الجمهورية التونسية **الحمد لله**

مجلس المنافسة

القضية عدد: 171460

تاريخ القرار: 12 جويلية 2018

قــرار

أصدر مجلس المنافسة القرار التالي بين:

المدّعية: شركة هافاس تونيزي، في شخص ممثّلها القانوني، مقرّها بنهج الطّاقة الشّمسيّة، زنقة 1، عمارة قلوبال نات، الشّرقيّة 1، نائبها الأستاذ صلاح الدين قايد السّبسي، الكائن مكتبه بشارع آلان سافاري، عدد 14، 1002 تونس،

من جهـة،

والمدّعى عليها: الشّركة الوطنيّة للاتصالات "اتصالات تونس" في شخص ممثلها القانوني، مقرّها بجنان البحيرة مقسم 1.4.4، ضفاف البحيرة 2، تونس 1053،

من جهـة أخرى.

بعد الإطلاع على عريضة الدّعوى المرسمة بكتابة مجلس المنافسة تحت عدد 161433 بتاريخ 05 جوان 2017 والتي جاء فيها أنّ الشركة الوطنيّة للاتصالات "اتصالات تونس" أعلنت عن طلب عروض وطني تحت عدد 2016/DCACM/2 لاختيار وكالة استشارة في مجال الاتصالات للتصرّف في العلامات والحملات الإشهارية الخاصّة بها بناءا على عملية انتقاء أوّلية. وأفادت المدّعية أنّها تولت لفت نظر المدّعى عليها إلى أنّ طلب عروضها ورد مخالفا لمقتضيات نظامها الداخلي للمشتريات والمبادئ الخاصّة بالصفقات العمومية من نزاهة وشفافية، إذ ورد مشوبا بعدم الدّقة والوضوح، غير أنّها لم تسع لتدارك الأمر، وهو ما مثّل إستغلالا مفرطا لوضعيّة التبعيّة الاقتصادية

باعتبارها صاحبة طلب العروض وأدّى إلى المساس بحظوظ الشركات المشاركة وخلق تمايز غير مبرّر، نتج عنه ضرر محقّق لها. بالإضافة إلى ذلك فلم تتوفر في طلب العروض شروط المنافسة من إشهار وعلنيّة و شفافية ومساواة، فكان فتح العروض دون حضور المشاركين وهو ما مسّ بالإشهار والعلنيّة. كما أنّ شروط العرض كانت غامضة ولم يتم إعلام المرفوضين بأسباب رفضهم، إضافة إلى أنّ الغموض في مقتضيات طلب العروض أثّر على المساواة نظرا لاختلاف التأويلات بين المشاركين.

وطلبت المدّعية اعتبار أنّ ما قامت به الشّركة الوطنية للاتّصالات يعدّ من قبيل الاستغلال المفرط لوضعيّة تبعيّة اقتصادية ومن قبيل الممارسات المخلّة بالمنافسة على معنى الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار، وبالتالي زجر هذه الممارسات وإبطال طلب العروض وما آل إليه من نتائج.

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

وبعد الإطّلاع على ملاحظات مندوب الحكومة حول تقرير ختم الأبحاث المرسّمة بكتابة المجلس بتاريخ 13 جوان 2018 التي توجّهت نحو اقتراح رفض الدّعوى لعدم الإختصاص.

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

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

وبعد الإطّلاع على بقية الأوراق المظروفة بالملف.

وبعد الإطّلاع على ما يفيد إستدعاء الطّرفين بالطّريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 28 جوان 2018، وبها تلا المقرّر السيّد عصام عموري ملخّصا من تقرير ختم الأبحاث، ولم يحضر نائب المدّعية شركة هافاس تونيزي الأستاذ صلاح الدّين قايد السبسي وبلغه الإستدعاء، وحضر الأستاذ محمد مدلّة نيابة عن المدّعى عليها الشّركة الوطنيّة للاتصالات "اتصالات تونس" وتمسّك بالملاحظات الكتابيّة في الرّد على عريضة الدّعوى وبالنتائج التي إنتهى إليها تقرير ختم الأبحاث.

وتلت مندوب الحكومة السيدة كريمة الهمّامي ملحوظاتها المظروفة نسخة منها بالملف.

وإثر ذلك قرّر المجلس حجز القضية للمفاوضة والتّصريح بالحكم بجلسة يوم 12 جويلية 2018.

وبها وبعد المفاوضة القانونيّة صرح بما يلي:

من حيث الاختصاص:

حيث تتعلّق عريضة الدّعوى بتجاوزات نسبتها المدعية للمدّعى عليها على مستوى طلب العروض الوطني عدد 2016/DCACM/2 المتعلّق باختيار وكالة استشارة في مجال الاتصالات للتصرّف في العلامات والحملات الإشهارية الخاصّة بها، تمثّلت في غموض طلب العروض المذكور واتّسامه بعدم الدقّة مما ولّد التباسا واختلافا في فهمه وخلق تمايزا غير مبرّر بين المشاركين، بالإضافة لعدم توفّر العلنيّة في فتح العروض، وهو ما يعدّ من قبيل الاستغلال المفرط لوضعيّة تبعيّة اقتصادية ومن الممارسات المخلّة بالمنافسة على معنى الفصل 5 من قانون المنافسة والأسعار.

وحيث تمسّك مندوب الحكومة ضمن تقريره المؤرّخ في 12 جوان 2018 بعدم إختصاص مجلس المنافسة للنظر في الدّعوى الرّاهنة بمقولة أنّ الأعمال والأفعال المشتكى منها في قضية الحال وعلى فرض وجودها من عدمه، تخرج عن إختصاص مجلس المنافسة بإعتبارها لا تندرج ضمن الأعمال الإقتصادية المخلة بالمنافسة المنصوص عليها بالفصل 5 من قانون إعادة تنظيم المنافسة والأسعار.

وحيث دأب فقه قضاء مجلس المنافسة على أنّ تطبيق أحكام قانون المنافسة والأسعار على الذوات العموميّة يظلّ رهين التصرّفات التي تأتيها هذه الأخيرة والتي تكون غالبا على طريقتين: أمّا الطريقة الأولى، فهي تلك التي تكون بوصفها متدخّلا ينشط في السّوق، وبالتّالي تتصرّف مثل التجّار وتخضع من هذه النّاحية للقانون المنظّم للمنافسة والأسعار. وفي هذه الحالة يختصّ مجلس المنافسة بالنّظر في أفعالها إن كانت مخالفة لأحكام الفصل 5 منه. وأمّا الطريقة الثانية، فهي تلك التي تكون بوصفها سلطة إداريّة نزولا عند مقتضى النصوص التشريعيّة والترتيبيّة التي تخوّل لها ذلك. وفي هذه الحالة الأخيرة، فإنّ ما يصدر عنها هو محض أعمال إداريّة لا سلطان لمجلس المنافسة عليها.

وحيث جرى فقه قضاء المجلس كذلك على استبعاد نظره في الإجراءات المتّصلة بإبرام أو تنفيذ أو إنهاء عقود الصفقات العمومية بحكم اندراجها ضمن أعمال التسيير والتصرّف الإداري الموكول للذوات العمومية بمقتضى نصوص تشريعية وترتيبية، شريطة أنّ تكون عمليات الشراء والتزوّد خاضعة للتراتيب الخاصّة بالصفقات العمومية.

وحيث ثبت بعد الرجوع إلى الفصل الأوّل من الأمر عدد 1330 لسنة 2007 المؤرّخ في 4 جوان 2007 المتعلّق بضبط قائمة المنشآت العمومية التي لا تخضع طلباتها للتزوّد بموادّ وخدمات إلى التراتيب الخاصّة بالصفقات العمومية عدم انضواء الشّركة الوطنيّة للاتصالات "اتصالات تونس" ضمن هذه القائمة.

وحيث ينصّ الفصل 4 من الأمر عدد 1555 لسنة 2006 المؤرّخ في 12 جوان 2006 المتعلّق بتطبيق أحكام الفصل 22 (ثالثا) من القانون عدد 9 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت والمؤسسات العمومية على الشركة الوطنية للاتصالات على أن " لا تنطبق أحكام الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المشار إليه أعلاه على الشركة الوطنية للاتصالات، وتتولى هذه الشركة ضبط نظام داخلي يحدّد شروط إعداد وإبرام وتنفيذ صفقاتها باعتماد المبادئ الخاصة بالصفقات العمومية."

وحيث يستخلص ممّا تقدّم ثبوت عدم خضوع عمليات الشراء والتزوّد التي تقوم بها المدّعى عليها إلى أحكام الأمر المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية، دون أن يمنع ذلك من مراعاة المبادئ العامّة المعتمدة في مثل هذه الصّفقات.

وحيث فضلا عن ذلك، فإنّ مجلس المنافسة يمارس مهامه في إطار حماية الصّالح العامّ والمحافظة على النظام العامّ الاقتصادي من خلال مراقبة الأنشطة الاقتصاديّة من انتاج وتوزيع وإسداء لخدمات بما فيها أنشطة الذوات العموميّة، وذلك بالتوازي مع ما تقوم به الهيئات القضائيّة الأخرى سواء كانت عدليّة أو إداريّة من مهام، وولايته القضائيّة تتسلّط على الممارسات التي تقوم بها الذوات العموميّة والتي قد تؤثّر على حريّة المنافسة بالسّوق بوصفها ممارسات منفصلة عمّا تصدره تلك الذوات من قرارات وأعمال إدارية صرفة.

وحيث أنّ شرط احترام مبدأ حرية المنافسة وعدم القيام بممارسات من شأنها الإخلال به ينطبق أساسا على كلّ العارضين في إطار صفقة عموميّة، كما ينطبق على المشتري العمومي بصفة

استثنائية كلّما قام بأعمال أو أفعال من شأنها تسهيل أو فرض أو تأشير أو تكريس ممارسات مخلة بالمنافسة أتتها شركة أو شركات عارضة.

وحيث أنّ الإقرار بمسؤولية المشتري العمومي حتى خارج الإطار الضيّق للممارسات المخلّة بالمنافسة كلّما أتى بأفعال أو أعمال قد تؤدّي إلى ضرر محتمل بالأداء الجيّد لآليّات السّوق.

وحيث يتأكّد في هدي ما تقدّم انعقاد اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المثارة في قضيّة الحال.

من حيث الشّكل:

حيث قدّمت الدّعوى في آجالها القانونيّة وممّن له الصّفة والمصلحة واستوفت بذلك جميع شروطها الشّكليّة، وتعيّن بالتّالي قبولها من هذه النّاحية.

من حيث الأصل:

حيث تعيب الجهة المدّعية على المدّعى عليها تورّطها في تجاوزات في طلب العروض الوطني عدد 2016/DCACM/2 المتعلّق باختيار وكالة استشارة في مجال الاتصالات للتصرّف في العلامات والحملات الإشهارية الخاصّة بها، تمثّلت في غموض طلب العروض واتّسامه بعدم الدقّة مما ولّد التباسا واختلافا في فهمه وخلق تمايزا غير مبرّر بين المشاركين، بالإضافة لعدم توفّر العلنيّة في فتح العروض مما يؤدي إلى غياب شروط المنافسة.

وحيث يعدّ مبدئيّا كلّ غموض على مستوى العروض أدّى إلى عدم فهم لمقتضياته وتعمّد عدم إيضاحه وإلى حصول تمايز بين المشاركين ممارسة مخلّة بالمنافسة على معنى القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015 المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار وخاصّة الفصل 5 منه، وهو يمثّل في صورة ثبوته حدّا من دخول مؤسسات أخرى للسوق وعرقلة لتحديد الأسعار حسب السّير الطبيعي لقاعدة العرض والطلب.

وحيث ينصّ الفصل 4 من كرّاس الشروط موضوع التّداعي على أنّه:" كلّ سؤال يمكن أن يطرح متعلّقا بفهم وثائق المشاركة بما فيها الخاصيّات التّقنية أو كل طلب لمعلومة إضافية مهمّة للتوضيح، يجب أن يكون كتابيّا في أجل أقصاه خمسة أيّام تحتسب من تاريخ استلام رسالة الاستشارة ...".

وحيث طلب المجلس من المدّعية تقديم ما يثبت مبادرتها بالإستيضاح المذكور في الآجال المنصوص عليها بالفصل المتقدّم، غير أنّها لم تتمكّن من إثبات ذلك، ذلك أنّ إستلامها لرسالة

الاستشارة كان بتاريخ 13 ديسمبر 2016 بينما لم تتطرّق كتابيّا لموضوع الغموض إلا يوم 28 مارس 2017 عن طريق عدل تنفيذ ممّا يجعلها خارج المهلة المحدّدة حسب كرّاس الشروط والمقدّرة بـ 5 أيّام.

وحيث تبيّن للمجلس أنّه لم يقع إثارة الغموض المتمسّك به من المدّعية من أيّ من المشاركين في طلب العروض.

وحيث ولئن جاء بالفصل 14 من كرّاس الشروط أنّ فتح العروض لن يكون بحضور المشاركين، فإنّ ذلك إنسحب عليهم جميعا، بما ينفي وجود أيّ تمييز بينهم وبين المدّعية، كما لم تتوفّر بملف القضيّة قرائن أو أدلّة تفيد وجود تلاعب في إسناد الصّفقة.

وحيث باتت في هدي ما تقدّم الوقائع والأعمال المشتكى منها مجرّدة وفاقدة لكلّ قرائن أو أدلّة مادية تفيد بوقوعها.

ولهذه الأسباب:

قرّر المجلس: رفض الدّعوى أصلا.

وصدر هذا القرار عن الدّائرة القضائية الأولى لمجلس المنافسة برئاسة السّيد محمد العيادي وعضوية السّادة عمر التونكتي وأكرم الباروني وسالم بالسعود والسيّدة ريم بوزيان.

وتلي علنا بجلسة يوم 12 جويلية 2018 بحضور كاتبة الجلسة السيّدة يمينة الزيتوني.

الرّئيس	**كاتبة الجلسة**
محمد العيادي	**يمينة الزيتوني**