الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية عدد: 171461

تاريخ القرار: 17 أكتوبر 2019

قــرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين:

المدعيّة: شركة " ********** " في شخص ممثلها القانوني، مقرّها الاجتماعي كائن ********** ،

من جهة،

والمدّعى عليهما: الشّركة ********** في شخص ممثلها القانوني، مقرها الإجتماعي كائن ********** وشركة " ********** في شخص ممثلها القانوني مقرها الاجتماعي كائن ********** ،

من جهة أخرى.

بعد الإطّلاع على عريضة الدّعوى المقدّمة من قبل الممثل القانوني لشركة " *** " والمرسّمة بكتابة مجلس المنافسة تحت عدد 171461 بتاريخ 6 جوان 2017 والرّامية إلى تتبّع شركتي " ******** " و" ******** " من أجل المنافسة غير

النزيهة والإخلال بمقتضيات الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصفقات العموميّة ولوجود شبهة فساد بخصوص إسناد صفقات موضوع طلبي العروض عدد 2014/31 وعدد 2015/4 المتعلّقين بأشغال تهيئة وتعشيب الملعب الفرعي بالملعب البلدي بالمتلوي وملعب بلخير بقفصة والملعب البلدي بالنّاظور بالعشب الإصطناعي. وتفيد العارضة أنّها تولّت المشاركة في الطلبين المذكورين إلاّ أنّه لم يتم قبول عرضها المالي بشأنهما وأسندت صفقة تهيئة وتعشيب الملعب الفرعي بالملعب البلدي بالمتلوي وملعب بلخير بالعشب الإصطناعي بقفصة للشركة ********** في حين فازت شركة " ********** " بصفقة تهيئة وتعشيب الملعب البلدي بالناظور بالعشب الإصطناعي.

وتعتبر العارضة أنّ حصول المدّعى عليهما على الصفقتين كان وليد التّلاعب والتّنسيق بينهما، حيث عمدت الشركة ********** بالاتّفاق مع شركة " ********** " إلى تحويل العشب الإصطناعي المخصص لتعشيب الملعب الفرعي بالمتلوي إلى الملعب البلدي بلخير بقفصة وفوتت في العشب الإصطناعي المخصص لتعشيب هذا الأخير إلى الشركة المنافسة لإستغلاله وتركيزه بالملعب البلدي بالنّاظور بزغوان وفي هذا خرق واضح للقانون يترتب عنه مسؤولية مدنية وجزائية ضرورة أنّ هذه المواد تتمتع وجوبا بالإمتيازات الجبائية عند التوريد تسلم من قبل وزارة الشباب والرياضة طبقا للأمر عدد 1839 لسنة 2004 المؤرخ في 10 أوت 2004.

ولإثبات هذا الأمر قامت المدّعية بإجراء معاينة للملعب البلدي ببلخير قفصة والملعب البلدي بالناظور زغوان عن طريق عدلي تنفيذ وهما الأستاذان ******** **** وتولى كلّ منهما تحرير محضر في الغرض.

واستنادا إلى ما ذكر، فهي تطلب التعهّد بموضوع الفساد والتّلاعب في طلبات العروض المذكورة ومعاقبة الأطراف الفاعلة فيه بغرض حماية المال العام مع حفظ الحق في ما زاد على ذلك.

وبعد الإطّلاع على التقرير الإضافي المدلى به من قبل الممثل القانوني للشّركة المدّعية بتاريخ 18 أوت 2017 والذي جاء به أنّه في إطار مواصلة خرقها للقانون والتّراتيب المتعلّقة بتنفيذ الصفقات العمومية فقد عمدت الشركة ********** إلى تزويد ملعب بالخير بعشب اصطناعي وحبيبات مطاطية غير مطابقة للصفقة ولعرضها الفنّي الذي تقدمت به والذي تعهدت بتنفيذه، إذ إلتزمت بأن يكون العشب من نوع C.C.GRASS والحبيبات المطاطية من نوع AMSA M10، لكنّها تولّت تركيز عشب اصطناعي بملعب بلخير من نوع MONDO وحبيبات مطاطية مستوردة من الهند عوضا عن إسبانيا مثلما اقتضى كرّاس الشّروط ذلك.

كما تولّت تزويد ملعب المتلوي بكميات من الحبيبات المطاطية من الهند عوضا عن حبيبات مطاطية نوع ASMA M10 مصنوعة في إسبانيا وفق ما يثبته محضرا المعاينة المحرّران بواسطة الأستاذ ***** العدل منفذ، مخالفة أحكام الفصل 87 منه وكذلك للفصل 23 من كرّاس الشّروط الإدارية الخاصة للصفقة والذي يقتضي ضرورة مطابقة المواد للشّروط الواردة بوثائق الصّفقة والإدلاء بشهادة المنشأ للمواد المزمع استعمالها وكذلك وصولات التّسليم للمصنع وضرورة القيام بالتّحاليل المخبرية للمواد للتثبت من مدى مطابقتها للمواصفات الفنية الواردة بكراس وأخيرا الحصول على موافقة الإدارة لتركيز العشب وإتمام الأشغال، وذلك حتى تتمكّن الإدارة من التثبّت في نوعيّة ومصدر وبلد المنشأ للمواد ومدى مطابقتها للعرض المقدم بالصفقة والمصادقة عليه كالتثبّت من الكميّة التي وقع استيرادها لفائدة المشروع.

واعتبرت المدّعية أنّ القيام بتغيير وجهة المواد من حضيرة إلى أخرى والتّفويت فيها بالبيع إلى شركة منافسة بدون وجه حقّ وعدم التقيّد بالالتزامات التّعاقدية عند تنفيذ الصّفقة بخصوص النّوعية والمصدر والمنشأ والكميّة المقدمة في العرض يعدّ خرقا واضحا للقانون ولمبدأ المنافسة وللشفافية في المعاملات سواء مع الإدارة أو مع الشركات المنافسة.

وبعد الإطّلاع على التقرير الإضافي الثاني المدلى به من قبل الممثل القانوني للشركة المدّعية بتاريخ 7 أكتوبر 2017 والمتضمن أن بلدية الناظور رفضت العشب الإصطناعي الذي حاولت الشركة ********** إستعماله بالملعب البلدي بالنّاظور

وذلك لعدم مطابقته للمواصفات المطلوبة بالصفقة وأنّ المدّعى عليها قامت بإرجاعه إلى ملعب المتلوي وفق ما هو محدّد بمحضري المعاينة المصاحبين.

وبعد الإطّلاع على التقرير الإضافي الثالث المدلى به من قبل الممثل القانوني للشركة المدعية بتاريخ 2 نوفمبر 2017 والذي أكّدت من خلاله العارضة تمسّكها بما ورد بعريضة دعواها وبدعوة المجلس إلى البحث في أوجه التّلاعب بين المدّعى عليهما بخصوص طلبي العروض المذكورين.

وبعد الإطّلاع على التّقرير في الرّد المدلى به من الممثل القانوني لشركة "

********** " بتاريخ 30 نوفمبر 2017 والذي جاء به بالخصوص أنّ وكيل الشركة، خلافا لما جاء في إدّعاء العارضة، غادر وزارة الشباب والرّياضة التي كان يعمل بها كمدير سابق منذ 2002 أي منذ أكثر من 15 عاما كما أنّ كل زملائه الذين باشروا معه العمل آنذاك غادروا أيضا الوزارة إمّا لبلوغ السنّ القانونية للتّقاعد أو لإلتحاقهم بمؤسسات أخرى وأنّ مباشرته للعمل كوكيل للشركة تمّ بعد حصوله على ترخيص في الغرض من قبل وزير الشباب والطفولة والرّياضة بتاريخ 21 جوان 2002.

كما أفاد أنّ شركة " ********* " تتعامل مع الشّركة

******* في نطاق عقود مناولة وذلك باقتناء العشب الذي تستورده، وأشار إلى أنّ الإعفاء الجبائي المتعلّق بتوريد العشب يمنح لفائدة وزارة الشباب والرّياضة وأنّ الشركة المكلّفة بالأشغال تقوم عند تنفيذ الصّفقة إمّا بتوريد العشب مباشرة أو بتوريده عن طريق مورد ثاني.

وبخصوص تحويل مكان وضع العشب المستورد من قبل الشركة *****

" فيشير أنّ التّعامل بينهما تمّ وفقا لاتّفاق بينهما بغاية توريد عشب ملعب النّاظور وكذلك عشب ملعبي بلخير والمتلوي، وأنّ الإدارة قامت بإعلام منوّبته بإرجاء وضع العشب بملعب المتلوي إلى أجل غير محدّد ونظرا لحجم البضاعة قامت بخزن العشب المخصص لملعب المتلوي بملعب النّاظور وطلبت من وزارة الشباب والرّياضة بوصفها صاحبة الإمتياز الجبائي التّرخيص في تركيزه بهذا الملعب في انتظار استكمال أشغال تهيئته. إلاّ أنّ هذه الأخيرة رفضت هذا المقترح وتمّ نقل العشب لملعب المتلوي.

أمّا بخصوص عدم إحترام شروط المنافسة فيشير نائب المدّعى عليها إلى أنّه تمّ إسناد المدّعية صفقة لإنجاز مضمار إصطناعي بالمركّب الرّياضي بعين دراهم بمبلغ حوالي 600 ألف دينار بعد مشاركة المدّعى عليها واقتضت بنود هذه الصّفقة أن يتولى صاحبها إجراء تحاليل مخبرية للمضمار قبل القبول النهائي إلاّ أنّها امتنعت عن ذلك ممّا مكّنها من تحقيق ربح مبلغ مقدّر بعشرين ألف دينار ولم تتمكّن الإدارة من التّثبت من جودة المواد المستعملة ممّا حال دون الإعلان عن القبول النّهائي للأشغال.

ويضيف الممثل القانوني للمدّعى عليها أنّ حجم الصفقات التي أنجزتها هذه الأخيرة مع وزارة الشباب والرّياضة منذ إحداثها لا يتعدى نسبة 5 % من حجم الصّفقات التي أبرمتها المدّعية مع نفس الجهة، ومع ذلك لم تتوقّف عن مضايقتها من خلال توجيه اتهامات باطلة تجاهها بهدف الإساءة لها ووضع حدّ لنشاطها.

وبعد الإطّلاع على التّقرير في الرّد الذي أدلى به الممثل القانوني لشركة " **** " بتاريخ 9 سبتمبر 2019 ردّا على تقرير ختم الأبحاث.

وبعد الإطّلاع على ملحوظات مندوب الحكومة المؤرّخة في 26 أوت 2019، في الرّد على تقرير ختم الأبحاث.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

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

وبعد الإطّلاع على بقيّة الأوراق المظروفة بالملفّ.

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء الأطراف بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 3 أكتوبر 2019، وبها تلا المقرر* السيّد ********* ملخصا من تقرير ختم الأبحاث، وحضرت الأستاذة ****** نيابة عن الأستاذ ******* وأعلن نيابته عن المدّعية شركة " ***** " متمسّكا بما ورد بعريضة الدّعوى، ولم يحضر من يمثّل المدّعى عليها الشركة الكبرى للطّرقات وبلغها الإستدعاء، ولم يحضر كذلك من يمثل المدّعى عليها شركة " ******* " وبلغها الإستدعاء.

وتلت مندوب الحكومة السيّدة **** ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملفّ.

إثر ذلك قرّر المجلس حجز القضيّة للمفاوضة والتّصريح بالقرار بجلسة يوم 17 أكتوبر 2019.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرّح بما يلي:

من حيث الشّكل :

حيث قدّمت الدّعوى ممّن له الصّفة والمصلحة وفي الآجال القانونيّة. لذا تعيّن قبولها من هذه النّاحية.

من حيث الأصل:

حيث تعيب شركة " ********** على المدّعى عليهما الشركة ********* " وشركة " ********** "

تلاعبهما بالصّفقتين اللّتين فازتا بهما في إطار طلبي العروض عددي 2014/31 و2014/04 المتعلّقين بتهيئة وتعشيب الملعب الفرعي بالملعب البلدي بالمتلوي وملعب بلخير بقفصة بالعشب الإصطناعي وتعشيب الملعب البلدي بالنّاظور بالعشب الإصطناعي، والمتمثّل أساسا في قيام الشركة ********** بالتّنسيق مع شركة

********** في تحويل العشب الإصطناعي المخصص لتعشيب الملعب الفرعي بالمتلوي إلى الملعب البلدي بلخير بقفصة وتفويتها في العشب الإصطناعي المخصص لتعشيب هذا الأخير إلى شركة " ********** " لإستغلاله وتركيزه بالملعب البلدي بالناظور بزغوان وفي هذا خرق واضح للقانون يترتب عنه مسؤولية مدنية وجزائية ضرورة أنّ هذه المواد تتمتع وجوبا بالإمتيازات الجبائية عند التوريد ولا يجوز إستعمالها إلا في الإطار الذي تمّ فيه توريدها.

وحيث اتّجه النّظر في جملة الممارسات التي أثارتها المدعيّة بخصوص صفقة تعشيب الملعب البلدي بالنّاظور بالعشب الإصطناعي، حسب ما ضمّنته بملفّ دعواها، والتي تؤكّد

من خلالها أنّ تنفيذ أشغال هذه الصفقة يفيد بصورة قاطعة وجود تواطئ بين المدّعى عليهما.

وحيث يتبيّن بالرّجوع إلى أوراق الملفّ، أنّه تمّ سحب ملفّ طلب العروض المشار إليه من قبل الشرّكات التّالية:

- شركة ********* ،
- شركة ********** ،
- شركة ****** ،
- شركة ********* ،
- شركة ********** ،
- الشركة ********** "،
- شركة ********** ".

وحيث قرّرت لجنة فتح العروض ببلدية النّاظور، بعد فتح العروض المالية والفنيّة، قبول أربعة (4) عروض قدّمت في الآجال القانونية والتي تمّ تفحّصها وترتيبها كالتّالي:

الوحدة: دينار

الرتبة	الشركة	مبلغ العرض عند الفتح	مبلغ العرض بعد المراجعة والتقليص
1	"r ********* "	545.068.000	536.868.000
2	" ** "	546.423.300	546.423.300
3	" **** "	580.732.060	580.732.060
4	" **** "	671.873.200	671.873.200

الوحدة: دينار

تقديرات الإدارة	الإعتمادات المرصودة
540.342.100	**545.100.000**

وحيث تقرّر بناء على ذلك قبول عرض المدّعى عليها المالي شركة " ***** "باعتباره العرض الأقل ثمنا وأسندت إليها الصّفقة بعد قبول عرضها الفنيّ أيضا.

وحيث استقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة على أنّ سوق الصّفقات العمومية يمكن أن تشكّل أرضية ملائمة لبعض الممارسات المخلّة بالمنافسة على معنى أحكام الفصل 5 من

قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار، وقد تتّخذ تلك الممارسات أشكالا متنوعة كالإتفاقات الرّامية إلى تقاسم الأسواق أو الإفراط في استغلال وضعيّة هيمنة، كما تستعمل في هذا الإطار أساليب عديدة من بينها خاصّة عروض التغطية أو عروض المجاملة أو تقديم أسعار شديدة الانخفاض توحي بإعادة البيع بالخسارة.

وحيث لا يبرز من ملفّ القضيّة الرّاهنة وأوراقها ومجمل العروض المشار إليها أعلاه ما يفيد وجود حالة تواطؤ بين المشاركين بالصفقة خاصة وأنّ ترتيب عرض المدّعية كان الرّابع والأخير وأنّ عروض المشاركين كانت متقاربة نسبيّا بما ينفي شبهة التّواطؤ أو الاتّفاق بين البعض منهم بغاية التّغطية لتمكين أحدهم للظفر بالصّفقة المقدوح فيها والتي من شأنها أن تكون موضوع ممارسات مخلّة بالمنافسة على معنى أحكام قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث جاء أيضا بالفصل 65 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصفقات العموميّة، أنّه "إذا تبين وجود عرض مفرط الانخفاض، يقترح المشتري العمومي إقصاؤه وذلك بعد طلب الإيضاحات الضرورية بطريقة كتابية وبعد التثبت من التبريرات المقدمة.

ويتولى المشتري العمومي إعلام الوزير المكلف بالتجارة بالعروض المالية غير المقبولة من أجل الأسعار المفرطة الانخفاض المخلة بنزاهة المنافسة، وفي هذه الحالة يمكن للوزير المكلّف بالتجارة رفع دعوى لدى مجلس المنافسة ضد أصحاب هذه العروض وفقا لأحكام القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار."

وحيث أسندت صفقة أشغال تهيئة وتعشيب الملعب البلدي بالنّاظور بالعشب الإصطناعي إلى شركة " ********** " عن مبلغ قدره 536.868.000 دينار.

وحيث يقتضي وجود عروض مفرطة الإنخفاض النّظر في جملة من العناصر أهمّها مقارنة هذه العروض بمعدّل العروض الواردة وكذلك بتقديرات الإدارة.

وحيث يبيّن الجدول التّالي العروض المالية المقدّمة في إطار الصّفقة موضوع التّداعي

الوحدة: دينار

		الفارق بالدينار	الفارق بالنسبة المائوية
" ********** "	536.868.000	47.106.140	% 8.06
معدّل العروض بعد المراجعة	583.974.140		

		الفارق بالدينار	الفارق بالنسبة المائوية
" ******* "	536.868.000	3.474.100	% 0.64
تقديرات الإدارة	540.342.100		

وحيث يبرز إستنادا إلى المعطيات المبيّنة أعلاه، أنّ الفارق بين العرض المالي للمدّعى عليها شركة " ********** " المسند إليها الصفقة ومعدّل العروض المقدّمة بعد مراجعتها لا يتجاوز نسبة 8 % كما أنّ الفارق بين عرضها المالي وتقديرات الإدارة لا يتجاوز نسبة 0.64 % وهي نسب لا يكمن معها إستنتاج وجود عروض مفرطة الإنخفاض لإعتبارها ممارسة مخلّة بالمنافسة على معنى قانون المنافسة والأسعار من شأنها أن تشكّل إخلالا بالتّوازن العام للصّفقة الحالية.

ولهذه الأسباب:

قرّر المجلس: رفض الدّعوى.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائيّة الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضوية السيّدة ريم بوزيان والسّادة عصام اليحياوي ومصطفى باللّطيف وأكرم الباروني.

وتلي علنا بجلسة يوم 17 أكتوبر 2019 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزّيتوني.

الرئيس كاتبة الجلسة

رضا بن محمود **يمينة الزيتوني**