الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية عدد 161423

تاريخ القرار : 12 أفريل 2018

قـرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التّالي بين:

المدعيّة: شركة ، نائبها الأستاذ

، الكائن مقرّه

من جهة،

والمدّعى عليها: شركة في شخص ممثلها القانوني

الكائن مقرّها الإجتماعي .

من جهة أخرى

بعد الإطلاع على عريضة الدعوى المقدّمة من الممثل القانوني للمدعيّة والتي جاء فيها بالخصوص أنّ نشاطها يتمثل في تقديم خدمات التموين لذلك فهي تحرص على متابعة جميع العروض المتعلّقة بهذا النشاط وتبيّن لها أن لها أنّ شركة

متعاقدة مع شركة منذ سنة 2002 بخصوص خدمات التموين وأنّها لم تتوّل تقديم عروض جديدة منذ ذلك التاريخ.

وقد اعتبرت المدعيّة أنّ هذا الأمر يعتبر خرقا واضحا وانتهاكا صارخا لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص أمام الطلب العمومي وشفافية الإجراءات وعلى هذا الأساس تطلب المدعيّة التدّخل لأخذ الإجراءات اللازمة للقضاء على مثل هذه التجاوزات.

وبعد الإطلاع على تقرير الرّد على عريضة الدعوى المقدّم من الممثل القانوني لشركة والمرّسم بكتابة مجلس المنافسة بتاريخ 27 ماي 2016 بالخصوص ما يلي:

- إنّ مؤسسة تتمتع بصفة مقاول عام للأشغال لحساب الشريكين و مالكي إمتياز استغلال حقل عشتروت البترولي بالتناصف 50/50 و يشكلان تبعا لذلك عضوية مجلس إدارة وعليه فإنّ كلّ قرارات الاستثمار أو التعاقد تستوجب حتما موافقة الشريكين ممّولي كلّ الدفوعات.
- إنّ تعاقد شركة مع شركة " " لم يكن مبنيا على عرض واحد بل كان نتيجة طلب عروض تمّ نشره في الصحف وقد أبرم العقد مع شركة " " لمدّة سنة قابلة للتّجديد علما وأنّ المزوّد وقع اختياره بصفته الأوّل في ترتيب العروض وقد استطاع أن يبرهن خلال فترة التعاقد على حرفيّة كبيرة وتأقلم كامل مع المتطلبات الخصوصيّة لهذه الخدمات التي تستوجب:

*التقيّد الكلّي بتطبيق المعايير والقواعد المتعلّقة بحفظ الصّحة والسّلامة وحماية المحيط والجودة وبلوغها كلّ مؤشرات الأداء الرئيسية

*الخبرة الطويلة في المجال وإسداء مثل هذه الخدمات بمنشآت نفطيّة خاصّة في عرض البحر وتلاؤمه مع المحيط.

*الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصّة للمنتفعين بهذه الخدمات بما أنهم يعملون بمنشآت بحرية منعزلة عن اليابسة(70كلم عن سواحل صفاقس).

لذلك و نظرا لخصوصيّة المكان ومحيط العمل (أساليب وتجهيزات ذات خطورة)، فإنّ شركة " " تتحمل مصاريف باهظة للتكوين في مراكز مختصّة في مجال الطوارئ والسلامة البحرية والوقاية من المخاطر لفائدة أعوانها وأعوان كلّ الشركات المتعاقدة والتي تسدي خدماتها على مستوى المنشأة البحرية مثل المبادئ الأساسيّة للسلامة والطوارئ في البحر والنجدة أثناء الهبوط الاضطراري للطائرة العمودية في البحر.

كما أنّ خدمات التّموين للمنصّة البحريّة بحقل عشتروت لفائدة أكثر من 250 شخصا يوميّا تكتسي صبغة اجتماعيّة كبرى وتستقطب اهتمام الطّرف النّقابي بصفة خاصّة ويرتقي كلّ خلل في جودة الخدمات المسداة لفائدة العاملين في عزلة عن اليابسة إلى مرتبة الخطر الجسيم الذي لا يمكن تحمله في أية حال من الأحوال وقد يؤدي إجلاء كلّ المصابين وإيقاف العمل بالمنشأة الشيء الذي يضرّ بالمصلحة الوطنيّة ومصلحة الشركاء إضافة إلى تدهور الوضع الاجتماعي بالمؤسسة.

لذلك وبناء على ما سبق بيانه نظرا لما سبق فإنّ مصلحة سيربت وشركاؤها و تقتضي المحافظة على استمرارية خدمات نفس المزود في إطار احترام الإجراءات القانونيّة التي تنطبق على المؤسسة ولتجنب تحمل مصاريف إضافيّة لإعادة التكوين والرسكلة ومجابهة إشكالات اجتماعيّة سلبية.

هذا أنّ شركة " " تولت سنة 2011 تنظيم استشارة لتلبية حاجيات إضافية، إلا أنّ تلك الاستشارة لم تشمل المدعيّة شركة

لأنّها لم تكن أنشأت بعد علما وأنّ تاريخ إحداثها هو ماي 2012.

كما أنّ شركة تعتمد في نشاطها دليل إجراءات ينصّ على كيفيّة تنظيم عمليّة الشّراء والإجراءات الواجب إتّباعها عند التزوّد بالمواد والخدمات مع الحرص على أن تخضع شراءات وصفقات الشركة إلى المبادئ المتعلّقة بضرورة احترام المنافسة وضمان المساواة والشفافية بين العارضين.

وبعد الإطلاع على ما يفيد توجيه تقرير ختم الأبحاث إلى طرفي النّزاع وإلى مندوب الحكومة.

وبعد الإطلاع على تقرير ردّ الممثل القانوني لشركة

على تقرير ختم الأبحاث المرسم بكتابة

المجلس بتاريخ 16 مارس 2018 والمتضمن ما يلي:

- إنّ القول بأنّ شركة هي الوحيدة القادرة على إنجاز الخدمات المذكورة في عقد الصفقة فيه مسّ من قدرات بقيّة الشركات المنافسة والتقليل من قيمة الخدمات التي تقدّمها خاصّة وأنّ المدّعى عليها شركة لم تتعاقد إلا مع شركة واحدة لعدّة سنوات دون فتح المجال لبقيّة الشركات ومن ثمّ الحكم على جودة خدماتها.

- إنّ التعاقد بين المدّعى عليها وشركة " " تواصل لما يقارب الستة عشر عاما وهي مدّة طويلة جدا فيها حدّ من المنافسة الحرّة وفيها تمييز لشركة على بقيّة الشركات.

- أنّ شركة ا رغم حداثة عهدها تتميّز بجودة خدماتها وهذا يتضح خاصّة من خلال العقود المتعدّدة التي أبرمتها مع مجموعة من الشركات نذكر منها:

-
-
-
-

وبعد الإطلاع على ردّ الأستاذ نائب المدعية شركة

على تقرير ختم الأبحاث المرسم بكتابة

المجلس بتاريخ 02 أفريل 2018 والمتضمّن ما يلي:

- أنّ المعاملات بين المدّعى عليها وشركة " " المتعاقد معها بدأت منذ سنة 2000 إلى حدّ اليوم وهي مدّة تزيد عن الثمانية عشر سنة وهو أمر مثير للشك حول طبيعة هاته العلاقة وكيفية ارساءها وإبرام العقود المتعلّقة بها.
- أنّ المدّعى عليها ركزت في تقرير ردّها على أن الشركة المتعاقد معها لها من الإمكانيات والمعدات والتأهيل لممارسة هذا النشاط وهو أمر مردود عليها خاصّة وأنّها لم تقم بإبرام أي صفقة مع غيرها وبالتالي فإنّه لا يمكنها أن تحكم على باقي الشركات المنافسة وعلى مدى حرفيتها.
- أنّ تجديد العقد المبرم بين المدّعى عليها وشركة " " ضمنيا لمدّة سنة ومراجعة الأسعار دون اللجوء إلى طلب عروض جديدة أمر يثير الريبة.
- أنّ ما أقدّمت عليه المدعى عليها يدخل ضمن مقتضيات أحكام الفصل الخامس من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 الذي ورد فيه:" ويمنع أيضا الاستغلال المفرط لمركز هيمنة على السّوق الداخلية أو على جزء منها أو لوضعية تبعية اقتصادية يوجد فيها أحدّ الحرفاء أو المزودين ممن لا تتوفر لهم حلول بديلة للتسوق أو التزود أو إسداء الخدمات" وكذلك أحكام الفصل السادس من نفس القانون الذي ورد به:" الإقصاء التامّ للمنافسة في السّوق المعنيّة أو في جزء منها."
- أنّ المدعيّة لا تنكر أنّها لم تبدأ نشاطها إلا في سنة 2012 وأنّها كانت ساعية منذ بداية النشاط إلى الحصول على الصفقات ولكن مثل هاته الممارسات من شأنّها أن تمنعها من اقتحام أسواق التموين.

وبعد الإطلاع على ردّ الأستاذ نائب المدّعى عليها شركة « » على تقرير ختم الأبحاث المرسم بكتابة المجلس بتاريخ 26 مارس 2018 والمتضمّن ما يلي:

- أنّ لا جدال في أنّ الدولة التونسيّة ممثلّة في الشركة لا تملك الأسهم الكافية لتجعل من الشركة المدّعى عليها شخصا من أشخاص القانون العام.
- إنّ التقيّد بنظام الصفقات العموميّة طبق الشروط المنصوص عليها بالقانون الإداري والتي تستوجب اختيار أفضل العروض بعد إجراء مناقصة قانونية لا تشمل المدعى عليها لا من قريب ولا من بعيد، لعدم خضوعها لأحكام القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في 1 فيفري 1989 والمتعلّق بالمنشآت العموميّة و رغم الامتياز الذي تتمتع به فهي التزمت بهذا النظام من خلال فتح وتقديم عروض للتعاقد مع الشركة الأكثر تلاؤما مع حاجيتها وتناسبا مع الأعباء الماليّة للشركة.

- أنّه بقطع النظر عن مدى التزام المدّعى عليها بنظام الصفقات العموميّة الذي يبقى أمرا اختيارا وليس مفروضا قانونا، بما تكون معه دعوى الحال غير مؤسسة واقعا وقانونا.

وبعد الإطلاع على ملاحظات مندوب الحكومة المرسم بكتابة المجلس بتاريخ 27 فيفري 2018 والمتضمن خاصّة ما يلي:

- أنّه ولئن احترمت المدّعى عليها المبادئ العامّة في مجال الصفقات العمومية من خلال تنظيم استشارة كانت أساسا لعلاقتها التعاقدية مع شركة سنة 2002 وتواصلت إلى غاية 2011 تاريخ إجراء استشارة جديدة تّم على إثرها الإبقاء على نفس الشركة التي قبلت بتجميد أسعارها لمدّة سنتين متتاليتين، فإنّ ما نتج عن الإجراءات المعتمدة يطرح إشكالا بخصوص طبيعة العلاقة التعاقدية الممتدّة لمدّة طويلة.
- علما وأنّ المبادئ المنظمة للصفقات العموميّة، يمكن من إبرام صفقات إطارية تهدف إلى تسديد حاجيات من نفس الطبيعة أو ذات طبيعة متكاملة ولها صبغة قارة ومتوقعة و لا يجب أن تتجاوز الصفقة الإطارية ثلاث سنوات أو خمسة سنوات استثنائيا.
- إنّ ما نتج عن الإجراءات من علاقة تعاقدية لا تستجيب لمفهوم عقد الصفقة وتبقى العلاقة التعاقدية مبنية على اتفاق طويل المدى يمنع ولمدّة طويلة من مشاركة منافسين في السّوق المعنيّة.

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في 1 فيفري 1989 والمتعلّق بالمنشآت العموميّة

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

وبعد الإطّلاع على الأمر عدد 2265 المؤرخ في 27 سبتمبر 2004 والمتعلّق بضبط قائمة المؤسسات العموميّة التي لا تكتسي صبغة إدارية والتي تعتبر منشأة عموميّة

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

وبعد الإطّلاع على الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصفقات العموميّة

وبعد الإطّلاع على ما يفيد استدعاء الأطراف بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 22 مارس 2018 وبها تلت المقرّرة السيّدة ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث وحضر الأستاذ وأعلن نيابته عن المدعية شركة وطلب التأخير في القضية للإدلاء بتقرير.

ولم يحضر من يمثل الشركة المدّعى عليها " " ووجه إليها الاستدعاء.

وتلت مندوب الحكومة السيّدة ملحوظاتها الكتابيّة المظروفة نسخة منها بالملف،

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم بجلسة يوم 12 أفريل 2018 .

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرّح بما يلي:

- من حيث الشكل

حيث قدّمت الدعوى في آجالها القانونية ممن له الصفة والمصلحة واستوفت بذلك جميع شروطها الشكليّة، لذا تعيّن قبولها من هذه النّاحية.

- من حيث الأصل

حيث تتعلّق السوق المرجعيّة في قضيّة الحال بسوق خدمات التموين الحقول والموانئ النفطية.

وحيث تتمثل الخدمات المقدّمة من شركات التموين لفائدة شركات النفط خاصّة في:

- الإقامة والإيواء والنظافة والمغاسل لسكن العاملين وأجنحة الضيوف بالمواقع النفطية

- خدمات المقاهي والأندية الرياضية والصالات الترفيهية بالمواقع النفطية

- تقديم المشروبات الباردة والساخنة والحلويات وإقامة الحفلات.

وحيث تتمثل أهمّ الشركات الناشطة في سوق خدمات تموين الحقول النفطيّة في كلّ من:

- شركة ز
- شركة
- شركة ب
- شركة
- الشركة

وحيث تتولى هذه الشركات تقديم خدمات حسب الطلب الذي يمكن أن تشمل الاحتفالات الدينية والوطنية والحفلات الخاصة بالشركات والمناسبات الاجتماعية.

وحيث لا تقتصر الخدمات المقدّمة من طرف شركات التموين فقط على المؤسسات البترولية، إذ ترتبط هذه الشركات عادة بعقود تزويد مع مؤسسات مثلا صحية وتعليمية كذلك مع شركات الطيران والشركات الناشطة في مجال التكنولوجيا.

و حيث تجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أنّ تطوّر سوق خدمات التموين الموجهة للشركات النفطيّة يرتبط خاصّة بتطور سندات المحروقات المرخص فيها.

وحيث تفيد عريضة الدعوى المقدّمة من شركة أنّ المدّعى عليها شركة تعاقدت منذ سنة 2002 مع "

" التي تتولى تأمين خدمات التموين الخاصّة بحقل عشتارت دون انقطاع .

وحيث اعتبرت المدعيّة أنّ هذا الأمر يعتبر خرقا واضحا وانتهاكا صارخا لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص أمام الطلب العمومي.

و حيث نصّ الفصل 3 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلّق بتنظيم الصفقات العموميّة على أنّ :" الصفقات العمومية هي عقود كتابية تبرم من قبل المشترين

العموميين بمقابل قصد إنجاز طلبات عمومية.

وحيث تعتبر طلبات عمومية إنجاز أشغال أو التزود بمواد أو إسداء خدمات أو إعداد دراسات.

وحيث يعتبر مشتريا عموميا على معنى هذا الأمر الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والمنشآت العمومية".

وحيث وفقا لما تقدّم فإنّ الطلبات العموميّة هي الطلبات الصادرة عن المشتري العمومي ، الأمر الذي يحلينا إلى البحث عن الطبيعة القانونية لشركة سيربت.

وحيث تفيد وثائق الملف أنّ المدعى عليها شركة خفية الإسم يبلغ قيمة رأسمالها 7.217.320,000 دينار تتوزع أسهم هذه الشركة مناصفة بين كلّ من :

- الشركة التي تمتلك 50% من أسهم شركة
- شركة التي تمتلك بدورها50% من أسهم شركة

وحيث بمقتضى قرار وزيرة الطاقة والمناجم والطاقات المتجدّدة المؤرخ في 14 جويلية 2017 والمتعلّق بالترخيص في إحالة كلية للحقوق والالتزامات في امتياز استغلال المواد المعدنية من المجمع الثاني الذي يعرف بامتياز الاستغلال " " تمّت الإحالة الكلية للحقوق والالتزامات التي تملكها شركة " " لفائدة شركة

.

وحيث تعتبر منشأة عموميّة وفقا للفصل 8 جديد من القانون عدد9 لسنة 1989 المؤرخ في 1 فيفري 1989 المتعلّق بالمساهمات والمنشآت العموميّة كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنّصوص اللاحقة:

- المؤسسات العموميّة التي لا تكتسي صبغة إدارية والتي تعتبر منشأت عموميّة والمدرجة بقائمة محدّدة بأمر
- الشركات التي تمتلك الدولة رأسمالها كليا
- الشركات التي تمتلك الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العموميّة أو الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها كليا أكثر من 50% من رأسمالها كلّ بمفرده أو بالإشتراك.

وحيث وفقا لهذا التعريف القانوني فإنّ شركة لا تمثل منشأة عموميّة على اعتبار أنّ مساهمات الشركة ا لا تتجاوز50% من رأسمالها، فضلا عن عدم إدراجها ضمن القائمة التي حدّدها الأمر عدد 2265 المؤرخ في 27 سبتمبر 2004 والمتعلّق بضبط قائمة المؤسسات العموميّة التي لا تكتسي صبغة إدارية والتي تعتبر منشأة عموميّة والنّصوص المنقحة له .

وحيث تتمثل المنشآت العمومية الناشطة في مجال الطاقة في كلّ من :

- الشركة
- الشركة
- الشركة
- الشركة
- المؤسسة
- الوكالة

وحيث بالنظر إلى طبيعة المساهمات العموميّة في تكوين رأس مال شركة سيبربت فإنّها تعتبر مؤسسة ذات أغلبية عموميّة و لا تخضع بالتالي لأحكام الأمر المنظم للصفقات العموميّة.

وحيث أنّ الطلبات الصادرة عن شركة " " لا تمثل والحال ما ذكر طلبات عموميّة.

وحيث من المستقر أنّه تخضع للمبادئ العامة المنظّمة للصّفقات العموميّة ولرقابة الهياكل المختصّة كل ذات معنوية تطبق القانون العام أو القانون الخاص تتولى إبرام صفقات لفائدة ذوات عمومية أو بواسطة أموال عمومية لتلبية حاجيات ذات مصلحة عامة.

وحيث أنّ شركة تعدّ مقاولا تعمل لفائدة المنشأة العموميّة شركة ، ومن ثمّ فإنّه يتوجب عليها احترام مقتضيات المنافسة وشفافية الإجراءات في ما يتعلّق بكلّ الطلبات التي تنظمها ومن بينها الطلبات ذات الصلّة بنزاع الحال والمتمثلّة في خدمات تموين الحقول النفطيّة.

و حيث دأب مجلس المنافسة في عمله على اعتبار أنّ تحديد مرجع نظره مرتبط بمدى تأثير العمل أو التصّرف المتنازع بشأنه على التّوازن العام للسّوق وحرّية المنافسة فيها، ذلك أنّ اختصاصه لا يكون قائما إلاّ متى كانت تلك الأعمال تندرج في إطار الممارسات المخلّة بالمنافسة على معنى الفصل 5 من القانون المتعلّق بتنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث تنطبق أحكام هذا الفصل على الأفعال والممارسات التّجارية بصرف النّظر عن طبيعة مرتكبيها وشكلهم القانوني لتشمل الأشخاص الطبيعيين والذّوات المعنوية من القطاع الخاصّ والعامّ وكذلك الذّوات العموميّة والاتّحادات المهنية والجمعيّات متى تدخّلت في النّشاط الاقتصادي.

وحيث تولت شركة التعاقد مع شركات التموين بهدف تمكين العملة البالغ عددهم 250 شخص والناشطين في المنصّة البحرية من ظروف عمل مريحة ومتطابقة مع التشريع.

وحيث تتمثل أهمّ الخدمات الفندقية التي تقدّمها شركة في تقديم وجبات الفطور والغذاء والعشاء، خدمات غسل الثياب وتقديم المشروبات حسب الطلب.

وحيث تعتمد شركة لاختيار مزود خدمات التموين على كراس شروط مصادق عليه من طرف لجنة الصفقات .

وحيث تولت شركة لتوفير هذه الخدمات التعاقد مع شركة "

وقد انطلقت هذه العلاقة التعاقدية بتاريخ 16 جوان 2000 ليتم تجديدها بشكل سنوي وفقا لما نصّت عليه مقتضيات الفصل 22 من العقد الرابط بين الطرفين.

وحيث ومنذ سنة 2002 تواصلت العلاقة التعاقدية دون انقطاع، إلا أنّه في سنة 2011 وفي إطار تلبية حاجيات إضافية تولت شركة تنظيم استشارة شملت شركة

وشركات أخرى منافسة لها دون أن تشمل الشركة المدعية اعتبارا وأنّ نشاطها في سوق خدمات التموين انطلق في شهر ماي من سنة 2012 كما هو مبيّن بسجلها التجاري.

وحيث أفضت هذه الإستشارة إلى الإبقاء على شركة التي قبلت بتجميد أسعارها لمدّة سنتين على التوالي في إطار مبادرة من شركة للضغط على المصاريف ومجابهة الارتفاع المشط في الأسعار منذ سنة 2011.

وحيث وفقا لما تقدّم فإنّ التصرفات التجارية التي أقدّمت عليها شركة تتوافق مع المبادئ العامة للصفقات كالدعوة إلى المنافسة و توفير لجنة تشرف على مباشرة واختيار العرض الذي يتوافق مع الشروط المنصوص عليها بكراس الشروط.

وحيث أنّ شركة سيربت ليست الشركة الوحيدة الناشطة بهذه السوق وهو الأمر الذي يخول لبقية شركات خدمات التموين ربط علاقات تعاقدية مع شركات أخرى مثل ما هو الحال بالنسبة للمدعيّة التي تمكنت رغم حداثة عهدها بالسوق من إبرام عقود مع شركة نفطية عالميّة "

" إلى جانب تعاقدها مع شركات تنشط في أسواق مختلفة كسوق تكنولوجيا الاتصالات مثلما أكدّته المدعيّة في تقارير ردّها.

وحيث يؤكد اقتحام المدعيّة سوق تموين الخدمات النفطيّة والتعاقد مع شركات عالميّة غياب حواجز فعليّة للدخول للسوق المعنيّة.

وحيث وفقا لما تقدّم فإنّ العلاقة التعاقدية الرابطة بين كلّ من شركة وشركة

ليس من شأنّها الحدّ من المنافسة داخل سوق تموين الخدمات النفطيّة ولا تهدّد تواجد واستمرارية نشاط الشركة المدعية.

– ولهذه الأسباب:

قرّر المجلس رفض الدعوى أصلا.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائية الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضوية السّادة محمد العيادي وعمر التونكتي ومعز العبيدي والسيّدة ريم بوزيان.

و تلي علنا بجلسة يوم 12 أفريل 2018 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزّيتوني.

الرئيس كاتبة الجلسة

رضا بن محمود يمينة الزيتوني