الجمهوريّة التّونسيّة
مجلس المنافسة
****

ا حمد لله

القضيّة الإستعجاليّة عدد **203084**
تاريخ القرار: **24 ديسمبر 2020**

قرار إستعجالي

أصدر مجلس المنافسة القرار التّالي بين:

الطّالبة: شركة "عرب سوفت"، في شخص ممثّلها القانوني، مقرّها الاجتماعي كائن بنهج عدد 8368 ،فضاء العزيز ،المدرج A ،تقسيم النّسيم ،مونبليزير تونس، نائبها الأستاذ نور الدّين بن الحاج داود، مكتبه بـ 76 شارع قرطاج، طابق 2، مكتب عدد 4، تونس 1001.

من جهة،

المطلوبة: الشّركة التّونسيّة للكهرباء والغاز، في شخص ممثّلها القانوني، مقرّها الإجتماعي كائن بنهج مصطفى كمال أتاتورك، تونس، نائبها الأستاذ محمّد الجربي، مكتبه كائن عمارة إبن شرف، نهج إبن شرف عدد 03 – البلفيدير – تونس.

من جهة أخرى.

وبعد الإطّلاع على عريضة الدّعوى المرفوعة من قبل محامي شركة "عرب سوفت" ضدّ الشّركة التّونسية للكهرباء والغاز، والمرسّمة بكتابة مجلس المنافسة تحت عدد 203084 ، بتاريخ 20 نوفمبر 2020، والتّي أفاد فيها أنّه في إطار إرساء وتعصير منظومة البنى التّحتيّة للتّصرف المتطوّر، وإرساء منظومة شاملة لتسيير بيانات الحرفاء، وبعد حصول الجمهوريّة التّونسيّة على موافقة مبدئيّة على قرض طويل المدى يقدّر بـ 121 مليون أورو، ممنوح من الوكالة الفرنسيّة للتّنمية، للحصول على تركيب 400 ألف عدّاد (كهرباء وغاز) في مدينة صفاقس الكبرى، قامت الشّركة التّونسية للكهرباء والغاز، بوصفها مشتريا عموميّا، بإعلان طلب عروض دولي، تحت عدد 2019/3743 لتركيز وإقتناء ما يصطلح عليه بالعدّاد الذّكي، مع ما يلزم من أدوات وآلات ووسائل عمل وبرمجيات إعلاميّة، بتمويل أجنبيّ من الوكالة الفرنسيّة للتنمية، وفق 6 أقساط، يخصّص القسط السّادس منها للبرمجيّات الإعلاميّة الضّروريّة للتّصرّف في قاعدة بيانات الحرفاء والفوترة، وكلّ الخصائص التّجاريّة للبرنامج، والذّي قدّرته الشّركة المذكورة من تلقاء نفسها، وقبل طرح المناقصة للتّنافس بين الشّركات المختصّة، بـ 20,6 مليون أورو.

وتعتبر الطّالبة، أنّه تمّ حرمانها من المشاركة في هذه المناقصة الدّوليّة من خلال وضع شرط تعجيزيّ للمشاركة، يتمثّل في تحديد حدّ أدنى لرقم معاملات يقدّر بـ 15 مليون أورو، هذا علاوة على ما تضمّنه طلب العروض من مخالفات للتّشريع المنظّم للصّفقات العموميّة، وللمنافسة والأسعار.

وتذكّر العارضة، بأنّها رفعت دعوى في الأصل لدى مجلس المنافسة، سابقة للدّعوى الإستعجاليّة، وتظلّمت من شروط المناقصة أمام الهيئة العليا للطّلب العمومي بتاريخ 25 سبتمبر 2019.

وتعتبر العارضة أنّ تقديرات المشتري العمومي لإنجاز القسط السّادس من المشروع غير واقعيّة، خاصّة وأنّ جميع المؤسّسات الكبرى التّي إتبعت نفس التّمشي لإرساء منظومات إعلاميّة عالية القيمة المضافة، بواسطة قروض دولية، كانت تشترط شهائد عدم الإفلاس وشهادة موافقة، ومصادقة على المقدرة الماليّة من البنوك التّي تساند تلك الشّركات، وفي أقصى الحالات، رقم معاملات معقول على إمتداد ثلاث سنوات، ومثال ذلك مشروع الوكالة الوطنيّة للأنظمة الإعلامية لجمهوريّة جيبوتي، التّي وضعت رقم معاملات قدره 5 مليون دولار للسّنوات الثّلاث الأخيرة، مع رسالة البنك المصاحب في تسهيلات وموافقة مبدئيّة على قرض قدره 1 مليون دينار.

وتعتبر العارضة أنّ إقصائها مردّه ما تتمتّع به من صيت ومكانة وطنيّة وعالميّة ومعرفة فنيّة وتقنيّة، وإمكانيّات ماليّة لكلّ المناقصات الدّوليّة المتعلّقة بالبرمجيّات المرتبطة بمجالي توزيع الكهرباء والماء،حيث منحت بصفتها مزوّد للبرمجيّات الإعلاميّة ذات القيمة المضافة العالية،

ترخيصا لشركة "إنكوم الفرنسيّة" لتسويق برمجيّاتها تحت إسمي "إنيومن" بالنّسبة لتوزيع الماء و"فلاور" بالنّسبة لتوزيع الطّاقة. وأنّ النّجاحات التّي حقّقتها تبعا لذلك، جعلها مستهدفة من الشّركات الأجنبيّة المنافسة لها، التّي ضغطت على المطلوبة لإشتراط رقم معاملات إقصائي للمشاركة في الصّفقة موضوع الدّعوى.

وإستنادا لما ذكر، فهي تعتبر أنّ هذه الصّفقة تضمّنت عرقلة لتحديد الأسعار حسب السّير الطّبيعي لقاعدة العرض والطّلب، وتحديدا دخول مؤسّسات أخرى للسّوق، مخالفة بذلك الفصل الخامس من القانون المنظّم للمنافسة والأسعار، علاوة على خرق ما هو معمول به في الصّفقات الدّوليّة، من حيث مدّة الإحتساب، التّي عادة ما تشترط رقم معاملات لمدّة معيّنة، ومن حيث القيمة التّي تعتبر مرتفعة، وغايته في ذلك إبعاد الشّركات التّونسيّة من المشاركة بما فيها الطّالبة.

كما أنّ إستئثار المشتري العمومي بقطاع توزيع الكهرباء في تونس، جعله يتصرّف بحرّية في الصّفقات، بإعتباره مشتريا وحيدا في المجال، لكونه في وضعيّة هيمنة، مخالفا بذلك مبدأ المنافسة النّزيهة، وهو ما قد يضرّ بمصلحة المؤسّسة نفسها علاوة على إلحاق ضرر بالطّالبة.

وفضلا عن ذلك، فإنّ طلب العروض الدّولي موضوع الدّعوى، جاء مخالفا لمقتضيات الأمر المنظّم للصّفقات العموميّة وخاصّة المبادئ الأساسيّة التّي تخضع لها إبرام هذه الصّفقات، إضافة إلى شرط تفضيل المنتجات تونسيّة المنشأ على المنتجات الأخرى مهما كان مصدرها، إذا كانت من نفس المستوى من الجودة، على أن لا تتجاوز أثمان المنتجات المحليّة مثيلاتها الأجنبيّة بأكثر من 10 %.

ودفعت الطّالبة بعدم إشتراط الممول الفرنسي للبند المتعلّق برقم المعاملات، مضيفة أنّه قد يكون إقترح بنودا لتوجيه الصّفقة نحو الشّركات الفرنسيّة، التّي ستنفذ الصّفقة بأسعار تتجاوز 4 أضعاف الثّمن الذّي يمكن أن تقترحه شركة "عرب سوفت" ، ويستنزف المشتري العمومي عبر عقد صيانة.

كما أشارت إلى أنّ الشّركة الفرنسيّة " جي.آف.إي" التّي لها فرع بتونس، تسعى دائما لإفتكاك المناقصات بكلّ الطّرق، وما قام به المشتري العمومي أمر خطير، بإقصائه الشّركات التّونسيّة عبر إشتراط رقم معاملات مرتفع ، وهو ما سيجعل الشّركة الفرنسيّة تستحوذ على هذه الصّفقة.

وإستنادا لما ذكر، فهي تطلب الإذن بإيقاف العمل إستعجاليّا بالمناقصة، المتمثّلة في طلب العروض الدّولي عدد 2019/3743 من قبل الشّركة التّونسيّة للكهرباء والغاز، إلى حين البتّ في القضيّة الأصليّة المنشورة بمجلس المنافسة.

وبعد الإطّلاع على ردّ نائب الشّركة التّونسيّة للكهرباء والغاز، الأستاذ محمّد الجربي المؤرّخ في 03 ديسمبر 2020، والمتضمّن بالخصوص:

- أنّ عريضة الطّالبة جاءت خالية من كلّ دليل يفيد وجود ضرر ثابت ومحدق بمصلحتها .
- وأنّه عند إعداد الصفقة ، تمّ إحترام الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرّخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصّفقات العموميّة، والإستثناءات المدرجة به،أو بمقتضى إتفاقيّة دوليّة مصادق عليها.
- ولقد تولّى المشتري العمومي طبقا للفصل 11 من ذات الأمر، وخلال فترة إعداد الصّفقة، الحصول على التّراخيص والمصادقات المسبقة التّي يقتضيها إبرام الصّفقة، وضبط مبلغ التّقديرات، والتأكّد من توفّر الإعتمادات والحرص على تحيينها عند الإقتضاء.
- وأنّه في ذلك الإطار، وقعت الموافقة على إتّفاقيّة الضّمان عند أوّل طلب، المبرمة بتاريخ 4 جانفي 2019 بين الجمهوريّة التّونسيّة والوكالة الفرنسيّة للتّنمية، والمتعلّقة بالقرض المسند لفائدة الشّركة التّونسيّة للكهرباء والغاز، لتمويل مشروع الشّبكة الذكيّة لتوزيع الكهرباء بمقتضى القانون عدد 44 لسنة 2019 المؤرّخ في 27 ماي 2019 والتّي وقعت المصادقة عليها بمقتضى الأمر الرّئاسي عدد 97 لسنة 2019 المؤرّخ في 27 ماي 2019.

لذا فإنّ الشّركة التّونسيّة للكهرباء والغاز مطالبة بالتّقيّد بالمنشور عدد 15 الصّادر بتاريخ 29 أفريل 2018 عن رئاسة الحكومة، وإحترام الإجراءات والتّراتيب المعتمدة من قبل هيئات التّمويل الأجنبيّة والإلتزام بالقرارات التّي تصدر عنها، بإعتبار أنّ هذه القواعد تعتبر جزء من إتّفاقية التّمويل.

وبناء على ما ذكر، فإنّ المدّعى عليها تطلب من مجلس المنافسة رفض المطلب شكلا، وبصفة إحتياطيّة رفضه أصلا.

وبعد الإطّلاع على ملحوظات مندوب الحكومة، المرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 17 ديسمبر 2020، والذّي طالب بموجبها رفض المطلب لعدم تضمّن الدّعوى ما يبرّر اتخاذ الوسائل التّحفظيّة.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، وخاصّة الفصل 15 منه،

وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرّخ في 15 فيفري 2006 والمتعلّق بالتّنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة،

وبعد الإطّلاع على الأمر عدد 1039 لسنة 2014 مؤرّخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصّفقات العموميّة،

وبعد الإطّلاع على ما يفيد إستدعاء الأطراف بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 23 ديسمبر 2020، وبها تلا المقرّر السّيد فريد الولهازي ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث،

ولم يحضر نائب الطّالبة شركة "عرب سوفت" وبلغه الإستدعاء، كما لم يحضر من يمثّل المطلوبة الشّركة التّونسيّة للكهرباء والغاز وبلغها الإستدعاء.

وتلت مندوب الحكومة السّيدة فضيلة الرّابحي تلخيصا لملحوظاتها الكتابيّة المظروفة نسخة منها بالملف.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضيّة للمفاوضة والتّصريح بالحكم بجلسة يوم 24 ديسمبر 2020.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرّح بما يلي:

حيث كان المطلب الماثل يرمي إلى الإذن إستعجاليّا بإيقاف المناقصة الدّوليّة المنجزة من طرف الشّركة التّونسيّة للكهرباء والغاز والمتمثّلة في طلب العروض الدّولي عدد 2019/3743 المتعلّق بـتوفير وتركيز بنية تحتيّة متطوّرة للقياس ونظام مدمج لإدارة شؤون الحرفاء لتضمّنها شرطا إقصائيا يتمثّل في تحديد الحدّ الأدنى لرقم المعاملات المعتمد في حدود 15 مليون أورو، يحول دون مشاركة الطّالبة مع بقيّة الشّركات الوطنيّة النّاشطة في المجال.

وحيث تعتبر الطّالبة أنّ هذه الممارسات التّي أتاها المشتري العمومي، تهدف إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب السّير الطبيعي لقاعدة العرض والطّلب، وإلى الحدّ من دخول مؤسّسات للسّوق والمنافسة الحرّة فيها، ممّا يجعل هذه الصّفقة غير قانونيّة، على معنى الفصل 5 من القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث دفعت المطلوبة بعدم وجاهة الطّلب، لإلتزام المشتري العمومي بتطبيق الإتّفاقيّة الدّوليّة والتّشريع المنظّم للصّفقات العموميّة.

وحيث تنصّ الفقرة الأخيرة من الفصل 15 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار المذكور أعلاه، على أنّه: "في صورة التّأكّد، يمكن لمجلس المنافسة، أن يأذن وبعد سماع الأطراف ومندوب الحكومة، باتّخاذ الوسائل التّحفّظيّة اللاّزمة، التّي من شأنها تفادي حصول ضرر محدق لا يمكن تداركه، ويمسّ بالمصلحة الاقتصاديّة العامّة أو بالقطاعات المعنيّة أو بمصلحة المستهلك أو بمصلحة أحد الأطراف، وذلك إلى حين البتّ في أصل النّزاع."

وحيث يستوجب في الوسائل الوقتيّة، ألاّ يؤدّي الإذن بها إلى المساس بأصل النّزاع، وأن تكون مجدية ومتأكّدة، بشكل تكون معه الحالة معرّضة للتغيّر سلبيّا وفي وقت وجيز بحكم تدخّل الأشخاص أو بفعل أيّ عنصر آخر، أو أن تنذر بخطر محدق يجب درؤه بسرعة حتّى لا يتمّ النّيل من حقّ يحتاج إلى الحماية لحفظه من التّلاشي.

وحيث أنّ المطلوبة، هي مؤسّسة عموميّة ذات صبغة تجاريّة وصناعيّة، طبقا للمرسوم عدد 8 لسنة 1962 المؤرّخ في 3 أفريل 1962 المتعلّق بإحداث وتنظيم الشّركة التّونسية للكهرباء والغاز، المصادق عليه بالقانون عدد 16 لسنة 1962 المؤرّخ في 24 ماي 1962 والمنقّح بالقوانين اللّاحقة له. وحيث تتمثّل مهمّتها الأساسيّة في تسيير مرفق عمومي، يتعلّق بتنوير البلاد التّونسيّة و تطوير شبكة الغاز الطّبيعي، وتعصيرها و إنجاز البنى التّحتية الخاصّة بالكهرباء والغاز.

وحيث أنّ إدراج المشتري العمومي بندا يتعلّق بتحديد الحدّ الأدنى لرقم المعاملات المعتمد في حدود 15 مليون أورو، تمّ وفق توصيات المموّل الأجنبي، وتطبيقا لمنشور رئاسة الحكومة عدد 15 الصّادر بتاريخ 29 أفريل 2018 والذّي ينصّ على وجوب التّقيّد في كلّ الحالات بالإجراءات والتّراتيب المعتمدة من قبل هيئات التّمويل الأجنبية، والإلتزام بالقرارات التّي تصدر عنها، بإعتبار أنّ هذه القواعد تعتبر جزء من إتّفاقية التّمويل التّي تعلو من حيث قيمتها القانونيّة على الأحكام المدرجة بالأمر المنظّم للصّفقات العموميّة، وذلك بالنّسبة للإتّفاقيّات الموافق عليها بنصّ تشريعي، كما أنّ لها أولويّة في التّطبيق بالنّسبة للإتّفاقيّات المبرمة بمقتضى أمر حكومي، عملا بتقديم النّص الخاصّ في التّطبيق على النّصّ العامّ، وذلك علاوة على ما تمّ إقراره صراحة في أحكام الفصل الأوّل في الأمر عدد 1039 المؤرّخ في 13 مارس 2014 الذّي ينصّ على أنّه :"يضبط هذا الأمر قواعد إبرام الصّفقات العموميّة وتنفيذها ومراقبتها مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها صراحة ضمن أحكام هذا الأمر، أو بمقتضى إتّفاقيّة دوليّة مصادق عليها طبقا للتّشريع التّونسي أو نصّ تشريعي أو ترتيبي".

وحيث استقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة، على اعتبار أنّ المشتري العمومي عند تولّيه تحديد حاجيّاته، بهدف إبرام صفقة عموميّة، لا يتعاطى نشاطا اقتصاديّا يتعلّق بالإنتاج أو التّوزيع أو الخدمات، بل يقوم بأعمال قانونيّة تندرج ضمن اختصاصاته المتعلّقة بتسيير المرفق العامّ الذّي يشرف عليه.

وحيث أنّ الأعمال الصّادرة عن الشّركة التّونسيّة للكهرباء والغاز، في إطار الصّفقات العموميّة، تكسبها صفة المشتري العمومي، وتندرج في إطار ممارستها بصفتها ذاتا عموميّة لمهام السّلطة الإداريّة، ولا تتعلّق بممارسة نشاط إقتصادي.

وحيث درج مجلس المنافسة في المادّة الإستعجاليّة، على إستبعاد النّظر طبقا لأحكام الفصل 15 من القانون عدد 36 لسنة 2015 سالف البيان، كلّما تعلّق النّزاع بطلب تعطيل قرار أو عمل إداري، بما يتعيّن معه رفض المطلب.

ولهذه الأسباب:

قرّر المجلس : رفض المطلب.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائيّة الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السّيد رضا بن محمود وعضويّة السّيدتان فتحيّة حمّاد وسندس بالشّيخ والسّيدان محمّد العيّادي ومحمّد شكري رجب.

وتلي علنا بجلسة يوم 24 ديسمبر 2020 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزّيتوني.

الرّئيس **كاتبة الجلسة.**

يمينة الزّيتوني