الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية عدد: 91201

تاريخ القرار: 12 مارس 2015

قـرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين:

المدعي: وزير التجارة والصناعات التقليدية.

من جهة،

والمدعى عليها: شركة ب

وشركة وشركة

في شخص

ممثلها القانوني، الكائن مقرها الاجتماعي

، نائباها الأستاذ والأستاذ الكائن مكتبهما ب

.

من جهة أخرى،

بعد الإطلاع على عريضة الدعوى المقدمة من طرف وزير التجارة والصناعات التقليدية والمرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 30 ديسمبر 2009 تحت عدد 91201 والتي يتعلق موضوعها باتفاق مخل بالمنافسة قامت به كل من شركة وشركة

وشركة في إطار صفقات عمومية للتزوّد بلوازم

طبية ومواد كيميائية لفائدة قسم تصفية الدم بالمستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية وقسمي تصفية الدم والأشعة بالمستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة من ولاية بنزرت.

وبعد الإطلاع على التقرير المحال على مجلس المنافسة من طرف المدير العام للمنافسة والأبحاث الاقتصادية بوزارة التجارة والصناعات التقليدية بتاريخ 4 جانفي 2011 والذي تضمّن جملة المؤشرات المرصودة خلال أعمال البحث المجرات بخصوص الصفقتين العموميتين للمستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية موضوع طلب العروض عدد 05/2006 لاقتناء مواد وأدوات طبية لفائدة مختلف أقسام المستشفى وطلب العروض عدد 05/2009 للتزوّد بمواد طبية لفائدة قسم تصفية الدم. وتدلّ هذه المؤشرات على تبادل المعلومات بين الشركات المدعى عليها وتورّطها في تقديم عروض تغطية في إطار مشاركتها في الصفقتين المذكورتين، ويبرز ذلك بالخصوص من خلال:

- احتواء وثيقتي التعهّد المقدّمتين من طرف شركة وشركة للمشاركة في طلب العروض عدد 05/2006 على نفس العنوان ونفس أرقام الهاتف والفاكس فضلا عن التوقيع عليهما بنفس الإمضاءات.
- التوقيع بنفس الإمضاءات على جدولي الأسعار الخاصين بالقسط عدد 3 من طلب العروض عدد 05/2006 المتعلق بمستلزمات تصفية الدم والمقدّمين من طرف شركة وشركة .
- احتواء وثيقة الالتزام المقدّمة للمشاركة في طلب العروض عدد 05/2009 على نفس العنوان ونفس أرقام الهاتف والفاكس بالنسبة للشركات الثلاثة فضلا عن تسرّب نفس الخطأ بالنسبة لشركة وشركة وذلك بالتنصيص على عبارة "وكيلة الشركة" عوضا عن "وكيل الشركة".
- التوقيع بنفس الإمضاءات على العروض المالية للشركات الثلاثة.
- مشاركة مؤسستين على الأقل في نفس الفصول عدد 1 و2 و8 و9 و10 باستثناء فصل وحيد عدد 14.

- احتواء عرضين من بين العروض المالية للشركات الثلاثة على نسخة من منشور صادر عن وزارة الصحة العمومية باللغة الفرنسية يحمل ختم العارضة الثالثة.

وبعد الإطلاع على التقرير المحال على مجلس المنافسة من طرف المدير العام للمنافسة والأبحاث الاقتصادية بوزارة التجارة والصناعات التقليدية بتاريخ 19 جانفي 2011 والذي تضمّن جملة المؤشرات المرصودة خلال أعمال البحث المجرات من طرف مصالح الإدارة الجهوية للتجارة ببنزرت بخصوص الصفقة العمومية للمستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة موضوع طلب العروض عدد 03/2010 للتزوّد بلوازم ثانوية وكيميائية لفائدة قسمي تصفية الدم والأشعة. وتدلّ هذه المؤشرات على تبادل المعلومات بين الشركات المدعى عليها وتورّطها في تقديم عروض تغطية في إطار مشاركتها في الصفقة المذكورة، ويبرز ذلك بالخصوص من خلال:

- تعمير وثيقة التعهّد وقسيمة تفويض حضور جلسة فتح العروض المالية للشركات الثلاثة بنفس الكتابة الخطية.
- استعمال أختام تحمل نفس العنوان ونفس أرقام الهاتف والفاكس بالنسبة للشركات الثلاثة.
- اعتماد نفس التاريخ في وثيقة التعهد للشركات الثلاثة.
- مشاركة كل من شركة وشركة في نفس اللوازم عدد 1 و2 و5 و7 و8 و10 و11 و13 و14.
- اقتراح نفس الأسعار الفردية ضمن العروض المالية للشركات الثلاثة بالنسبة للفصلين عدد 1 و2 من القسط الأول من طلب العروض واعتماد أسعار متقاربة جدا بفارق 6 مليمات من طرف شركة وشركة بالنسبة للفصلين عدد 10 و11 من القسط الأول من طلب العروض:

	" "	" "	" "
الفصل عدد 1	0.505	0.515	0.500
الفصل عدد 2	0.505	0.515	0.500
الفصل عدد 10		0.695	0.689
الفصل عدد 11		0.695	0.689

- تسرب نفس الخطأ في العرضين الصادرين عن شركة

وشركة على مستوى الفصل 5 من القسط الأول من طلب العروض وذلك بتحديد مساحة المصفاة "F 6 ETO" والمصفاة "F 7 ETO" خلافا لما هو منصوص عليها بكراس الشروط أي 1,3 متر مربع و1,6 متر مربع عوضا عن 1,3 متر مربع و 1,5 متر مربع.

- تضمّن العرضين الصادرين عن شركة وشركة ا

على مواد تحت علامة شركة اللصاق المرن الطرف الثالث في الاتفاق المزعوم. وتتعلق هذه المواد بإبر وريدية وشريانية الوارد ذكرها بالفصلين عدد 1 و2 من القسط الأول من طلب العروض.

- إمضاء وثيقة التعهّد للشركات الثلاثة من طرف أشخاص يحملون نفس اللقب وهم : بصفته الممثل القانوني لشركة اللصاق المرن " " ول

حرم بصفتها الممثل القانوني لشركة " " ومريم قعلول الشايب بصفتها الممثل القانوني لشركة الصيانة الطبية. وهو ما ينبئ بوجود علاقات قرابة عائلية بين هؤلاء الأشخاص فضلا عن انتمائهم لتجمّع شركات.

وقد خلص تقرير البحث إلى أنّ الأطراف الثلاثة المشاركة في طلب العروض تربطها علاقات وظيفية وعائلية من شأنها أن تساعد على تبادل المعلومات والتنسيق فيما بينها بخصوص مشاركتها في الصفقة العمومية المذكورة. وهو ما يقيم الدليل على وجود اتفاق أدّى إلى الإخلال بالمنافسة وإلى مغالطة المشتري العمومي بخصوص توفّر المنافسة.

وبعد الإطلاع على المؤيدات المصاحبة لعريضة الدعوى والمتمثلة في الوثائق التالية:

1- نسخة من كراس الشروط الإدارية الخاصة باقتناء مواد وأدوات طبية لفائدة مختلف أقسام المستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية، والمرفقة بطلب العروض عدد 2006/05.

2- نسخة من محضر جلسة فرز العروض المالية المشاركة في طلب العروض عدد 2006/05.

3- نسخة من جدول الأسعار الخاص بالقسط عدد 3 من طلب العروض عدد 2006/05 المتعلق بمستلزمات تصفية الدم.

4- نسخة من وثيقة التعهّد لشركة المتعلقة بطلب العروض عدد 2006/05.

5- نسخة من جدول الأسعار لشركة الخاص بالقسط عدد 3 من طلب العروض عدد 2006/05 المتعلق بمستلزمات تصفية الدم.

6- نسخة من وثيقة التعهّد لشركة المتعلقة بطلب العروض عدد 2006/05.

7- نسخة من جدول الأسعار لشركة الخاص بالقسط عدد 3 من طلب العروض عدد 2006/05 المتعلق بمستلزمات تصفية الدم.

8- نسخة من مذكرة حول الصفقة الخاصة باقتناء مستلزمات طبية لفائدة قسم تصفية الدم بالمستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية، موضوع طلب العروض عدد 2009/05.

9- نسخة من كراس الشروط الإدارية الخاصة باقتناء مواد طبية لفائدة قسم تصفية الدم بالمستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية، والمرفقة بطلب العروض عدد 2009/05.

10- نسخة من وثيقة الالتزام لشركة " " المتعلق بطلب العروض عدد 2009/05.

11- نسخة من العرض المالي لشركة "أ " الخاص بطلب العروض عدد 2009/05 المتعلق بمستلزمات تصفية الدم.

12- نسخة من وثيقة الالتزام لشركة المتعلق بطلب العروض عدد 2009/05.

13- نسخة من العرض المالي لشركة الخاص بطلب العروض عدد 2009/05 المتعلق بمستلزمات تصفية الدم.

14- نسخة من وثيقة الالتزام لشركة المتعلق بطلب العروض عدد 2009/05.

15- نسخة من العرض المالي لشركة الخاص بطلب العروض عدد 2009/05 المتعلق بمستلزمات تصفية الدم.

16- نسخة من إعلان طلب العروض عدد 2010/03 الصادر عن المستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة والمتعلق بالتزوّد بلوازم طبية ومواد كيميائية لفائدة قسمي تصفية الدم والأشعة خلال سنة 2010.

17- نسخة من قسيمة تفويض حضور جلسة فتح العروض المالية الخاصة بطلب العروض عدد 2010/03 للشركات الثلاثة.

18- نسخة من وثيقة التعهّد الخاصة بطلب العروض عدد 2010/03 للشركات الثلاثة.

19- نسخة من محضر جلسة فتح الظروف المالية المشاركة في طلب العروض عدد 2010/03.

20- نسخة من العرض المالي لشركة " " الخاص بالقسط الأول من طلب العروض عدد 2010/03 المتعلق بلوازم ثانوية وكيميائية لقسم تصفية الدم.

21- نسخة من العرض المالي لشركة الخاص بالقسط الأول من طلب العروض عدد 2010/03 المتعلق بلوازم ثانوية وكيميائية لقسم تصفية الدم.

22- نسخة من العرض المالي لشركة الخاص بالقسط الأول من طلب العروض عدد 2010/03 المتعلق بلوازم ثانوية وكيميائية لقسم تصفية الدم.

وبعد الإطلاع على التقرير المدلى به إلى المجلس من قبل الممثل القانوني لشركة بتاريخ 21 فيفري 2011 للردّ على عريضة الدعوى والذي أشار فيه بالخصوص إلى أنّ المدعى عليها شاركت في ثلاث صفقات للمستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية موضوع طلبات العروض عدد 2008/03 و2009/05 و2010/04 ولم يتسنّى لها الظفر إلاّ بقسط وحيد من طلب العروض عدد 2009/05 المتعلق بمادة Citro-Stéril نظرا لعدم تقديم عروض من طرف باقي المشاركين في الصفقة هذا فضلا عن أنّ قيمته المالية البالغة 1678,860 د تعتبر زهيدة جدا ولم تتجاوز 1% من القيمة الجملية للصفقة.

وبخصوص الخطأ المتسرّب في عرضها الخاص بصفقة المستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة موضوع طلب العروض عدد 2010/03 والمتعلق بتحديد مقاييس مساحة المصفاة خلافا لما هو منصوص عليها بكراس الشروط، تمسّك الممثل القانوني للمدعى عليها بصحة تلك المقاييس نظرا لكونها تتعلق بالمساحة الحقيقية للمصفاة المعقّمة ببخار الماء التي تختص بتسويقها دون غيرها من الشركات الأخرى. كما شدّد من ناحية أخرى على أنّ تفعيل المنافسة بين مختلف المتعاملين في السوق يقتضي من المشتري العمومي التنصيص ضمن كراس الشروط على مقاييس تتراوح من 0,9 م م إلى 1,8 م م.

أما فيما يتعلق بتقارب الأسعار الفردية المقترحة ضمن عرضها المالي مقارنة بعرض شركة بالنسبة للفصول عدد 1 و2 و10 و11 من القسط الأول من طلب العروض عدد 2010/03، فإنّ مثل هذا الأمر يعتبر مقبولا باعتبار وأنّ الأسعار المذكورة تعكس القيمة الحقيقية للمواد المعنية وهي نفس الأسعار التي يتمّ تداولها من طرف باقي المتنافسين. وعلاوة عن ذلك ونظرا لضآلة قيمة هذه المواد مقارنة بالقيمة الجملية للصفقة فإنّ الفارق البسيط بين مختلف الأسعار المقترحة ضمن العروض المالية المشاركة لا يشكّل عنصرا محدّدا لمصير الصفقة.

وبخصوص الاقتراح الوارد ضمن عرضها الخاص بطلب العروض عدد 2010/03 والمتعلق بتوفير مواد هي من إنتاج شركة " " وذلك على غرار بعض المشاركين الآخرين مثل شركة " وشركة " " وشركة ، فإنّ الهدف منه هو السعي إلى توفير جميع أجزاء المكوّن الرئيسي المتمثّل في المصفاة.

وبالنسبة لتوجّهها نحو اعتماد نفس العنوان بمعية شركة " " وشركة ، فإنّ ذلك يعود إلى أسباب عملية تتمثّل في الضغط على المصاريف.

وعلى ضوء ما سبق بيانه نفى الممثل القانوني للمدعى عليها الممارسة المخلة بقواعد المنافسة المنسوبة إليها في إطار مختلف مشاركاتها في الصفقات العمومية موضوع الإثارة الراهنة وذلك بالنظر لعدم توفّر أركانها القانونية. وهو الأمر الذي على أساسه طلب من المجلس الحكم بعدم سماع الدعوى.

وبعد الإطلاع على التقرير المدلى به إلى المجلس من قبل الممثل القانوني لشركة

بتاريخ 15 جويلية 2011 وعلى الوثائق المرفقة به والمتمثلة في نسخ من سجلها التجاري وقانونها الأساسي وقوائمها المالية لسنوات 2007 و2008 و2009 و2010 وكشف حول الصفقات العمومية التي شاركت فيها ونصيبها فيها وذلك بالنسبة لفترة سنوات 2007 و2008 و2009 و2010.

وبعد الإطلاع على التقرير المدلى به إلى المجلس من قبل الممثل القانوني لشركة

بتاريخ 21 فيفري 2011 للردّ على عريضة الدعوى والذي جاء فيه أنّ إدراج مقاييس لمساحة المصفاة مختلفة عن تلك المضبوطة بكراس الشروط في عرضها المالي في صفقة المستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة لا يتعلق بخطأ مثلما انتهى إليه تقرير البحث في القضية وإنما بخصوصية مصفاة "Filtre ETO" التي تنفرد الشركة بتسويقها والتي يؤكّدها الملف التقني المتعلق بها فضلا عن أنّ تفعيل المنافسة بين مختلف المتعاملين في السوق يفترض عدم حصر مقاييس مساحة المصفاة على النحو الذي يكرّسه كراس الشروط والتنصيص على مقاييس

تتراوح من 0,9 م م إلى 1,8 م م بما يحول دون توجيه الطلب لمزوّد معيّن والإضرار بالتالي بمصلحة المشتري العمومي من خلال الترفيع في ثمن المصفاة.

وبخصوص مشاركتها في صفقة المستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية موضوع طلب العروض عدد 2009/05 فقد حضي عرضها المالي بالقبول أوّل الأمر وذلك بورود اسمها ضمن القائمة النهائية لأسماء ومبالغ المزودين الحاملة لعبارة "قبل المراجعة" مع تحديد نصيبها من الصفقة وقدره 60917,670 د. لكن تمّ استبعادها بعد ذلك من القائمة النهائية لأسماء ومبالغ المزودين الثانية والحاملة لعبارة "بعد المراجعة".

وعلاوة عن ذلك لم يحض عرضها المالي المتعلق بالقسط الأول من الصفقة الخاص بالمصفاة ذات مساحة 1,5 م م بالقبول رغم أنه الأقل ثمنا مقارنة بعرض شركة " " (Bio service) المرتّب أوّلا في مرحلة الفرز المالي للعروض. ذلك أنه بالتثبّت في مختلف البيانات الواردة في "جدول مقارنة الأثمان" المضمّن بملف الصفقة وعلى ضوء عملية القسمة للمبلغ الجملي لعرض شركة " " على عدد الوحدات المطلوبة والبالغ 7000 وحدة مصفاة، يتبيّن تسرّب خطأ على مستوى السعر الفردي المقترح ضمن العرض المذكور والذي يساوي 12642 د عوضا عن 8500 د. وبمقارنة السعر الجديد بالسعر الفردي لعرض شركة البالغ 10256 د يصبح هذا العرض الأخير هو الأقل ثمنا. وهو ما يثير بعض اللبس بخصوص نتيجة الفرز المالي للعروض المشاركة في القسط الأول من الصفقة والذي أفرز فوز العرض المقدّم من طرف شركة " " على حساب عرض شركة .

أما فيما يتعلق بقرار لجنة فتح العروض المالية القاضي برفض العرض الذي يحتوي على ثمن جزئي ولا يشمل مجموعة أجزاء كاملة (Kit complet) المتعلقة بالفصول عدد 2 و3 و4 و5، فهو مخالف لمنهجية الفرز المنصوص عليها بكراس الشروط والتي تكرّس طريقة فرز العروض فصلا فصلا. وفضلا عن ذلك فقد ساهم هذا القرار في توجيه الطلب نحو مزوّد وحيد، وهو ما أفرزته نتائج العروض من أنّ شركة " " هي الشركة الوحيدة التي كان بمقدورها توفير مجموعة أجزاء بأكملها.

وبالنسبة لتوجّه الشركة نحو اعتماد نفس العنوان بمعية شركة " " ، فإنّ ذلك يعود إلى أسباب عملية بحتة تتمثّل في الضغط على المصاريف.

وعلى ضوء ما سبق بيانه طلب الممثل القانوني للمدعى عليها من المجلس القضاء بعدم سماع الدعوى.

وبعد الإطلاع على التقرير المدلى به إلى المجلس من قبل الممثل القانوني لشركة

بتاريخ 15 جويلية 2011 وعلى الوثائق المرفقة به والمتمثلة في نسخ من سجلها التجاري وقانونها الأساسي وقوائمها المالية لسنوات 2007 و2008 و2009 و2010 وكشف حول الصفقات العمومية التي شاركت فيها ونصيبها فيها وذلك بالنسبة لفترة سنوات 2007 و2008 و2009 و2010.

وبعد الإطلاع على التقرير المدلى به إلى المجلس من قبل الممثل القانوني لشركة

" " بتاريخ 21 فيفري 2011 للردّ على عريضة الدعوى والذي ذكّر فيه بتعرّض هذه الأخيرة إلى الإقصاء غير المبرّر من جميع الصفقات التي شاركت فيها سواء كان ذلك على المستوى الفني أو المالي. من ذلك على سبيل الذكر تمّ رفض عرضها المالي في صفقة المستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية موضوع طلب العروض عدد 2008/03 وذلك بالرغم من كونه الأقل ثمنا مقارنة بالعرض الفائز. ففيما احتوى هذا العرض على سعر فردي يساوي 5,800 د للوحدة بالنسبة للفصلين عدد 2 و5 (Ligne artéro-veineuse+Perfuseur pour ligne)، بلغ السعر الفردي المقترح في عرضها 3.848 د للوحدة. هذا فضلا عن أنه كان من المفروض قبول عرضها حتى ولو تجاوز سقف 10% مقارنة بالعرض الفائز وذلك على اعتبار أفضلية المنتوج ذي المنشأ التونسي.

وبالنسبة لمشاركتها في صفقة المستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية موضوع طلب العروض عدد 2009/05 تمّ إقصاء عرضها الفني المتعلق بالفصلين عدد 3 و4 (Aiguille à fistule veineuse G16 – Aiguille à fistule artérielle G16) فيما تمّ قبول عرضها

بالنسبة للفصل (Kit de branchement et de débranchement) ولا يمثّل هذا العرض سوى 12% من القيمة الجملية للصفقة. مع العلم أنّ مشاركة الشركتين المورطتين في الاتفاق معها لغرض اقتسام هذه الصفقة اقتصرت بالنسبة لشركة على حصة ضئيلة لم تتجاوز 1% من القيمة الجملية للصفقة وانتهت بإقصاء العرض المالي لشركة بصفة كلية. وهو ما يفنّد الإدعاء الموجّه ضدها. كما تمّ إقصاء عرضها المتعلق بالفصلين بالنسبة للفصلين عدد 2 و5 (Ligne artéro-veineuse+Sac de drainage) والبالغ 4.148 د للوحدة وذلك على الرغم من كونه الأقل ثمنا مقارنة بالعرض الفائز والبالغ 5,200 د للوحدة، زيادة عن تمتعه بأفضلية المنشأ التونسي.

أما فيما يتعلق بمشاركتها في صفقتي المستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية موضوع طلب العروض عدد 2010/04 وطلب العروض عدد 2010/03 فقد تمّ رفض العرضين اللذين ساهمت بهما.

وبخصوص الدفع المتعلق بمشاركتها في نفس الصفقة بمعية كل من شركة وشركة والحال أنّ عرضي الشركتين المذكورتين يحتويان على مواد من إنتاجها وحاملة لعلامتها، فإنّ مثل هذا الأمر يعدّ طبيعيا وأنّ هدفها الرئيسي هو تسويق منتجاتها سواء عبر المشاركة في الصفقات العمومية أو البيع لفائدة الشركات المشاركة في الصفقات العمومية مثل شركة " " وشركة بيو " " وشركة وشركة " ". وهو ما ينفي الإدعاء بقيام اتفاق مخل بالمنافسة بين هذه الأطراف.

وبالنسبة لتوجّه الشركة نحو اعتماد نفس العنوان بمعية شركة " " وشركة الصيانة الطبية، فإنّ ذلك لا يدخل تحت طائلة الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار ولا يمثّل اتفاقا أو عرقلة أو مغالطة خاصة وأنه بإمكانها تحديد عنوان مختلف لأحد فروعها الكائنة بكل من تونس والقلعة الكبرى وسوسة.

وعلى ضوء ما سبق بيانه طلب الممثل القانوني للمدعى عليها من المجلس القضاء بعدم سماع الدعوى.

وبعد الإطلاع على التقرير المدلى به إلى المجلس من قبل الممثل القانوني لشركة " " بتاريخ 15 جويلية 2011 وعلى الوثائق المرفقة به والمتمثلة في نسخ من سجلها التجاري وقانونها الأساسي وقوائمها المالية لسنوات 2007 و2008 و2009 و2010 وكشف حول الصفقات العمومية التي شاركت فيها ونصيبها فيها وذلك بالنسبة لفترة سنوات 2007 و2008 و2009 و2010.

وبعد الإطلاع على التقرير المدلى به إلى المجلس بتاريخ 17 ديسمبر 2012 من قبل الممثل القانوني لشركة " " (

) والذي أشار فيه إلى أنّ هذه الأخيرة مختصة في إنتاج وتوزيع محلول تصفية الدم والأملاح المعدنية وأنّ منافستيها في هذا المجال هما شركة "ف " وشركة " "، فضلا عن أنها لم تشارك خلال سنوات 2007 إلى 2010 في أي صفقة عمومية.

وبعد الإطلاع على الملفين المحالين بتاريخ 5 أفريل 2012 من المستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة على مجلس المنافسة بطلب من هذا الأخير والمتعلقين بالصفقتين العموميتين المنبثقتين عن طلب العروض عدد 2009/06 وطلب العروض عدد 2010/03 لاقتناء لوازم طبية ثانوية ومواد كيميائية لفائدة قسمي تصفية الدم والأشعة بالمستشفى المذكور.

وبعد الإطلاع على الملفات المحالة بتاريخ 18 أفريل 2012 من المستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية على مجلس المنافسة بطلب من هذا الأخير والمتعلقة بالصفقات العمومية المنبثقة عن طلبات العروض عدد 2006/05 و2007/07 و2008/04 و2009/05 و2010/04 لاقتناء مواد وأدوات طبية لفائدة مختلف أقسام المستشفى ومواد طبية لفائدة قسم تصفية الدم.

وبعد الإطلاع على الملفين المحالين بتاريخ 22 أوت 2012 من المستشفى الجهوي ابن الجزار بالقيروان على مجلس المنافسة بطلب من هذا الأخير والمتعلقين بالصفقتين العموميتين

المنبثقتين عن طلب العروض عدد 2008/2 وطلب العروض عدد 2008/4 لاقتناء أفلام أشعة ومستلزمات طبية ذات الاستعمال الواحد لفائدة قسمي الأشعة وتصفية الدم ومستلزمات طبية لقسم جراحة العظام بالمستشفى المذكور.

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

وبعد الإطلاع على ملحوظات مندوب الحكومة المرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 27 جانفي 2015 والتي أكد من خلالها على عدم توفّر حالة عدم اليقين لدى الأطراف المدعى عليها بما من شأنه أن يقلص من حدة التنافس على الطلب العمومي ويخلق حواجز اصطناعية للدخول للسوق. وبالنظر لإخلال هذه الأطراف بوجود منافسة حقيقية وما لذلك من تأثير على حسن سير السوق وتوازنها يؤيد مندوب الحكومة ما جاء بتقرير ختم الأبحاث ويتمسّك بطلب إدانة الأطراف طبقا لأحكام الفصل 34 جديد من قانون المنافسة والأسعار.

وبعد الإطلاع على التقرير المدلى به للمجلس من قبل الأستاذ نافع العريبي والأستاذ نيابة عن شركة اللصاق المرن " " وشركة وشركة بـ " " وشركة " " للعناية الطبية بتاريخ 25 فيفري 2015 للردّ على تقرير ختم الأبحاث، والذين يطلبان فيه إخراج هذه الأخيرة من نطاق النزاع بعد أن تبيّن عدم تناول تقرير ختم الأبحاث تحليل الممارسات المنسوبة إليها وذلك اعتبارا لعدم مشاركتها في أي من طلبات العروض المعتمدة ولم يثر من جانبها بالتالي أي إخلال بالمنافسة.

وبالنسبة للشركات الثلاثة الأولى يعيب نائباها على تقرير ختم الأبحاث اعتماده على جملة من المؤشرات كقرائن لإثبات وجود الاتفاقات المزعومة بشأنها والحال أنها لم تكن سوى مؤشرات مجرّدة وقع توظيفها في غير سياقها. ومن هذه المؤشرات تلك المنبثقة عن وحدة المقر

والتسيير والإدارة والتي تعتبر مختلة طالما وأنها تقيم الحجة في الواقع على وجود تجمع شركات تنشط في إطاره الشركات الثلاثة المدعى عليها في ظل وحدة التسيير والموارد والأهداف. وكذلك الأمر بالنسبة للمؤشر المتعلق بالمنشور الحامل لختم شركة " "
والذي استعملته شركة الصيانة الطبية دون إخفاء الختم وذلك لقناعة المسؤولين فيها بكونها تنشط في إطار مجمع الشركات سابق الذكر ولحسن نيتها ونأيها بنفسها عن مغالطة المشتري العمومي. وبخصوص المؤشرات المتعلقة بالتوقيع بنفس الإمضاءات فهي مجرّدة ولا أساس لها من الصحة ممّا يفرغ القرينة المعتمدة من تقرير ختم الأبحاث من فحواها ويجعلها حرية بالدحض. كما بدت المؤشرات المتعلقة بتسرّب نفس الأخطاء في الوثائق المقدمة من طرف الشركات المدعى عليها غير مقنعة لإثبات توازي التصرفات في جانبها باعتبار أنها مجرّد أخطاء مطبعية عندما تمّ التنصيص على عبارة "وكيلة الشركة" عوضا عن "وكيل الشركة" في وثيقة الالتزام المقدمة من طرف شركة " " أو أنّ الأمر لا يتعلق بخطأ بقدر ما هو تصحيح من قبل شركة وشركة لوضعية مختلة أفرزها التصرّف الإقصائي واللاتنافسي للمشتري العمومي من خلال إفراده مزوّدا واحدا بإمكانية توفير مصافي ذات مقاسات محدّدة. وبدوره يغدو المؤشر المتعلق بتقديم عرضين متضمّنين لمواد من صنع عارضة ثالثة غير ذي جدوى ولا يمكن اعتماده للقول بوجود اتفاق بين الشركات الثلاثة طالما وأنّ تدخّل" " بوصفها منتجة للإبر الوريدية والشريانية لا يمنعها من وجهة نظر قانون المنافسة من المساهمة في الصفقات العمومية كما لا يحول دون إمكانية تزويد شركة بيت الطب وشركة الصيانة الطبية بالمواد التي تصنّعها شأنها في ذلك شأن معظم الشركات الأخرى التي تتزوّد لديها بمواد تشارك بها في مختلف الصفقات العمومية.

وعلى ضوء ما سبق ذكره خلص نائبا الشركات الثلاثة المدعى عليها إلى اعتبار المؤشرات المذكورة حرية بالدحض ويتأكّد هذا الاستنتاج من خلال التحليل القانوني على ضوء فقه وقضاء قانون المنافسة الذين دأبا على إخراج التصرفات والتفاهمات والأعمال المتفق عليها من نطاق الاتفاقات المخلة بالمنافسة كلما صدرت في إطار تجمع شركات تتركز فيه وحدة التسيير ووحدة المصالح ووحدة السياسات المتبعة بغض الطرف عن طبيعة الروابط

المكونة لها سواء كانت قانونية أو عائلية أو مالية. وهو ما يحيل إلى مفهوم المؤسسة وفق منظور قانون المنافسة والذي لا يعتدّ فيه بالاستقلالية القانونية بقدر ما يبحث فيه عن الاستقلالية الاقتصادية التي تشكل المعيار الأوحد الذي يسمح بتقييم تصرف مؤسسة في السوق ومدى تلاؤمه مع مقتضيات قانون المنافسة. ويكتسي عنصر الاستقلالية بعدا أهم لما يتعلق الأمر بتصرفات أو اتفاقات منسوبة إلى مؤسسات تنشط في إطار تجمع الشركات حيث تختفي الشخصية المعنوية للشركات الفروع لتنصهر في الوحدة الاقتصادية للمجمع الذي يعامل من منظور قانون المنافسة كمؤسسة واحدة تنتفي فيها إمكانية الاتفاق المخل بالمنافسة باعتبار غياب إرادات مستقلة للشركات المكونة لها خاصة إذا كانت تتبنى نفس النشاط وتسعى لتحقيق نفس المصالح الاقتصادية. وهو ما يؤول إلى تحصين الاتفاقات المبرمة بين مؤسسات منتمية إلى نفس مجمع الشركات من المنع القانوني للاتفاقات المخلة بالمنافسة واعتبارها من قبيل التوزيع الداخلي للمهام داخل المؤسسة، وهو مبدأ دأب فقه القضاء المقارن على تكريسه مرارا وتكرارا.

وشدّد نائبا الشركات الثلاثة المدعى عليها على اندراج الممارسات المنسوبة إليها بمناسبة مشاركتها في الصفقات العمومية ضمن هذا السياق وعلى كونها تشكل ضربا من ضروب التوزيع الداخلي للمهام داخل المجمع وذلك بغض الطرف عن وجاهة الإدعاء وثبوت طابعها المخل بالمنافسة من عدمه. كما نفيا أن تكون هذه الممارسات من قبيل تبادل المعلومات أو الاتفاقات مثلما ذهب إليه تقرير ختم الأبحاث.

وبالإضافة إلى ما ذكر أثار نائبا الشركات الثلاثة المدعى عليها طبيعة هذه الممارسات معتبرين أنّ موضوعها لم يكن مخلاّ بالمنافسة مثلما سعى إلى إثباته تقرير ختم الأبحاث بالاستناد إلى جملة من المؤشرات المجرّدة والتي من خلالها حاول بيان إقدام هذه الشركات على تنسيق العروض وعلى تقديم عروض تغطية. فبالنسبة للمؤشرات المتعلقة بمشاركة المؤسسات الثلاثة معا في نفس الفصول التي يحتوي عليها طلب العروض فهي لا ترقى إلى قرينة على توازي المشاركة والتنسيق فيها عندما تكون مقتصرة على فصل وحيد أو أنها متعلقة بمشاركة شركتين على أقصى تقدير فضلا عن أنها لم تكن بمعدات من نفس النوعية ولا ذات نفس

المحتوى ولا من نفس الجودة. أما فيما يتعلق بتقارب الأسعار الفردية ضمن العروض المالية فهو راجع إلى طبيعة الفصول المطبقة عليها تلك الأسعار وتعلقها إجمالا بسوائل كيميائية ومعدات بلاستيكية ذات كلفة زهيدة ومتقاربة ولا تسمح بتوظيف هامش ربح كبير عليها خاصة وأنها تشكل مواد استقطاب يرتبط استعمالها بمعدات وآلات أخرى يكون هامش الربح فيها متاحا وأوفر. وهو ما يستخلص منه أنّ الميزة التفاضلية للعروض المالية لشركات المجمع بالمقارنة مع العروض المنافسة لم تتأتّى من تقارب الأسعار الفردية المقترحة ضمن هذه العروض مثلما انتهى إليه تقرير ختم الأبحاث وإنما تعود إلى عامل الضغط على التكلفة الذي تحققه هذه الشركات بفضل تولي إحداها تصنيع معظم المواد الثانوية وهو ما يفسّر بدوره تدنيّ تلك الأسعار وتقاربها من جهة وارتفاعها وتباينها في غيرها من المعدات الأساسية من جهة أخرى. وفي كل الأحوال فإنّ تقارب الأسعار وتباعدها على النحو المذكور لا يمكن أن يشكل إثباتا قطعيا لممارسات مخلة بالمنافسة مثلما ذهب إليه تقرير الأبحاث بقدر ما يعكس تجسيدا للمنافسة وإعمالا لقواعدها.

أما فيما يتعلق بما انتهى إليه تقرير ختم الأبحاث من تكييف التقارب بين الأسعار في طلبات العروض على كونه تجسيدا لعروض تغطية فقد بدا مختلا ولم يؤشّر لوجود عروض تغطية. ذلك أنّ هذا الصنف من العروض يفترض حسب فقه قانون المنافسة التعيين المسبق للمؤسسة المختارة للفوز وتقديم عروض أعلى قيمة من عرضها لضمان فوزها بالصفقة كما يستوجب بداهة مشاركة ثلاث مؤسسات على أقل تقدير لإمكانية تفعيل تقنية التغطية. وهو معطى غير متوفّر إلاّ استثنائيا في مختلف العروض ولا يمكن بالتالي تعميمه وأخذه على إطلاقه. وعلى ضوء ما تمّ استنتاجه يصح القول بعدم كفاية المؤشرات لإثبات الأعمال المتعلقة بتبادل المعلومات وتقديم عروض تغطية وخلو الممارسات المنسوبة للشركات الثلاثة المدعى عليها من كل إخلال بالمنافسة. وهو نفس الاستنتاج الذي يمكن سحبه على الآثار المترتبة عنها.

ولتأكيد هذا الاستنتاج استند نائبا الشركات الثلاثة المدعى عليها إلى نظرية "الأثر الملموس" التي تفرض حسب فقه قضاء محكمة التعقيب الفرنسية البحث في مدى إمكانية

الأثر المتوقع أو الحاصل للممارسات المشتبه فيها في الحدّ بشكل ملموس من المنافسة في السوق المعنية. ويبرز ذلك في مادة الصفقات عبر حصول المؤسسات المنسوب إليها الاتفاق على نسب هامة منها. وهو ما لم يكن ثابتا في حق المؤسسات الثلاثة المدعى عليها وذلك على خلاف ما سعى إلى إثباته تقرير ختم الأبحاث عند تناوله بالبحث النتائج المسجلة في مختلف مشاركاتها. ذلك أنه بتحليل هذه النتائج يتبيّن أنّ الأثر الحاصل من الممارسات المشتبه فيها من جانب المؤسسات الثلاثة المدعى عليها لم يحدّ بشكل ملموس من المنافسة في مختلف الصفقات التي شاركت فيها ولم يؤثر البتة على مآلها.

وفي ظلّ غياب شبهة الاتفاق والتحالف بينها باعتبارها وحدة اقتصادية تنشط في إطار تجمع شركات، ونظرا لانتفاء كل من الموضوع والأثر المخلين بالمنافسة في الممارسات المنسوبة لها، على فرض التسليم بوجودها، طلب نائبا المؤسسات الثلاثة المدعى عليها من المجلس القضاء برفض الدعوى أصلا.

وبعد الإطلاع على القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار مثلما تم تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة وآخرها القانون عدد 60 لسنة 2005 المؤرخ في 18 جويلية 2005.

وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرخ في 15 فيفري 2006 المتعلق بضبط التنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة.

وبعد الإطلاع على ما يفيد استدعاء الأطراف بالطريقة القانونية لجلسة المرافعة المعينة ليوم الخميس 26 فيفري 2015، وبها تلا المقرر السيد ملخصا من تقرير ختم الأبحاث. وحضر الأستاذ نائب المدعى عليها ورافع بصفة مستفيضة مكرّرا ما قدمه ضمن تقريره المرفوع إلى المجلس بتاريخ 25 فيفري 2015. وحضر الأستاذ ورافع بما رآه مفيدا طالبا الحكم بصفة أصلية برفض الدعوى، وإن لم يكن كذلك

فبالتخفيف عن الشركات المدعى عليها استنادا إلى حسن النية. وتلت مندوب الحكومة السيدة ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملف.

إثر ذلك قرر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم بجلسة يوم 12 مارس 2015.

وبها وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من جهة الشكل:

حيث قدمت الدعوى ممّن له الصفة والمصلحة وفي الآجال القانونية واستوفت بذلك جميع مقوماتها الشكلية، لذا فقد تعيّن قبولها من هذه الناحية.

من جهة الأصل:

- **عن السوق المرجعية:**

(أ) **في تعريف السوق:**

حيث يخلص من أوراق الملف أن السوق المعنية بالقضية الماثلة هي تلك التي تتعلق بنشاط تزويد المستشفيات الجامعية والجهوية بحاجياتها السنوية من المعدات والأجهزة والآلات وغيرها من الأدوات والمستلزمات للاستعمال الطبي بمختلف الأقسام كقسم تصفية الدم وقسم الأشعة وقسم تقويم الأعضاء وقسم الجراحة أو المواد المستعملة في الإنعاش الطبي وكذلك الضمادات الطبية والمتمّمات والتوابع المختلفة. ويمارس هذا النشاط عدد من الشركات المختصة في توريد وتوزيع المواد الطبية المذكورة وذلك عبر المشاركة في الصفقات العمومية التي يتولى تنظيمها وإبرامها هذا الصنف من المؤسسات الاستشفائية العمومية.

وحيث تشتمل قائمة المعدات والمستلزمات الطبية التي يتمّ تداولها في إطار النشاط المعتبر بالخصوص على:

- أجهزة تصفية الدم أو الكلى الاصطناعية (Appareils d'hémodialyse : Reins artificiels) وأجزاؤها ولوازمها.

- مصافي أجهزة تصفية الدم والأجزاء المرشّحة لها (Filtres pour appareils d'hémodialyse et parties filtrantes pour d'autres filtres).
- أصناف الحنفيات المعدة حصرا لأجهزة تصفية الدم والأدوات المماثلة وأجزائها (Articles de robinetterie et organes similaires).
- الحقن والإبر والمواسير وأنابيب القسطرة وما يماثلها (Seringues, aiguilles, cathéters, canules et instruments similaires).
- أجهزة الطب الكهربائية وغيرها من الأدوات والأجهزة الداخلة في البند 9018 (Appareils électro-médicaux et autres instruments et appareils du n° 9018) مثل أدوات وآلات قيس الشرايين والأوردة (Instruments et appareils pour la mesure de la pression artérielle) والنواظير (Endoscopes) وأدوات الحقن (Perfuseurs) وأدوات الوخز العصبي (Appareils pour la stimulation nerveuse) والسماعات الطبية (Autres instruments et appareils spéciaux pour le diagnostic : stéthoscopes) وغيرها من الأدوات والأجهزة الداخلة في البند 9018 (Autres instruments et appareils du n° 9018) وأجزاؤها ولوازمها.
- المعقمات الطبية والجراحية أو المخبرية (Stérilisateurs médico-chirurgicaux).
- الضمادات الطبية (Pansements).

ويتمّ توفير هذه المواد الطبية بالأساس عبر اللجوء إلى التوريد من الخارج وذلك تحت نظام الحرية على مستوى إجراءات التجارة الخارجية مع إخضاعها إلى إجراءات المراقبة الفنية عند التوريد مثلما تضبطها أحكام الأمر عدد 1744 لسنة 1994 المؤرخ في 29 أوت 1994 المتعلق بضبط طرق المراقبة الفنية عند التوريد والتصدير والمصالح المؤهلة للقيام بهذه المراقبة كما تمّ تنقيحه بالأمر عدد 1233 لسنة 1999 المؤرخ في 31 ماي 1999 والأمر عدد 1684 لسنة 2010 المؤرخ في 5 جويلية 2010 وخاصة الفصل 4 منه.

وحيث أنه استنادا إلى البيانات التي تفرزها قاعدة معطيات التجارة الخارجية بوزارة التجارة والصناعات التقليدية يتبيّن أنّ واردات هذه الأصناف من المواد الطبية بلغت خلال الفترة المتراوحة من سنة 2006 إلى سنة 2010 ما يلي:

الوحدة : الدينار

مجموع قيمة الواردات					
أجهزة تصفية الدم (الكلى الاصطناعية) وأجزاؤها ولوازمها					
البند التعريفي	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
90189030001	1296,758	2948,337	2536,877	3277,07	1987,725
90189085700	678,445	536,438	254,727	361,270	169,512
المجموع	**1975,203**	**3484,775**	**2791,604**	**3638,340**	**2157,237**
مصافي أجهزة تصفية الدم والأجزاء المرشّحة لها					
البند التعريفي	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
84212100096	8268,254	14700,374	14831,874	17862,428	28400,281
84212900109	11075,168	12605,613	12758,069	14146,476	13431,107
84212900994	3124,704	8723,766	3643,734	7118,074	5232,036
84213920001	2457,849	3461,703	3044,040	9256,703	5426,843
84213980094					4583,784
84213990009	5362,459	10021,327	3113,245	22604,923	8059,494
84219900203	4784,254	3661,701	8839,616	6453,182	16531,418
المجموع	**35072,688**	**53174,484**	**46230,578**	**77441,786**	**81664,963**
أصناف الحنفيات المعدة حصرا لأجهزة تصفية الدم والأدوات المماثلة وأجزائها					
البند التعريفي	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
84818099985	11861,834	49123,456	20443,374	17216,619	28426,536
84819000900	7226,617	11363,327	12154,373	11947,216	15682,881
المجموع	**19088,451**	**60486,783**	**32597,747**	**29163,835**	**44109,417**
الحقن والإبر والمواسير وأنابيب القسطرة وما يماثلها					

2010	2009	2008	2007	2006	البند التعريفي
			532,325	1175,571	**90183110002**
984,662	812,226	799,128	52,074		**90183110013**
108,477	177,692	374,918	119,185		**90183110091**
1453,897	1751,984	1750,071	1538,147	1527,664	**90183210007**
814,543	488,746	877,311	664,133	369,433	**90183290009**
13096,457	11870,620	11140,680	9649,710	8027,829	**90183900008**
16458,036	**15101,268**	**14942,108**	**12555,574**	**11100,497**	**المجموع**
أجهزة الطب الكهربائية وغيرها من الأدوات والأجهزة الداخلة في البند 9018					
2010	**2009**	**2008**	**2007**	**2006**	**البند التعريفي**
1079,019	750,52	635,318	591,024	623,367	**90189010003**
650,370	783,571	550,936	462,448	504,734	**90189020007**
263,650	458,160	468,505	131,136	74,671	**90189050918**
62,475	68,795	18,966	3,312	11,949	**90189075002**
727,881	553,844	390,354	315,223	828,798	**90189085200**
10209,616	11816,147	9473,838	7278,251	6761,937	**90189085302**
6294,185	4783,517	4211,917	3235,25	2726,544	**90189085904**
19287,196	**19214,554**	**15749,834**	**12016,644**	**11532,000**	**المجموع**
معقمات طبية وجراحية أو مخبرية					
2010	**2009**	**2008**	**2007**	**2006**	**البند التعريفي**
880,871	**509,769**	**276,290**	**192,634**	**617,616**	**84192000011**

(ب) في الأطراف المتدخلة في السوق:

حيث يتولى عدد كبير من الشركات المختصة في توريد وتوزيع المعدات والمستلزمات الطبية ممارسة نشاط تزويد المستشفيات الجامعية والجهوية بحاجياتها السنوية من تلك المواد وذلك عبر المشاركة في الصفقات العمومية التي تقوم بتنظيمها سنويا وتقديم العروض الفنية والمالية بخصوصها، ومن ضمنها الشركات المدعى عليها التالية:

- شركة لبيع المعدات الطبية وتقويم الأعضاء "ميديكاس" (

) معرّفها الديواني عدد 134478C و0020435L. وهي شركة ذات مسؤولية محدودة انطلقت في النشاط منذ تاريخ 18 أكتوبر 1994 والذي يشمل توريد وبيع المعدات الطبية وتقويم الأعضاء وتركيزها وصيانتها وإصلاحها.

- شركة

معرّفها الديواني عدد 320707T و0020236F. وهي شركة ذات مسؤولية محدودة انطلقت في النشاط منذ تاريخ 1 سبتمبر 1990 والذي يشمل توريد وتوزيع التجهيزات الطبية وشبه الطبية وصيانتها وإصلاحها.

- شركة اللصاق المرن " " (

) معرّفها الديواني عدد 320273F و0020024V. وهي شركة خفية الاسم أحدثت بتاريخ 23 مارس 1983 وانطلقت في النشاط منذ تاريخ 24 أوت 1983 والذي يشمل صنع المواد الصيدلية من صنف الضمادات واللاصقات الطبية.

وحيث أنه إلى جانب هذه الشركات تضمّ قائمة المورّدين والموزّعين عددا آخر من المؤسسات التي تعوّدت على المشاركة في مثل هذه الصفقات ومنها على سبيل الذكر الذوات التالية:

- شركة معرّفها الديواني عدد 125733K و0014442X.

- شركة

معرّفها الديواني عدد 130374B و0287714R.

- شركة معرّفها الديواني عدد 133627N و0429965Z.

- شركة معرّفها الديواني عدد 121073C و0000215P.

- شركة معرّفها الديواني عدد 124128A و0002233A.
- شركة معرّفها الديواني عدد 752936W و0710731G.
- شركة معرّفها الديواني عدد 222727N و0504279G.
- شركة

معرّفها الديواني عدد 120299V و0000773R.

- شركة معرّفها الديواني عدد 804124T و0566643Y.
- شركة معرّفها الديواني عدد 770258Z و0555119X.
- شركة معرفها الديواني عدد 101542E.
- شركة

معرّفها الديواني عدد 123374S.

شركة معرّفها الديواني عدد 130987F.

(ت) في تنظيم المعاملات بين الأطراف المتدخلة في السوق المرجعية:

حيث تخضع المعاملات بين المؤسسات الاستشفائية العمومية المعنية والمورّدين والموزّعين المذكورين أعلاه إلى أحكام مجلة المحاسبة العمومية الصادرة بالقانون عدد 81 لسنة 1973 المؤرخ في 31 ديسمبر 1973 وجميع النصوص التي نقّحتها وتمّمتها ولنظام إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها وخلاصها ومراقبتها مثلما تمّ تنظيمه بأحكام الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة والأمر عدد 623 لسنة 2011 المؤرخ في 23 ماي 2011 المتعلق بأحكام خاصة لتنظيم الصفقات العمومية.

(ث) في نصيب الشركات المدعى عليها من السوق المرجعية:

حيث أنه على ضوء ما تفرزه قاعدة معطيات التجارة الخارجية بوزارة التجارة والصناعات التقليدية من بيانات حول إنجازات التوريد المسجّلة خلال الفترة المتراوحة من سنة 2006 إلى سنة 2010 فإنه يستنتج ما يلي:

1- تسنّى للشركات الثلاثة المدعى عليها خلال كامل الفترة تحقيق حصص توريد متفاوتة بلغت قيمتها ونسبتها المستويات التالية:

الوحدة : الدينار

أجهزة تصفية الدم (الكلى الاصطناعية) وأجزاؤها ولوازمها					
السنة	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
شركة	529,916	1030,965	1073,532	1044,277	440,677
الحصة من مجموع الواردات	%26,8	%29,6	%38,5	%28,7	%20,4
شركة	74,033	60,985	23,143	12,049	10,992
الحصة من مجموع الواردات	%3,7	%1,8	%0,8	%0,3	%0,5
شركة	لا شيء	لا شيء	لا شيء	لا شيء	لا شيء
مصافي أجهزة تصفية الدم والأجزاء المرشّحة لها					
السنة	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
شركة	4828,563	5724,529	6263,955	5368,217	5118,413
الحصة من مجموع الواردات	%13,8	%10,8	%13,5	%6,9	%6,3
شركة	12,445	9,826	13,818	12,712	9,632
الحصة من مجموع الواردات	%0,04	%0,02	%0,03	%0,02	%0,01
شركة		3,497	24,790	1,099	0,043
الحصة من مجموع الواردات		%0,01	%0,1	%0,001	%0,0001
أصناف الحنفيات المعدة حصرا لأجهزة تصفية الدم والأدوات المماثلة وأجزائها					
السنة	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
شركة	4,666	6,103	0,016		
الحصة من مجموع الواردات	%0,02	%0,01	%0,00005		
شركة	0,048	1,851	11,034	8,155	5,111

الحصة من مجموع الواردات	%0,0003	%0,003	%0,03	%0,03	%0,01
شركة	24,402	84,38	25,158	27,282	63,452
الحصة من مجموع الواردات	%0,1	%0,1	%0,1	%0,1	%0,1
الحقن والإبر والمواسير وأنابيب القسطرة وما يماثلها					
السنة	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
شركة	821,642	175,875	98,268	282,115	
الحصة من مجموع الواردات	%7,4	%1,4	%0,7	%1,9	
شركة	لا شيء	لا شيء	لا شيء	لا شيء	لا شيء
شركة	367,880	662,584	872,467	495,845	796,770
الحصة من مجموع الواردات	%3,3	%5,3	%5,8	%3,3	%4,8
أجهزة الطب الكهربائية وغيرها من الأدوات والأجهزة الداخلة في البند 9018					
السنة	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
شركة	196,912	218,936	47,244	93,523	197,487
الحصة من مجموع الواردات	%1,7	%1,8	%0,3	%0,5	%1,0
شركة	0,361				
الحصة من مجموع الواردات	%0,003				
شركة "	468,071	707,048	946,155	866,399	1221,794
الحصة من مجموع الواردات	%4,1	%5,9	%6,0	%4,5	%6,3
معقمات طبية وجراحية أو مخبرية					
السنة	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**
شركة	لا شيء	لا شيء	لا شيء	لا شيء	لا شيء
شركة	لا شيء	لا شيء	لا شيء	لا شيء	لا شيء
شركة	405,701				
الحصة من مجموع الواردات	%65,7				

2- بالنسبة لشركة " "

اشتملت الواردات التي تسنّى لها إنجازها خلال كامل الفترة بالأساس على صنف المعدات والمستلزمات الطبية التي يتمّ استعمالها بأقسام تصفية الدم، وهي كالتالي:

- أجهزة تصفية الدم وأجزاؤها ولوازمها:

سجّلت هذه الواردات نسبا مرتفعة من إجمالي إنجازات التوريد بلغ أقصاها 38,5% خلال سنة 2008. وهو ما خوّل للشركة المذكورة احتلال المراتب الأولى إلى جانب كل من شركة " " بحصة قصوى بلغت 42% خلال سنة 2010 وكذلك شركة " " بحصة قصوى تساوي 51,6% خلال سنة 2009.

- المصافي الخاصة بتصفية الدم:

سجّلت هذه الواردات خلال كامل الفترة نسبا متفاوتة من إجمالي إنجازات التوريد بلغ أقصاها 13,8% خلال سنة 2006. وهو ما خوّل للشركة المذكورة احتلال المراتب الأولى إلى جانب كل من شركة " " بحصة قصوى بلغت 15,3% خلال سنة 2006 وكذلك شركة " " بحصة قصوى تساوي 3,7% خلال سنة 2010.

- الإبر والمواسير وأنابيب القسطرة وما يماثلها:

سجّلت هذه الواردات خلال كامل الفترة نسبا متفاوتة من إجمالي إنجازات التوريد بلغ أقصاها 7,4% خلال سنة 2006. وهو ما خوّل للشركة المذكورة احتلال المراتب الأولى إلى جانب كل من شركة " " بحصة قصوى بلغت 6,8% خلال سنة 2006 وكذلك شركة " " بحصة قصوى بلغت 4,7% خلال سنة 2007 وشركة " " بحصة قصوى بلغت 4,3% خلال سنة 2007 وشركة " " بحصة قصوى بلغت 4,4% خلال سنة 2008.

- أصناف الحنفيات المعدة حصرا لأجهزة تصفية الدم والأوات المماثلة وأجزائها ولوازمها:

اقتصرت واردات هذا الصنف من المستلزمات على سنتي 2006 و2007 وذلك بنسب ضئيلة من إجمالي إنجازات التوريد استقرت في مستوى 0,02% خلال سنة 2006 و0,01% خلال سنة 2007.

وتعتبر هذه النسب قريبة من المعدل الذي تسنّى تسجيله من بعض المنافسين في السوق المرجعية على غرار شركة " " وشركة " " والذي استقر في مستوى 0.1% خلال سنوات 2006 و2008 و2010.

3- بالنسبة لشركة الصيانة الطبية اشتملت الواردات التي تسنّى لها إنجازها خلال كامل الفترة بالأساس على جزء من صنف المعدات والمستلزمات الطبية التي يتمّ استعمالها بأقسام تصفية الدم، وهي كالتالي:

- أجهزة تصفية الدم وأجزاؤها ولوازمها:

سجّلت هذه الواردات نسبا ضعيفة من إجمالي إنجازات التوريد بلغ أقصاها 3,7% خلال سنة 2006. وهو ما قلص من إمكانية اقتراب الشركة المذكورة من المراتب الأولى إلى جانب كل من شركة بيت الطب لبيع المعدات الطبية وتقويم الأعضاء " وشركة " " وشركة " ".

- المصافي الخاصة بتصفية الدم:

سجّلت هذه الواردات نسبا ضئيلة من إجمالي إنجازات التوريد استقرت في مستوى 0,1% خلال سنة 2010.

- أصناف الحنفيات المعدة حصرا لأجهزة تصفية الدم:

سجّلت هذه الواردات نسبا ضئيلة من إجمالي إنجازات التوريد وفي مستوى المعدل المسجّل من طرف المدعى عليها الأولى شركة بيت الطب لبيع المعدات الطبية وتقويم الأعضاء " ".

4- بالنسبة لشركة " " اشتملت وارداتها من صنف المعدات والمستلزمات الطبية التي يتمّ استعمالها بأقسام تصفية الدم بالخصوص على:

- الإبر والمواسير وأنابيب القسطرة وما يماثلها:

سجّلت هذه الواردات خلال كامل الفترة نسبا متفاوتة من إجمالي إنجازات التوريد بلغ أقصاها 5,8% خلال سنة 2008. وتعتبر النتائج المسجّلة في هذا الجانب هامة وقريبة من أصحاب المراتب الأولى على غرار شركة ب لبيع المعدات الطبية وتقويم الأعضاء وشركة " " وشركة " " " وشركة " " وشركة " ".

- المصافي الخاصة بتصفية الدم:

اشتملت هذه الواردات خلال كامل الفترة على كميات ضئيلة من إجمالي إنجازات التوريد.

- أصناف الحنفيات المعدة حصرا لأجهزة تصفية الدم:

أنجزت هذه الواردات بنسبة قريبة من المعدل المسجّل من بعض المنافسين في السوق المرجعية على غرار شركة " " وشركة " " والتي استقرت في مستوى 0.1% خلال كامل الفترة.

وفي المقابل لم تقتصر واردات الشركة المعنية على صنف المستلزمات الطبية المستعملة بأقسام تصفية الدم بل اشتملت أيضا على أصناف أخرى من المستلزمات التي يتمّ استعمالها في مختلف الأقسام والتي تتمثل فيما يلي:

- أجزاء ولوازم أجهزة الطب الكهربائية:

سجّلت هذه الواردات نسبا مرتفعة من إجمالي إنجازات التوريد بلغ أقصاها 22,2% خلال سنة 2008. وهو ما خوّل للشركة المذكورة الانفراد بالمراتب الأولى إلى جانب كل من شركة " " بحصة قصوى بلغت

8,1% خلال سنة 2007 وشركة " "

بحصة قصوى تساوي 5,5% خلال سنة 2006 وشركة "

" بحصة قصوى تساوي 3,8% خلال سنة 2006 وشركة "

" بحصة قصوى تساوي 3,3% خلال سنة 2006.

- معقمات طبية وجراحية أو مخبرية:

اقتصرت واردات هذا الصنف من المعدات الطبية على سنة 2006 فقط وذلك بنسبة هامة من إجمالي إنجازات التوريد بلغت 65,7%. وهو ما خول للشركة المذكورة احتلال المرتبة الأولى خلال تلك السنة قبل كل من شركة "

" بحصة بلغت 11,3% وكذلك شركة "

" بحصة بلغت 7%.

المجلس

حيث ترمي الدعوى المعروضة من طرف وزير التجارة والصناعات التقليدية إلى تتبّع كل من شركة بيت الطب "م " وشركة وشركة

من أجل مشاركتها في اتفاق مخل بالمنافسة في نطاق ثلاث صفقات عمومية للتزوّد بمواد وأدوات طبية موضوع طلبي العروض عدد 05/2006 و 05/2009 الصادرين عن المستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية وطلب العروض عدد 03/2010 الصادر عن المستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة.

وحيث أنّ مبدأ اللجوء إلى المنافسة في مجال الصفقات العمومية الذي أرست أركانه أحكام الفصل السابع من الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية يقتضي توفّر ثلاثة شروط أساسية وهي استقلالية العروض المشاركة في تلك الصفقات وحالة عدم اليقين لدى كل عارض بخصوص القرارات المزمع اتخاذها من طرف منافسيه وعدم عرقلة دخول مؤسسات أخرى للسوق أو الحدّ من المنافسة الحرة فيها. ويؤدّي عدم التقيّد بأحد هذه الشروط إلى الإخلال بالمنافسة ويتجسّد ذلك على

أرض الواقع من خلال بعض الممارسات التي تهدف إمّا إلى تنسيق العروض بين مجموعة من العارضين لتحديد العرض الأقلّ ثمنا حتى يفوز صاحبه بالصفقة والعروض غير المطابقة والمعروفة بعروض التغطية أو إلى تبادل المعلومات لغرض التعرّف على عدد المشاركين المحتملين في الصفقة ومحتوى العروض المالية المزمع تقديمها وغيرها من المعلومات الخاصة بالوسائل المادية والبشرية التي سيتمّ توظيفها لتنفيذ الصفقة.

وحيث يقتضي النظر في الوضعية المعروضة في إطار الدعوى الراهنة تقصّي سلوك الأطراف المدعى عليها والتدقيق في طبيعة الممارسة التي أقدمت على ارتكابها سواء كان ذلك في إطار مشاركتها في مختلف الصفقات العمومية للتزوّد بالمواد والأدوات الطبية أو في إطار نشاطها المتعلق بتوريد هذا الصنف من المواد والمستلزمات.

وحيث يخلص من التحقيق المجرى في إطار القضية الراهنة أنه إضافة إلى الصفقات الثلاثة موضوع الدعوى ساهمت المؤسسات المدعى عليها خلال الفترة الممتدة من سنة 2006 إلى غاية سنة 2010 في صفقات أخرى. وتتعلق هذه الصفقات بطلبات العروض عدد 07/2007 و 04/2008 و 04/2010 الصادرة عن المستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية وطلب العروض عدد 06/2009 الصادر عن المستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة وطلبي العروض عدد 2/2008 و 4/2008 الصادرين عن المستشفى الجهوي ابن الجزار بالقيروان.

وحيث يتّضح من تفحّص الملفات المتعلقة بالصفقات المذكورة أنّ مشاركة المؤسسات المدعى عليها توّجت بتحقيق النتائج مثلما يبيّنها الجدول التالي:

ط ع	القيمة الجملية للصفقة	الشركة	العرض الفني	العرض المالي		الأقساط										المجموع	
						متمّمات		ضمادات		مستلزمات تصفية الدم		مواد الإنعاش		مواد الأشعة	أجهزة الطب الكهربائية	متمّمات لتقويم الأعضاء	
05/2006	627541,353	MEDICASE	X	R	686107,240	%7,3	23204,220	%70,8	11995,300	%5,8	4932,845						%6,4	40132,365
		MAINTENANCE	X	R	207518,470					%10,8	9170,000						%1,5	9170,000
		ADHE-ELS	0															
07/2007	572530,308	MEDICASE	X	R	535880,300	%1	2002,140	%16,5	11262,600	%20	19108,392	%1,8	300,000				%5,7	32673,132
		MAINTENANCE	X	R	278237,700					%32,9	31500,000						%5,5	31500,000
		ADHE-ELS	0															
04/2008	351802,802	MEDICASE	X	R	423443,646	%100	8335,814	%100	3573,460			%100	4400,500				%4,6	16309,774
		MAINTENANCE	0															
		ADHE-ELS	0															
05/2009	123518,850	MEDICASE	X	R	469385,400					%1,4	1678,850						%1,4	1678,850
		MAINTENANCE	X	NR	353460,000													
		ADHE-ELS	X	R	76875,000					%12,1	14938,000						%12,1	14938,000
04/2010	199947,601	MEDICASE	X	NR	496322,000													
		MAINTENANCE	X	R	426830,400					%53,5	106902,601						%53,5	106902,601
		ADHE-ELS	X	NR	91350,000													
06/2009	241999,060	MEDICASE	X	R	274483,680					%17,5	31185,680						%12,9	31185,680
		MAINTENANCE	X	NR	222621,000													
		ADHE-ELS	X	NR	87960,000													
03/2010	249924,550	MEDICASE	X	R	257495,800					%0,23	423,200						%0,17	423,200
		MAINTENANCE	X	R	196528,160					%42,4	79413,620						%31,8	79413,620
		ADHE-ELS	X	NR	101000,000													
2/2008	183083,900	MEDICASE	X	NR	217761,000													
		MAINTENANCE	X	R	188725,000					%82,1	45825,000						%25	45825,000
		ADHE-ELS	X	NR	10500,000													
4/2008	395865,7582	MEDICASE	X	R	21670,988										%6,3	20392,750	%5,2	20392,750
		MAINTENANCE	0															
		ADHE-ELS	0															

وحيث يفرز تحليل جميع المعطيات الإحصائية والاقتصادية المبيّنة بالجدول أعلاه الاستنتاجات التالية:

1- فيما دأبت شركة على المشاركة بانتظام في جميع الصفقات، فقد تخلّفت شركة عن المشاركة في صفقتين من مجموع 9 صفقات. وبالنسبة لشركة فقد اقتصرت مشاركتها على 5 صفقات من مجموع 9 صفقات.

2- بينما شملت عروض شركة في الصفقات التي شاركت فيها أغلب الأقساط التي تحتوي عليها تلك الصفقات، فقد كان الأمر مختلفا بالنسبة لشركة الصيانة الطبية وشركة إذ اقتصرت عروضهما على الأقساط التي تتعلق فقط بمتمّمات وتوابع ومستلزمات لتصفية الدم. علما وأنّ عدد هذه الأقساط بلغ 7 أقساط من مجموع 25 قسطا.

3- أفرزت نتائج الفرز المالي لعروض المؤسسات المدعى عليها عن فوزها في الأقساط السبعة المذكورة أعلاه وذلك بإسناد 5 حصص لفائدة كل من شركة وشركة وحصة وحيدة لفائدة شركة

وبذلك بلغ عدد الحصص التي تمّ إسنادها لفائدة هذه المؤسسات 11 حصة.

4- سجّلت الحصص الخمسة التي تحصلت عليها شركة نسبا متفاوتة. ولئن كانت النسب المسجّلة منخفضة في ثلاث أقساط ولم تتجاوز في أحسن الحالات 5,8% فقد ارتفعت في مناسبة أولى إلى حدود 17,5% واستقرت في مناسبة ثانية في مستوى 20%. وبالنسبة لشركة فقد سجّلت الحصص الخمسة التي تحصلت عليها نسبا هامة جدا تراوحت ما بين 10,8% و 82,1%. أما فيما يخص شركة سجّلت الحصة الوحيدة التي تحصلت عليها نسبة بلغت 12,1%.

وحيث يتبيّن على ضوء الاستنتاجات أعلاه أنّ مشاركة المؤسسات المدعى عليها في صفقات التزوّد بالمواد والأدوات الطبية ولئن اقتصرت بالأساس على الأقساط المتعلقة بمتمّمات وتوابع ومستلزمات لتصفية الدم إلاّ أنها توّجت بفوزها بحصص هامة من تلك الأقساط. كما تعكس النتائج المتحصّل عليها بصورة واضحة وجلية قدرة المؤسسات المذكورة على فرض مزاحمة شديدة وجدية على بقية الشركات المنافسة لها في تلك الصفقات.

وحيث أنه من الثابت أنّ التفوّق الذي حققته المؤسسات المدعى عليها على منافسيها لا يبرّره فقط تميّزها وكفاءتها وإنما كان ناجما عن عوامل أخرى منها إقدامها على تبادل المعلومات حول عروضها. وهو ما تمّ الكشف عنه من خلال التدقيق في الوثائق المضمّنة بملفات المؤسسات المذكورة المشاركة في طلبات العروض عدد 05/2006 و05/2009 و03/2010 والمتمثلة في وثيقة التعهّد بالمشاركة في طلب العروض ووثيقة الالتزام بالعرض وقسيمة تفويض حضور جلسة فتح العروض المالية وجدول الأسعار.

وحيث أنّ التدقيق في الوثائق المذكورة أبرز أنّ هذه الوثائق احتوت على نفس العنوان ونفس أرقام الهاتف والفاكس وقد تمّ استعمال نفس الكتابة الخطية لتعميرها فضلا عن التوقيع عليها من قبل أشخاص يحملون نفس اللقب العائلي. وهو ما يدلّ على أنّ الأطراف المدعى عليها تربط بينها علاقات وظيفية وعائلية من شأنها أن تساعدها على تبادل المعلومات والمعطيات الخاصة بكل طرف منها كنيّته المشاركة في الصفقة من عدمه والأسعار التي يعتزم اقتراحها وغيرها من المعلومات الخاصة بالوسائل المادية والبشرية المتوفّرة لديه والمعتزم توظيفها لتنفيذ الصفقة.

وحيث أنه علاوة عما سبق ذكره فقد أفرزت دراسة السوق أنّ إحدى الشركات الثلاثة وهي شركة مختصّة في توريد المستلزمات الطبية المستعملة لتصفية الدم من صنف المصافي الخاصة بتصفية الدم وصنف الإبر والمواسير وأنابيب القسطرة

وما يماثلها. وتشترك هذه الشركة مع شركة أخرى وهي شركة
في اختصاص توريد المستلزمات الطبية المستعملة لتصفية الدم من صنف الإبر والمواسير وأنابيب القسطرة وما يماثلها. وسجّلت واردات الشركتين المذكورتين من هذا الصنف حصصا بلغ أقصاها 7,4% من إجمالي إنجازات التوريد بالنسبة للشركة الأولى و5,8% بالنسبة للشركة الثانية. وتعتبر هذه الحصص هامة جدا إذ مكنتهما من احتلال المراتب الأولى إلى جانب كل من شركة " " وكذلك شركة " " وغيرهما من الموردين المختصين في هذا المجال. وفي المقابل اقتصر نشاط الشركة الثالثة وهي شركة الصيانة الطبية على توريد نسب ضئيلة من المصافي الخاصة بتصفية الدم.

وحيث وفي ظلّ المعطيات التي أفرزتها دراسة السوق أعلاه فإنّه من الثابت أنّ التعامل التجاري المتداول على هذا الشكل من طرف المؤسسات المذكورة يكشف بوضوح عن وحدة المصالح بينها في هذا المجال باعتبار ما تبديه أحد الشركتين الموردتين من استعداد لتلبية رغبات الشركة الثالثة في التزوّد بأصناف الإبر والمواسير وأنابيب القسطرة وما يماثلها كلما دعتها الحاجة إلى ذلك وخاصة عند مساهمتها في الصفقات العمومية. وهو ما حصل فعلا لما احتوى عرضا شركة وشركة المشاركين في طلب العروض عدد 03/2010 على مواد تتمثل في إبر وريدية وشريانية تحمل علامة شركة
. وكذلك الأمر لما تسرّب نفس الخطأ للعرضين المذكورين بتحديد نفس مقاييس مساحة المصفاة "F 6 ETO" والمصفاة "F 7 ETO" خلافا لما هو منصوص عليه بكراس الشروط، وهو ما يعني أنّ المصافي المعروضة في طلب العروض من طرف شركة هي من توريد شركة " ".

وحيث أنه في حكم ما تقدم فإنه يتبيّن أنّ المؤشرات والاستنتاجات سالفة البيان تشكّل قرائن جدية ومتناسقة عن تورّط المؤسسات المدعى عليها في القيام بأعمال يتعلق

موضوعها بتبادل المعلومات حول عروضها المقدّمة في صفقات التزوّد بالمواد والأدوات الطبية. وهو ما يؤثّر قطعا على خياراتها وعلى حالة عدم اليقين لديها ويساهم في التقليص من حدّة التنافس بينها وبين بقية العارضين.

وحيث تمسّك نائبا المؤسسات المدعى عليها في تقريرهما المدلى به للمجلس للردّ على تقرير ختم الأبحاث بأنّ المؤشرات المنبثقة عن وحدة المقر والتسيير والإدارة تقيم الحجة في الواقع على وجود تجمع تنشط في إطاره الشركات الثلاثة، وعلى هذا الأساس فإنه من غير المقبول اعتمادها كقرائن لإثبات وجود الاتفاقات المنسوبة إليها مستندين في ذلك على فقه وقضاء قانون المنافسة الذين دأبا على إخراج التصرفات والتفاهمات والأعمال المتفق عليها من نطاق الاتفاقات المخلة بالمنافسة كلما صدرت في إطار تجمع شركات تتركز فيه وحدة التسيير ووحدة المصالح ووحدة السياسات المتبعة وتغيب الإرادة المستقلة للشركات المكوّنة له.

وحيث أنّ التسليم بوجود تجمع لمؤسسات مستقلة عن بعضها قانونا لكنها مرتبطة فيما بينها بعلاقة هيكلية تسمح لها بالعمل بصفة جماعية في سوق معينة وتنسيق نشاطها خدمة لمصالحها المشتركة، ليس من شأنه أن يعفيها من التقيّد بالمبادئ التي تسوس المنافسة وذلك وفقا لما نصت عليه أحكام الفصل 464 من مجلة الشركات التجارية من أنه « لا يمكن أن تكون لتجمع الشركات أهداف مخالفة للقانون مثل التهرّب من الضرائب أو الإخلال بقواعد المنافسة ».

وحيث ولئن كان بإمكان مؤسسات منتمية لنفس تجمع الشركات تقديم عروض فردية للمشاركة في إحدى الصفقات العمومية، فإنّ تعدّد العروض يبرهن عن استقلاليتها التجارية وفي حكم ذلك فإنه يمنع عليها تبادل المعلومات حول هذه العروض لأنّ مجرّد تبادل المعلومات من شأنه أن يتسبّب في مغالطة المشتري العمومي ولو كان هذا الأخير على علم بانتمائها لنفس تجمع الشركات. أما في صورة ما إذا اختارت المؤسسات المذكورة التنازل عن

استقلاليتها التجارية، فإنّ ذلك يوجب عليها عدم تقديم عروض فردية واقتصار مشاركتها على عرض وحيد تتكفّل واحدة من بين مؤسسات التجمع بإعداده وتقديمه. وهو ما لم تبرزه وضعية الحال باعتبار ما جاء في أوراق الملف من أنّ مشاركة الشركات المدعى عليها في الصفقات موضوع الدعوى تمّت بواسطة عروض فردية.

وحيث أنه بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإنه يتّضح من تفحّص جداول الأسعار المصاحبة للعروض المقدمة من طرف المؤسسات المدعى عليها خلال مشاركتها في 6 صفقات للتزوّد بالمواد والأدوات الطبية احتوائها على الأسعار الفردية المقترحة بالنسبة للمواد والمستلزمات الطبية المزمع اقتناؤها في إطار هذه الصفقات مثلما يبيّنه ذلك الجدول التالي:

طلب عروض عدد 05/2006 للمستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية

COTUPHA	MEDETEC	SOFAMME	PHARMADIAL	MEDICAL GAZ	BIO SERVICE	ADHE-ELS	MAINTENANCE	MEDICASE	
					4,600		3,719	**3,444**	مواسير
					15,800		14,872	17,249	مجموعة أدوات لتصفية الدم
					1,060		1,255	1,250	شعاع غسيل الكلى
					35,000		52,827	48,914	قنطرة وريدية
					180,000		148,240	**137,259**	مجموعة شريانية وريدية
					21,000		24,527	22,710	أنبوب تصفية الدم
					7,100		7,200	7,150	حامض سائل
							29,835	**29,827**	سيترول
					7,300		**6,550**	6,600	خراطيش بيكار
					7,100		7,200	7,150	سائل بيكار

طلب عروض عدد 2/2008 للمستشفى الجهوي ابن الجزار بالقيروان

COTUPHA	MEDETEC	SOFAMME	PHARMADIAL	MEDICAL GAZ	BIO SERVICE	ADHE-ELS	MAINTENANCE	MEDICASE	
				0,999	1,015	1,050	1,060	1,250	مجموعة أدوات وصل وقطع
					7,400		**7,050**	7,100	حامض مكثف
					7,400		**7,050**	7,100	ثاني كربونات مكثف

طلب عروض عدد 05/2009 للمستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية

COTUPHA	MEDETEC	SOFAMME	PHARMADIAL	MEDICAL GAZ	BIO SERVICE	ADHE-ELS	MAINTENANCE	MEDICASE	
					9,500		10.256	13.140	مصفاة دقيقة

أنبوب شرياني وريدي	4,148		4,125	**5,200**				4,200	
مجموعة أدوات وصل وقطع	1,250	1,010	**1,000**	0,980	1,019				
حامض مكثف	7,100	7,095		8,500		**7,000**			
ثاني كربونات الصوديوم	7,100	7,095		8,500		**7,000**			
سيترول	**33,577**								

طلب عروض عدد 06/2009 للمستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة

	MEDICASE	MAINTENANCE	ADHE-ELS	BIO SERVICE	MEDICAL GAZ	PHARMADIAL	SOFAMME	MEDETEC	COTUPHA
مجموعة أدوات لتصفية الدم	18,088	15,204		**16,500**					
أنبوب فخذي	**19,000**			21,500					23,000
خراطيش ثاني كربونات فرينيزيس	**7,960**	7,980							
خراطيش ثاني كربونات غامبرو	**6,100**	6,150		9,500					
سيترول	**35,792**								

طلب عروض عدد 03/2010 للمستشفى الجهوي بمنزل بورقيبة

	MEDICASE	MAINTENANCE	ADHE-ELS	BIO SERVICE	MEDICAL GAZ	PHARMADIAL	SOFAMME	MEDETEC	COTUPHA
مصفاة دقيقة	13,929	10,256		**9,200**				11,800	
إبر شريانية	0,515	**0,500**	0,505	0,700					
إبر وريدية	0,515	**0,500**	0,505						
مواسير بفتحتين	**52,900**			105,000					
أنبوب فخذي	19,000			**18,000**					
محلول حامض مكثف	0,695	**0,689**							

								0,689	0,695	**محلول ثاني كربونات**
								9,500	9,510	**خراطيش ثاني كربونات فرينيزيس**
								39,327	39,410	**سيترول**

طلب عروض عدد 04/2010 للمستشفى الجامعي الطاهر صفر بالمهدية

COTUPHA	MEDETEC	SOFAMME	PHARMADIAL	MEDICAL GAZ	BIO SERVICE	ADHE-ELS	MAINTENANCE	MEDICASE	
					9,400		10,256	13,929	**مصفاة دقيقة**
					6,000	3,830	**3,825**	3,850	**أنبوب شرياني وريدي**
					0,800	0,505	**0,500**	0,515	**إبر شريانية**
					0,800	0,505	**0,500**	0,515	**إبر وريدية**
					0,980	1,250	**0,890**	1,050	**مجموعة أدوات وصل وقطع**
			6,940				**6,900**		**ثاني كربونات الصوديوم**
							6,900		**حامض مكثف**
							39,327		**سيترول**

وحيث يتبيّن من تحليل الأسعار الفردية المقترحة ضمن عروض المؤسسات المدعى عليها ما يلي:

1- بلغ مجموع مقترحات الأسعار الفردية المعروضة من طرف المؤسسات المدعى عليها للمشاركة في في 6 صفقات للتزوّد بالمواد والأدوات الطبية 41 مقترحا، وقد تمّ قبول 26 مقترحا في مرحلة الفرز المالي للعروض.

2- بلغ مجموع مقترحات الأسعار الفردية المعروضة من طرف المؤسسات المنافسة 30 مقترحا وقد تمّ قبول 15 مقترحا في مرحلة الفرز المالي للعروض، وهي موزّعة بنحو 12 مقترحا لشركة " " ومقترحين لشركة " " ومقترح وحيد لشركة " ".

3- بلغ مجموع مقترحات الأسعار الفردية المعروضة من طرف مؤسستين مدعى عليهما فأكثر 33 مقترحا منها 23 مقترحا لأسعار فردية بقيمة متقاربة و 10 مقترحات لأسعار فردية بقيمة متفاوتة.

4- تمّ قبول في مرحلة الفرز المالي للعروض 16 مقترحا من مجموع 23 مقترحا لأسعار فردية بقيمة متقاربة، وهي موزّعة بنحو 3 مقترحات لشركة " " و 12 مقترحا لشركة ة ومقترحا وحيدا لشركة اللصاق المرن "أ ".

5- تمّ قبول في مرحلة الفرز المالي للعروض 3 مقترحات من مجموع 10 مقترحات لأسعار فردية بقيمة متفاوتة، وهي موزّعة بنحو مقترحين لشركة " " ومقترحا وحيدا لشركة .

6- بلغ مجموع مقترحات الأسعار الفردية المعروضة من طرف مؤسسة وحيدة مدعى عليها 8 مقترحات منها 4 مقترحات متنافسة مع مقترحات صادرة عن مؤسسات منافسة و 4 مقترحات دون منافسة أي مقترح آخر.

7- تمّ قبول في مرحلة الفرز المالي للعروض 3 مقترحات من مجموع 4 مقترحات متنافسة مع مقترحات صادرة عن مؤسسات منافسة، وهي موزّعة بنحو مقترحين لشركة ومقترحا لشركة الصيانة الطبية.

8- تمّ قبول في مرحلة الفرز المالي للعروض 4 مقترحات دون منافسة أي مقترح أخر، وهي موزّعة بنحو مقترحين لشركة ومقترحين لشركة

.

وحيث وفي ظلّ المعطيات أعلاه بلغت نسبة النجاح لدى المؤسسات المدعى عليها خلال مشاركتها في الصفقات الستة للتزوّد بالمواد والأدوات الطبية 63%. وتعتبر هذه النسبة طيبة جدا وذلك بمقارنتها بتلك المسجلة من طرف المؤسسات المنافسة والتي استقرت في مستوى 50%. وهو ما يدلّ على أنّ حظوظ الفوز لدى المؤسسات المدعى عليها كانت أوفر في تلك الصفقات مقارنة ببقية العارضين.

وحيث وعلاوة عن ذلك بلغت نسبة النجاح لدى المؤسسات المدعى عليها 70% بالنسبة لمقترحاتها المتعلقة بأسعار فردية بقيمة متقاربة والمعروضة من طرف مؤسستين فأكثر. وبالنسبة لمقترحاتها المتعلقة بأسعار فردية بقيمة متباعدة والمعروضة من طرف مؤسستين فأكثر تدحرجت نسبة النجاح إلى مستوى 30%. وهو ما يستشف منه أنّ حظوظ المؤسسات المدعى عليها في الفوز بحصص من الصفقة تتقلّص بصفة ملحوظة كلما عرضت هذه المؤسسات أسعارا فردية بقيمة متباعدة وتتزايد كلما تقاربت قيمة الأسعار الفردية المعروضة ضمن مقترحاتها.

وحيث ولئن يؤشّر تقارب الأسعار المقترحة ضمن عروض المؤسسات المدعى عليها على توازي السلوك، ولو أنّ مثل ذلك التوازي لا يعدّ كافيا لوحده لإثبات الاتفاق المخل المنسوب لهذه المؤسسات، فإنه من شأنه أن يعكس كذلك تشابهها وذلك بحكم عدم وجود فوارق بينها. وحتى إن وجدت فوارق فهي لا تعكس الفوارق الموجودة على مستوى حجم هذه المؤسسات ورقم المعاملات المحقق من طرفها وقوائمها المالية ومكان انتصابها، وهو ما

يقيم الدليل على أنّ تشابه الأسعار المقترحة من طرف هذه المؤسسات ناجم عن اتفاق مخل بالمنافسة.

وحيث وفي حكم ما تقدّم فإنه لا ريب من أنّ المؤسسات المدعى عليها ضالعة في تبادل المعلومات حول عروضها المقدّمة في صفقات التزوّد بالمواد والأدوات الطبية وتنسيق أعمالها قبل القيام بإعدادها والاتفاق حول الأسعار التي يتمّ اقتراحها ضمنها. وهو ما يعدّ من قبيل الاتفاقات التي يكون موضوعها أو أثرها مخلاّ بالمنافسة والتي تحجّرها أحكام الفقرة الأولى من الفصل الخامس جديد من قانون المنافسة والأسعار.

وحيث وبخصوص الدفع المتعلق بإخراج الشركة

من نطاق النزاع، فإنه بمزيد التدقيق في حقيقة مشاركتها في صفقات التزوّد بالمواد والأدوات الطبية تبيّن أنّ النشاط الذي تتولى ممارسته ليس له أي علاقة بالممارسات موضوع القضية الراهنة، الأمر الذي يتعيّن معه إخراجها من هذه المنازعة.

وحيث طلب نائب المؤسسات المدعى عليها من المجلس التخفيف عنها استنادا إلى حسن النية، وهو طلب الغرض منه الحطّ من مقدار الخطية المستوجبة عليها.

وحيث أقرّ فقه قضاء مجلس المنافسة أنّ التخفيف في الخطايا المالية المسلطة على المخالفين يتوقّف على إبداء تعاونهم مع المجلس خلال مرحلة التحقيق أو الإدلاء بوثائق أو معلومات لم تكن بحوزته، وفيما عدى ذلك فإنّ تقدير الخطايا المالية يتمّ بالنظر إلى خطورة الأفعال المقترفة وحجم الضرر اللاحق بالمشتري العمومي، وهو ما حصل في قضية الحال باعتبار ما تسبّبت فيه المؤسسات المدعى عليها من مغالطة المشتري العمومي وإيهامه غلطا بوجود منافسة حقيقية ويتعيّن تبعا لذلك رفض الطلب.

ولهذه الأسباب:

قرر المجلس قبول الدعوى شكلا وفي الأصل اعتبار الممارسات التي أتتها الشركات المدعى عليها مخلة بالمنافسة وتسليط خطية مالية قدرها مائتان وثمانون ألف دينار (**280,000** د) على شركة (

) وثلاثون ألف دينار (**30,000** د) على شركة

( ) وأربع مائة وأربعون

ألف دينار (**440,000** د) على شركة " " (

) ودعوتها جميعا للكف عن هذه الممارسات كإلزامها بنشر منطوق هذا القرار على نفقتها بصحيفتين يوميتين.

وصدر هذا القرار عن الدائرة القضائية الثانية لمجلس المنافسة برئاسة السيد الحبيب جاء بالله وعضوية السيدتين سلوى بن والي و إيناس معطر والسيدين عماد الدرويش و الهادي بن مراد.

وتلي علنا بجلسة **12** مارس **2015** بحضور كاتبة الجلسة السيدة يمينة الزيتوني.

الرئـيس كاتبة الجلسة

الحبيب جاء بالله يمينة الزيتوني