قرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين:

المدّعي: أحمد غرس الله، الكائن مقرّه بمنطقة سيدي منصور كلم 12 صفاقس نائبه الأستاذ حافظ بن صالح، الكائن مكتبه بشارع هارون الرّشيد عدد 9، ميتوال فيل، تونس.

من جهة،

والمدّعى عليه: ديوان الخدمات الجامعيّة للجنوب بصفاقس في شخص ممثله القانوني الكائن مقرّه بطريق المطار 3029 صفاقس.

من جهة أخرى.

بعد الإطّلاع على عريضة الدّعوى المقدّمة من قبل السيّد أحمد غرس الله بتاريخ 25 جانفي 2017 والمرسّمة بكتابة مجلس المنافسة تحت عدد 171447 والذي جاء فيها أنّه يستغلّ مخبزة بطاقة إنتاج قدرها 118 كيسا من مادّة الفرينة المدعّمة شهريّا، وأنّه شارك في طلب العروض عدد 2017/07 المعلن عنه من قبل ديوان الخدمات الجامعيّة للجنوب بصفاقس لاقتناء خبز من نوع الباقات. وبعد إجراء

عملية الفرز اتضح أنّ عرضه كان متساويا مع عرض آخر، غير أنّه تمّ إعلامه أنّ الصّفقة أسندت إلى منافسه الذي تتوفّر لديه أكبر طاقة إنتاج من مادّة الفرينة المدعّمة وذلك طبقا لأحكام الفصل التاسع من كراس الشروط الإدارية الخاصّة الذي ينصّ على أنّه: " في حال التّساوي بين عرضين أو أكثر يتمّ اختيار صاحب المخبزة التي تملك أكبر طاقة إنتاج من مادّة الخبز نوع الباقات وذلك اعتمادا على الشّهادة المسلّمة من مصالح الإدارة الجهويّة للتجارة بصفاقس ويقع تحديد طاقة الإنتاج اعتمادا على كميّة الفرينة الأصليّة دون اعتبار الكميّات الإضافية المسندة في إطار الصّفقات الفائز بها"، وهي أحكام مخالفة لقواعد المنافسة الحرّة.

كما أنّ مادّة الخبز من نوع الباقات من الموادّ المدعّمة المستثناة من نظام الحرّيّة وتضبط شروط وأساليب تحديد أسعار كلفتها وبيعها بأمر، وأنّه تبعا لذلك فإنّ المشاركين في طلب العروض يقدّمون عروضاً تكون في حالة تساوي على مستوى الأسعار، وهو ما يجعل المشتري العمومي يلجأ إلى الفصل 9 من كراس الشروط ولا يأخذ بقيّة المعايير لإسناد الصّفقة إلّا في حالة تساوي طاقة الإنتاج بين مشاركين أو أكثر.

كما أنّ طاقة الإنتاج تحدّد بمقتضى قرار صادر عن والي الجهة اعتمادا على رأي اللّجنة الجهويّة للمخابز، وقد تمّ الإتّفاق منذ سنة 2008 بين جميع الأطراف منها الغرفة التّجاريّة لأصحاب المخابز على تحديد طاقة الإنتاج للمخابز المحدثة خلال سنة 2008 وما بعدها بـ 118 كيسا من الفارينة المدعّمة شهريّا أي ما يعادل 4.5 كيس يوميّا وذلك مهما كانت التّجهيزات التي تستعملها وقدرتها على توفير الخبز بالجودة والسّرعة المطلوبتين.

كما تنقسم المخابز بصفاقس إلى مجموعتين: مجموعة أولى متكوّنة من المخابز المحدثة قبل سنة 2008 والتي تفوق جميعها طاقة إنتاجها 118 كيسا في الشّهر،

ومجموعة ثانية متكوّنة من المخابز المحدثة بعد 2008 والتي تحصّلت على نفس طاقة الإنتاج.

كما جاء في عريضة الدّعى أنّ الأولويّة المسندة لفائدة المخابز المحدثة قبل سنة 2008 ليس لها أي مبرّر يتعلّق بضمان حسن تنفيذ الصّفقة، ذلك أنّه لتغطية مستلزمات الصّفقة تضاف إلى طاقة الإنتاج الأصليّة الكميّة اللاّزمة من الفارينة المدعّمة، وأنّ الإعتماد على طاقة الإنتاج فقط حرم المدّعي من الفوز بطلبات العروض للتزوّد بمادّة الخبز من نوع الباقات الصّادرة عن ديوان الخدمات الجامعيّة بالجنوب خاصّة وأنّ مخبزه توجد بمنطقة سيدي منصور أين توجد مبيّات الطّلبة والمطاعم الجامعيّة التّابعة لكليّات التّعليم العالّي.

وطلب العارض على أساس ما سبق اعتبار الفصل التّاسع من كراس الشّروط الإداريّة الخاصّة بطلب عروض تزويد المطاعم الجامعيّة بمادّة الخبز مخرّجاً بالمنافسة والإذن لديوان الخدمات الجامعيّة بالجنوب بإنهاء العمل به.

وبعد الإطّلاع على تقرير الرّدّ لديوان الخدمات الجامعيّة بالجنوب الوارد على مجلس المنافسة بتاريخ 27 فيفري 2017 الذي جاء فيه أنّ مادّة الخبز من نوع باقات هي من الموادّ المدعّمة من نظام الحرّيّة وتضبط شروط وأساليب تحديد أسعار كلفتها وبيعها بأمر، وأنّه تبعاً لذلك فإنّ جميع المشاركين يقدّمون عروضاً تكون في حالة تساوي على مستوى الأسعار وهو ما يجعله أمام حتميّة البحث عن طريقة لترتيب تلك العروض.

وقد اعتمد الدّيوان في مرحلة أولى لترتيب العروض عنصر المسافة فتمّ القدح فيه من طرف المزوّدين واعتبروه عنصراً موجّهاً باعتبار تواجد بعض المخابز قرب المطاعم الجامعيّة يجعلها تفوز آلياً بالصّفقة. ثمّ اعتمد الدّيوان في مرحلة ثانية على القرعة التي كانت بدورها طريقة غير مجدّية فتمّ التخلّي عنها بتوصيات من اللّجنة المختصّة.

وبالتشاور مع مراقب المصاريف العموميّة بالجهة وقع اللّجوء إلى اعتماد طاقة الإنتاج التي تمنحها وزارة التجارة والصناعات التقليديّة للمخابز لترتيب العروض على أن تكون منهجيّة الفرز على النحو التالي:

- يمكن لكلّ مزوّد المشاركة لمؤسسة واحدة أو أكثر،
- مبدئيّاً لا تسند أكثر من مؤسسة لكلّ مزوّد،
- ترتّب الصّفقات حسب أهمّيّتها من حيث الكمّيّات المطلوبة لكلّ مؤسسة،
- ترتّب المخابز حسب طاقة إنتاجها،
- يقع الفرز المالي لكلّ مؤسسة على حدة، وتسند الأولويّة للمخابز التي تتوفّر لديها أكبر طاقة إنتاج من مادّة الخبز من نوع الباقات من حيث كميّة الفارينة وذلك اعتماداً على الشّهادة المسلّمة من مصالح الإدارة الجهويّة للتجارة بصفاقس.

ويقع تحديد طاقة الإنتاج اعتماداً على كميّة الفارينة الأصليّة دون اعتبار الكمّيّات الإضافيّة المسندة في إطار الصّفقات الفائز بها بعنوان سنة 2017 وباعتبار الصّفقة الحاليّة الخاصّة بالمطاعم الجامعيّة والعدد الأقصى للأقساط التي يمكن أن يفوز بها 1600.000 خبزة في السنّة.

- وعند التّساوي في الإمكانيّات يتمّ الأخذ بعين الإعتبار المسافة التي تفصل المؤسسة المعنيّة وأقرب مزوّد له.

وفي صورة عدم إسناد بعض المؤسسات لأيّ مزوّد باعتبار تمكين كلّ مزوّد من مؤسسة واحدة فإنّه يقع توزيع المؤسسات المتبقّيّة على المشاركين دون أن يتجاوز العدد الجمليّ مؤسّستين وذلك مع اعتماد نفس الطّريقة في إسناد المطاعم الجامعيّة المضمّنة بمنهجيّة الفرز.

كما جاء بتقرير الدّيوان أنّ المدّعي فاز بعدّة صفقات خلال السّنوات الفارطة غير أنّه في هذه السنّة اختار أن يشارك في مؤسّستين فقط ممّا جعله في مرتبة لا تسمح

له بالفوز بأحدهما عملاً بمنهجية الفرز المذكورة. كما أنه قام بتظلم لدى هيئة متابعة ومراجعة الصفقات العمومية غير أن هذه الأخيرة رفضته ودعت الديوان لمواصلة إجراءات الصفقة.

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

وبعد الإطلاع على تقرير الأستاذ حافظ بن صالح المؤرخ في 15 جوان 2017 نيابة عن المدعي في الرد على تقرير ختم الأبحاث والذي أكد فيه اختصاص مجلس المنافسة باعتبار أن عرض الخلاف على هيئة المتابعة والمراجعة وصدور قرار يقضي بمواصلة إجراءات الصفقة لا يحول دون القيام أمامه للمطالبة بإنهاء العمل بالفصل التاسع من كراس الشروط وتخطئة المشتري العمومي ذلك أن هيئة المتابعة والمراجعة تكتسي صبغة إدارية لا توفر نفس الضمانات التي سنّها المشرع للمتقاضين أمام المجلس.

وبعد الإطلاع على ملاحظات مندوب الحكومة حول تقرير ختم الأبحاث المؤرخة في 18 ماي 2017 والتي توجّهت نحو اقتراح رفض الدعوى لعدم الإختصاص نظراً إلى أن المسألة المعروضة تندرج ضمن إجراءات الصفقات العمومية باعتبار ارتباطها بكراس الشروط وترجع بالنظر إلى الهياكل المحدثة بالأمر المنظم للصفقات العمومية، وأن الملفّ الرّاهن لم يتضمّن ما من شأنه أن يؤشّر على إمكانية وجود ممارسة مخالفة بالمنافسة طبقاً للفصل الخامس من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

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

وعلى الأمر عدد 477 لسنة 2006 المؤرخ في 15 فيفري 2006 والمتعلق بالتنظيم الإداري والمالي وسير أعمال مجلس المنافسة.

وبعد الإطلاع على ما يفيد استدعاء الأطراف بالطريقة القانونية لجلسة المرافعة المعينة ليوم 22 جوان 2017، وبها تلت المقررة السيّدة جميلة الخبثاني ملخصاً من تقرير ختم الأبحاث، وحضر الأستاذ حافظ بن صالح نائب المدعي أحمد غرس الله ورافع في ضوء تقريره المقدم بتاريخ 15 جوان 2017 طالبا الحكم طبق الطلبات المضمّنة به، وحضر السيّد رفيق بو عافية عن المدعى عليه ديوان الخدمات الجامعيّة للجنوب، وتلت مندوب الحكومة السيّدة كريمة الهمامي ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملفّ.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم بجلسة يوم 6 جويلية 2017.

وبها وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الإختصاص:

حيث تهدف الدّعوى إلى التصريح بمخالفة الفصل 9 من كراس الشروط الإدارية المتعلقة بطلب العروض الوطني عدد 2017/07 صادر عن ديوان الخدمات الجامعيّة للجنوب المتعلّق بتزويد المطاعم الجامعيّة بمادّة الخبز لقواعد المنافسة الحرّة والشّريفة.

وحيث دأب مجلس المنافسة في فقه قضائه على اعتبار أنّ تحديد مرجع نظره الحكمي مرتبط بمدى تأثير العمل أو التصرف المتنازع بشأنه على التّوازن العامّ للسّوق وحرية المنافسة فيها، بحيث أنّ اختصاصه لا يكون قائماً إلاّ متى ما كانت تلك الأعمال تندرج في إطار الممارسات المخلّة بالمنافسة على معنى الفصل الخامس من القانون المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار. وتنطبق أحكام هذا الفصل على الأفعال والممارسات التجاريّة بصرف النّظر عن طبيعة مرتكبيها وشكلهم القانوني

لتشمل الأشخاص الطبيعيين والذوات المعنوية من القطاع الخاص والعام وكذلك الذوات العمومية والإتحادات المهنية والجمعيات في حال تدخلت في النشاط الاقتصادي.

وحيث في قضية الحال تنسحب أحكام الفصل 5 من القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار على ديوان الخدمات الجامعية باعتباره ذاتا عمومية، غير أنّ تطبيق هذه الأحكام يظلّ رهين التصرفات التي تأتيها الذوات العمومية والتي تكون غالبا على طريقتين. أما الطريقة الأولى فهي تلك التي تكون بوصفها متدخلا ينشط في السوق، وبالتالي فإنّها تخضع للقانون المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، وفي هذه الحالة يختصّ مجلس المنافسة بالنظر في أفعالها إن كانت مخالفة لأحكام الفصل 5 آنف الذكر.

وأما الطريقة الثانية فهي تلك التي تكون بوصفها سلطة إدارية نزولا عند مقتضى النصوص التشريعية والترتيبية التي تحوّل لها ذلك وفي هذه الحالة فإنّ ما يصدر عنها هو محض أعمال إدارية لا سلطان لمجلس المنافسة عليها.

وحيث يخضع ديوان الخدمات الجامعية المحدث بمقتضى القانون عدد 137 لسنة 1988 بتاريخ 3 ديسمبر 1988 في مجال الصفقات العمومية وباعتباره مؤسّسة عمومية ذات صبغة إدارية إلى إجراءات الصفقات العمومية.

وحيث تبعا لما تقدّم وطالما توجه طلب العارض نحو التصريح بعدم شرعية أحكام الفصل 9 من كراس الشروط الإدارية الخاصة بطلب العروض عدد 2017/07 المتعلق باقتناء الخبز من نوع "الباقات" لمخالفته لقواعد المنافسة الحرة والنزاهة بما أدّى إلى إقصائه دون وجه حقّ من الفوز بطلب العروض المذكور، فإنّ النّظر في هذا الطلب يكون معقودا للقاضي الإداري ويخرج والحالة تلك عن اختصاص مجلس المنافسة.

ولهذه الأسباب

قرّر المجلس: رفض الدّعى لعدم الإختصاص.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائية الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السيّد رضا بن محمود وعضوية السيّد رجاء الشوّاشي والسّادة محمّد العيادي والخمّوسي بوعبيدي ومحمّد بن فرج.

وتلي علنا بجلسة يوم 6 جويلية 2017 بحضور كاتبة الجلسة السيّدّة يمينة الزيتوني.

كاتبة الجلسة

الرئيس

يمينة الزيتوني

رضا بن محمود