرار المنتقد تعقيب بالنزاع بوصفها محكمة احالة بموجب القرار التعقيبي عدد 21465 الصادر بتاريخ 2015/05/25.

وحيث اقتضى الفصل 191 م م م ت بان القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض .

وحيث تأسس قرار النقض على كون النزاع من الاختصاص الحصري للمحكمة الادارية .

وحيث انتهت محكمة القرار المنتقد تعهدت النزاع يخرج عن الاعمال الادارية والى ان الطرفين لم يبرما صفقة مما يجعل النزاع من اختصاص المحاكم العدلية.

وحيث يستدعي البت في مسألة اختصاص المحاكم العدلية من عدمه في دعوى الحال البت في طبيعة النزاع القائم بين الطرفين ان كان نزاعا اداريا

واستخلاص النتائج التي ترتب عن ذلك فيما يتعلق بالاختصاص.

حيث ان المسألة المطروحة هي مسألة قانونية اجرائية تتعلق باختصاص المحاكم والبت في انعقاد النظر في النزاع للقضاء الاداري أو العدلي ولهذه المسألة اتصال بالنظام العام الاجرائي بما يخوّل لمحكمة التعقيب اثارة كل ما له صلة بالنظام العام .

وحيث بالرجوع الى موضوع الدعوى يتبين انها تستهدف الزام الشركة المعقبة بالتعويض للمعقب ضده عما فاتها من ربح نتيجة حرمانها من الامتياز بصفقة عمومية لان الشركة قد خالفت الاجراءات في اسناد الصفقة للمعقب ضدها واسندتها لغيرها حال انها لم تقدم اقل عرض .

وحيث ثبت ذلك في جانب الشركة المطلوبة (المعقبة) ولا نزاع فيه وهو ما يعني بان الطاعنة قد ارتكبت خطأ ويرتب مسؤوليتها المدنية فتصبح الدعوى في التعويض عن الخطأ والتقصير الذي ارتكبته المعقبة عند اسناد الصفقة.

وحيث يصنف الخطأ في العمل غير الشرعي الذي اتته الطاعنة ويصنف في انه خطأ اداري ولذلك وتطبيقا للفصل 17 من القانون عدد 40 لسنة 1972 كيفما تم تنقيحه في سنة 1996 بالقانون عدد 39 لسنة

1996 ينعقد الى اختصاص في التعويض عنه للمحكمة الادارية فقد اقتضى الفصل المذكور انه "تختص الدوائر الابتدائية بالنظر ابتدائيا في ... الدعاوي الرامية الى جعل الادارة مدينة من اجل اعمالها الادارية غير الشرعية .

وحيث اخطأت محكمة الحكم المطعون فيه في تفسير الفصل 17 المذكور وتحديد الاختصاص بما يتجه معه نقض قرارها .

وحيث خول الفصل 177 م م م ت لمحكمة التعقيب النقض بدون احالة كلما لم يبق موجب لإعادة النظر وهو ما ينطبق على صورة الحال ضرورة ان محكمة الدرجة الاولى قضت برفض الدعوى وخالفتها محكمة الحكم المطعون فيه على غير صواب فما كان الا ارجاع الامور الى نصابها ونقض الحكم الصادر عنها بدون احالة .

ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه بدون احالة واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 03 نوفمبر 2016 عن الدائرة المدنية الرابعة المتركبة من رئيسها السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي ونجوى الغربي وبحضر

المـــدعي العـــام الســـيدة لطيفـــة العرفـــاوي وبمســـاعدة كاتب(ة) الجلسة السيد(ة) كريمة الغزواني.

وحـرر في تاريخـه