

Dosarul nr. 3ra-42/2023
2-20137437-01-3ra-30082022

prima instanță: Judecătoria Chișinău, sediul Rîșcani (jud. T. Avasiloiie)
instanța de apel: Curtea de Apel Chișinău (jud. N. Budăi, I. Dutcă, D. Băbălău)

Î N C H E I E R E

22 februarie 2023

mun. Chișinău

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

în componența:

Președintele completului, judecătorul
judecătorii

Ala Cobăneanu
Aliona Miron
Iurie Bejenaru

examinând admisibilitatea recursului depus de Societatea cu Răspundere Limitată „Santeh – Trans”, reprezentată de avocatul Natalia Pavlov,

în cauza de contencios administrativ, inițiată la cererea de chemare în judecată depusă de Societatea cu Răspundere Limitată „Santeh – Trans” împotriva Consiliului Concurenței, terți Societatea cu Răspundere Limitată „Barzine - Cons”, Societatea cu Răspundere Limitată „Valenscor - Design” și Societatea cu Răspundere Limitată „Levprocons” cu privire la anularea pct. 1, 3, 6 a deciziei Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-2/18-49 din 28 iunie 2018,

împotriva deciziei din 03 noiembrie 2022 a Curții de Apel Chișinău, prin care s-a admis apelul depus de Consiliul Concurenței, s-a casat integral hotărârea din 15 martie 2021 a Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani și s-a emis o nouă decizie prin care acțiunea în contencios administrativ depusă de Societate cu Răspundere Limitată „Santeh – Trans” s-a respins ca neîntemeiată,

c o n s t a t ă :

La 27 iulie 2018, S.R.L. „Santeh-Trans” a depus cerere de chemare în judecată, în procedura contenciosului administrativ împotriva Consiliului Concurenței, terți S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design”, S.R.L. „Levprocons” cu privire la anularea pct. 1, 3, 6 a deciziei Plenului Consiliului Concurenței al RM nr. DA-2/18-49 din 28 iunie 2018.

În motivarea acțiunii, reclamanta a invocat că Consiliul Concurenței la data de 25 ianuarie 2018, a pornit o investigație privind presupusa încălcare a prevederilor art. 5 a Legii concurenței nr.183 din 11 iulie 2012 de către S.R.L. „Santeh - Trans” prin participarea cu oferte trucate în cadrul a două licitații publice, la care au participat și întreprinderile: S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design”, S.R.L. „Levprocons”.

A susținut că la data de 04 aprilie 2018 echipa de investigație a Consiliului Concurenței a întocmit raportul de investigație și bazându-se pe prevederile art. 59 și art. 41 alin.(1) lit. (h) ale Legii Concurenței a propus Plenului Consiliului Concurenței de a constata încălcarea de către S.R.L. „Santeh - Trans” a prevederilor art. 5 alin. (3) lit. d) al Legii Concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, și aplicarea unei amenzi în conformitate cu art. 72 alin. (3) lit. c) al Legii Concurenței.

A notat că obiectul raportului de investigație conform dispoziției nr. 2 din 25 ianuarie 2018, în partea ce ține de S.R.L. „Santeh - Trans” a constituit circumstanțele petrecerii procedurilor de achiziții prin prisma încălcărilor art. 5 din Legea concurenței din 11 iulie 2012 și anume:

- Licitația publică nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a sistemului de canalizare și a stației de epurare din satul Zăicana, r-nul Criuleni, la care au participat întreprinderile: S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design”, S.R.L. „Santeh - Trans”;

- Licitația publică nr. 636/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din satul Țintăreni, r-nul Anenii Noi, la care au participat întreprinderile: S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design”, S.R.L. „Santeh-Trans” și S.R.L. „Levprocons”;

A notat faptul că Consiliul Concurenței a conchis că sunt întrunite semne de participare cu oferte trucate de către întreprinderile enunțate în cadrul procedurii de achiziții publice nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 și cu nr. 628/16 din 29 noiembrie 2016, argumentându-și poziția sa prin gradul înalt de corespundere a ofertelor de preț la unele poziții prezentate de agenții economici respectivi.

A menționat că nefiind de acord cu Raportul de investigație asupra cazului inițiat, la data de 11 mai 2018, prin cancelaria Consiliului Concurenței, S.R.L. „Santeh - Trans” a depus observații asupra raportului în cauză, iar la 19 iunie 2018, reprezentantul S.R.L. „Santeh - Trans” a fost audiat în cadrul ședinței petrecută de Consiliul Concurenței.

A remarcat că la data de 28 iunie 2018 a avut loc ședința Plenului Consiliului Concurenței, care a adoptat Decizia nr. DA-2/18-49, privind încălcarea art. 5 alin. (3) lit. d) al Legii Concurenței nr. 183 din data de 11 iulie 2012 de către S.R.L. „Santeh - Trans” prin participarea cu oferte trucate în cadrul licitației publice nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 la care au participat S.R.L. „Barzine - Cons” și S.R.L. „Valenscor - Design”, precum și în cadrul licitației publice nr. 636/16 din 09 decembrie 2016, la care au participat S.R.L. „Levprocons” și S.R.L. „Valenscor-Design”. Totodată, fiind dispus aplicarea S.R.L. „Santeh - Trans” a unei amenzi în mărime de 335900,76 de lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017.

În acest context, a invocat că Decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA 32/18-49 adoptată la 28 iunie 2018 în partea ce ține de S.R.L. „Santeh - Trans” este ilegală, neîntemeiată și urmează a fi anulată.

În susținerea poziției a menționat că studiind conținutul deciziei contestate, aceasta prezintă o copiere integrală a raportului de investigație prezentat de către echipa de investigație, ori în decizie nu este indicat nici un argument sau măcar o mențiune care s-a făcut în procesul de examinare la ședința Plenului Consiliului concurenței din data de 11 mai 2018, ceea ce duce la o singură concluzie și anume că este o decizie arbitrală, bazată numai pe niște presupuneri.

A mai invocat că în motivarea soluției deciziei sale de sancționare a S.R.L. „Santeh - Trans”, Consiliul Concurenței s-a referit la licitațiile la care a participat întreprinderea reclamantă, iar argumentele invocate în decizie în opinia pârâtului dovedesc încălcările imputate.

Astfel, a menționat că în cadrul procedurii nr. 613/16 prin care au fost achiziționate lucrările de construcție a sistemului de canalizare și a stației de epurare din satul Zăicana, r-nul Criuleni, organizate și desfășurate de Primăria Zăicana, au participat întreprinderile: S.R.L. „Barzine - Cons” cu oferta de 24524999,30 de lei

fără TVA (sau 29429999,27 de lei cu TVA), S.R.L. „Valenscor - Design” cu oferta de 25349993,58 de lei fără TVA (sau 30419992,29 de lei cu TVA), și S.R.L. „Santeh - Trans” cu oferta de 26416661,19 de lei fără TVA (sau 316999993,42 de lei cu TVA).

În acest context a notat că potrivit actelor administrate a fost desemnată câștigătoare oferta întreprinderii S.R.L. „Barzine - Cons” în valoare de 24524999,39 de lei fără TVA (sau 29429999,27 de lei cu TVA).

Însă, susține reclamanta că Consiliul Concurenței pretinde că întreprinderile au participat la licitația enunțată cu oferte trucate. În calitate de raționamente indică faptul că operatorii economici respectivi au utilizat în cadrul documentelor de licitație cuvântul „inclusiv” și totodată au oferit în mare parte aceleași prețuri.

Suplimentar a notat că în mod similar, se invocă că în cadrul procedurii nr. 636/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din satul Țințăreni, desfășurate de Primăria Țințăreni au participat întreprinderile: S.R.L. „Levprocons” cu oferta de 91533083,11 de lei fără TVA (sau 10983699,73 de lei cu TVA), S.R.L. „Valenscor - Design” cu oferta de 9277428,57 de lei fără TVA, (sau 11132914,28 de lei cu TVA) și S.R.L. „Santeh - Trans” cu oferta de 9860778,57 de lei fără TVA (sau 11832934,28 de lei cu TVA).

În acest context a notat că conform dării de seamă, a fost desemnată câștigătoare oferta întreprinderii cu cel mai mic preț – S.R.L. „Levprocons” cu oferta de 9153083,11 de lei fără TVA, (sau 10983699,73 de lei cu TVA);

A mai relevat faptul că în cadrul procedurii enunțate, Consiliul Concurenței a conchis că în acțiunile S.R.L. „Santeh - Trans” sunt întrunite elementele probatorii aferente încheierii acordurilor anticoncurențiale prin participarea cu oferte trucate, împărțirea piețelor și coordonarea acțiunilor de participare cu oferte trucate la licitațiile enunțate alături de S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design” și S.R.L. „Levprocons”.

A mai remarcat faptul că Consiliul Concurenței impută S.R.L. „Santeh - Trans” încălcarea art. 5 alin. (1) și (3) din Legea concurenței nr.183 din 11 iulie 2012, prin care sunt interzise acordurile îndreptate spre participarea cu oferte trucate la licitații sau oricare forme de concurs de oferte.

Mai mult de atât a susținut că pârâțul a menționat în partea descriptivă a deciziei sale că între întreprinderile concurente în speță, au fost realizate acorduri anticoncurențiale de tip cartel dur, încălcare prescrisă la art. 7 al aceluiași act normativ, ținând cont de prevederile art. 7 indicat, pârâțul califică acțiunile reclamantului ca fiind grave, fără a fi necesară de dovedit efectele acestora pe piață, motiv pentru care a decis aplicarea amenzii în cuantumul cel mai mare admis, și anume 4 % din cifra de afaceri a întreprinderii reclamant.

Prin urmare, reclamanta a considerat că raționamentele și concluziile Consiliului Concurenței enunțate mai sus nu corespund realității și sunt bazate doar pe bănuieli, fără a fi administrat un probatoriu cert și sigur în acest sens.

Întru susținerea poziției enunțate a menționat reclamanta că S.R.L. „Santeh - Trans” este întreprindere care a fost înregistrată la 05 iulie 2010, cu sediul înregistrat pe str. Ion Dumeniuc, 14, ap.18, mun. Chișinău, iar obiectul principal de activitate al este: comerțul cu ridicata al materialelor lemnoase, al materialelor de construcție și echipamentului sanitar; comerțul cu ridicata al articolelor de fierărie, utilajului de apeduct și de încălzire; alte tipuri de comerț cu amănuntul neefectuat prin magazine; comerțul cu amănuntul al articolelor de fierărie, al vopselelor și sticlei; comerțul cu ridicata al articolelor de papetărie și de birou, al cărților, revistelor, ziarelor; comerțul

cu amănuntul al cărților, ziarelor și rechizitelor de birou; transportul auto de călători în folos public, transportul auto internațional de mărfuri; transporturi rutiere de mărfuri; servicii de expediere și transport; construcțiile de clădiri și (sau) construcții inginerești, instalații și rețele tehnico-edilitare, reconstrucțiile, consolidările, restaurările. Circumstanțe care se atestă prin Extrasul din registrul de stat al persoanelor juridice anexat.

La capitolul dat, a remarcat că S.R.L. „Santeh -Trans” desfășoară o activitate intensă în domeniul comerțului cu ridicata al materialelor de construcție, a utilajului de apeduct și de încălzire, precum și în domeniul construcțiilor inginerești și rețele tehnico-edilitare.

Respectiv, a susținut că întreprinderea deține atât experiență, cât și diligență în domeniul afacerilor pe care le desfășoară. Totodată, a notat că S.R.L. „Santeh - Trans” activează în strictă conformitate cu cadrul legal al Republicii Moldova, or, până la moment activitatea întreprinderii nu a constituit obiect al unor încălcări.

La fel, a susținut că în virtutea genului său de activitate și al scopului său, S.R.L. „Santeh - Trans” a participat la multe licitații și a executat cu bună credință obligațiile asumate.

În continuare cu referire la art. 24 alin. (3), art. 26 alin. (1) al Legii contenciosului administrativ, art. 4, art. 52 alin. (3) și (5) al Legii concurenței, reclamanta a invocat că dispozițiile actului administrativ contestat - decizia nr. DA-2/18-49 din 28 iunie 2018 este ilegală în partea punctelor 1), 3) și 6) referitoare la S.R.L. „Santeh - Trans” prin care a fost imputată încălcarea art. 5 alin. (3) lit. d) al Legii Concurenței nr.183 din data de 11 iulie 2012 de către S.R.L. „Santeh - Trans” prin participarea cu oferte truate în cadrul licitațiilor publice nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 și nr. 636/16 din 09 decembrie 2016, cu aplicarea amenzii în mărime de 335900,76 de lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, au fost emise cu aplicarea eronată a cadrului legal ce ține de apărarea concurenței și respectiv cu încălcarea prevederilor legii enunțate.

De asemenea, a considerat că decizia contestată urmează a fi anulată în partea enunțată reieșind din conținutul art. 5 alin. (1), alin. (3) lit. d) al Legii concurenței, or, din această prevedere, se disting următoarele elemente constitutive ale unui cartel sau acord anticoncurențial: întreprinderi, acordul, obiectul sau efectul, piața relevantă și cea geografică și tipul de practică ce constituie acord anticoncurențial în speța examinată. Totodată, a relevat că în calitate de criteriu obligatoriu este că atingerea adusă concurenței trebuie să fie semnificativă.

A mai susținut reclamanta că Consiliul Concurenței, la emiterea actului administrativ nu a demonstrat „existența elementelor constitutive ale unui acord anticoncurențial (cartel) cu argumentarea fiecărui element și probarea acestuia, cum ar fi - existența întreprinderii, acordului, deciziei sau practicii concertate, obiectului sau efectului de împiedicare, restrângere sau denaturare a concurenței pe piața Republicii Moldova sau o parte a acesteia, restricția fiind actuală, potențială și semnificativă, pentru a decide dacă această practică trebuie sau nu sancționată.

Prin urmare, a susținut reclamanta că reieșind din cele analizate, a conchis că Consiliul Concurenței nu a confirmat existența elementelor unui cartel între S.R.L. „Santeh - Trans”, și întreprinderile concurente S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design” și S.R.L. „Levprocons” în cazul participării acestora la licitațiile nr. 613/26 din 29 noiembrie 2016 și nr. 636/16 din 09 decembrie 2016.

Astfel, a susținut reclamanta că autoritatea de concurență nu a acumulat probe pentru a demonstra comportamentul anticoncurențial al reclamantului S.R.L. „Santeh - Trans” și al întreprinderilor concurente la licitațiile expuse și impactul acestora concurenței.

A mai invocat reclamanta și faptul că Consiliul Concurenței la adoptarea deciziei date, a aplicat greșit prevederile Legii nr.183 din 11 iulie 2012 în partea ce ține de constatarea pretensei încălcări și a aplicării amenzii. Astfel, pe lângă faptul că autoritatea de concurență nu a dovedit abaterea presupusă a art. 5 al Legii nr.183 din 11 iulie 2012, aceasta impută reclamantului încălcarea art. 5 al Legii nr.183 din 11 iulie 2017, dar aplică sancțiune pentru încălcarea art. 7 al aceluiași act normativ și anume prevederile art. 72 alin. (3) lit. c) din Legea nr. 183, or, art. 7 din legea dată stipulează despre interzicerea cartelurilor dure, care reprezintă o încălcare aparte și o sancțiune diferită decât pentru pretinsa - încălcare a art. 5 alin. (3) lit. d) din Legea concurenței.

La fel, a ținut să menționeze reclamanta că Consiliul Concurenței, chiar și în circumstanțele în care ar fi constatat existența încălcării legii concurenței, aceasta a admis tratament diferențiat și nelegal față de subiecții sancționați, or, Consiliul Concurenței a aplicat doar S.R.L. „Santeh - Trans” amenda maximă, iar celorlalte întreprinderi concurente în speță, amenda minimă.

Prin urmare, a relevat reclamanta că o asemenea aplicare a sancțiunii nu este justificată și nu este clar de ce Consiliul Concurenței aplică legea subiectiv și tendențios și cum a individualizat cuantumul amenzilor aplicate.

Prin hotărârea din 15 martie 2021 a Judecătoriei Chișinău, sediul Râșcani, s-a admis acțiunea în contencios administrativ depusă de S.R.L. „Santeh - Trans”. S-a anulat decizia Plenului Consiliului Concurenței nr.DC-2/18-49 din 28 iunie 2018, în partea pct.1 și pct.3 prin care s-a constatat încălcarea prevederilor art. 5 alin. (3) lit. d) din Legea concurenței de către S.R.L. „Santeh - Trans” și pct. 6 prin care s-a aplicat S.R.L. „Santeh - Trans” amendă în mărime de 4 % din cifra totală de afaceri realizată pentru anul 2017. (f.d. 36; Vol. IV)

Dispozitivul hotărârii din 15 martie 2021 a Judecătoriei Chișinău, sediul Râșcani, a fost notificat Consiliului Concurenței la data de 15 martie 2021, fapt confirmat prin extrasul din poșta electronică anexat la materialele cauzei. (f.d. 38; Vol. IV)

Nefiind de acord cu hotărârea primei instanțe, la 14 iulie 2021, prin intermediul oficiului poștal (f.d.44; Vol. IV), Consiliul Concurenței a depus apel nemotivat împotriva hotărârii din 15 martie 2021 a Judecătoriei Chișinău, sediul Râșcani, solicitând admiterea cererii de apel, casarea hotărârii primei instanței și pronunțarea unei noi hotărâri prin care acțiunea să fie respinsă integral. (f.d.42/43; Vol.IV)

La 17 iunie 2021, Judecătoria Chișinău, sediul Râșcani, a expediat pentru notificare Consiliului Concurenței copia hotărârii motivate a primei instanțe (f.d.55; Vol. IV), care a fost recepționată de către apelant la data de 24 iunie 2021, fapt confirmat prin avizul de recepție anexat la materialele cauzei (f.d.67; Vol. IV), iar la 03 decembrie 2021, prin intermediul Direcției de evidență și documentare procesuală a Curții de Apel Chișinău, Consiliul Concurenței a depus motivarea apelului. (f.d. 76/82; Vol. IV)

Astfel, instanța de apel întemeiat a considerat ca fiind depus în termen apelul depus de Consiliul Concurenței împotriva hotărârii din 15 martie 2021 a Judecătoriei Chișinău, sediul Râșcani.

Prin decizia din 03 noiembrie 2022 a Curții de Apel Chișinău, a fost admisă cererea de apel depusă de Consiliul Concurenței. A fost casată integral hotărârea din 15 martie 2021 a Judecătoria Chișinău, sediul Rîșcani, cu adoptarea unei decizii noi prin care a fost respinsă ca neîntemeiată acțiunea depusă de S.R.L. „Santeh – Trans” împotriva Consiliului Concurenței, terți S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design” și S.R.L. „Levprocons” cu privire la anularea punctele 1, 3, 6 ale deciziei Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-2/18-49 din 28 iunie 2018. (f.d.222; 223/241; Vol. IV)

Pentru a decide astfel, instanța de apel analizând concluziile instanței de fond care au stat la baza adoptării soluției contestate în raport cu circumstanțele de fapt ale speței și normele de drept material aplicabile speței, a constatat că soluția fondului este una neîntemeiată.

În acest context, instanța de apel, întru susținerea poziției enunțate, a menționat că prin dispoziția Plenului Consiliului Concurenței nr.02 din 25 ianuarie 2018, s-a inițiat investigația referitoare 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 satul Zăicana, r-nul Criuleni și licitația publică nr.636/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din satul Țânțăreni, r-nul Anenii Noi.

În acest sens, instanța de apel a remarcat că, la data de 28 iunie 2018 Plenul Consiliului Concurenței a emis Decizia nr. DA 32/18-49 prin care a constatat încălcarea art. 5 alin. (3) lit. d) al Legii Concurenței nr. 183 din data de 11 iulie 2012, de către S.R.L. „Santeh - Trans” prin participarea cu oferte truate în cadrul licitației publice nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 la care au participat S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design”, precum și în cadrul licitației publice nr. 636/16 din 09 decembrie 2016, la care au participat S.R.L. „Levprocons” și S.R.L. „Valenscor – Design”, fiind aplicată față de S.R.L. „Santeh - Trans” a unei amenzi în mărime de 335900,76 de lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017.

Prin urmare, instanța de apel a menționat că în motivarea actului administrativ contestat, Consiliul Concurenței a concluzionat că participanții la licitația nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 au oferit 646 poziții identice din totalul de 697 poziții, ceea ce constituie 93 % din totalul pozițiilor propuse, iar la licitația nr. 636/16 din 09 decembrie 2016 au oferit prețuri identice pentru 371 poziții din 389 poziții în total, ceea ce constituie 95,37 % din totalul pozițiilor incluse în caietul de sarcini. Probele enunțate supra demonstrează, că documentele de participare la licitațiile publice nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 și nr. 636/16 din 09 decembrie 2016 au fost întocmite de către una și aceeași persoană sau de același grup de persoane, scopul participării fiind stabilirea prețului și asigurarea atribuirii ilegale a contractului întreprinderii care prin coordonare a oferit cel mai mic preț. Pe o piață concurențială normală, coincidențe de preț până la sutimi de bănuți, nu sunt posibile întrucât fiecare întreprindere are puterea sa economică specifică, dispune de dotare tehnică diferită, capacitate financiară diferită, costuri salariale diferite și nu în ultimul rând, de disponibilitatea mijloacelor financiare. Toate aceste elemente conduc la cheltuieli și venituri diferite care în mod normal trebuie să se diferențieze prin ofertele propuse.

Iar, prin scrisoarea „(fără subiect)” din 17 noiembrie 2017 de pe poșta electronică - barzinecons2014@gmail.com redirecționată la aceeași adresă, a fost

remis documentul „obect.docx”, care include 54 obiecte în care au fost desemnate câștigătoare ofertele întreprinderilor S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Regal - Rent” S.R.L. „Levprocons” și S.R.L. Valenscor - Design” în perioada anilor 2014-2017, actul respectiv include rubricile „beneficiar”, „antreprenor”, „obiect”, „nr. data contractului”, „suma”, „recepții”, „note”. Prezența actului respectiv permite susținerea cu un grad înalt de certitudine că întreprinderile S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Regal - Rent”, S.R.L. „Levprocons” și S.R.L. Valenscor - Design” s-a realizat un schimb de informații strategice în privința licitațiilor publice numite supra și participarea nemijlocită a acestor întreprinderi în cadrul respectivelor proceduri. Din analiza informației obținute referitoare la contractele atribuite și valoarea acestora, se conchide că sunt întrunite semne privind împărțirea pieței de către întreprinderile „Barzine - Cons”, S.R.L. „Regal - Rent”, S.R.L. „Levprocons” și S.R.L. Valenscor - Design” S.R.L.

Drept consecință, instanța de apel a relevat că Consiliul Concurenței corect a conchis întrunirea elementelor probatorii aferente încheierii acordurilor anticoncurențiale prin participarea cu oferte truate, împărțirea piețelor și coordonarea acțiunilor de participare cu oferte truate a întreprinderilor S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design” și S.R.L. „Santeh - Trans” în cadrul licitației publice nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016, S.R.L. „Levprocons”, S.R.L. „Valenscor - Design” și S.R.L. „Santeh - Trans” în cadrul licitației publice nr. 636/16 din 09 decembrie 2016 prin stabilirea prețului în scopul câștigului de licitație.

În acest context, instanța de apel a menționat că ofertarea prețurilor identice în quantum de 93 % în cadrul licitației publice nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 și 95,37 % în cadrul licitației publice nr. 636/16 din 09 decembrie 2016, din totalul devizelor de cheltuieli prezentate de către participanții la licitațiile publice respective, permite susținerea faptului că sunt întrunite semne pertinente că între întreprinderile S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design”, S.R.L. „Levprocons” și S.R.L. „Santeh - Trans” au fost realizate acorduri anticoncurențiale de tip cartel dur. Trucare a ofertelor reprezintă realizarea, 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.

În acest sens, instanța de apel a conchis că S.R.L. „Santeh - Trans”, S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Levprocons” și S.R.L. „Valenscor - Design” au participat cu oferte truate în cadrul licitației publice nr. 636/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a sistemului de canalizare și a stației de epurare din satul Zăicana, r-nul Criuleni, cât și la licitația publică nr. 636/16 din 09 decembrie 2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din satul Țințăreni, r-nul Anenii Noi privind participarea cu oferte truate prin schimbul de informații, a împiedicat, restrâns și denaturat concurența prin obiect în cadrul procedurilor de achiziții expuse supra.

Astfel, instanța de apel a relevat că luând în considerație faptele constatate, se atestă că acțiunile întreprinderilor S.R.L. „Santeh - Trans”, S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Levprocons” și S.R.L. „Valenscor - Design” în cadrul licitațiilor publice întrunesc în sine semnele încheierii acordurilor anticoncurențiale orizontale de tip cartel dur în cadrul acestor licitații.

Instanța de apel a mai menționat că urmează a fi apreciat critic argumentul reclamantului/intimat că aceste întreprinderi concurează între ele, or, principiile de bază a concurenței sunt improprii desfășurării activității în cadrul aceluiași sediu, cu

antrenarea acelorași angajați, fiindcă în astfel de cazuri, asemenea noțiunii ca secret comercial, concurența în vederea promovării intereselor legitime ale consumatorilor, protejate de lege devin iluzorii, iar ca urmare concurența în cadrul activității economice a acestor întreprinderi de fapt este mimată/simulată.

În continuare cu referire la prevederile Documentului normativ NCM L.01.01-2012 „Reguli de determinare a valorii obiectivelor de construcții”, aprobat prin Ordinul nr. 34 al Ministerului Dezvoltării Regionale și Construcțiilor al RM, invocate de intimat, instanța de apel a reținut că aceste dispoziții nu sunt altceva decât metodologii de calcul a prețurilor pentru lucrări/utilaje/manoperă/materiale, prin urmare aceste norme nu pot fi calificate drept norme de limitare/stabilire a prețurilor pe piața lucrărilor de construcții.

În acest sens, instanța de apel a menționat că potrivit pct. 4.3.2.4 lit. a) din Codul practic în construcții „instrucțiuni privind întocmirea devizelor pentru lucrările de construcții montaj prin metoda de resurse” CP L.01.01-2012, la elaborarea documentației de proiect și deviz, de licitație la comanda investitorului (beneficiarului) în devizele investitorilor, cheltuielile pentru salarizare se recomandă să se determine pornind de la salariul mediu lunar în ramura - Construcții, fixat trimestrial de către Biroul Național de Statistică și anunțat în scrisorile informative de către Organul Național de Dirijare în Construcții în formă de indice a salariului mediu orar al muncitorilor constructorilor.

Prin urmare, instanța de apel a relevat că se atestă că norma legală menționată *supra* recomandă ca cheltuielile pentru salarizare să se determine pornind de la salariul mediu lunar în ramura „construcții”, nicidecum, legislația nu restricționează și nu impune un preț fix pentru această categorie de cheltuieli. Astfel, nu se limitează dreptul întreprinderilor de a-și stabili prețuri liber și în conformitate cu normele concurențiale.

La fel, instanța de apel a notat că prevederile pct. 4.3.2.4 lit. b) din Codul practic în construcții „instrucțiuni privind întocmirea devizelor pentru lucrările de construcții-montaj prin metoda de resurse” CP L.01.01-2012 stabilește: Valoarea 1h-ut. se determină conform documentului normativ CP L.01.04-2012. Or, conform documentului menționat, valoarea 1 h-ut. pe tipuri de utilaje se calculează de către întreprinderile de antrepriză, deținătoare de tehnică de construcții, prin calcularea cheltuielilor (pentru carburanți, lubrifianți, piese de schimb, uzură, salarizarea mecanicilor, deservirea și reamplasarea utilajelor etc.).

Referitor la rubricile „materiale”, instanța de apel a reținut că potrivit materialelor cauzei s-a constatat că întreprinderile S.R.L. „Santeh - Trans”, S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design” SRL și S.R.L. „Levprocons” au oferit prețuri identice în proporție de 93 % și 95,37 %, or, potrivit pct. 4.3.2.4 lit. c) din Codul practic în construcții „instrucțiuni privind întocmirea devizelor pentru lucrările de construcții - montaj prin metoda de resurse” CP L.01.01-2012, acestea prevăd că, valoarea resurselor materiale se determină pornind de la informația pe care o deține alcătuitoarea privind prețurile pentru acest tip de cheltuieli. Pentru întreprinderile de antrepriză acestea sânt datele medii privind valoarea efectivă a materialelor, elementelor și articolelor (ținând cont de cheltuielile pentru transport până la depozitele obiectivului, inclusiv pentru lucrările de încărcare - descărcare și de cheltuielile pentru achiziționare-depozitare suportate de întreprinderea de antrepriză), care se determină pe baza prețurilor de piață și a tarifelor furnizorilor și pe baza datelor din evidență contabilă.

Cheltuielile de transport pot fi determinate luând în calcul datele efective sau cele medii pe unitatea de măsură adoptată pentru materialul transportat (pe m³, t, m² etc.), în procente din valoarea materialelor, pe 1 t-km de încărcătură.

Cheltuielile de achiziționare - depozitare se iau în calcul sub formă de procente norme din valoarea materialelor. Fiecare întreprindere de antrepriză calculează și aprobă pentru sine o normă individuală de cheltuieli pentru achiziționare - depozitare, stabilită pe baza datelor din evidența contabilă. În caz de necesitate normele pot fi revizuite și reaprobat, de regulă, o dată pe an.

Astfel, instanța de apel a menționat că reieșind din cele menționate rezultă cu certitudine că, oferirea prețurilor identice la pozițiile incluse în caietele de sarcini demonstrează că documentele de participare la licitațiile publice nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 și nr. 636/16 din 09 decembrie 2016 au fost întocmite de către una și aceeași persoană sau de același grup de persoane, scopul participării fiind stabilirea prețului și asigurarea atribuirii ilegale a contractului întreprinderii care prin coordonare a oferat cel mai mic preț, iar ca urmare apelantul/pârât întemeiat a calificat coincidența de prețuri ca fiind o încălcare a art. 5 alin. (3) lit. d) din Legea concurenței.

Mai mult, instanța de apel a remarcat că potrivit procesului-verbal din 28 februarie 2018 privind interviuarea d-lui Nepotu Ilie – contabil șef în cadrul întreprinderii S.R.L. „Santeh - Trans”, care a declarat că S.R.L. „Santeh - Trans”, fiind întreprindere importatoare de materiale de construcție, a întocmit oferte de preț de mai multe ori pentru S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Regal - Rent” și S.R.L. „Levprocons” cu materiale comercializate de S.R.L. „Santeh - Trans” și de asemenea, a prestat servicii pentru acestea.

Cu referire la argumentul invocat de intimat și reținut de instanța de fond precum că devizul local referitor la licitațiile publice nr. 613/16 din 29 noiembrie 2016 și nr. 636/16 din 09 decembrie 2016, este întocmit prin intermediul programului de devize WinCMeTa2000, care conține o bază de date formată din norme de deviz și prețuri de pe piață, iar ca urmare conține șabloane a formularelor de ieșire și prin urmare a fost emisă o eroare gramaticală și anume a cuvântului ”Inclusiv”, instanța de apel la considerat ca fiind neîntemeiat, or, acest program WinCMeTa2000 este în primul rând un program de întocmire și de calculare a devizelor în construcții.

Totodată, instanța de apel a notat că acest program generează devize, indicatoare și rapoarte în baza datelor introduse manual (inclusiv prețuri), iar datele pozițiilor pot fi oricând schimbate și completate de cel ce le introduce, prin urmare nu poate un program să stabilească prețurile pieței, oricare ar fi ea, or, pe o piață concurențială coincidențe de preț la mai multe poziții nu sunt posibile din considerentul că, fiecare întreprindere are puterea sa economică specifică, dispune de dotare tehnică diferită, capacitate financiară diferită, costuri salariale diferite și nu în ultimul rând de disponibilitatea mijloacelor financiare diferită, care o au la dispoziție, deci toate elementele conduc la cheltuieli și venituri diferite, care urmează a fi diferențiate prin ofertele propuse.

În continuare, instanța de apel a considerat neîntemeiat și argumentul S.R.L. „Santeh - Trans” precum că amenda stabilită nu este proporțională, or, prevederile legale prevăd posibilitatea de individualizare a sancțiunii amenzii proporțional cu gravitatea faptei săvârșite, care la caz este de gravitate mare. De altfel, din dispozițiile art. 71 alin. (1) lit. a) și art. 72 alin. (3) lit. c) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, rezultă că sancțiunea pentru acordul anticoncurențial pe orizontală de tip

dur se stabilește în cuantum de la 2 % până la 4 % din cifra totală de afaceri, în sensul art. 67. Astfel, Plenul Consiliului Concurenței a individualizat mărimea sancțiunii aplicate S.R.L. „Santeh - Trans” prin decizia nr. DA-2/18-49 din 28 iunie 2018, în strictă conformitate cu prevederile legale.

În această ordine de idei, instanța de apel a ajuns la concluzia netemeinicii și necesității respingerii pretenției reclamantului/intimat cu privire la anularea punctelor 1, 3, 6 a deciziei Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-2/18-49 din 28 iunie 2018.

Din considerentele menționate și având în vedere că prima instanță nu a dat o apreciere corectă în ansamblu raportului juridic în litigiu, prin prisma cadrului legal aplicabil în speță și circumstanțelor constatate, instanța de apel a ajuns la concluzia de a casa integral hotărârea din 15 martie 2021 a Judecătorei Chișinău, sediul Rîșcani, cu emiterea unei noi decizii privind respingerea acțiunii în contencios administrativ depusă de S.R.L. „Santeh - Trans”.

La 16 decembrie 2022, prin intermediul poștei terestre (f.d.17, Vol.IV), S.R.L. „Santeh – Trans”, reprezentată de avocatul Natalia Pavlov a depus recurs împotriva deciziei din 03 noiembrie 2022 a Curții de Apel Chișinău, prin care a solicitat admiterea recursului, casarea integrală a deciziei instanței de apel cu remiterea cauzei la rejudecare în cadrul primei instanțe, într-un alt complet de judecată.

În argumentarea cererii de recurs cu reiterarea motivelor de fapt și de drept anterior expuse, recurenta a invocat dezacordul cu decizia recurată, considerând-o neîntemeiată și ilegală deoarece instanța de apel la adoptarea acestora nu a constatat și elucidat pe deplin circumstanțele care au importanță pentru soluționarea cauzei, nu a aplicat legea care trebuia să fie aplicată, a interpretat în mod eronat legea, a aplicat în mod eronat analogia legii sau analogia dreptului.

Suplimentar, recurenta indică că analizând constatările făcute de către instanța de apel, se atestă că în general nu a stabilit nici premisele, precum și nici existența între participanții la licitație a unei înțelegeri de cartel.

Susține recurenta că în evaluarea unui cartel, trebuie avute în vedere elementele constitutive ale acestuia, cum ar fi - existența întreprinderii, acordului, deciziei sau practicii concertate, obiectului sau efectului de împiedicare, restrângere sau denaturare a concurenței pe piața Republicii Moldova sau o parte a acesteia.

Prin urmare, consideră recurenta că dispozițiile actului administrativ contestat - Decizia nr.DA-32/18-49 din 28 iunie 2018 este ilegală în partea punctelor 1), 3) și 6) referitoare la S.R.L. „Santeh – Trans” prin care a imputată încălcarea art.5 alin. (3) lit. d) al Legii Concurenței nr.183 din data de 11 iulie 2012 de către S.R.L. „Santeh - Trans” prin participarea cu oferte truate în cadrul licitațiilor publice nr.613/16 din 29 noiembrie 2016 și nr.636/16 din 09 decembrie 2016, cu aplicarea amenzii în mărime de 335900,76 de lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017 au fost emise cu aplicarea eronată a cadrului legal ce ține de apărarea concurenței și respectiv cu încălcarea prevederilor legii enunțate.

În acest sens, menționează recurenta că Consiliul Concurenței, la emiterea actului administrativ nu a demonstrat existența elementelor constitutive ale unui acord anticoncurențial (cartel) cu argumentarea fiecărui element și probarea acestuia, cum ar fi - existența întreprinderii, acordului, deciziei sau practicii concertate, obiectului sau efectului de împiedicare, restrângere sau denaturare a concurenței pe piața Republicii Moldova sau o parte a acesteia, restricția fiind actuală, potențială și semnificativă, pentru a decide dacă această practică trebuie sau nu sancționată.

Suplimentar invocă recurența că Consiliul Concurenței la adoptarea deciziei date, a aplicat greșit Legea nr.183 din 11 iulie 2012 și în partea ce ține de constatarea pretensei încălcări și a aplicării amenzii.

Astfel, pe lângă faptul că autoritatea de concurență nu a dovedit abaterea presupusă, aceasta impută reclamantului încălcarea art.5 al Legii nr.183 din 11 iulie 2012, dar aplică sancțiune pentru încălcarea art.7 al aceluiași act normativ și anume prevederile art.72 al.3 lit. c) din Legea nr.183 din 11 iulie 2012. Or, art.7 din legea dată stipulează despre interzicerea cartelurilor dure, care reprezintă o încălcare aparte și o sancțiune diferită decât pentru pretinsa încălcare a art.5 alin.(3) lit. d) din Legea concurenței.

În conformitate cu art. 244 alin. (1) din Codul administrativ, hotărârile curții de apel ca instanța de fond, precum și deciziile instanței de apel pot fi contestate cu recurs.

În conformitate cu art. 245 alin. (1) și (2) din Codul administrativ, recursul se depune la instanța de apel în termen de 30 de zile de la notificarea deciziei instanței de apel, dacă legea nu stabilește un termen mai mic. 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.

Completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție reține că Curtea de Apel Chișinău a pronunțat decizia contestată la 03 noiembrie 2022, în ședință publică (f.d.222, Vol.IV), însă date despre notificarea dispozitivului deciziei S.R.L. „Santeh – Trans” sau reprezentantului acestuia, avocatului Natalia Pavlov la materialele cauzei lipsesc.

Totodată, din actele dosarului se atestă că decizia motivată a Curții de Apel Chișinău din 03 noiembrie 2022, a fost expediată participanților la proces, prin intermediul poștei terestre la data de 11 noiembrie 2022, fapt confirmat prin scrisoarea de expediere a actului judecătoresc Nr.8872 anexată la materialele cauzei (f.d.242; Vol.IV), iar date despre notificarea dispozitivului deciziei S.R.L. „Santeh – Trans” sau reprezentantului acestuia, avocatului Natalia Pavlov la materialele cauzei lipsesc, însă din conținutul cereri de recurs se atestă a fost notificată la 12 decembrie 2022.

Prin urmare, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ menționează că recurentul s-a conformat prevederilor legale și a depus recursul în termenul prevăzut de art. 245 din Codul administrativ.

La 18 ianuarie 2023, în scopul asigurării unui proces echitabil în ordine de recurs, într-un termen rezonabil, Curtea Supremă de Justiție, prin intermediul oficiului poștal, a expediat în adresa intimatului Consiliului Concurenței, precum și terților S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design” și S.R.L. „Levprocons” copia recursului depus de S.R.L. „Santeh – Trans”, reprezentată de avocatul Natalia Pavlov, creând astfel participanților la proces condiții egale de a cunoaște modul de derulare a procedurii în recurs, cât și le-a acordat, întru asigurarea respectării principiilor contradictorialității și disponibilității în drepturi, posibilitatea de depunere a referinței. (f.d.9, Vol. V)

Prin referința depusă la 21 februarie 2023, prin intermediul poștei electronice, Consiliul Concurenței a solicitat să fie respins recursul depus de Î S.R.L. „Santeh –

Trans”, reprezentată de avocatul Natalia Pavlov ca inadmisibil sau alternativ neîntemeiat cu menținerea deciziei din 03 noiembrie 2022 a Curții de Apel Chișinău.

Însă, până la examinarea admisibilității recursului terți S.R.L. „Barzine - Cons”, S.R.L. „Valenscor - Design” și S.R.L. „Levprocons” nu au făcut uz de dreptul procedural de a depune referințe referitor la argumentele recursului.

Examinând temeiurile invocate în recursul depus de S.R.L. „Santeh – Trans”, reprezentată de avocatul Natalia Pavlov, în raport cu materialele cauzei, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție îl consideră inadmisibil, din următoarele motive.

În conformitate cu art. 246 alin. (1) din Codul administrativ, Curtea Supremă de Justiție examinează din oficiu admisibilitatea cererii de recurs. Dacă este inadmisibil, recursul se declară ca atare printr-o încheiere, iar în acord cu alin. (2) din art. 246 din Codul administrativ, recursul se declară inadmisibil în special în cazurile enumerate la literele a) - f). Din analiza acestor prevederi, rezultă că, admisibilitatea/inadmisibilitatea recursului, în special, nu se limitează doar la temeiurile menționate ci urmează să însușească în condițiile Codului administrativ exercitarea efectivă a unui control de legalitate, veritabil bazat pe temeiuri concludente și serioase.

Completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție reține cu valoare de principiu jurisprudențială că, sintagma „în special” denotă caracterul neexhaustiv al temeiurilor de inadmisibilitate și în același timp oferă un drept exclusiv al instanței de recurs de a filtra cererile de recurs care nu prezintă o motivare suficient de serioasă și care pe cale de consecință nu pot însuși un eventual succes rezultat din examinarea cererii în completul de 5 judecători.

În această ordine de idei, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ reține că, Codul administrativ dezvoltă nu doar caracterul nedevolutiv al recursului dar și cerința de seriozitate a cererii din perspectiva invocării unor veritabile și esențiale încălcări de drept procedural și material capabile să răstoarne deciziile instanței de apel contestate sau, după caz, hotărârile Curții de Apel ca primă instanță într-o eventuală examinare în fond și invocare *ex officio* a erorilor de drept.

Completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ notează că pentru a trece testul de admisibilitate, cererea de recurs trebuie să conțină o motivare convingătoare și întemeiată în condițiile nominalizate mai sus. Acest argument rezultă și din particularitățile de formă ale reglementării recursului în Codul administrativ și anume din sintagma „motivarea recursului” de la art. 245 alin. (2) din Codul administrativ.

În consecutivitate, motivarea cererii de recurs în circumstanțele expuse se referă la formalitățile pe care trebuie să le întrunească cererea în vederea rezistării testului și filtrului de admisibilitate.

De asemenea, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție accentuează că admisibilitatea recursului trebuie privită și în contextul rolului și funcției legale a instanței judecătorești supreme care constă, în special în asigurarea și interpretarea uniformă a legilor la examinarea cauzelor de contencios administrativ. Astfel, motivarea oricărei cereri de recurs trebuie să țină

cont pentru a trece filtrul de admisibilitate și a avea succes, de aceste însușiri de ordin legal fundamental.

În acest sens, CtEDO în jurisprudența sa constantă statuează că dreptul de acces la instanțe nu este absolut. Există limitări implicit admise [*Golder împotriva Regatului Unit, pct. 38; Stanev împotriva Bulgariei (MC), pct. 230*]. Acesta este în special cazul condițiilor de admisibilitate a unui recurs, întrucât prin însăși natura sa necesită o reglementare din partea statului, care se bucură în această privință de o anumită marjă de apreciere (*Luordo împotriva Italiei, pct. 85*). Condițiile de admisibilitate ale unui recurs pot fi mai stricte decât pentru un apel (*Levages Prestations Services împotriva Franței, pct. 45*). Curtea a mai reiterat că modul de aplicare a articolului 6 procedurilor în fața instanțelor ierarhic superioare depinde de caracteristicile speciale ale procedurilor respective, urmând de ținut cont de totalitatea procedurilor în sistemul de drept național și de rolul instanțelor ierarhic superioare în acest sistem. (*Botten v. Norway, hotărâre din 19 februarie 1996, Reports 1996-1, p. 141, § 39*).

În circumstanțele menționate, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție ajunge la concluzia de a declara inadmisibil recursul depus de S.R.L. „Santeh – Trans”, reprezentată de avocatul Natalia Pavlov.

În conformitate cu art. 230 și art. 246 din Codul administrativ, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție

d i s p u n e:

Recursul depus de Societatea cu Răspundere Limitată „Santeh – Trans”, reprezentată de avocatul Natalia Pavlov, se declară inadmisibil.

Încheierea este irevocabilă.

Președintele completului,
judecătorul

Ala Cobăneanu

judecătorii

Aliona Miron

Iurie Bejenaru