

DECIZIE

23 septembrie 2020

mun. Chișinău

Colegiul civil, comercial și de contencios administrativ  
lărgit al Curții Supreme de Justiție,

în componența:

Președintele ședinței, judecătorul  
judecătorii

Tamara Chișca-Doneva  
Victor Burduh  
Ala Cobăneanu  
Galina Stratulat  
Maria Ghervas

examinând recursul declarat de către Consiliul Concurenței,  
în cauza de contencios administrativ la cererea de chemare în judecată depusă de  
către Societatea cu Răspundere Limitată „Universal Instal” împotriva Consiliului  
Concurenței cu privire la anularea parțială a actului administrativ,  
împotriva deciziei din data de 25 martie 2020 a Curții de Apel Chișinău, prin care  
s-a respins apelul declarat de către Consiliul Concurenței, s-a menținut hotărârea din  
data de 16 august 2019 a Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani,

constată:

La 08 august 2018 Societatea cu Răspundere Limitată „Universal Instal” (în  
continuare SRL „Universal Instal”) a depus cerere de chemare în judecată, în procedura  
contenciosului administrativ, împotriva Consiliului Concurenței, prin care a solicitat  
anularea deciziei Consiliului Concurenței nr. DA/18-49 din 28 iunie 2018 în partea ce  
ține de societatea reclamantă, inclusiv pct. 2, pct. 8 și pct.10 al deciziei.

În argumentarea acțiunii SRL „Universal Instal” a relatat că la 09 decembrie 2016  
a avut loc licitația nr. 628/16 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de  
epurare din s. Drăgușenii Noi, inițiată de Primăria satului Drăgușenii Noi, raionul  
Hîncești, la care au participat SRL „Barzine-Cons”, SRL „Regal-Rent” și SRL  
„Universal Instal”. Conform dării de seamă a autorității contractante din 23 decembrie  
2016, a fost desemnată câștigătoare oferta întreprinderii SRL „Barzine-Cons”.

Societatea reclamantă a indicat că la 25 ianuarie 2018, Consiliul Concurenței a  
emis dispoziția nr. 02 de inițiere a investigației cu privire la semnele încălcării  
prevederilor art. 5 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către  
întreprinderile participante în cadrul licitației publice nr.613/16 din 29 noiembrie 2016  
privind achiziționarea lucrărilor de construcție a sistemului de canalizare și a stației de  
epurare din s. Zăicana, r-nul Criuleni, licitației publice nr.628/16 din 09 decembrie  
2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s.  
Drăgușenii Noi, r-nul Hîncești și licitației publice nr.636/16 din 09 decembrie 2016

privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s. Tîntăreni, r-nul Anenii Noi.

SRL „Universal Instal” a menționat că a participat doar la una din licitațiile enumerate mai sus, și anume la licitația nr. 628/16 organizată în com. Drăgușenii Noi, r. Hîncești și sub nici o formă, nu a participat la celelalte două licitații, care au format obiectul investigației inițiate prin dispoziția nr. 02 din 24 ianuarie 2018 a Consiliului Concurenței.

La 06 aprilie 2018 Consiliul Concurenței a transmis societății reclamante raportul de investigație aferent cazului inițiat prin dispoziția nr. 02 din 24 ianuarie 2018 pentru prezentarea observațiilor. La 22 mai 2018, SRL „Universal Instal” a prezentat observațiile sale la raportul de investigație, exprimându-și dezacordul său față de constatările conținute în raport și cu privire la lipsa de temeinicie a presupusei încălcări.

Prin decizia Consiliului Concurenței nr. DA/18-49 din 28 iunie 2018 s-a constatat, printre altele, și încălcarea prevederilor art. 5, alin. (3), lit. d) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către SRL „Universal Instal” și s-a aplicat față de SRL „Universal Instal” amendă în mărime de 516 352,24 lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017.

În opinia societății reclamante decizia Consiliului Concurenței nr. DA/18-49 din 28 iunie 2018 este ilegală în fond, fiind emisă contrar prevederilor legii concurenței. În susținerea ilegalității deciziei contestate SRL „Universal Instal” a indicat că constatările menționate în pct. 3.1 - 3.6 din decizia contestată privind pretinsele fapte săvârșite de SRL „Universal Instal” și anume faptul că participanții la licitație au oferit prețuri identice pentru 495 poziții din 501 poziții în total, ceea ce constituie 98.80% din totalul pozițiilor incluse conform caietului de sarcini, reprezintă o concluzie ce se bazează pe o analiză superficială a specificului pieței lucrărilor de construcții finanțate din bugetul public.

SRL „Universal Instal” a susținut că Consiliul Concurenței nu a analizat și nu a dat nici o apreciere reglementărilor naționale privind formarea prețurilor pentru lucrările de construcție finanțate din bugetul public în Republica Moldova, în virtutea căroră, întreprinderile care execută lucrări de construcție finanțate din bugetul public au o libertate limitată de a concura la preț, iar în devizele locale pot exista poziții cu costuri similare. Astfel, Consiliului Concurenței nu a ținut cont de Legea privind calitatea în construcții nr. 721 din 02 februarie 1996, Legea nr. 131 din 03 iulie 2015 privind achizițiile publice, Hotărârea Guvernului nr. 669 din 27 mai 2016 cu privire la aprobarea Regulamentului privind achizițiile publice de lucrări, Documentele normative NCM L01.01-2012 Reguli de determinare a valorii obiectivelor de construcții și CP L01.01-2012 Instrucțiuni privind întocmirea devizelor pentru lucrările de construcții montaj prin metoda de resurse, Scrisoarea de informare a Ministerului Dezvoltării Regionale și Construcțiilor cu privire la determinarea valorii obiectelor de construcții începând cu 1 mai 2016 nr. 05-1149 din 13 mai 2016.

În susținerea argumentului invocat societatea reclamantă a menționat prevederile art.5.3.1, 7.1, 7.9, 8.1, 8.5 al NCM L01.01-2012 Reguli de determinare a valorii obiectivelor de construcții și prevederile art.4.3.2.4 din CP L01.01-2012 Instrucțiuni privind întocmirea devizelor pentru lucrările de construcții montaj prin metoda de resurse, care includ limitări și condiții specifice pieței, fapt care determină situația în care pozițiile în ofertele de participare care includ prețuri pentru rubricile manoperă,

materiale și utilaje la devizele locale de cheltuieli pot coincide la diferiți participanți la licitație.

De asemenea, la elaborarea devizelor locale pentru oferta de participare la licitația nr. 628/16 din 09 decembrie 2016, SRL „Universal Instal” s-a ghidat de limitările prevăzute de Informația Ministerului Dezvoltării Regionale și Construcțiilor nr. 05-1149 din 13 mai 2016. Această informație a fost accesibilă și obligatorie tuturor întreprinderilor, inclusiv celorlalți participanți la licitația nr. 628/16 din 09 decembrie 2016, fapt ce poate explica coincidența cheltuielilor pentru manoperă în devizele locale.

Totodată, coincidența costurilor pentru materiale în devizele locale poate fi determinată de numărul limitat de furnizori de materiale pe teritoriul Republicii Moldova, care acceptă livrări cu grație la plata mărfurilor și de la care participanții la licitația nr. 628/16 din 09 decembrie 2016 posibil intenționau să se aprovizioneze.

Deși piața lucrărilor de construcții finanțate din bugetul public nu este o piață cu reglementări stricte a prețurilor, totuși, în contextul prevederilor citate în cererea de chemare în judecată și având în vedere că actele care reglementează domeniul concret al pieței specifice în care acționează profesioniștii și care cunosc și au acces la aceste reglementări care stabilesc prețuri de recomandare, coincidența de preț nu doar nu este exclusă, dar și explicabilă.

În acest context, SRL „Universal Instal” a susținut că existența unor prețuri similare la unele poziții, fie chiar și majoritatea, nu reprezintă un acord anticoncurențial, iar simpla constatare a respectivei coincidențe nu este suficientă pentru a ne afla în situația unui acord anticoncurențial.

SRL „Universal Instal” a mai menționat că în mod inexplicabil, Consiliul Concurenței a constatat că societatea reclamantă a participat la două licitații nr. 628/16 din 09 decembrie 2016 și nr. 636/16 din 09 decembrie 2016, deși în realitate nu a participat la licitația nr. 636/16 din 09 decembrie 2016.

Astfel, societatea reclamantă a susținut că Consiliul Concurenței a constatat existența unui acord anticoncurențial, prin oferta trucată sub forma de schimb de informații strategice la care ar fi participat SRL „Universal Instal”, bazându-se doar pe presupuneri și insinuări, fără a analiza cadrul economic și juridic în care a fost realizat presupusul acord, fapt ce contravine art. 52 din Legea concurenței și art. 32 din Regulamentul privind evaluarea acordurilor orizontale anticoncurențiale. Or, reglementările, precum și argumentele invocate, demonstrează indubitabil că statuarea făcută de autoritatea pârâtă în raport cu coincidența de prețuri, ca fiind o dovadă a acordului anticoncurențial dintre participanții la licitația nr. 628/16 din 09 decembrie 2016, este lipsită de substrat factologic și legal, coincidența de prețuri în sine nereprezentând o dovadă suficientă a înțelegerilor de cartel, fiind necesare probe suplimentare directe sau indirecte, în dependență de specificul pieței relevante.

Totodată, decizia contestată încalcă dreptul societății reclamante la un proces echitabil datorită caracterului confuz al raportului de investigație și a deciziei contestate, întrucât raportul de investigație, care a stat la baza adoptării deciziei contestate nu conține toate elementele obligatorii prevăzute de art. 59, alin.(1) din Legea concurenței, iar cele existente în raport au fost descrise insuficient, confuz, lipsind legătura logică și coerentă între faptele care se pretinde a fi constatate și concluziile formulate.

Astfel, în raportul de investigație și în decizia contestată nu este clar cum Consiliul Concurenței a definit piața relevantă, ca fiind „lucrările de construcție a stației de epurare din s. Drăgușenii Noi, r. Hîncești” (piața relevantă a produsului) din „întreg teritoriul Republicii Moldova” (piața relevantă geografică). De asemenea, în textul raportului de investigație, precum și a deciziei contestate nu se identifică nici o descriere a criteriilor și elementelor probatorii care au fost utilizate la definirea pieței relevante, fapt care contravine art. 29, alin. (2) din Legea concurenței.

Totodată SRL „Universal Instal” nu dispune o claritate asupra probelor, care au stat la baza concluziilor făcute în raportul de investigație și, ulterior în decizie. Or, Consiliul Concurenței nu a adus nici o probă directă sau indirectă în susținerea poziției sale, eronate de altfel, că a existat un acord anticoncurențial sub formă de ofertă trucată prin schimb de informație strategică, cu excepția coincidenței parțiale a prețurilor oferite la mai multe poziții.

SRL „Universal Instal” a mai susținut că dreptul acestuia la apărare i-a fost lezat de autoritatea pârâtă prin faptul că a fost lipsit de posibilitatea de a prezenta observațiile sale asupra criteriilor care au stat la baza individualizării pedepsei aplicate. Or, conform art. 59, alin. (1) din Legea concurenței, raportul de investigație va conține, între altele, propunerile raportorului în urma finalizării investigației. Astfel, în raportul de investigație nu au fost stabilite criteriile care au stat la baza individualizării amenzi aplicate reclamantului.

Raportul de investigație, precum și decizia contestată nu conține nici o argumentare a aplicării mărimii maxime din nivelul de bază a amenzi, prevăzut de art. 72, alin. (2), lit. c) din Legea concurenței, de 4 % în condițiile în care Legea oferă posibilitatea aplicării limitelor de la 2 % la 4 %.

Astfel, SRL „Universal Instal” a indicat că datorită faptului că raportul de investigație nu conținea nici un criteriu după care ulterior a fost individualizată amenda, aceasta a fost lipsită de posibilitatea de a prezenta observații asupra criteriilor de individualizare a amenzi, asupra existenței circumstanțelor atenuante, precum și a fost lipsit de posibilitatea de a exercita dreptul de a solicita reducerea mărimii amenzi în conformitate cu art. 74, din Legea concurenței. Iar, explicațiile reprezentantului pârâtului precum că cuantumul amenzi este determinat de Plenul Consiliului Concurenței și nu se reflectă în raport, nu justifică și nu exonerează autoritatea pârâtă de obligația legală de a identifica clar criteriile de determinare a mărimii amenzi.

De asemenea, prin decizia contestată se încalcă principiul echității (proporționalității) în raporturile dintre stat și întreprindere, ori din decizia contestată se poate observa că Consiliul Concurenței a făcut o investigație superficială a cazului, nu a ținut cont de reglementările specifice aplicabile la formarea prețurilor pentru lucrările de construcție, nu a aplicat normele care trebuia să fie aplicate, nu a invocat probe pertinente care ar demonstra implicarea SRL „Universal Instal” la vreun acord anticoncurențial, iar concluziile sale sunt bazate doar pe presupuneri și insinuări.

Prin hotărârea Judecătorei Chișinău, sediul Rîșcani din 16 august 2019 s-a admis cererea de chemare în judecată depusă de SRL „Universal Instal”, s-a anulat în parte decizia Consiliul Concurenței nr. DA-2/18-9 din 28.06.2018 și anume pct. 2, 8 și 10, ce se referă la reclamantul SRL „Universal Instal”. (f.d.75,79-91, vol.II)

Curtea de Apel Chișinău prin decizia din data de 25 martie 2020 a respins apelul declarat de către Consiliul Concurenței, a menținut hotărârea din data de 16 august 2019 a Judecătorei Chișinău, sediul Rîșcani. (f.d. 149,150-171, vol.II)

Împotriva deciziei instanței de apel a depus recurs Consiliul Concurenței, solicitând admiterea recursului, casarea deciziei instanței de apel cu remiterea cauzei la rejudecare. (f.d. 174-181, vol.II)

În motivarea recursului Consiliul Concurenței a indicat că instanțele de judecată au interpretat în mod eronat normele de drept material și au încălcat normele de drept procedural.

Consiliul Concurenței a menționat că prin prisma Codului administrativ, instanța de judecată este obligată să cerceteze starea de fapt din oficiu în baza tuturor probelor legal admisibile, nefiind legată nici de declarațiile făcute, nici de cererile de solicitare a probelor înaintate de participanți.

Astfel, instanța de apel, contrar prevederilor indicate, a omis cercetarea tuturor probelor existente la dosar și a dat o apreciere arbitrară probelor examinate, și anume, nu a examinat următoarele înscrisuri: procesul-verbal cu privire la efectuarea inspecției din 25 ianuarie 2018 la sediul SC „Levprocons” SRL; anexa procesului-verbal cu privire la efectuarea inspecției din 25 ianuarie 2018, extrasă din calculatorul de la „Levprocons” SRL „Document „Licitații Drăgușenii Noi”; procesul-verbal cu privire la interviu a administratorului SRL „Universal Instal” -Evgheni Casco din 27 februarie 2018 și raportul de investigație.

Instanța de apel urma să țină cont de toate probele și materialele dosarului și să le cerceteze nemijlocit în cadrul ședinței de judecată, dându-le o apreciere juridică corespunzătoare. În textul deciziei Curții de Apel Chișinău din 25 martie 2020, lipsesc cu desăvârșire aprecieri și mențiuni asupra probelor menționate, or, cercetarea acestora și aprecierea obiectivă ulterioară a lor, ar putea răsturna soluția adoptată de prima instanță și susținută de instanța de apel.

Consiliul Concurenței a susținut că probele neexamine de instanțele inferioare, dovedesc schimbul de informații între întreprinderi, întrucât mesajul cu privire la valoarea garanțiilor bancare depuse de către SRL „Regal-Rent” și SRL „Universal Instal” a fost expediat la aceiași dată cu data emiterii de către „MOLDASIG” a confirmării garanțiilor bancare, și anume data de 07 decembrie 2016, iar sumele garanțiilor bancare depuse de întreprinderi la licitații sunt identice cu cele comunicate prin e-mailul [regalrent2014@gmail.com](mailto:regalrent2014@gmail.com). Garanția bancară depusă de întreprinderi, constituie 1% din suma ofertei depuse de fiecare întreprindere în parte, participantă la achiziția publică organizată de Primăria s. Drăgușenii Noi. Prin urmare, dacă părțile comunică despre suma garanțiilor bancare depuse, acestea inevitabil cunosc suma totală a ofertelor care urmează a fi depuse pentru participarea la licitațiile publice, or, suma ofertei de participare și a garanției bancare este un secret de afaceri care devine public tocmai la deschiderea plicurilor de către grupul de lucru (petrecerea licitației publice).

Regulile de concurență interzic înțelegerile anticoncurențiale sau practicile concertate între doi sau mai mulți operatori economici concurenți. În prezent, acest tip de comportament rămâne din ce în ce mai des în zona unui simplu schimb de informații sensibile. Deși nu există o listă exhaustivă a schimburilor de informații permise sau interzise de regulile de concurență, este important de reținut că există anumite informații sensibile din punct de vedere concurențial al căror schimb poate produce efecte foarte grave asupra pieței. La nivel de principiu, este vorba despre acele informații care pot fi calificate drept secrete de afaceri, care reprezintă know-how sau care ar oferi un avantaj competitiv concurenților, dacă aceștia ar avea acces la ele.

De asemenea, instanțele de judecată au interpretat eronat actele normative care stabilesc metodologia de calcul a prețurilor, însă nu impun prețuri fixe întreprinderilor.

La 22 iulie 2020, Curtea Supremă de Justiție a expediat societății reclamante și a avocatului acesteia Daniel Martin, pentru notificare, copia recursului motivat depus de către Consiliul Concurenței, explicându-le dreptul de a depune referință asupra motivelor acestuia. (f.d. 209, vol.II)

Avocatul Daniel Martin la 24 iulie 2020 a recepționat copia recursului, fapt confirmat prin avizul de recepție nr. DS9350313543AS anexat la materialele cauzei. (f.d.211,vol.II)

La 19 august 2020 avocatul Daniel Martin în interesele SRL „Universal Instal” a depus referință la recursul înaintat de către Consiliul Concurenței, prin care a solicitat respingerea recursului ca inadmisibil și menținerea deciziei contestate, indicând că recursul înaintat nu se încadrează în temeiurile prevăzute de Codul administrativ, temeiurile invocate sunt declarative.

Efectuând controlul judiciar al hotărârilor contestate prin prisma argumentelor expuse în recurs, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție reține că prin Legea nr. 116 din data de 19 iulie 2018 a fost adoptat Codul administrativ al Republicii Moldova. În conformitate cu art. 257, alin. (1) al Codului administrativ, prezentul cod a intrat în vigoare la 01 aprilie 2019.

În conformitate cu art. 258, alin. (3) din Codul administrativ, procedurile de contencios administrativ inițiate până la intrarea în vigoare a prezentului cod se vor examina în continuare, după intrarea în vigoare a prezentului cod, conform prevederilor prezentului cod. Prin derogare, admisibilitatea unei astfel de acțiuni în contenciosul administrativ se va face conform prevederilor în vigoare până la intrarea în vigoare a prezentului cod. Prevederile prezentului alineat se vor aplica corespunzător pentru procedurile de apel, de recurs și de contestare cu recurs a încheierilor judecătorești.

Astfel, din sensul normei de drept enunțate urmează că legiuitorul a optat pentru principiul aplicării imediate a noilor reglementări procedurale. Decizia instanței de apel a fost pronunțată după intrarea în vigoare a Codului administrativ.

Legalitatea procedurilor, care au urmat după punerea în aplicare a Codului administrativ, se vor verifica prin prisma Codului administrativ și aici instanța de recurs cu referire la termenul de depunere a recursului reține că conform art. 245, alin. (1) din Codul administrativ recursul se depune la instanța de apel în termen de 30 zile de la notificarea deciziei instanței de apel, dacă legea nu stabilește un termen mai mic. Instanța de apel transmite neîntârziat Curții Supreme de Justiție recursul împreună cu dosarul judiciar.

Conform art. 245, alin. (2) din Codul administrativ motivarea recursului se prezintă Curții Supreme de Justiție în termen de 30 de zile de la notificarea deciziei instanței de apel. Dacă se depune împreună cu cererea de recurs, motivarea recursului se depune la instanța de apel.

Instanța de apel a pronunțat decizia la data de 25 martie 2020.

Din materialele dosarului rezultă că instanța de apel a expediat la data de 07 mai 2020 în adresa participanților la proces, prin intermediul poștei electronice, copia deciziei motivate. (f.d. 172, vol. II)

În conformitate cu Hotărârea Parlamentului nr. 55 din 17 martie 2020 s-a declarat stare de urgență pe întreg teritoriul Republicii Moldova pe perioada 17 martie -15 mai 2020.

Dat fiind faptul că prin prisma pct. 8 din Anexa la dispoziția nr. 1 din data de 18 martie 2020 a Comisiei pentru Situații Excepționale a Republicii Moldova termenele de exercitare a căilor de atac aflate în curs la data instituirii stării de urgență se întrerup, urmând a curge noi termene, de aceeași durată, de la data încetării stării de urgență. Astfel, termenul de declarare a recursului pentru Consiliul Concurenței a început a curge de la data de 16 mai 2020.

În aceste circumstanțe recursul depus de către Consiliul Concurenței la 11 iunie 2020 este depus în termen.

Prin încheierea din 09 septembrie 2020 a Curții Supreme de Justiție recursul depus de către Consiliul Concurenței a fost declarat admisibil și numit pentru examinare în complet din cinci judecători.

Conform articolului 247 din Codul administrativ Curtea Supremă de Justiție examinează și soluționează recursul fără ședință de judecată.

Articolul 248 din Codul administrativ stipulează la alin. (1), lit. d) că, examinând recursul, Curtea Supremă de Justiție adoptă decizie prin care casează integral decizia instanței de apel și restituie cauza instanței de apel dacă, în baza limitelor stabilite de lege ale examinării recursului, nu poate adopta o soluție finală în acest caz.

Analizând hotărârile atacate prin prisma motivelor de recurs, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție a constatat că recursul este fondat.

Pentru început, instanța de recurs recapitulează esența litigiului.

Astfel, pe baza constatărilor instanțelor ierarhic inferioare și potrivit probelor din dosar, se observă că Primăria com. Drăgușenii Noi a publicat anunțul de intenție privind inițierea licitației publice în scopul achiziționării lucrărilor de construire a „Stației de epurare în satul Drăgușenii Noi, r-nul Hîncești”, criteriul de evaluare aplicat pentru adjudecarea contractului fiind stabilit cel mai mic preț. Totodată s-a menționat că oferta trebuie să fie însoțită de garanția pentru ofertă în valoare de 1% din suma ofertei. (f.d. 220-223, vol.I)

Potrivit dării de seamă a Primăriei com. Drăgușenii Noi, r-nul Hîncești nr. 01/2016 din 23 decembrie 2016 la licitația publică nr.628/16 din 09 decembrie 2016 s-au înregistrat trei operatori economici SRL „Barzine-Cons”, SRL „Regal-Rent” și SRL „Universal Instal”. În rezultatul evaluării și comparării ofertelor a fost desemnată câștigătoare SRL „Barzine-Cons” cu oferta în sumă de 10 149 416,47 lei fără TVA și 12 179 299,76 lei cu TVA. ( f.d. 140-143, vol.I)

Prin dispoziția Plenului Consiliului Concurenței nr. 02 din 25 ianuarie 2018 s-a dispus inițierea investigației referitor la semnele încălcării prevederilor art. 5 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către întreprinderile participante la licitațiile publice nr.613/16 din 29 noiembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a sistemului de canalizare și a stației de epurare din s. Zăicana, r-nul Criuleni, nr.628/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s. Drăgușenii Noi, r-nul Hîncești și nr.636/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s. Tîntăreni, r-nul Anenii Noi. (f.d. 139, vol.)

Prin ordinele Consiliului Concurenței nr. 6 și nr. 7 din 25 ianuarie 2018 s-a dispus declanșarea începând cu 25 ianuarie 2018 a inspecției la sediile SRL „Barzine-Cons” și SRL „Levprocons” precum și în orice încăperi, terenuri sau mijloace de transport aflate în posesia sau proprietatea acestora în scopul obținerii informațiilor și documentelor aflate în raport cu obiectul și scopul investigației, indiferent de suportul fizic sau electronic pe care sunt păstrate acestea. Totodată, în ordinele date s-au indicat consecințele negative în cazul punerii piedicilor la efectuarea inspecției. (f.d. 194-195, 206-207, vol.II)

Conform procesului - verbal privind efectuarea inspecției din 25 ianuarie 2018 întocmit de controlorii Consiliului Concurenței, de la întreprinderea SRL „Barzine-Cons” au fost ridicate:

- 1) Contractul de comodat din data de 01 noiembrie 2017 încheiat între SRL „Barzine-Cons” și SRL „Valensor- Desing”;
- 2) Contractul de comodat din data de 01 noiembrie 2017 încheiat între SRL „Barzine-Cons” și SRL „Regal Rent”;
- 3) Contractul de comodat din data de 01 decembrie 2016 încheiat între SRL „Barzine-Cons” și SRL „Benefit”;
- 4) Lista salariaților SRL „Barzine-Cons”;
- 5) Balanța pentru contul 123, anul 2016;
- 6) Balanța pentru contul 123, anul 2017;
- 7) Balanța pentru contul 213, anul 2017;
- 8) Balanța pentru contul 213, anul 2016;
- 9) Registrul de stat al contribuabililor;
- 10) Copia buletinului de identitate;
- 11) Scrisoarea „berzine.xls”, „levprocons.xls”, „regal.xls” din 21 septembrie 2016 de la [europicement@inbox.ru](mailto:europicement@inbox.ru) către [barzinecons2014@gmail.com](mailto:barzinecons2014@gmail.com);
- 12) Scrisoarea lui Alexandru Mândrescu „Buna ziua” către [barzinecons2014@gmail.com](mailto:barzinecons2014@gmail.com) din 14 noiembrie 2016;
- 13) Scrisoarea fără subiect de la [barzinecons2014@gmail.com](mailto:barzinecons2014@gmail.com) către [barzinecons2014@gmail.com](mailto:barzinecons2014@gmail.com) din 17 noiembrie 2017;
- 14) Scrisoarea „Antet Levprocons” de la [barzinecons2014@gmail.com](mailto:barzinecons2014@gmail.com) către [barzinecons2014@gmail.com](mailto:barzinecons2014@gmail.com) din 17 noiembrie 2017;
- 15) Scrisoarea fără subiect de la SRL „Barzine-Cons” către SRL „Universal Instal” din 02 septembrie 2016;
- 16) Scrisoare „Buna ziua am nevoie de garanție pentru participare la licitație” de la SRL „Barzine-Cons” către Osipov din 02 septembrie 2016;
- 17) Scrisoare „pentru Tatiana” de la SRL „Barzine-Cons” către SRL „Barzine-Cons”;
- 18) Copia procesului – verbal de percheziție biroul SRL „Barzine-Cons” din 20 noiembrie 2017. (f.d. 198-203, vol.I)

Prin extrasul din poșta electronică a SRL „Barzine-Cons” și anume corespondența din data de 02 septembrie 2016 dintre SRL „Barzine-Cons” și Osipov Cristina se atestă că SRL „Barzine-Cons” a solicitat garanția pentru participare la licitație pentru SRL „Universal Instal” în valoare de 1 % din suma ofertei ce constituie 68 503,00 lei din suma ofertei de 6 850 300 lei, ca răspuns Cristina Osipov a solicitat rechizitele SRL „Universal Instal”. ( f.d. 205, vol.I)



Totodată, potrivit procesului – verbal cu privire la interviu din data de 27 februarie 2018 administratorul SRL „Universal Instal” a indicat că societatea a început să participe la licitații din 2011, fiind activă pe piața achizițiilor publice, un devizier în cadrul întreprinderii nu este angajat, dar de obicei devizele de participare sunt întocmite de acesta, prețurile la rubrica „manopera” sunt gestionate de program, iar la rubrica „materiale și utilaje” se stabilesc în dependență de obiect. De asemenea, a menționat că a avut contracte de subantrepriză cu SRL „Barzine-Cons” și SRL „Levprocons” aproximativ din anul 2011. (f.d. 224-227, vol.I)

Potrivit raportului de investigație asupra licitației publice nr.628/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s. Drăgușenii Noi, r-nul Hîncești, în urma examinării ofertelor prezentate de către SRL „Barzine-Cons”, SRL „Regal-Rent” și SRL „Universal Instal”, s-a constatat că operatorii economici au oferit prețuri identice pentru 495 poziții din totalul de 501 poziții, ceea ce constituie 98,80 % din totalul pozițiilor incluse în caietul de sarcini. Totodată, s-a propus de a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (3) lit. d) al Legii concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către: SRL „Barzine-Cons”, SRL „Valenscor-Desing” și SRL „Santeh-Trans” prin participarea cu oferte truate în cadrul licitației publice nr.613/16 din 29 noiembrie 2016; SRL „Barzine-Cons”, SRL „Regal-Rent” și SRL „Universal Instal” prin participarea cu oferte truate în cadrul licitației publice nr.628/16 din 09 decembrie 2016; SRL „Levprocons”, SRL „Valenscor-Desing” și SRL „Instal” prin participarea cu oferte truate în cadrul licitației publice nr.636/16 din 09 decembrie 2016. De a aplica amenzi întreprinderilor SRL „Barzine-Cons”, SRL „Regal-Rent”, SRL „Levprocons”, SRL „Valenscor-Desing”, SRL „Universal Instal” și SRL „Santeh-Trans” în conformitate cu prevederile art. 72 al Legii concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012. (f.d. 229-244, vol. I)

Prin decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-2/18-49 din 28 iunie 2018 s-a constatat inclusiv încălcarea de către SRL „Universal Instal” a prevederilor art. 5, alin. (3) lit. d) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, prin participarea cu oferte truate la licitația publică nr.628/16 din 09 decembrie 2016; s-a aplicat SRL „Universal Instal” o amendă în mărime de 516 352,24 lei reprezentând – 4 % din cifra de afaceri realizată în anul 2017. (f.d. 13-31, vol. II)

SRL „Universal Instal” a contestat decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-2/18-49 din 28 iunie 2018, solicitând anularea din motiv că faptul coincidenței prețurilor indicate în oferte, chiar și majoritatea, nu constituie un acord anticoncurențial între operatorii economici participanți la licitația publică nr.628/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s. Drăgușenii Noi, r-nul Hîncești.

Instanța de recurs observă că Consiliul Concurenței a învinuit întreprinderile participante la licitația publică nr. nr.628/16 din 09 decembrie 2016 în înțelegere de cartel prin trucarea ofertelor.

Se poate afirma că există o înțelegere, în sensul legislației europene și naționale privind concurența, atunci când părțile aderă la un plan comun care restrânge sau este probabil să restrângă comportamentul lor individual pe o piață, prin stabilirea unor direcții de acțiune comună sau abținerea de la a acționa pe piață într-un anumit sens. Nu este necesar ca înțelegerea să fie scrisă, nu sunt necesare formalități, sancțiuni contractuale sau alte măsuri de constrângere. Înțelegerea poate fi formală sau tacită

(dedusă din comportamentul părților). În plus, nu este necesar nici ca participanții să fi convenit în prealabil asupra unui plan de acțiune comun.

Termenul de „înțelegere” este incident nu doar în situația unui plan general sau a unor prevederi în mod expres agreeate de către părți, ci și în cazul punerii în aplicare a ceea ce a fost agreeat pe baza aceluiași mecanisme și în realizarea aceluiași scop comun. O înțelegere poate consta nu doar dintr-o acțiune izolată, ci și dintr-o serie de acțiuni sau dintr-un anumit comportament.

Elementul central al unei înțelegeri, în sensul art. 5 alin.(3) al Legii concurenței nr.183 din 11 iulie 2012 este manifestarea, în orice formă, a unui concurs de voințe între întreprinderi privind punerea în aplicare a unei politici, urmărirea unui obiectiv sau adoptarea unui anumit tip de comportament pe piață.

Având în vedere documentele prezentate care atestă schimbul de informații dintre operatorii economici, nu poate fi pus la îndoială faptul că acțiunile părților implicate nu au fost rezultatul unor politici comerciale independente, ci al unei înțelegeri convenite între acestea.

Totuș, Curtea de Apel Chișinău, examinând apelul Consiliului Concurenței în raport cu materialele dosarului, a concluzionat că cererea de chemare în judecată depusă de către SRL „Universal Instal” este întemeiată, deoarece Consiliul Concurenței nu a demonstrat existența unui acord anticoncurențial între participanții la licitația publică nr.628/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s. Drăgușenii Noi, r-nul Hîncești, iar probele la care face trimitere au fost prezentate la etapa depunerii referinței și nu au fost reflectate în Raportul de investigații și nici în decizia contestată.

Instanța de recurs consideră prematură această concluzie, ori aspectul de acord anticoncurențial, prin trucarea ofertelor, nu a fost cercetat de instanța de apel. Pentru a declara sau infirma că între întreprinderile SRL „Barzine-Cons”, SRL „Regal-Rent” și SRL „Universal Instal” a avut loc o înțelegere de cartel prin trucarea ofertelor, în proces urmau a fi atrase SRL „Barzine-Cons” și SRL „Regal-Rent”, ori soluția adoptată în speță ar putea aduce atingere și intereselor acestor companii.

În speță, Consiliul Concurenței a adus o serie de argumente și probe în susținerea concluziei că între întreprinderile participante la licitația publică nr.628/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s. Drăgușenii Noi, r-nul Hîncești, a avut loc o înțelegere de cartel, prin trucarea ofertelor.

Articolul 4 din Legea concurenței nr.183 din 11 iulie 2012 explică că se consideră acord – orice formă (verbală sau scrisă) de manifestare a voinței comune cu privire la comportamentul pe piață, exprimată de două sau mai multe întreprinderi independente. Totodată, trucare a ofertelor – realizare, prin intermediul licitațiilor sau altor forme de concurs de oferte, a acordurilor anticoncurențiale ale întreprinderilor concurente referitoare la prețuri, la împărțirea piețelor, la sursele de aprovizionare sau la calitatea produselor.

Consiliul Concurenței a insistat că între întreprinderile participante la licitația publică nr.628/16 din 09 decembrie 2016 a avut loc schimb de informații referitor la valoarea ofertei și mărimea garanției pentru ofertă.

Aici, instanța de apel urma să cerceteze cu atenție aceste argumente, ori potrivit anunțului de intenție garanția pentru ofertă este stabilită de 1 % din suma ofertei depuse

de fiecare întreprindere în parte, participantă la achiziția publică organizată de Primăria s. Drăgușeni Noi, r-nul Hîncești.

De asemenea, instanța de apel, urma să stabilească persoanele concrete între cine anume a avut lor schimbul de informații prin intermediul poștei electronice, cine gestionează poșta electronică a întreprinderilor, ce funcții dețin persoanele care au avut accesul la aceste informații și în ce întreprinderi activează.

Astfel, instanța de apel urma să verifice dacă prin schimbul de informații referitor la valoarea garanției pentru ofertă nu a avut loc și divulgarea valorii ofertei, ceea ce a dat posibilitatea celeilalte întreprinderi de a stabili preturi mai mici, ori criteriul de adjudecare a contractului, potrivit anunțului de intenție a fost stabilit cel mai mic preț. Faptul stabilirii prețului în devizul local pentru materiale și utilaje de construcții, în dependență de obiectul achiziției, a fost confirmat prin declarațiile administratorului SRL „Universal Instal” din procesul – verbal cu privire la interviu din data de 27 februarie 2018. ( f.d. 225, vol.I)

Instanța de apel prin prisma art.4 al Legii concurenței nu a răspuns dacă schimbul de informații referitor la valoarea garanției pentru ofertă, ar fi o înțelegere referitor la preț, ceea ce reprezintă o trucare a ofertei, respectiv un acord anticoncurențial care ar avea ca obiect sau efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței pe piața Republicii Moldova sau pe o parte a acesteia.

În acest sens instanțele de judecată întru stabilirea sau lipsa acordului anticoncurențial urmau să analizeze argumentele și probele prezentate atât de către SRL „Universal Instal”, de către ceilalți operatori economici participanți la licitație, cât și de către Consiliul Concurenței. Deci, concluzia instanței de apel, precum că Consiliul Concurenței nu a probat existența înțelegerii de cartel, este prematură. Probele prezentate de către Consiliul Concurenței sunt acte întocmite sau ridicate în urma efectuării inspecției la întreprinderile participante la licitațiile publice vizate, astfel anume acestor întreprinderi le revine obligația să explice pentru care motiv au făcut schimb de informații cu privire la valoarea garanției pentru ofertă și să explice plauzibil de ce prețul la 495 poziții din totalul de 501 poziții, ceea ce constituie 98,80 % din totalul pozițiilor incluse în caietul de sarcini, au fost analogice în ofertele prezentate de către toți operatorii economici.

Concluzia instanței de apel de a respinge probele Consiliului Concurenței și anume scrisorile din cutia poștală electronică a SRL „Barzine-Cons” pe motiv că au fost prezentate la etapa depunerii referinței, nefiind analizate în Raportul de investigație, vin în contradicție cu prevederile art. 219 din Codul administrativ, care obligă instanța să asigure o protecție eficientă a drepturilor, cât și prevederile art. 123 din Codul administrativ privind dreptul de a înlătura omisiunile până la finalizarea dezbaterilor judiciare în prima instanță.

Prin urmare, se observă, că nu s-a cercetat aspectul prezenței unui acord anticoncurențial între întreprinderile SRL „Barzine-Cons”, SRL „Regal-Rent” și SRL „Universal Instal” participante la licitația publică nr.628/16 din 09 decembrie 2016, care era scopul schimbului de informații referitor la valoarea garanției pentru ofertele depuse de către SRL „Regal-Rent” și SRL „Universal Instal” (f.d. 2016, vol.I), dacă în dependență de cunoașterea valorii ofertelor celorlalți participanți la proces operatorul economic SRL „Barzine-Cons” a avut posibilitatea de a stabili o valoare a ofertei mai mică pentru a fi desemnat câștigător și dacă acest fapt reprezintă o

înțelegere referitor la prețuri. Deci, cercetarea acestor aspecte fără implicarea în proces a SRL „Barzine-Cons” și SRL „Regal-Rent” se face imposibilă.

În consecință, instanța de recurs apreciază drept superficiale concluziile instanței de apel privind admiterea acțiunii, din motiv că nu s-a expus asupra tuturor argumentelor formulate de părți, dar importante pentru justa soluționare a litigiului, nu a elucidat toate circumstanțele importante speței.

Actul judecătoresc trebuie să corespundă tuturor normelor de drept, să fie clar, înțeles de părțile implicate în litigiu și să răspundă în mod sigur și expres la toate cererile și obiecțiile formulate de către părți, ceea ce în speță lipsește.

Din considerentele menționate și având în vedere faptul că corectarea erorii instanței de apel la judecarea cauzei în ordine de recurs nu este posibilă, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție ajunge la concluzia de a admite recursul depus de către Consiliul Concurenței, de a casa decizia din data de 25 martie 2020 a Curții de Apel Chișinău și de a restitui cauza pentru rejudecare la Curtea de Apel Chișinău.

În conformitate cu art. 247, art. 248, alin. (1), lit. d) și alin. (2), art. 258, alin. (3) din Codul administrativ, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție

decide:

Se admite recursul depus de către Consiliul Concurenței.

Se casează decizia din data de 25 martie 2020 a Curții de Apel Chișinău emisă în cauza de contencios administrativ la cererea de chemare în judecată depusă de către Societatea cu Răspundere Limitată „Universal Instal” împotriva Consiliului Concurenței cu privire la anularea parțială a actului administrativ, cu remiterea cauzei spre rejudecare la Curtea de Apel Chișinău, în alt complet de judecată.

Decizia nu se supune niciunei căi de atac.

Președintele ședinței,  
judecătorul

Tamara Chișca-Doneva

judecătorii

Victor Burduh

Ala Cobăneanu

Galina Stratulat

Maria Ghervas