الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية عدد: 161432

تاريخ القرار: 25 جوان 2020

قــرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين:

المدّعية: شركة ********** ، في شخص ممثلها القانوني، نائبها الأستاذ *** ، الكائن مكتبه ********* ،

من جهة،

والمدّعى عليهم:

- شركة ***** ، في شخص ممثلها القانوني، نائبها الأستاذ ******* ، الكائن مكتبه ****** ،
- الوكالة ********* ، في شخص ممثلها القانوني، مقرّها ********* ، نائبتها الأستاذة **** ، الكائن مكتبها *******
- الهيئة ********* ، في شخص ممثلها القانوني، الكائن مقرها بـ ********** ،

من جهة أخرى.

بعد الإطلاع على عريضة الدّعوى المرسمة بكتابة مجلس المنافسة تحت عدد 161432 بتاريخ 9 سبتمبر 2016 والتي جاء فيها أنّ المدّعية شاركت في طلب العروض عدد 2016/16 الصّادر عن

الوكالة ******* والمتعلّق بإقتناء أعواد الفلتر، غير أنّه تبيّن عدم إعتماد العرض المقدّم من قبلها دون وجه حق، مقابل إسناد الصّفقة لشركة *** .

وحيث تمسّكت المدّعية بأنّه تمّ قبول العرض المقدّم من شركة *** رغم أنّه كان عرضا مفرط الانخفاض على معنى الفصل 65 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المنظم للصفقات العمومية وأقلّ من عرضها المقدّم في السنوات الفارطة لنفس المواد موضوع الصّفقة وذلك رغم إرتفاع كلفة المواد الأوليّة مع الإنخفاض المسجّل لقيمة الدينار التونسي أمام العملات الأجنبية، فضلا عن إرتفاع كلفة اليد العاملة والمحروقات.

وعليه، فإنّ قرار لجنة التقييم وفتح العروض كان مخالفا لقواعد المنافسة النزيهة وألحق ضررا ماديا فادحا بها، وتلتمس تبعا لذلك تعليق قرار إسناد الصّفقة واتخاذ كافة التدابير لتلافي الإخلالات الحاصلة فيه.

وبعد الإطّلاع على الردّ المقدّم من شركة *** بتاريخ 24 أكتوبر 2016 والمتضمّن بالخصوص أنّ رفع الدعوى لدى مجلس المنافسة يتم بصفة حصرية من طرف الوزير المكلّف بالتجارة بما يجعل قيام المدّعية غير حريّ بالقبول.

أمّا من جهة الأصل وبصورة احتياطية فإنّ المدعية غير مؤهّلة لتقييم العرض المقدّم من قبلها وأنّ هذا الأمر موكول للوزير المكلّف بالتجارة أو مجلس المنافسة في صورة التقاضي. وبيّنت أنّها شركة مصادرة يديرها موظف عمومي ملتزم بتأمين وتغليب المصلحة العامة، فالعرض المقدّم هو عرض مدروس بكامل الدقة، كما أنّ وجود فارق بين العروض يعتبر أمرا طبيعيا لإختلاف تركيبة المنتوج وكلفتة وموقع وطريقة العمل بين الشركتين، بل هو ملوب لأنّ تقارب العروض يعدّ مؤشّرا على وجود تنسيق مسبق. وفضلا عن ذلك، فإنّها لم تتحصّل على صفقة منذ 2010، وهو ما يحتّم عليها التقدّم بعرض محكم الدراسة وغير مشط، كما أنّ الفرق بين العرضين لا يتعدى 7 %، وقد سبق للمدّعية أن تجاوزت هذه النسبة سنة 2012 عند تقديمها عرضا أقل من العرض المقدّم من قبلها بـ11 % وتحصلت بذلك على الصفقة في ذلك التاريخ.

أمّا بخصوص الدّفع بارتفاع كلفة المواد الاوليّة فإنّ المدعى عليها تحصّلت على تخفيضات مهمة في مادة الأسيتات تجاوزت 32 % بين سنتي 2014 و 2016، مع الملاحظة بأنّ تكلفة هذه المادّة تناهز 80 % من الكلفة الجملية للمنتوج. أمّا بخصوص إدّعاء عدم تغلية العرض للتكلفة، فهو يتضمن هامش ربح يتراوح بين 5 % و 15 % مع إمكانية تجاوز هذه النسبة لإرتفاع سقف الفرضيّات التي تمّ إعتمادها ضمن إحتساب العرض المالي، كما أنّ أهمية حجم الطلبيّة ساهم بشكل

مباشر في التخفيض في عناصر التكلفة القارّة والتكلفة المتغيّرة، ومن شأنه أن يمكّن من تحقيق أرباح إضافية هامة. وإضافة لما ذكر، فإنّ القوائم المالية المضبوطة بتاريخ 30 جوان 2016 تبيّن تراجع خسائر الشركة رغم محدوديّة رقم المعاملات.

ولمجمل هذه الأسباب، فإنّ المدّعى عليها تعتبر أنّ العرض المقدّم من قبلها تمّ بناءا على دراسة شاملة لمختلف العناصر التي تدخل في إحتساب التكلفة وجاء محترما لمبادئ المنافسة.

وبعد الإطّلاع على رد الوكالة ********* الوارد بتاريخ 18 نوفمبر 2016 والمرفق بمختلف الوثائق الخاصة بالصفقة، والمتضمّن ما يلي:

من حيث الشكل: إنّ تظلّم المدعية جاء سابقا لاعلان النتائج وإسناد الصّفقة، والحال أنّه يفترض أن يكون في أجل خمسة ايام من تاريخ او ابلاغ قرار الاسناد.

من حيث الأصل: أفضى فرز العروض المالية الى ترتيب شركة **** في المرتبة الاولى نظرا لكونها صاحبة العرض المالي الأقلّ ثمنا، كما قامت لجنة التقييم بتفحّص العرض الفني وتأكدت من مطابقتة لكراسات الشروط، وتطرّقت الى أنّ الفرق بين العرضين لم يتجاوز 6,4% لصالح شركة *** ، ولا يعدّ تبعا لذلك عرضا مفرط الإنخفاض من شأنه أن يؤدّي الى الإخلال بالمنافسة.

وبعد الإطّلاع على رد الهيئة العليا للطلب العمومي الوارد بتاريخ 14 فيفري 2017 والمضمّن بالخصوص ما يلي:

من حيث الشكل: تناولت هيئة متابعة ومراجعة الصفقات العمومية بالدرس عريضة شركة *** حسب ما يقتضيه مجال اختصاصها الوارد بالفصل 183 من الأمر المنظم للصفقات العمومية من "متابعة احترام المبادئ الاساسية في الصفقات العمومية المتمثلة في المنافسة وحرية المشاركة والمساواة امام الطلب العمومي وشفافية الاجراءات ونزاهتها". وقد نصّ ذات الفصل في فقرته الثانية على أنّ رأي هيئة المتابعة والمراجعة يكتسي قوة القرار بالنسبة لجميع الأطراف، وبناء على ذلك، يكتسي قرار هيئة متابعة ومراجعة الصفقات العمومية صبغة إلزاميّة تخوّل لكلّ من له مصلحة الطعن فيه.

من حيث الأصل: جاء بعريضة الدّعوى أنّ الأسعار المقدّمة من شركة *** غير متطابقة ولا متوافقة مع متطلّبات السوق، وتتنافى مع الفصل 2 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 الذي يقتضي أن "تحدّد اسعار المواد والمنتجات والخدمات بكل حريّة بإعتماد المنافسة الحرّة".

كما أنّ العرض المقدّم من شركة سموكفيل أقلّ بنسبة 6,64 % مقارنة بعرض شركة *** مما لا يمكن معه اعتباره مفرط الانخفاض على معنى الفصل 65 من الأمر عدد 1039 المؤرخ في 13 مارس 2014 المنظّم للصفقات العموميّة.

وقد أبدت هيئة متابعة ومراجعة الصفقات العمومية خلال الجلسة المنعقدة بتاريخ 11 نوفمبر 2016 رأيها بعدم وجاهة المطاعن المثارة وذلك تأسيسا على ما أقرّته الوكالة ******** من مقبولية للأسعار المقترحة من قبل شركة سموكفيل صاحبة العرض الأقلّ ثمنا بعد أخذ رأي لجنة مراقبة الصفقات العمومية ذات النظر.

وبعد الإطّلاع على ما يفيد توجيه تقرير ختم الأبحاث إلى المطّرفين وإلى مندوب الحكومة.

وبعد الإطّلاع على ملاحظات مندوب الحكومة حول تقرير ختم الأبحاث والمرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 8 جوان 2020.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 57 لسنة 1964 المؤرخ في 28 ديسمبر 1964 والمتعلّق بإحداث الوكالة الوطنية للتبغ والوقيد.

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

وبعد الإطلاع على الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرّخ في 15 فيفري 2006 والمتعلّق بضبط التّنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة.

وبعد الإطلاع على الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرّخ في 13 مارس 2014 والمتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية.

وبعد الإطّلاع على بقية الأوراق المظروفة بالملف.

وبعد الإطّلاع على ما يفيد إستدعاء الأطراف بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 18 جوان 2020، وبها تلا المقرّر السيّد **** ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث، ولم يحضر نائب المدّعية شركة **** الأستاذ **** وبلغه الإستدعاء، وحضر الأستاذ **** نائب المدّعى عليها شركة *** وتمسّك بملحوظاته الكتابيّة المظروفة بالملف طالبا الحكم طبق المطلبات. وحضرت الأستاذة **** نيابة عن الوكالة ***** وأعلنت نيابتها

طالبة الحكم طبق ما إنتهى إليه تقرير ختم الأبحاث، وحضرت السّيدة ***** عن الهيئة العليا للطلب العمومي بمقتضى تفويض في الغرض وتمسّكت بالرّدود الكتابّة المقدّمة من الهيئة.

وتلت مندوب الحكومة السيدة ***** ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملف.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتّصريح بالحكم بجلسة يوم 25 جوان 2020.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرح بما يلي:

من حيث الشّكل:

حيث دفعت شركة سموكفيل بعدم قبول الدّعوى بمقولة أنّ القيام لدى المجلس يكون بصفة حصريّة من قبل الوزير المكلّف بالتجارة إستنادا للفصل 65 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرّخ في 13 مارس 2014 والمتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية الذي ينصّ في فقرته الثانية على ما يلي: " يتولى المشتري العمومي إعلام الوزير المكلف بالتجارة بالعروض المالية غير المقبولة من أجل الأسعار المفرطة الانخفاض المخلة بنزاهة المنافسة، وفي هذه الحالة يمكن للوزير المكلف بالتجارة رفع دعوى لدى مجلس المنافسة ضد أصحاب هذه العروض وفقا لأحكام القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار."

وحيث وبالرجوع إلى الفصل 29 من القانون عدد 57 لسنة 1964 المؤرخ في 28 ديسمبر 1964 والمتعلّق بإحداث الوكالة الوطنية للتبغ والوقيد، يتبيّن أنّه ينصّ صراحة على ما يلي: " لا تخضع الصفقات والاتفاقات المبرمة من طرف الوكالة الى التراتيب الجاري بها العمل في خصوص الصفقات العمومية بل تخضع الى تراتيب خاصة يقع تحديدها بأمر"، وبالتالي فصفقات الوكالة الوطنية للتبغ والوقيد لا تخضع أساسا للأمر المذكور آنفا.

وحيث إقتضى الفصل 15 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار ما يلي : " ترفع الدعاوى إلى مجلس المنافسة من قبل:

. الوزير المكلف بالتجارة أو من يفوض له في ذلك،

. المؤسسات الاقتصادية،

. المنظمات المهنية والنقابية،

. هيئات المستهلكين القائمة بصفة قانونية،

. غرف التجارة والصناعة،

. الهيئات التعديلية،

. الجماعات المحلية."

وحيث أنّ قيام الشركة المدّعية بدعواها الماثلة أمام مجلس المنافسة كان بصفتها مؤسّسة إقتصادية وبغاية تتبّع أعمال وممارسات إعتبرتها مخلّة بالمنافسة على معنى الفصل 5 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث يتأكّد في هدي ما تقدّم أنّ الدّعوى قدّمت في آجالها القانونية ممن له الصفة والمصلحة واستوفت بذلك جميع شروطها الشكليّة، وإتّجه قبولها من هذه النّاحية.

من حيث الأصل:

أ. عن السوق المرجعيّة:

حيث استقر عمل مجلس المنافسة على اعتبار أنّ "طلب العروض في مادّة الصفقات العموميّة يمكن أن يمثلّ بذاته سوقا يكون فيه كرّاس الشروط الطلب وتكون فيه عطاءات المشاركين العرض".

وحيث أنّ السّوق المعنيّة في القضيّة الرّاهنة تتمثّل في طلب العروض عدد 2016/16 المتعلّق بإقتناء أعواد الفيلتر لفائدة الوكالة ********* ومصنع التبغ بالقيروان، وبها يكون الطلب نابعا عن الوكالة ********* كمشتر عمومي، ويتمثّل العرض في عطاءات كلّ من شركتي **** و *** .

وحيث برمجت الوكالة ******** ومصنع التبغ بالقيروان طلب عروض دولي موضوعه إقتناء 1700 مليون عود طول 120 مليمتر الخاصة بسجائر 20 مارس تتوزع بين الوكالة *** ومصنع التبغ بالقيروان.

وحيث إعتمدت في طلب العروض وسيلة التمويل الذاتي في قسط واحد ويتم الاختيار على أساس السعر الأدنى والمطابق فنيا، وتمّ الإعلان عن المنافسة يوم 28 جويلية 2016 بواسطة الصحافة و عن طريق موقع الواب الخاص بالصفقات العمومية وموقع الواب الخاص بالوكالة الوطنية للتبغ والوقيد، وحدّد تاريخ جلسة فتح الظروف ليوم 30 أوت 2016.

وحيث إجتمعت اللجنة القارة لفتح العروض في جلسة علنيّة بتاريخ 30 اوت 2016 وتبيّن من خلالها ورود عرضان من مؤسستي **** و ** ، وقامت لجنة التقييم بترتيبهما ترتيبا تصاعديا وكانت النتائج على النحو التالي:

العارض	السعر المقترح للألف عود بالدينار واصل الوكالة او المصنع		الترتيب
	دون إعتبار الأداءات	بإعتبار الأداءات	
***	10.897	12.858	1
***	11.650	13.747	2

وحيث قامت لجنة التقييم على إثر ذلك بفحص العرض الفني لمؤسسة *** صاحبة العرض المالي الأقل ثمنا وثبتت إستجابته للخاصيات الفنية المطلوبة.

وحيث إعتبرت لجنة التقييم اسعار مؤسسة *** المزمع التعاقد معها للتزوّد بأعواد الفلتر مقبولة رغم الإنخفاض المسجّل بينها وبين آخر سعر شراء لنفس المادّة والمقدّر بـ 5,24 %.

وحيث وبالنظر لتطابق الخاصيات الفنية المقدمة من قبل مؤسسة *** مع الخاصيات الفنية المطلوبة ومقبوليّة الأسعار المعروضة من هذه الاخيرة اقترحت لجنة التقييم التعاقد مع مؤسسه سموكفيل لتزويد الوكالة الوطنية للتبغ والوقيد ومصنع التبغ بالقيروان بأعواد الفيلتر.

ب.عن الممارسات المثارة:

حيث تمسّكت المدّعية بأنّها شاركت في طلب العروض الدولي عدد 2016/16 الذي تقدّمت به الوكالة ****** لإقتناء أعواد الفيلتر، وتبيّن أنّ الأسعار المعتمدة من شركة " *** " الفائزة بالصفقة كانت مفرطة الانخفاض ولا تغطّي تكلفة المواد المطلوبة، وهو ما يعدّ إخلالا بالمنافسة على معنى الفصل 5 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث اعتبرت المدّعية أنّ إقصاءها من السوق ألحق بها ضررا فادحا قد يعرّضها للإفلاس وإحالة العاملين لديها على البطالة.

وحيث إقتضى التحقيق في الوقائع المعروضة على المجلس مقارنة العروض الماليّة الخاصّة بالصفقة ثم مقارنتها بالأسعار التي اقتنت بها الوكالة ******** نفس المواد في السنة السّابقة، لإعتبارها أسعارا مرجعيّة لتقدير مقبوليّة الأسعار المقدّمة من طرف العارضين.

وحيث أفضت المقارنة، بالاعتماد على ما وقع تضمينه بملف الفرز المالي الخاص بطلب العروض عدد 2016/16 والمضمّن لدى مجلس المنافسة تحت عدد 873 بتاريخ 18 أكتوبر 2016، إلى ملاحظة أنّ العرض المالي المقدّم من شركة *** أقلّ من العرض المقدّم من شركة **** بنسبة 6,46 %، وقد بلغ الفارق في الأسعار بين عرض شركة *** الذي فازت به بالصفقة موضوع الدّعوى وأسعار الشراء للسنة الفارطة نسبة 5,24- %.

وحيث يبرز كذلك من الوثائق المضمّنة بملف القضيّة أنّ تكلفة المواد المستوردة هي الأعلى، إذ تقدّر بنسبة 75% من جملة الصّفقة، بما يجعل سعر هذه المواد هو المحدّد الرّئيسي لقيمة العرض المالي.

وحيث يتبيّن من جملة الوثائق المقدّمة من شركة *** أنّ سعر الشراء لمادّة " mèche d'acétate de cellulose" والتي تمثل المادّة الأساسيّة حسب إفادات جميع الأطراف يقدّر بـ 4,84 دولار للكيلوغرام الواحد حسب العقد المضمّن بأوراق القضيّة.

وحيث ثبت من واردات الشركتين لنفس المادّة حسب المعطيات التي وفّرتها وزارة التجارة أنّ الأسعار في منحى تنازلي عند العارضين عند إحتساب الأسعار بالدولار –رغم الإنخفاض المتواصل لقيمة الدينار أمام الدولار.

وحيث إقتنت شركة *** في سنة 2017 مادّة "mèche d'acétate de cellulose" بسعر تنافسي جرّاء حصولها على تخفيضات مهمّة، وهو ما جعلها تقدّم عرضا أفضل من منافستها عند مشاركتها في طلب العروض موضوع الدّعوى.

وحيث استقرّ عمل مجلس المنافسة على اعتبار أنّ الأسعار مفرطة الانخفاض هي تلك التّي لا تنعكس فيها مقوّمات السّعر الحقيقي الذّي يجب أن يشتمل على الكلفة القارّة والكلفة المتغيّرة

وهامش الرّبح والتّي من شأنها أن تؤول إلى إزاحة المنافسين، وأن تفضي إلى تعطيل قواعد المنافسة في السّوق.

وحيث أنّ إثبات الأسعار المفرطة الانخفاض يتوقّف على توفّر شرطين متلازمين يتمثّلان في عدم تغطية مستوى الأسعار لكلفة الإنتاج أو التّحويل أو التّسويق، بالإضافة إلى نيّة إقصاء واستبعاد المنافسين أو المنتوجات المنافسة.

وحيث لم يثبت في دعوى الحال توفّر هذين الشرطين في جانب المدّعى عليها الأولى بما ينفي عنها إرتكاب ممارسات مخلّة بالمنافسة في إطار فوزها بالصفقة العمومية عدد 2016/16 والخا□ة بالتزوّد بأعواد الفلتر، وجاءت الدّعوى الرّامية إلى تتبّعها وبقيّة المدّعى عليهم غير مستندة إلى ما يؤسّسها واقعا وقانونا.

ولهذه الأسباب:

قرّر المجلس: رفض الدّعوى أصلا.

و□دد هذا القرار عن الدّائرة القضائية الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السّيد رضا بن محمود وعضوية السّادة والسّيدة محمّد العيادي وفتحيّة بن حمّاد والخموسي بوعبيدي ومحمّد شكري بن رجب.

وتلي علنا بجلسة يوم 25 جوان 2020 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزيتوني.

الرّئيس	**كاتبة الجلسة**
رضا بن محمود	**يمينة الزيتوني**