الجمهوريّة التّونسيّة **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضيّة عدد 131337

تاريخ القرار: 14 ديسمبر 2017

قـرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التّالي بين:

المدّعية : الوكالة في شخص ممثّلها القانوني، الكائن مقرّها الاجتماعي

،

من جهة،

والمدّعى عليهم :

- الشركة في شخص ممثّلها القانوني، نائبها الأستاذ ، الكائن مكتبه

،

- شركة في شخص ممثّلها القانوني، نائبها الأستاذ ، الكائن مكتبه

،

- شركة في شخص ممثّلها القانوني، الكائن مقرّها

،

من جهة أخرى.

بعد الاطّلاع على عريضة الدعوى المقدّمة من قبل الوكالة بتاريخ 3 أكتوبر 2013 تحت عدد 131337 والتي تشتكي فيها من قيام كلّ من شركة وشركة و شركة بالاتّفاق على تقاسم الأسواق أو مراكز التموين خلال الصفقة العموميّة موضوع طلب العروض الوطني عدد 2013/01 الذي قامت بإعلانه والمتعلّق باقتناء أكياس من الكرتون المستعملة في تعليب السجائر. وأشارت العارضة صلب دعواها إلى جملة من الوقائع والمعطيات التي تتلخّص في ما يلي:

- قيامها في مرحلة أولى بإعلان طلب العروض موضوع الدعوى غير مثمر بسبب رفض كلّ من شركة وشركة البند المتعلّق بإبرام صفقة إطاريّة لمدّة ثلاث سنوات متتالية خلافا لشركة التي وافقت على هذا البند؛
- قيامها في مرحلة ثانية بإعادة إجراءات الدعوة إلى المنافسة لنفس طلب العروض الذي تمّ إعلانه للمرّة الثانية غير مثمر نظرا لمشاركة عارض وحيد فيه وهي شركة ؛
- قيامها في مرحلة ثالثة بإعادة نفس إجراءات الدعوة إلى المنافسة والذي تمّ إعلانه كذلك غير مثمر نظرا لمشاركة عارض وحيد وهي شركة ؛
- قيامها في مرحلة رابعة باقتناء أكياس من الكرتون المستعملة في تعليب السجائر عن طريق طلبات التزوّد لدى شركة نظرا لأنّها المشارك الوحيد في الاستشارة الصادرة في الغرض.

وقد انتهت المدّعية إلى طلب تدخّل المجلس للقول بما يقتضيه القانون في الممارسات موضوع النزاع اعتمادا على أحكام النقطة 4 من الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار والمتعلّقة بتقاسم الأسواق أو مراكز التموين.

وبعد الاطّلاع على ردّ الممثّل القانوني لشركة المرسّم بكتابة المجلس تحت عدد 182 بتاريخ 28 أفريل 2014 والذي طلب فيه رفض الدعوى في الأصل استنادا إلى ما يلي:

- إنّ ملفّ الدعوى لم يتضمّن أيّ سند مكتوب أو غير مكتوب يفيد بوجود اتّفاق صريح بين المنوّبة وبقيّة الأطراف المشاركة في الصفقة موضوع قضيّة الحال؛
- إنّ ما نسب للشركة من تواطؤ وتحالف بمعيّة بقيّة المطلوبين لتقاسم الأسواق أو مراكز التموين لا يعدّ سوى مجرّد تشابه في الرؤيا واستراتيجيّات التصرّف وتقدير المخاطر مع المدّعى

عليها شركة من جهة واختلاف في وجهات النظر حول المخاطر وطريقة احتسابها مع المدّعى عليها شركة التي قبلت العرض؛

– إنّ ما نسب للشركة لا علاقة له بوجود اتّفاق ضمني بين الأطراف المدّعى عليها بل يرجع أساسا إلى عدم استعدادها لقبول شروط المشتري العمومي المتمثّلة في تقديم عرض للسنوات الثلاثة القادمة في حين أنّ ما هو مستقرّ حوله أنّ هذا الأخير يطلب عروضا سنويّة؛

– إنّ ما نسب للشركة نتيجة رفضها تقديم عرض للثلاث السنوات القادمة لا يعدو سوى موقف يحسب لها عند احتساب المخاطر عند التنفيذ على اعتبار أنّ أسعار المواد الأوليّة غير مستقرّة من سنة إلى أخرى يضاف إليها تدهور سعر صرف الدينار التونسي مقابل العملات الأجنبيّة والنموّ السريع لسقف الأجور في تونس وتكلفة الطاقة والنقل بصورة يستحيل معها تقنيّا وماليّا التنبّؤ بتلك التكلفة على مدى 3 سنوات؛

– إنّ أقوال المدّعية تبقى مجرّد استنتاجات فرديّة قامت بها بهدف التفصّي من مسؤوليّتها جرّاء اشتراطها تقديم عروض لثلاث سنوات أمام عدم قدرة أيّ مؤسّسة التنبّؤ بأسعار المواد الأوليّة التي تشهد ارتفاعا متواصلا إلى جانب ارتفاع سعر صرف العملات الأجنبيّة؛

– إنّ موضوع الطلب العمومي هو توفير الأكياس من الكرتون، وهي مادّة مشتقّة من الورق الذي يقع استيراده من الأسواق الخارجيّة، وأنّ أسعار هذه المادّة تسجّل ارتفاعا متواصلا من سنة إلى أخرى وحتّى في نفس السنة ممّا ينعكس على مستوى التكلفة الجمليّة ويؤثّر على مستوى الأسعار المعمليّة المقترحة ويجعل من تقديم أيّ عرض في غياب وضوح هذه العناصر عملا ارتجاليّا يخالف واجب الحيطة المحمول على الشركة؛

– إنّ الشركة عجزت عن تقديم عرض للثلاث السنوات القادمة واختارت الحذر في عدم المشاركة وفقا لشروط المدّعية، كما أنّها تجنّبت تقديم أسعار مرتفعة؛

– إنّ رفض إبرام صفقة إطارية لمدّة 3 سنوات متتالية لم يكن مبناه الإيهام بوجود تنافس أو تنسيق خفيّ بين المشاركين ولا تواطؤ بينهم بغية تقاسم الأسواق خاصّة وأنّ القول بوجود تفاهم خفيّ بين الأطراف المدّعى عليها يستوجب منطقيّا وجود علاقة تماهي وتفاهم في حين أنّ علاقة الشركة ببقيّة الشركات هي علاقة نزاع وسبق عداوة إلى حدّ التقاضي لمدّة 5 سنوات؛

– إنّ الشركة لا تربطها بالأطراف المدّعى عليها أيّة علاقة تجاريّة من نوع آخر سواء مباشرة أو غير مباشرة إلاّ المنافسة في إطار الصفقات العموميّة؛

– إنّ الشروط التي أقرّتها المدّعية وخاصّة منها شرط إبرام صفقة إطارية لمدّة 3 سنوات وشرط عدم مراجعة الأسعار المضمّنة بالفصل 11 من كرّاس الشروط إضافة إلى ارتفاع أسعار مادّة الورق التي يقع استيرادها ساهمت بصورة حاسمة في رفض الشركة لهذه الشروط واكتفاءها بتقديم عرض بسنة واحدة.

وبعد الاطّلاع على ردّ الممثّل القانوني لشركة المرسّم بكتابة المجلس تحت عدد 264/01 بتاريخ 4 جوان 2014 والذي تضمّن طلبه رفض الدعوى في الأصل لتجرّدها من كلّ سند قانوني صحيح استنادا للمعطيات التالية:

– عدم ارتباط الشركة بأيّ علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالشركتين المدّعى عليهما حيث لم يسبق لها أن تعاملت معهما سابقا باستثناء معاملة وحيدة مع شركة وذلك خلال سنة 2003 عندما قامت هذه الأخيرة بشراء شرائح من الكرتون بقيمة جمليّة قدرها 44721,304 دينار؛

– اقتصار مشاركة الشركة في طلب العروض عدد 2013/01 حصرا على القسط عدد 1 والقسط عدد 3 وعدم مشاركتها في القسطين عدد 2 و 4 باعتبار أنّ طاقتها الإنتاجية وتعهّداتها مع حرفائها لا تسمح لها بتنفيذ هذين القسطين الأخيرين في صورة فوزها بهما؛

– اقتصار مشاركة الشركة في القسطين على سنة واحدة عوضا عن 3 سنوات كان مبرّرا لعدم قدرتها على قبول تعهّدات على المدى الطويل في ظلّ الوضع الاجتماعي الذي تعيشه الشركة وتأثير عدم استقرار سعر شراء العملة الصعبة على أسعار المواد الأوليّة التي تستعملها والتي يتمّ توريد معظمها من السوق الخارجيّة، خاصّة وأنّ الفارق في السعر بين المدّة والأخرى يمكن أن يتجاوز نسبة 30 و 40 %، وبالتالي فإنّ مبدأ الحيطة والحذر في التصرّف يوجب أن يكون تصرّفها مدروسا ويأخذ بعين الاعتبار جميع المعطيات الداخليّة والخارجيّة؛

– عدم مشاركة الشركة عندما وقعت إعادة إجراءات الإعلان على المنافسة لنفس موضوع طلب العروض لمرّتين تعود أسبابه لعدم قدرتها على تنفيذ موضوعهما نظرا لوجود الكفاية لديها من الطلبات؛

– لا يمكن اعتبار اقتصار مشاركة الشركة في هذه الصفقة على قسطين ولمدّة سنة واحدة وبأسعار مدروسة وشفّافة وعدم مشاركتها في طلبي العروض اللاحقين من قبيل الممارسات المخلّة بالمنافسة أو حتّى مؤشّر على ذلك.

وبعد الاطّلاع على ردّ الممثّل القانوني لشركة المرسّم بكتابة المجلس تحت عدد 160 بتاريخ 16 أفريل 2014 والذي تضمّن طلب الحكم برفض الدعوى نظرا لعدم تضمّنها تحليلا قانونيّا أو وثائق مصاحبة وعدم تحصّل منوّبته على أيّ وثيقة من هذه الوثائق وبالتالي مخالفتها لأحكام الفصل 11 من قانون المنافسة والأسعار التي تقتضي تتضمّن عريضة الدعوى لوسائل الإثبات الأوليّة في أربعة نظائر.

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

وبعد الإطّلاع على القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرّخ في 29 جويلية 1991 المتعلّق بالمنافسة والأسعار مثلما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة وآخرها القانون عدد 60 لسنة 2005 المؤرّخ في 18 جويلية 2005.

وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرّخ في 15 فيفري 2006 المتعلّق بضبط التّنظيم الإداري و المالي وسير أعمال مجلس المنافسة.

وبعد الإطّلاع على بقيّة الأوراق المظروفة بالملفّ وعلى ما يفيد استدعاء الأطراف بالطريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 30 نوفمبر 2017 وبها تلا المقرّر السيّد ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث. وحضر السيّد نيابة عن الوكالة

وتعهّد بتقديم تقرير في الجواب على تقرير ختم الأبحاث وذلك في أجل أسبوع مجدّدا تمسّك المدّعية بعريضة دعواها. وحضر الأستاذ في حقّ زميله الأستاذ

محامي المدّعى عليها شركة وتمسّك بما جاء في تقريره في الردّ على عريضة الدعوى. ولم يحضر من يمثّل المدّعى عليها شركة وبلغها الاستدعاء. وحضر السيّد نيابة عن المدّعى عليها شركة وتمسك برفض الدعوى بناء على كلّ التقارير المقدّمة في الملفّ. وتلت مندوب الحكومة السيّدة ملحوظاتها الكتابيّة المظروفة نسخة منها بالملفّ.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضيّة للمفاوضة والتصريح بالقرار بجلسة يوم 14 ديسمبر 2017.

وبها وبعد المفاوضة القانونية صرّح بما يلي:

من جهة الشكل:

حيث قدّمت الدعوى ممّن له الصفة والمصلحة وفي الآجال القانونيّة واتّجه تبعا لذلك قبولها من هذه الناحية.

من جهة الأصل:

1. عن السوق المرجعيّة:

حيث استقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة على اعتبار أنّ طلب العروض في مادّة الصفقات العموميّة يمكن أن يشكّل في حدّ ذاته سوقا مستقلّة يكون فيه كرّاس الشروط هو الطّلب وتكون فيه عطاءات المشاركين هي العرض.

وحيث طالما تسلّطت الدعوى الراهنة على ممارسات منسوبة إلى الأطراف المدّعى عليها بمناسبة مشاركتها في طلب العروض عدد 2013/01 الصادر عن الوكالة الوطنيّة للتبغ والوقيد والمتعلّق باقتناء أكياس من الكرتون المستعملة في تعليب السجائر، فإنّه يتعيّن اعتبار طلب العروض المذكور هو سوقا مرجعيّة في قضيّة الحال.

- **بخصوص الطلب:**

حيث يتمثّل الطلب الراهن في كرّاس شروط طلب العروض الوطني عدد 2013/01 لاقتناء أكياس من الكرتون المستعملة في تعليب السجائر الصادر عن الوكالة الوطنيّة للتبغ والوقيد بوصفها المشتري العمومي.

وحيث تفيد الوثائق المظروفة بملفّ الدعوى أنّ المشتري العمومي قام في مرحلة أولى بنشر طلب عروض وطني تحت عدد 2013/01 بتاريخ 15 أفريل 2013 قصد اقتناء أكياس من الكرتون المستعملة في تعليب السجائر وذلك في إطار صفقة إطاريّة تمتدّ على 3 سنوات، وتتكوّن من 4 أقساط حسب نوعيّة أكياس الكرتون طبقا لأحكام الفصل 1 من كرّاس الشروط الإداريّة والفنيّة وعلى النحو المفصّل بالجدول التالي:

الوحدة: الكميّة

الأقساط	السنة الأولى		السنة الثانية		السنة الثالثة	
	دنيا	قصوى	دنيا	قصوى	دنيا	قصوى
القسط عدد 1 أكياس الكرتون ks	85600	128400	171200	256800	171200	256000
القسط عدد 2 أكياس الكرتون VML	312000	468000	420000	630000	420000	630000
القسط عدد 3 أكياس الكرتون RS	15200	22800	23200	34800	23200	34800
القسط عدد 4 أكياس الكرتون NEFFA LOCAL	23200	34800	18400	27600	18400	27600

وحيث يمكن أن تقتصر مشاركة العارضين في هذه الصفقة على قسط واحد أو قسطين أو ثلاثة أقساط أو على مجمل الأقساط الأربعة وذلك طبقا لأحكام الفصل الأوّل المشار إليه سالفا.

وحيث ينصّ الفصل 11 من كرّاس الشروط الإداريّة والفنيّة على أنّ الطلب العمومي يتمّ تنفيذه طبقا للأسعار المرجعيّة المتضمّنة في العرض المالي الفائز بالصفقة ولا يمكن بالتالي مراجعة تلك الأسعار خلال السنة الأولى مهما كانت المبرّرات أو الحجج المقدّمة.

وحيث مكّن الفصل 11 سالف الذكر صاحب الصفقة من إمكانيّة طلب مراجعة عرضه المالي بداية من السنة الثانية في صورة حصول تغيّر في السعر المرجعي الذي قام بتقديمه وذلك طبقا للمعادلات الحسابيّة التالية:

السنة الثانية	$P_2 = P_1 * \Delta P_1$
السنة الثالثة	$P_3 = P_1 * \Delta P_2$

وحيث تتمّ عمليّة احتساب التغيّر في السعر (Δ P) اعتمادا على المعطيات والأرقام الإحصائيّة التي يقوم بإعدادها المعهد الوطني للاحصاء.

- **بخصوص العرض:**

حيث يشير التقرير المالي والفنّي الخاصّ بطلب العروض عدد 2013/01 والمؤرّخ في 29 ماي 2013 إلى مشاركة 3 عارضين فقط هم كلّ من شركة وشركة وشركة

.

وحيث أفضت عمليّة فرز العروض الماليّة للمشاركين على النتائج المبيّنة بالجدول التالي:

الوحدة: بالدينار / 1000 كيس

الأقساط	العارض	السعر المقترح ل 1000 كيس باحتساب الأداءات		
		السنة الأولى	السنة الثانية	السنة الثالثة
القسط عدد 1 أكياس الكرتون ks	SME	901,001	901,001	901,001
	STIC	941,522	-	-
	UNIPACK	1.123,000	-	-
القسط عدد 2 أكياس الكرتون VML	SME	857,000	857,000	857,000
	STIC	-	-	-
	UNIPACK	-	-	-
القسط عدد 3 أكياس الكرتون RS	SME	868,822	868,822	868,822
	STIC	810,424	-	-
	UNIPACK	939,000	-	-
القسط عدد 4 أكياس الكرتون NEFFA LOCAL	SME	1.011,838	1.011,838	1.011,838
	STIC	935,563	-	-
	UNIPACK	-	-	-

وحيث جاءت مشاركة الأطراف المدّعى عليها طبقا للمعطيات المبيّنة بهذا الجدول على النحو التالي:

– اقتصار العرض المالي لشركة على الأقساط عدد 1 و 3 و 4 مع طرح أسعار تتعلّق بالسنة الأولى فقط؛

– اقتصار مشاركة شركة على الأقساط عدد 1 و 3 مع طرح أسعار تتعلّق بالسنة الأولى فقط؛

– مشاركة شركة في مجمل الأقساط الأربعة وقيامها بعرض أسعار لكامل مدّة الصفقة المحدّدة بثلاث سنوات.

وحيث تشير الوثائق المظروفة بملفّ القضيّة أنّ الأطراف المدّعى عليها لم تقدّم وثيقة مكوّنات الأثمان "Structure détaillée des prix" المنصوص عليها بكرّاس الشروط، الأمر الذي دفع المشتري العمومي إلى اتّخاذ الإجراءات الآتي ذكرها:

– دعوة شركة عن طريق الفاكس بتاريخ 9 ماي 2013 لتمكينه من هذه الوثيقة غير أنّها لم تستجب لهذا الطلب؛

– إعلام شركة عن طريق الفاكس بتاريخ 9 ماي 2013 بأنّ أسعارها المقترحة بالنسبة للسنة الأولى حسب الأقساط المشاركة فيها سيتمّ اعتمادها في السنوات اللاحقة أي السنة الثانية والثالثة باعتبار أنّ الصفقة إطاريّة، غير أنّها لم تستجب لهذا الطلب كما تمّت دعوتها لتقديم وثيقة مكوّنات الأثمان، وجوابا على ذلك تمسّكت بأنّها غير ملزمة بتوفير مثل هذه الوثائق التي تعتبر حسب قولها من شؤونها الداخليّة.

– إعلام شركة عن طريق الفاكس بتاريخ 9 ماي 2013 بأنّ أسعارها المقترحة بالنسبة للسنة الأولى حسب الأقساط المشاركة فيها سيتمّ اعتمادها في السنوات اللاحقة أي السنة الثانية والثالثة باعتبار أنّ الصفقة إطاريّة غير أنّها لم تستجب لهذا الطلب.

وحيث أسفرت أعمال لجنة الفحص لدراسة نتائج الفرز المالي والفنّي المنعقدة بتاريخ 29 ماي 2013 عن إعلان طلب العروض غير مثمر بسبب غياب المنافسة نظرا لعدم استجابة كلّ من شركة وشركة للشرط المتعلّق بإبرام صفقة إطاريّة لمدّة 3 سنوات واقتصار عروضها على سنة واحدة في حين وافقت شركة بوصفها المشارك الثالث على هذا الشرط.

وحيث قام المشتري العمومي بإعادة إجراءات الإعلان عن المنافسة لنفس طلب العروض مرّتين متتاليتين طبقا لأحكام الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلّق بتنظيم الصفقات العموميّة غير أنّه لم يتحصّل فيهما سوى على مشاركة عرض وحيد صادر عن شركة ، الأمر الذي دفعه إلى إعلان طلب العروض غير مثمر للمرّة الثانية ومن ثمّة للمرّة الثالثة بسبب غياب المنافسة.

وحيث أمام هذه الوضعيّة قام المشتري العمومي بتنظيم استشارة لاقتناء أكياس من الكرتون والتزوّد لدى شركة "SME" بوصفها المشارك الوحيد فيها.

- **بخصوص الأطراف المعنيّة:**

➢ **المدّعية:**

✓ **الوكالة** : هي مؤسّسة عموميّة تتمتّع بالشخصيّة المدنيّة وبالاستقلال المالي. أحدثت سنة 1891 وتمّت إعادة هيكلتها في شكل وكالة وطنيّة سنة 1964 بمقتضى القانون عدد 57 لسنة 1964 المؤرّخ في 28 ديسمبر 1964. وتتمتّع الوكالة الوطنية للتبغ والوقيد ومصنع التبغ بالقيروان بالاستئثار الجبائي للتبغ والوقيد وورق اللعب وبارود الصيد .

➢ **المدّعى عليهم:**

✓ **الشركة** : هي شركة خفيّة الاسم تمّ إحداثها بتاريخ 14 نوفمبر 1996 برأس مال قدره 3325000,000 دينار. يتمثّل نشاطها في صنع وطباعة الورق المقوّى وتعتبر واحدة من أهمّ الشركات الناشطة في مجال تحويل شرائح الكرتون المموّج إلى علب وأكياس كرتونيّة على الصعيد الوطني.

✓ **شركة** : هي شركة خفيّة الاسم تمّ إحداثها بتاريخ 14 مارس 1997 برأس مال قدره 69531100,000 دينار وتعدّ أحد الفروع المكوّنة لمجمّع الذي يتبع بدوره إلى مجمّع بولينا. يتمثّل نشاطها في تحويل وصناعة الورق والكرتونة وخدمات الإعلاميّة والتصرّف في بنك المعلومات وتعتبر الشركة الأولى على الصعيد الوطني في مجال تحويل الكرتون المموّج إلى علب وأكياس كرتونيّة بحصّة سوقيّة في حدود 30 % من الإنتاج الجملي.

✓ **شركة** : هي شركة خفيّة الاسم تمّ إحداثها سنة 1979. يتمثّل نشاطها في تحويل وصناعة الورق والكرتونة والورق الغذائي (معلومات تمّ استيقائها من الشبكة العنكبوتيّة وذلك نظرا لعدم استجابة هذه الشركة لطلب التحقيق بالإدلاء بمعطيات).

- **بخصوص تنظيم المعاملات بين الأطراف المتدخّلة في السوق المرجعيّة:**

حيث تخضع المعاملات بين الوكالة الوطنيّة للتبغ والوقيد بوصفها المشتري العمومي والشركات المدّعى عليها زمن القيام بالدعوى الراهنة إلى أحكام مجلّة المحاسبة العموميّة الصادرة

بالقانون عدد 81 لسنة 1973 المؤرّخ في 31 ديسمبر 1973 وجميع النصوص التي نقّحتها وتمّمتها ولنظام إبرام الصفقات العموميّة وتنفيذها وخلاصها ومراقبتها مثلما تمّ تنظيمه بأحكام الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلّق بتنظيم الصفقات العموميّة كما وقع تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة وآخرها الأمر عدد 515 لسنة 2012 المؤرّخ في 2 جوان 2012.

- **بخصوص نظام الأسعار المعتمد:**

حيث تخضع عمليّة تحديد أسعار بيع أكياس الكرتون من طرف الشركات المتنافسة في السوق المرجعيّة إلى مبدأ الحريّة الذي كرّسته أحكام الفصل 2 من قانون المنافسة والأسعار.

2. عن الممارسات المثارة:

حيث ترمي الدعوى الراهنة إلى تتبّع الأطراف المدّعى عليها شركة وشركة وشركة من أجل مشاركتها في اتّفاق مخلّ بالمنافسة في نطاق صفقة عموميّة للتزوّد بأكياس الكرتون المستعملة في تعليب السجائر موضوع طلب العروض عدد 2013/01 الصادر عن الوكالة الوطنيّة للتبغ والوقيد.

وحيث اعتبرت المدّعية أنّ إعلان طلب العروض الراهن غير مثمر رغم إعادة إجراءات الإعلان عن المنافسة مرّتين يعدّ مؤشّرا على وجود اتّفاق مخلّ بالمنافسة بين الأطراف المدّعى عليها يهدف إلى تقاسم الأسواق أو مراكز التموين.

وحيث أسّست المدّعية دعواها على مخالفة المدّعى عليهم لأحكام النقطة 4 من الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار التي تنصّ على أن " تمنع الأعمال المتّفق عليها والتّحالفات والإتّفاقيات الصّريحة أو الضّمنيّة التي يكون موضوعها أو أثرها مخلاّ بالمنافسة والتي تؤول إلى:

- عرقلة تحديد الأسعار حسب السّير الطّبيعي لقاعدة العرض والطّلب؛
- الحدّ من دخول مؤسّسات أخرى للسّوق أو الحدّ من المنافسة الحرّة فيها؛
- تحديد أو مراقبة الإنتاج أو التسويق أو الإستثمار أو التقدّم التقني؛
- تقاسم الأسواق أو مراكز التّموين".

وحيث اقتصرت المدّعية في ردّها على طلبات التحقيق على تقديم الوثائق الخاصّة بتنظيم طلب العروض الراهن والتي تضمّنت كرّاس الشروط والعروض الماليّة المشاركة والتقرير المالي والفنّي والعرض التقديري.

وحيث لم تفصح المدّعية عنّ أيّ وثائق أو مستندات ماديّة حول ملفّات الصفقات المشابهة التي سبق أن قامت بتنظيمها وإبرامها خلال الفترة الممتدّة من سنة 2008 إلى سنة 2013 رغم توجيه مكتوب إليها بتاريخ 1 جويلية 2014 للإدلاء بهذه المعطيات تلاه تذكير بتاريخ 19 نوفمبر 2015 وتنبيه بتاريخ 9 فيفري 2016.

وحيث تمسّكت المدّعية بعدم إبرامها لأيّة صفقة عموميّة لاقتناء أكياس من الكرتون المستعملة في تعليب السجائر خلال الفترة المذكورة أعلاه بحجّة أنّ طلبات العروض التي قامت بإصدارها خلال سنتي 2012 و 2013 تمّ إعلانها غير مثمرة.

وحيث تمسّكت المدّعى عليها شركة بأنّ ما نسب لها من تواطؤ بمعيّة بقيّة المطلوبين لتقاسم الأسواق أو مراكز التموين لا يعدو أن يكون مجرد تشابه في الرؤى واستراتيجيّات التصرّف وتقدير المخاطر مع المدّعى عليها شركة من جهة وفي اختلاف في وجهات النظر حول المخاطر وطريقة احتسابها مع المدّعى عليها شركة التي قبلت العرض، وأنّ اقتصار مشاركتها في الصفقة المعنيّة على تقديم عرض لمدّة سنة واحدة يرجع أساسا إلى عدم استعدادها لقبول تعهّدات لمدّة 3 سنوات في ظلّ عدم استقرار أسعار المواد الأوليّة التي يتمّ توريدها من السوق الخارجيّة وتدهور سعر صرف العملات الأجنبيّة والنموّ السريع لسقف الأجور في تونس وتكلفة الطاقة والنقل بصورة يستحيل معها تقنيّا وماليّا التنبّؤ بتلك التكلفة على المدى الطويل.

وحيث برّرت المدّعى عليها شركة أسباب اقتصار مشاركتها في الصفقة المعنيّة على أقساط محدّدة ولمدّة سنة واحدة بعدم قدرتها على قبول تعهّدات على المدى الطويل بالنظر للوضع الاجتماعي الذي تعيشه من جهة والى عدم استقرار سعر صرف العملات الأجنبيّة وما ينجرّ عنه من عدم استقرار أسعار المواد الأوليّة التي يتمّ توريد معظمها من السوق الخارجيّة من جهة أخرى، وعليه فإنّ مبدأ الحيطة والحذر في التصرّف يوجب أن يكون تصرّفها مدروسا ويأخذ بعين الاعتبار جميع المعطيات الداخليّة والخارجيّة.

وحيث اعتبرت المدّعى عليها شركة "SME" الدعوى خالية من كلّ تحليل قانوني أو وسائل إثبات أوليّة.

- في مدى وجود اتّفاق مخلّ بالمنافسة يرمي إلى تقاسم الأسواق أو مراكز التموين:

حيث يتّضح من مظروفات الملفّ ومن دفوعات أطراف النزاع أنّ الخلاف انحصر في معرفة ما إذا كانت التصرّفات الصادرة عن المدّعى عليهم خلال مشاركتهم في الصفقة المعنيّة تنمّ عن سياسة مشتركة انتهجوها لتنسيق عروضهم بهدف تقاسم أقساط الصفقة، أم أنّ تلك التصرّفات لا تعدو أن تكون مجرّد توازي في السلوك حتّمته الظروف والمتغيّرات السوقيّة بالإضافة إلى متطلّبات سياسة تقييم المخاطر التي تعتمدها كلّ شركة بصفة فرديّة ومستقلّة.

وحيث أنّ مبدأ اللجوء إلى المنافسة الذي أرست أركانه أحكام الفصل 7 من الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العموميّة المنطبق على وقائع النزاع المعروض يقتضي بالضرورة توفّر ثلاثة شروط جوهريّة وهي استقلاليّة العروض المشاركة في تلك الصفقة وحالة عدم اليقين لدى كلّ عارض بخصوص القرارات المزمع اتّخاذها من طرف منافسيه وعدم الحدّ من المنافسة الحرّة داخل السوق ذات الصلة أو عرقلة دخول مؤسّسات أخرى إليها.

وحيث أنّ عدم التقيّد بأحد الشروط الأساسيّة سالفة الذكر يؤدّي إلى الإخلال بالمنافسة الذي يمكن تجسيده على أرض الواقع من خلال بعض الممارسات أو السلوكيّات التي من شأنها التأثير على حسن سير السوق أو توازنها العامّ بما في ذلك الاتّفاقات الضمنيّة أو الصريحة بين المشاركين في الصفقات العموميّة.

وحيث يتخّذ التواطؤ بين المؤسّسات الاقتصاديّة في مادّة الصفقات العموميّة أشكالا مختلفة ويتجلّى في مظاهر متعدّدة كاللجوء إلى عروض تغطية حتى تفوز بالصفقة المؤسّسة أو المؤسّسات التي اختارها المتحالفون أو تبادل المعلومات بغرض تقاسم الصفقات بينها جغرافيّا أو زمنيّا أو بغية فرض أثمان مشطّة على المشتري العمومي بهدف تحقيق أرباح غير مشروعة ما كان لها أن تحقّقها لو أنّها التزمت بمبادئ المنافسة الحرّة التي تفترض بالأساس استقلاليّة العروض وسرّيتها.

وحيث استقر فقه قضاء مجلس المنافسة على اعتبار أنّ الأعمال المتّفق عليها والتحالفات والاتّفاقيات الضمنيّة هي ممارسات تعتمد بالضرورة على الكتمان والمراكنة ممّا يجعل إقامة الحجّة عليها أمرا عسيرا ولا يمكن إثباتها في أغلب الحالات إلاّ باللجوء إلى جملة من القرائن القويّة والمتضافرة التي تكشف عنها أعمال التّحقيق.

وحيث يعتمد مجلس المنافسة في عمله القضائي نهجا ثابتا في تقصي ما يطرح على نظره من أعمال مؤسّسة على اتفاقيّات ذات طبيعة مخلّة بالمنافسة يقوم على التدقيق في القرائن التي تتوصّل إليها أعمال البحث والتحقيق وإن لم تشكّل كل واحدة من تلك القرائن في حدّ ذاتها، وإذا ما أخذت بمعزل عن البقيّة، دليلا قاطعا على وجود الاتّفاق، ذلك أنّ تظافر هذه القرائن كفيل بتأسيس حجّة كافية على ضلوع الأطراف المدّعى عليها في عمليّة اتّفاق يحظره الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار.

وحيث أنّ البحث في فرضيّة ضلوع الأطراف المدّعى عليها ضمن القضيّة الراهنة في اتّفاق مخلّ بالمنافسة يرمي إلى تقاسم الأسواق يقتضي مبدئيّا عدم اقتصار أعمال التحقيق على تتبّع السلوك الصادر عن هذه الشركات في الصفقة المعنيّة، بل يجب أن يتعدّاه ليشمل مختلف الصفقات السابقة التي شاركت فيها بهدف التوصّل إلى جملة من القرائن التي يمكن من خلالها الإقرار بوجود مثل هذا الاتّفاق المحظور من عدمه.

وحيث لم تقدّم الوكالة المدّعية معطيات دقيقة وشاملة حول مشاركة الأطراف المدّعى عليها في الصفقات السابقة التي قامت بتنظيمها خلال الفترة الممتدّة من سنة 2008 إلى سنة 2013.

وحيث تبعا لذلك، اقتصرت أعمال التحقيق على تحليل سلوك الشركات المدّعى عليها اعتمادا على ما توفّر لدى المجلس من وثائق ومعطيات بالملفّ حول الصفقة موضوع قضيّة الحال.

وحيث يتّضح بالرجوع إلى الوثائق المظروفة بملفّ الدعوى أنّ المدّعية قامت بتنظيم طلب عروض وطني تحت عدد 2013/01 بتاريخ 15 أفريل 2013 في إطار صفقة إطاريّة مدّتها 3 سنوات لاقتناء أكياس من الكرتون المستعملة في تعليب السجائر تمّ اعتباره غير مثمر نظرا لغياب المنافسة وعدم استيفاء العروض المشاركة للشروط الفنيّة المستوجبة لقبولها وذلك رغم إعادة إجراءات الدعوة إلى المنافسة في مناسبتين متتاليتين.

وحيث أفضت عمليّة فرز العروض الماليّة للمشاركين على النتائج المبيّنة بالجدول التالي:

الوحدة: بالدينار / 1000 كيس

الأقساط	العارض	السعر المقترح ل **1000** كيس باحتساب الأداءات		
		السنة الأولى	السنة الثانية	السنة الثالثة
القسط عدد 1 أكياس الكرتون ks	SME	901,001	901,001	901,001
	STIC	941,522		
	UNIPACK	1.123,000		
القسط عدد 2 أكياس الكرتون VML	SME	857,000	857,000	857,000
	STIC			
	UNIPACK			
القسط عدد 3 أكياس الكرتون RS	SME	868,822	868,822	868,822
	STIC	810,424		
	UNIPACK	939,000		
القسط عدد 4 أكياس الكرتون NEFFA LOCAL	SME	1.011,838	1.011,838	1.011,838
	STIC	935,563		
	UNIPACK			

وحيث يتبيّن من خلال تحليل العروض المشاركة أنّه وخلافا لشركة التي قامت بتقديم عروضها المالية في مجمل الأقساط الأربعة المكوّنة للصفقة ولمدّة 3 سنوات، فإنّ العروض الماليّة لشركة وشركة جاءت متماثلة من ناحية اقتصارها على المشاركة في أقساط محدّدة مع اقتراح أسعار لمدّة سنة واحدة عوضا عن 3 سنوات المنصوص عليها في كرّاس الشروط المنظّم لهذه الصفقة.

وحيث يعتبر مثل هذا التماثل في التصرّفات الصادرة عن شركة وشركة خلال هذه الصفقة بمثابة التوازي في السلوك " Parallélisme des comportements" الذي، وإن كان يشكّل مؤشّرا على إمكانيّة تنسيق هاتين الشركتين لعروضهما الماليّة، إلاّ أنّه يبقى في واقع الأمر غير كاف لوحده للإقرار بوجود اتّفاق مخلّ بالمنافسة في ظلّ عدم توفّر قرائن إضافيّة تتّسم بالتناسق والدقّة، والتي يمكن من خلالها إقامة الحجّة الثابتة على ضلوع الأطراف المدّعى عليها في اتّفاق يحظره الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار.

وحيث تبقى فرضيّة تقديم الأطراف المدّعى عليها لعروض تغطية تفضي إلى تقاسم أقساط الصفقة في إطار خطّة مشتركة لتقاسم الصفقات زمنيا أو حسب الحرفاء مستبعدة هي الأخرى نظرا لعدم استيفاء العروض الماليّة لكلّ من شركة وشركة للشروط الفنيّة المستوجبة التي تسمح بإتمام إجراءات الصفقة وإعلانها مثمرة ولطبيعة الأسعار المقدّمة من كلّ شركة والتي لا تسمح بتقاسم الأقساط على النحو الذي تستوجبه عمليّة التفاهم أو التواطؤ.

وحيث يبدو في هدي ما تقدّم أنّ ما آلت إليه إجراءات تنظيم الصفقة المعنيّة بالنزاع في مجمل مراحلها كان مردّه الاختلاف الحاصل بين المدّعية والأطراف المدّعى عليها في تقييم المخاطر وكيفيّة التعامل معها في ظلّ أوضاع اقتصاديّة غير مستقرّة آنذاك اتّسمت بالتدهور المتواصل لسعر صرف العملات الأجنبيّة مقابل الارتفاع الحاصل في أسعار المواد الأوليّة المستعملة في صناعة أكياس الكرتون والتي يتمّ توريد معظمها من الخارج.

وحيث برّر المشتري العمومي تغيير الشروط الفنيّة المستوجبة لقبول العروض المشاركة في هذه الصفقة مقارنة بكرّاس الشروط المعتمد خلال السنوات السابقة (خاصّة قبل سنة 2011) من خلال تنظيمه لصفقة إطاريّة لمدّة 3 سنوات بضمان استقرار أسعار التزوّد بأكياس الكرتون المستعملة في تعليب السجائر خلال كامل الفترة وعدم المخاطرة بتنظيم صفقات سنويّة يمكن أن ينجرّ عنها تحمّله لمصاريف إضافيّة ناتجة عن ارتفاع الأسعار المقترحة من سنة إلى أخرى.

وحيث اختارت كلّ من شركة وشركة اعتماد مبدأ الحيطة بصفة فرديّة ومستقلّة وعدم المخاطرة بتقديم عروض ماليّة لمدّة 3 سنوات والاكتفاء بسنة واحدة كتعبير منهما على عدم موافقتهما على مثل هذا الشرط وعلى عدم قدرتهما على تقديم تعهّدات على المدى الطويل في ظلّ عدم استقرار أسعار المواد الأوليّة المستعملة والتي تقوم بتوريد معظمها من السوق الخارجيّة، وذلك طبقا لما تثبته معظم الفواتير والوثائق الخاصّة بالتجارة الخارجيّة المتعلّقة بتوريد هذه المواد المضمّنة بالملفّ والتي تشير فعلا إلى تأرجح أسعار بعض المواد الأوليّة كمادّة "Kraft Liner" بين الانخفاض والارتفاع خاصّة خلال سنتي 2012 و2013 وبنسب تصل في بعض الأحيان إلى حدود 30 %.

وحيث تأسيسا عليه، لا يعدّ التوازي في السلوك الملاحظ في غياب القرائن المتضافرة والمتطابقة كافيا بذاته لإقامة الحجّة والدليل على وجود تشاور وتفاهم حقيقي بين الأطراف

المدّعى عليها يهدف إلى تقاسم أقساط الصفقة المعنيّة، وهو لا يرسي لدى المجلس قناعة تامّة بقيام الاتّفاق المنسوب إليهم، بل إنّ ظروف ومتغيّرات السوق قد تكون التفسير المنطقي والمعقول لمثل هذه التصرّفات.

وحيث وعليه، وطالما لم تكشف أعمال التحقيق عن وجود أيّ عنصر جدّي يثبت قيام أركان الاتّفاق المزعوم، فقد تعيّن رفض الدعوى.

ولهذه الأسباب

قرّر المجلس رفض الدعوى أصلا.

وصدر هذا القرار عن الدائرة القضائيّة الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السيّد محمّد العيادي وعضويّة السادة عمر التونكتي وخالد السلامي وأكرم الباروني والسيّدة ريم بوزيان.

وتلي علنا بجلسة يوم 14 ديسمبر 2017 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزيتوني.

الرّئيس	كاتبة الجلسة
محمّد العيادي	يمينة الزيتوني