الجمهورية التونسية
الحمد لله
مجلس المنافسة
القضية الاستعجالية عدد : 173051
تاريخ القرار : 25 ماي 2017

قرار استعجالي

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين :

الطالبة: شركة فنّيات ومضخات الهواء وتوابعها في شخص ممثّلها القانوني، نائبها الأستاذ منير البكوش الكائن مكتبه بعمارة النرجس، الشقة5/8، شارع اليابان، منبليزير،تونس.

من جهة،

المطلوبة: الشركة الوطنية لتوزيع المحروقات "عجيل" في شخص ممثّلها القانوني، نائبهاالأستاذ محمد الهادي الأخوة الكائن مكتبه بنهج الدكتور كلمات، ميتوالفيل،تونس.

من جهة أخرى،

بعد الإطّلاع على المطلب الإستعجالي المقدّم من طرف نائب شركة فنّيات ومضخات الهواء وتوابعها بخصوص تعليق وإيقاف طلب العروض عدد 30 لسنة 2016 المتعلّق بإقتناء 150 مضخة توزيع محروقات مع 262 آلة دفع إلكتروني.

وأفاد نائب الطالبة أنّ المطلوبة، وعلى الرغم من التشكيات والنقائص التي أحاطت بالصفقة عدد 36 لسنة 2014 والمتعلّقة كذلك باقتناء وتركيز 477 مضخة توزيع محروقات مع

243 آلة دفع إلكتروني، قد أعلنت عن طلب عروض دولي جديد يتضمّن نفس النقائص والشوائب التي تخلّ بمبادئ المنافسة داخله.

وتمثّلت أول مطاعن نائب الطالبة في تعمّد المطلوبة عدم تقسيط الصفقة العمومية سعيا لتوجيهها في تعارض واضح مع أحكام الفصل 16 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية. واعتبر نائب الطالبة أنّ طبيعة الصفقة تفرض على المطلوبة تقسيطها إلى جزئين، إذ لا يوجد مصنّع واحد يقوم في نفس الوقت بصنع مضخات توزيع المحروقات وآلات الدفع الإلكتروني. كما رأى أنّ قراءة الفصل 16 المذكور سلفا تلزم كلّ مشتري عمومي على التقسيط الطلب العمومي كلما كان ذلك حافزا على مشاركة المؤسسات الوطنية أو مدّرا لفوائد مالية وفنيّة أو اجتماعية وهو ما تجاهلته المطلوبة رغم لفت نظرها لهاته المسألة.

وأضاف نائب الطالبة أنّ الصفقة على حالتها هذه تفرض على مصنّع المضخات الفائز بها اللجوء إلى المناولة لاقتناء آلات الدفع الإلكتروني وتركيبها وتشغيلها وصيانتها بما ينعكس سلبا على المشتري العمومي الذي يتحمّل مصاريف إضافية قد تصلّ إلى 1000 دينار عن الآلة الواحدة وهو ما ينافي مبادئ الحوكمة الرشيدة والشفافية والتصرف في المال العمومي. فضلا على ذلك اعتبر نائب الطالبة أنّ المشتري العمومي في هاته الوضعية سيواجه كذلك مشاكل تقنية وفنّية عند تنفيذ الصفقة خاصّة وأنّه قد وقع اقصاء كلّ مصنعي المضخات باستثناء مشاركين إثنين تحصلا حديثا على مصادقة الوكالة الوطنية للمترولوجيا.

وفي مطعن ثان، عاب نائب الطالبة على المطلوبة تعمّدها اللجوء إلى المناولة بمقولة عدم وجود مصنع واحد لآلات الدفع البنكية والمضخات رغم علمها بذلك مسبقا حين قرّرت عدم تقسيط الصفقة. كما اعتبر أنّ إقدام المطلوبة على عدم تقسيط الصفقة وهو إجراء يهدف إلى إقصاء عدد من المشاركين بالصفقة رغم استحالة وجود مصنع واحد يستجيب لأحكام كرّاس الشروط، إذ أكّد أنّ الفائز بالصفقة سوف يلجئ لزوما عند التنفيذ إلى المناولة بما يخالف الفصل 88 من الأمر المنظّم للصفقات العمومية .

كما نعى نائب الطالبة توجيه المطلوبة لطلب العروض نحو مشارك محدّد وذلك من خلال اعتمادها على كرّاس الشروط الفنيّة والتي نصّت على ضرورة اعتماد

تقنيّة "mesureur a vis" كتقنية قيس لكميّة المحروقات في حين أنّ التقنية المستعملة في تونس وفي أغلب دول العالم هي "mesureur à piston".

واعتبر نائب الطالبة أنّ التنصيص على هذه التقنية الجديدة وغير المعتمدة سابقا وأن يكون المشارك قد تلقى تكوينا من قبل المصنّع الذي يمثّله وأن تكون له خبرة فنّية لا تقلّ عن 3 سنوات، في حين أنّها لم تدخل بعد إلى السوق التونسية ولا تستعملها أي من شركات التوزيع.

وأبرز نائب الطالبة أنّ التنصيص على ضرورة توفير تقنية"mesureur à vis"عوض عن تقنية "mesureur à piston" ماهو إلا تنصيص توجيهي وإقصائي خاصّة وأنّ الوكالة الوطنية للمترولوجيا القانونية قد أصدرت رأيا فنّيا واضحا وصريحا يقرّ بأنّ لكلا التقنيتين نفس الدقّة (0.5 لتر)، وبالتالي يصبح هذا التنصيص من الناحية الفنيّة غير مبرّر.

كما لفت نائب الطالبة نظر المجلس إلى أنّ اعتماد آجال قصيرة نسبيا، 180 يوم لاقتناء 477 مضخة توزيع محروقات و 568 آلة دفع إلكتروني ، يعكس حصول اتّفاق مسبق على اعتماد المناولة بالتعاقد مع طرف آخر في القسم المتعلّق بتركيب وتشغيل آلات الدفع الإلكتروني.

وفضلا عن ذلك اعتبر نائب الطالبة أنّ المطلوبة قد خرقت أحكام الفصل 5 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار وذلك بـ:

- وضع شروط فنّية إقصائية لا مبرّر لها بما يحدّ من دخول المشاركين إلى السوق المرجعية.
- تحديد علامة تجارية بطلب العروض بما يشكل توجيها صريحا للصفقة.
- انعدام تكافئ الفرص.

وعلاوة على ما نعاه سلفا طلب نائب الطالبة من المجلس القضاء بتعليق وإيقاف تنفيذ اجراءات طلب العروض المتظلم منه بصفة مستعجلة نظرا:

- لأنّ آخر أجل لقبول العروض وفتحها حدّد بتاريخ 5 أفريل 2017، لذا فإنّ فتح العروض وإسناد الصفقة يحول دون تفادي الضرّر المتأتي من تنفيذ الصفقة.

- لإعادة اعتماد نفس كرّاس الشروط الخاصّة بطلب العروض عدد 36 لسنة 2014 رغم ما شابها من عيوب مخلّة بالمنافسة مثل ذكر علامة تجارية والتنصيص على مواصفات تقنية بعينها وقبول وثائق محرّرة بالانجليزية.
- لعدم إدراج قطع الغيار اللازمة لصيانة المضخات وآلات الدفع الإلكتروني ضمن كرّاس الشروط رغم أنّها ألزمت الفائز بالصفقة بخدمات ما بعد البيع لمدة 10 سنوات.
- لاعتماد آجال قصيرة لتقديم العروض وهي نفس الآجال التي اعتمدت خلال طلب العروض عدد 36 لسنة 2014 وذلك رغم أهمية الصفقة الحالية.
- لضرورة التدخّل لمنع إهدار المال عام والمحافظة عليه خاصّة وأنّ المدّعية قد رفعت قضية جزائية في اهدار المال العام لدى السيد وكيل الجمهورية بتونس الذي أحال الملف إلى الفرقة الاقتصادية للقيام بالأبحاث الازمة.

وبعد الإطّلاع على ردّ الممثّل القانوني للشركة الوطنية لتوزيع المحروقات "عجيل" المرسّم بكتابة المجلس تحت عدد 229 بتاريخ 18 أفريل 2017 والذي جاء فيه أنّ منوبته قد بدأت منذ سنة 2011 ومسايرة منها للتطور التكنولوجي في تركيز مضخات توزيع محروقات مزوّدة بمنظومة دفع إلكتروني والتي تمّ اسناد الصفقة الأولى للطالبة شركة فنيات مضخات الهواء وتوابعها بصفتها الممثل لشركة"MEPSAN" التركية. وأضاف أنّها قرّرت خلال سنة 2013 التعاقد مع شركة "ALIANCE" لتوفير منظومة متكاملة نظرا لعديد المشاكل التقنية والمالية التي شهدتها الصفقة الأولى.

وأوضح نائب المطلوبة أنّ منوبته أسندت طلب العروض عدد 36 لسنة 2014 لشركة "SOTEP-DRESSER-WAYNE" صاحبة أفضل عرض مالي وفنّي والذي حظي بموافقة الهيئة العليا للطلب العمومي التي رفضت تظلّم الطالبة لعدم وجاهة مطاعنها. كما أكّد أنّ تنفيذ الصفقة تمّ في ظروف حسنة وأنّ الشركة تستعد خلال شهر جوان 2017 للقبول الوقتي للمضخات المندمجة.

فضلا عن ذلك اعتبر نائب المطلوبة أنّ الطلب الراهن في غير طريقه لا من الناحية الواقعية ولا من الناحية القانونية، إذ سبق للطالبة أن أثارت نفس المطاعن التي سبق لهيئة

متابعة ومراجعة الطلب العمومي وهيئة التدقيق في الصفقات العمومية أن أيدت توجه منوبته لاعتماد تقنية "mesureur à vis".

ونفى نائب المطلوبة ما نعته الطالبة من تعمّد منوّبته عدم تقسيط الصفقة بغاية توجيهها ومخالفة أحكام الفصل 16 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المتعلّق بالصفقات العمومية.واعتبر أنّها قد قامت قبل الاعلان عن طلب العروض بتحديد حاجيتها حسب مخرجات دراسة شاملة للسوق قام بها مكتب دراسات مختص، والذي حرص على الضغط على المصاريف ومراعاة هاجس تعصير المرفق العمومي بمواكبة التطوّر التكنولوجي وتلبية حاجيات الحرفاء.وأضاف كذلك أنّ سلامة طلب العروض ومطابقته للأمر المنظّم للصفقات العمومية يتأكّد من خلال مصادقة مختلف هيئات المراقبة والمراجعة التي ترجع بالنظر للهيئة العليا للطلب العمومي عليه.

وشدّد نائب المطلوبة على أنّ طلب العروض موضوع الطلب الراهن يعدّ ناجعا ويقلص من التكلفة، وبالتالي فإنّ القول بوجوب تقسيطه غير مقبول لا من الناحية القانونية ولا من الناحية الاقتصادية لاعتباره وحدة اقتصادية متكاملة غير قابل للتقسيط، إذ أنّ تكليف شركة بإقتناء آلات الدفع الإلكتروني ثمّ تكليف شركة أخرى بتركيبها وتشغيلها يؤدي حتما إلى إرهاق المشتري العمومي بمصاريف إضافية خاصّة وأنّه يتوّفر بالسوق العرض الذي يوفر الحلّ المتكامل.

وفي ردّه عن المأخذ الزاعم بتعمّد منوّبته اللجوء إلى المناولة لاستحالة وجود مصنع لآلات توزيع المحروقات المزوّدة بمنظومة الدفع الإلكتروني، اعتبر نائب المطلوبة أنّ هذا القول غير واقعي وغير سليم بدليل مشاركة ثلاث (3) شركات عالمية بطلب العروض عدد 36 لسنة 2014.كما لاحظ أنّ منوّبته قد قامت قبل اطلاق طلب العروض بدراسة للسوق تأكّدت إثرها من وجود عرض يوفر التكنولوجيا المطلوبة. ولفت نائب المطلوبة نظر المجلس إلى أنّ طلب العروض السابق قد تمّ دون اللجوء إلى المناولة والتي يخولها الفصل 88 من الأمر المنظّم للصفقات.

ونفى نائب المطلوبة وجود رغبة في توجيه الطلب العمومي من خلال التنصيص على تقنية "mesureur à vis". واعتبر أنّ هذا التنصيص يندرج في إطار مواكبة التطور

التكنولوجي على الصعيد العالمي ولنجاعة وتفوق هاته التقنية على تقنية "mesureur à piston". وفي هذا الصدد، بيّن أنّ تقنية "mesureur à vis" تتميّز مكوناتها بالنجاعة والفاعلية من حيث خلوّها من مادة البلاستيك واستعمال مادة الصلب ما يجعلها لا تتأثر بنوعية المحروقات وكذلك من حيث تكوّن العداد من احدى عشر(11) قطعة أساسية فقط ما يمكّن من التحكم في مصاريف الصيانة بالإضافة إلى تقليص هامش الخطأ من 5 لتر/1000 لتر إلى 2 لتر/1000لتر.

واعتبر نائب المطلوبة كذلك أنّ إدعاء خرق أحكام قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار مجانب للواقع بدليل أنّ هياكل الرقابة التابعة للهيئة العليا للطلب العمومي سبق أن أكدّت بمناسبة تظلّم شركة فنيات مضخات الهواء وتوابعها أو بمناسبة عمليات التدقيق في إجراءات الصفقة عدد 36 لسنة 2014 صحّة الإجراءات المتّبعة.

وبيّن نائب المطلوبة أنّ منوبته احترمت قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار بدليل فتح طلب العروض موضوع الطلب الاستعجالي الراهن للمنافسة أمام جميع الراغبين وهو ما تحقق بمشاركة ثلاث (3) شركات عالمية .

وانتهى نائب المطلوبة إلى اعتبار أنّ المبرّرات التي تمسكت بها الطالبة لطلب تعليق وإيقاف تنفيذ طلب العروض الدولي عدد 30 لسنة 2016 مجانبة للواقع وواهية وغير جدية. واعتبر أنّه وبعكس ما دفعت به الطالبة من معاينات ميدانية، فإنّ تنفيذ طلب العروض عدد 36 لسنة 2014 يتمّ بشكل جيد ومطابق لكرّاس الشروط. وفي نفس السياق لاحظ أنّ جميع الوثائق التي تلقتها منوبته قد وردت باللغة الفرنسية ومبرّرا طلبها لقائمة في أثمان قطع الغيار بحرصها على تحديد دقيق للاستثمارات الواجب تخصيصها ولضمان توفرّ قطاع الغيار اللازمة لمعالجة الأعطال أو للصيانة ولتلافي الصعوبات التي سبق أن واجهتها بالصفقة عدد 29 لسنة 2011 التي فازت بها الطالبة.

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

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

وبعد الإطّلاع على بقيّة الوثائق المظروفة بملف القضيّة.

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء الأطراف بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 18 ماي 2017، وبها تلى المقرّر السيّد الحبيب الصيد ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث،حضر الأستاذ منير البكوش نيابة عن الشركة الطالبة "شركة فنيات ومضخات الهواء" ورافع في ضوء ما تضمنته عريضة الدعوى مؤكدا على تعمّد المطلوبة خرق أحكام الفصل 16 و88 من الأمر المتعلّق بالصفقات العمومية وبتضمّن كرّاس الشروط لفصول إقصائية تتعارض مع مبدأ الحرّية وتكافئ الفرص والمنافسة طالبا بذلك الحكم وفق الطلبات.

وحضر الأستاذ محمد الهادي الأخوة نيابة عن المطلوبة شركة "عجيل"، ورافع في ضوء تقاريره المقدّمة في الردّ على العريضة مؤكدا بصفة أصلية على أنّ الطلبات تخرج عن دائرة نظر مجلس المنافسة، وبصفة احتياطيّة على صحّة اجراءات الصفقة الهادفة إلى تحسين جودة الخدمات المقدّمة لحرفائها، ضرورة أنّ الهيئة العليا للصفقات قد أيدّت هذه الاجراءات.

وتلّت مندوب الحكومة السيدة كريمة الهمامي ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملف.

إثر ذلك قرّر المجلس حجز القضيّة للمفاوضة والتصريح بالحكم بجلسة يوم 25 ماي 2017.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرّح بما يلي:

من جهة الشّكل:

حيث يهدف المطلب الراهن استعجاليا إلى إيقاف تنفيذ طلب العروض العالمي عدد 30 لسنة 2016 المتعلّق باقتناء وتركيز مضخات توزيع محروقات بمحطات شركة "عجيل" إلى حين البتّ في أصل النّزاع.

وحيث استقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة على أن لا تقبل الطّلبات المتعلّقة باتّخاذ الوسائل التحفظيّة إلاّ في نطاق قضيّة سابقة النّشر.

وحيث سبق لنائب الطالبة بتاريخ 30 مارس 2017 القيام أمام المجلس بدعوى في الأصل رسّمت بكتابة مجلس المنافسة تحت عدد 171452.

وحيث يكون بذلك هذا المطلب حريّا بالقبول من هذه الناحية.

من جهة المطلب:

حيث يرمي المطلب الراهن إلى الإذن استعجاليّا بإيقاف تنفيذ طلب العروض العالمي عدد 30 لسنة 2016 المتعلّق باقتناء وتركيز مضخات توزيع محروقات بمحطات شركة "عجيل" إلى حين البتّ في أصل النّزاع.

وحيث تعيب العارضة على الجهة المطلوبة مخالفة أحكام الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية وذلك بتعمّدها عدم تقسيط الصفقة العمومية سعيا لتوجيهها واللجوء إلى المناولة لعدم وجود مصنع واحد لآلات الدفع البنكية والمضخات معا فضلا عن الإخلال بقانون إعادة المنافسة والأسعار من خلال توجيه طلب العروض.

وحيث تنصّ الفقرة 8 من الفصل 15 من القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار على أنّه "وفي صورة التأكّد، يمكن لمجلس المنافسة في أجل ثلاثين يوما أن يأذن وبعد سماع الأطراف ومندوب الحكومة باتّخاذ الوسائل التحفّظية اللاّزمة التي من شأنها تفادي حصول ضرر محدق لا يمكن تداركه ويمسّ بالمصلحة الاقتصادية العامّة أو بالقطاعات المعنيّة أو بمصلحة المستهلك أو بمصلحة أحد الأطراف، وذلك إلى حين البتّ في أصل النّزاع".

وحيث من المستقرّ أنّ الإذن باتخاذ الوسائل الوقتية لا يجب أن يؤول بأي حال إلى المساس بأصل النزاع وأن تكون هذه الوسائل 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 العاجلة لحفظه من التّلاشي.

وحيث أنّ البتّ في الطلب المعروض يستدعي إجراء أعمال استقصائية والرجوع إلى الملف الكامل للصفقة من قبل المجلس من بينها التدقيق في المواصفات التقنية واستجلاء وجود إخلال من خلال توجيه طلب العروض، والبحث في توّفر قرائن جدّية تؤكّد وجود تواطؤ بين المطلوبة مع أحد المشاركين بطلب العروض، وهي مسائل تخرج بطبيعتها عن نظر قاضي المسائل المستعجلة.

وحيث فضلا عن ذلك لم يتبيّن للمجلس، بعد دراسة المؤيّدات المظروفة بالملفّ الإستعجالي الراهن، توّفر الشروط الأساسيّة لاتّخاذ الوسائل التحفظيّة والمتمثّلة أساسا في حالة التأكّد والضرر المحدق الغير قابل للتدارك.

ولهذه الأسباب:

قرّر المجلس: رفض المطلب.

وصدر هذا القرار عن الدائرة القضائيّة الثانية لمجلس المنافسة برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضويّة السيّدات والسادّة عمر التونكتي وماجدة بن جعفر وريم بوزيان وخالد السلامي.

وتلي علنا بجلسة يوم 25 ماي 2017 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزّيتوني.

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