

Judecătoria Chişinău, sediul Rîşcani

*Dosarul nr. 3-1335/19
12-3-55139-13082018*

**HOTĂRÎRE
ÎN NUMELE LEGII**

*16 august 2019
Instanţa compusă din
Preşedintele şedinţei
Judecătorul
Grefier
Alina*

mun. Chişinău

*Olesea Ţurcan
Roşca Parascovia şi Iachimovschii*

A examinat în şedinţă de judecată publică, în ordinea contenciosului administrativ, acţiunea depusă de Universal Instal SRL prin intermediul avocatului Daniel Martin către Consiliul Concurenţei al Republicii Moldova privind anularea, în parte, a deciziei nr. DA-2/18-9 din 28.06.2018,

CONSTATĂ:

Argumentele participanţilor la proces.

La data de 08.08.2018 reclamantul Universal Instal SRL, prin intermediul avocatului Daniel Martin, s-a adresat cu o cerere de chemare în judecată în vederea anulării în parte a Deciziei nr. DA/18-49 din 28 iunie 2018, prin care Consiliul Concurenţei a dispus, între altele, constatarea încălcării prevederilor art. 5 alin. (3) lit. d) din Legea concurenţei nr. 183 din 11.07.2012 de către reclamantul Barzine-Cons SRL, Regal-Rent SRL şi Universal Instal SRL, şi aplicarea faţă de reclamant a unei amenzi în mărime de 516.352,24 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017.

În argumentarea cererii de chemare în judecată, reprezentantul reclamantului Universal Instal SRL, avocatul Daniel Martin a relatat că la data de 09.12.2016 a avut loc licitaţia nr. 628/16 privind achiziţionarea lucrărilor de construcţie a staţiei de epurare din s. Drăguşenii Noi iniţiată de Primăria satului Drăguşenii Noi, raionul Hânceşti, la care au participat următoarele întreprinderi Barzine-Cons SRL, Regal-Rent SRL şi Universal Instal SRL. Iar, conform dării de seamă a autorităţii Contractante, Primăria satului Drăguşenii Noi, raionul Hânceşti din 23 decembrie 2016, a fost desemnată câştigătoare oferta întreprinderii Barzine-Cons SRL.

A comunicat reprezentantul reclamantului Universal Instal SRL, avocatul Daniel Martin că la 25.01.2018, Consiliul Concurenţei a emis Dispoziţia nr. 02 de iniţiere cu privire la semnele încălcării prevederilor art. 5 din Legea concurenţei nr. 183 din 11.07.2012 de către întreprinderile participante în cadrul licitaţiei publice nr.613/16 din 29.11.2016 privind achiziţionarea lucrărilor de construcţie a sistemului de canalizare şi a staţiei de epurare din s. Zăicana, r-nul Criuleni, licitaţiei publice nr.628/16 din 09.12.2016 privind achiziţionarea lucrărilor de construcţie a staţiei de epurare din s. Drăguşenii Noi, r-nul Hânceşti, licitaţiei publice nr.636/16 din 09.12.2016 privind achiziţionarea lucrărilor de construcţie a staţiei de epurare din s. Tântăreni, r-nul Anenii Noi.

În contextul circumstanţelor de fapt relatate, reprezentantul reclamantului Universal Instal SRL, avocatul Daniel Martin a menţionat că reclamantul a participat doar la una din licitaţiile enumerate mai sus, şi anume la Licitaţia nr. 628/16 organizată în com. Drăguşenii Noi,

r. Hâncești și, sub nici o formă, nu a participat la celelalte două licitații care au format obiectul investigației inițiate prin Dispoziția nr. 02 din 24.01.2018.

A indicat reprezentantul reclamantului Universal Instal SRL, avocatul Daniel Martin că la data de 06.04.2018 Consiliul Concurenței a transmis reclamantului raportul de investigație aferent cazului inițiat prin Dispoziția nr. 02 din 24.01.2018 pentru observații. Iar, în termenul stabilit, la 22.05.2018, reclamantul 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.

Indică reprezentantul reclamantului, avocatul Daniel Martin că la data de 09.07.2018 reclamantul a recepționat Decizia contestată.

Afirmă reprezentantul reclamantului, avocatul Daniel Martin că Decizia Contestată este ilegală în fond, fiind emisă contrar prevederilor legii, și anume contrar art. 52 din Legea concurenței, art. 32 din Regulamentul privind evaluarea acordurilor orizontale anticoncurențiale; și a actelor normative în vigoare care reglementează modul de formare a prețurilor pentru lucrările de construcții finanțate din bugetul public.

În acest context, susține reprezentantul reclamantului că constatările pârâtului cu privire la preținsele fapte săvârșite de reclamant, conținute în pct. 3.1 - 3.6 din Decizia Contestată și care se rezumă la 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.

Prin urmare, susține că pârâtul 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 cărora, 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, indică că pârâtul nu a ținut cont de Legea privind calitatea în construcții nr. 721 din 02.02.1996, Legea nr. 131 din 03.07.2015 privind achizițiile publice, Hotărârea Guvernului nr. 669 din 27.05.2016 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 obiectivelor de construcții începând cu 1 mai 2016 nr. 05-1149 din 13.05.2016.

În susținerea argumentului invocat reprezentantul reclamantului 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.

Suplimentar, a afirmat reprezentantul pârâtului că la elaborarea devizelor locale pentru oferta de participare la Licitația nr. 628/16 din 9.12.2016, reclamantul s-a ghidat de limitările prevăzute de Informația Ministerului Dezvoltării Regionale și Construcțiilor nr. 05-1149 din 13.05.2016. Această informație a fost accesibilă și obligatorie tuturor întreprinderilor, inclusiv celorlalți participanți la Licitația nr. 628/16 din 09.12.2016, fapt ce poate explica coincidența cheltuielilor pentru manoperă în devizele locale.

Totodată, reprezentantul reclamantului, avocatul Daniel Martin a explicat că 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, astfel că nu poate fi exclus că participanții la licitația nr. 628/16 din 09.12.2016 intenționau să se aprovizioneze de la aceiași furnizori, ținând cont de cerințele expuse de Autoritatea Contractantă în caietul de sarcini referitor la cantitățile, tipurile de materiale și resurse.

A menționat reprezentantul reclamantului, avocatul Daniel Martin că, 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. Prin urmare, susține că pentru a constata că existența unor prețuri similare la unele poziții, fie chiar și majoritatea, reprezintă un acord anticoncurențial, nu este suficientă doar simpla constatare a respectivei coincidențe.

De asemenea, a menționat reprezentantul reclamantului, avocatul Daniel Martin că, în mod inexplicabil, pârâtul a constatat că reclamantul a participat la două licitații, nr. 628/16 din 09.12.2016 și nr. 636/16 din 09.12.2016, deși în realitate reclamantul nu a participat la licitația nr. 636/16 din 09.12.2016.

În concluzie, afirmă reprezentantul reclamantului, avocatul Daniel Martin că Consiliul Concurenței a constatat existența unui acord anticoncurențial prin oferta trucată sub forma de schimb de informații strategice la care ar fi participat reclamantul, 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, susține că reglementările, precum și argumentele invocate, demonstrează indubitabil că statuarea făcută de pârât în raport cu coincidența de prețuri, ca fiind o dovadă a acordului anticoncurențial dintre participanții la Licitația 628/16 din 09.12.2016, 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, a afirmat reprezentantul reclamantului, avocatul Daniel Martin că decizia contestată încalcă dreptul reclamantului 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 conținea 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 coerență între faptele care se pretinde a fi constatate și concluziile formulate. Astfel indică că în raportul de investigație și decizia contestată nu este clar cum pârâtul a definit piața relevantă, ca fiind „lucrările de construcție a stației de epurare din s. Drăgușenii Noi, r. Hâncești” (piața relevantă a produsului) din „întreg teritoriul Republicii Moldova” (piața relevantă geografică). De asemenea că 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 că, reclamantul nu dispune o claritate asupra probelor care au stat la baza concluziilor făcute în Raportul de Investigație și, ulterior în Decizie. Or, pârâtul 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.

Susține reprezentantul reclamantului, avocatul Daniel Martin că dreptul reclamantului la apărare a fost lezat 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, menționează că, contrar celor stabilite, în Raportul de Investigație nu au fost stabilite criteriile care au stat la baza individualizării amenzii aplicate reclamantului. Mai mult decât atât că necesitatea includerii în raport a criteriilor care au stat la baza individualizării pedepsei este prevăzută și de reglementările europene, care au fost transpuse la elaborarea Legii concurenței.

A explicat reprezentantul reclamantului, avocatul Daniel Martin că raportul de investigație, precum nici Decizia Contestată nu conține nici o argumentare a aplicării de către pârât față de reclamant a mărimii maxime din nivelul de bază a amenzii, prevăzut de art. 72 alin. (2) lit. c) din Legea concurenței, de 4% în condițiile în care Legea oferă posibilitatea aplicării limitelor de la de la 2% la 4%. Astfel, indică că datorită faptului că Raportul de investigație nu conținea nici un criteriu după care ulterior a fost individualizată amenda față de reclamant, acesta a fost lipsit de posibilitatea de a prezenta observații asupra criteriilor de individualizare a amenzii, asupra existenței circumstanțelor atenuante, precum și a fost lipsit de posibilitatea de a exercita dreptul de a solicita reducerea mărimii amenzii în conformitate cu art. 74 din Legea Concurenței. Iar, explicațiile reprezentantului pârâtului precum că cuantumul amenzii o determină Plenul Consiliului Concurenței și nu se reflectă în raport, nu justifică și nu exonerează Pârâtul de obligația legală de a identifica clar criteriile de determinare a mărimii amenzii.

A menționat de asemenea reprezentantul reclamantului că, prin Decizia contestată se încalcă principiul achitabilității (proporționalității) în raporturile dintre stat și întreprindere. Or, conform art. 15 din Legea cu privire la principiile de bază de reglementare a activității de întreprinzător, activitatea autorității administrației publice și/sau altă instituție abilitată prin lege cu funcții de reglementare și de control în relațiile cu întreprinzătorii trebuie să fie proporțională asigurării intereselor societății și protecției drepturilor întreprinzătorilor. Autoritățile administrației publice nu vor întreprinde acțiuni în exces necesităților atingerii scopurilor societății. Iar, art. 16 lit. c) din Legea cu privire la principiile de bază de reglementare a activității de întreprinzător cere organelor de control să aplice principiul tratării dubiilor apărute la aplicarea legislației în favoarea întreprinzătorului. Însă, susține că din Decizia contestată se poate observa că pârâtul 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 reclamantului la vreun acord anticoncurențial, iar concluziile sale sunt bazate doar pe presupuneri și insinuări.

Reprezentantele pârâtului Consiliul Concurenței, Cristina Josan și Ecaterina Macarevici, nu au susținut acțiunea înaintată de Universal Instal prin intermediul avocatului Daniel Martin și a solicitat respingerea cererii de chemare în judecată ca fiind neîntemeiată.

În argumentarea poziției sale procesuale, reprezentantul pârâtului Consiliul Concurenței, Cristina Josan a relatat că, la adoptarea Deciziei nr. DA-2/18-49 din 28.06.2018, Plenul Consiliului Concurenței a respectat toate normele materiale și procedurale ale Legii concurenței nr. 183/2012, bazându-se pe un șir de probe directe și indirecte care au permis constatarea încălcării enunțate.

Susține reprezentantul pârâtului Consiliul Concurenței, Cristina Josan că este neîntemeiată afirmația reclamantului precum că Consiliul Concurenței a constatat existența unui

acord anticoncurențial bazându-se doar pe presupuneri și insinuări, fără a analiza cadrul economic și juridic în care s-a realizat presupusul acord. Or, conform alin. (5) al art. 52 al Legii concurenței, în scopul aplicării prezentei legi, Consiliul Concurenței admite atât probe directe, cât și probe indirecte. Probe directe sunt depozitiile martorilor sau ale altor persoane, probele materiale, înscrisurile, audio și/sau video și orice alte dovezi care probează în mod expres existența sau lipsa unei încălcări a legii. Probe indirecte sunt probele care dau naștere unei concluzii logice precum că o încălcare a legii există sau a existența la un moment dat ori nu există și nu a existat la un moment dat.

Astfel, a comunicat reprezentantul pârâtului că temei de inițiere a prezentei investigații a servit informația plasată public în sursele mass-media în perioada anilor 2013-2017, ce atestă participarea activă a 3 întreprinderi în cadrul procedurilor de achiziții publice privind achiziționarea lucrărilor de construcție a apeductelor și stațiilor de epurare.

Sușține că pe perioada anilor 2014-2016, întreprinderilor Barzine-Cons SRL, Regal-Rent SRL și Universal Instal SRL, SRL Santeh Trans, Levprocons SRL și Valenscor-Design SRL le-au fost atribuite contracte în sumă totală de 551 144 677 lei.

Menționează că urmare a examinării ofertelor prezentate de către întreprinderile Barzine-Cons SRL, Regal-Rent SRL și Universal Instal SRL, s-a constatat că întreprinderile Barzine-Cons SRL, Regal-Rent SRL și Universal Instal SRL au oferit poziții în cadrul ofertelor de participare care includeau prețuri identice pentru rubricile manoperă, materiale și utilaje la devizele locale de cheltuieli nr. 03-15-1-SAC-2-4, nr. 03-15-2-SAC-2-5, nr. 03-15-3a,b-SAC -2-6, nr. 03-15-AEE.SU-4-1-1, nr. 03-15- AEE.SU-4-1-2, nr. 03-15-AEE.SU-4-1-3, nr. 03-15-A-7-1, nr. 03-15-AE.S-2-1, nr. 03-15-CE-2-2, nr. 03-15-1-TH.S-2-3.

Astfel, indică că întreprinderile Barzine-Cons SRL. Valenscor-Design SRL și Universal Instal SRL 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. Iar, analiza ofertelor și concluziile logice efectuate, au servit ca probe indirecte ce au permis Consiliului Concurenței să constate încălcarea art. 5 al Legii concurenței de către întreprinderile participante la licitația publică nr. 628/16 din 09.12.2016.

Menționează că o altă probă directă admisă de Consiliul Concurenței pentru constatarea încălcării legii, au servit declarațiile depuse în cadrul interviului organizat de Consiliul Concurenței la 27.02.2018, de către administratorul Universal Instal SRL, Dl Casco Evgheni, potrivit cărora reclamantul a început să conclueze cu Barzine- Cons SRL și Levprocons SRL din anul 2011. În acest sens, a indicat că reclamanta, fiind întreprindere participantă la licitația publică nr. 628/16 din 09.12.2016 și neparticipantă la licitația publică nr. 636/16 din 09.12.2016, a fost subcontractată de Barzine-Cons SRL și Levprocons SRL. Totodată a afirmat că, potrivit declarațiilor date de administratorul SRL Universal Instal, a fost încheiat un contract de subantrepriză între Universal Instal SRL și Barzine-Cons SRL, iar cu Levprocons SRL. au fost încheiate 4 contracte de subantrepriză.

Sușține reprezentantul pârâtului Consiliul Concurenței, Cristina Josan că Universal Instal SRL a avut calitatea de subantreprenor și la lucrările realizate de Levprocons SRL în s. Țîntăreni.

A relatat reprezentantul pârâtului Consiliul Concurenței, Cristina Josan că, în urma inspecției efectuate la 25.01.2018, la sediul întreprinderii Levprocons SRL, în calculatorul întreprinderii Levprocons SRL a fost identificată scrisoarea „Licitație Dragusenii Noi” de la regalrent2014@gmail.com către „osipov”, din 07.12.2016 cu mesajul textual SRL Regal-Rent garanție în valoare de 110 000.00, SRL Universal Instal garanție în valoare de 115 100, 10.

De asemenea, relatează că la inspecția desfășurată la sediul Barzine-Cons SRL, au fost ridicate un șir de înregistrări care atestă că întreprinderile au făcut schimb de informații strategice în scopul favorizării întreprinderii Barzine-Cons SRL să câștige licitațiile publice.

Astfel, a menționat că colaboratorii Consiliului Concurenței au ridicat: scrisoarea fără subiect de la barzinecons2014@gmail.com către universal-instal din 02.09.2016, cu următorul conținut „Bună ziua, anexați vă rog la documente și împuternicirea aceasta; scrisoarea „Bună ziua avem nevoie de garanție pentru participare la licitație” de la barzinecons2014@gmail.com către Osipov din 02.09.2016 cu textul „Pentru SRL „UNIVERSAL INSTAL” suma ofertei: 6 850 300, Garanția pentru oferta în valoare de 1% din suma ofertei = 68 503.00”.

Astfel, susține că faptele depistate servesc ca probe pertinente ce au permis Consiliului Concurenței să constate realizarea schimbului de informații privind comportamentul coordonat până la desfășurarea procedurii de licitație și colaborarea anterioară a întreprinderilor participante la licitația publică nr. 628/16 din 09.12.2016, fapte ce constituie încălcarea a art. 5 alin. (3) lit. d) al Legii concurenței. Pe cale de consecință, susține că încălcările constatate de Plenul Consiliului Concurenței în Decizia DA- 2/18-49 din 28.06.2018 sunt întemeiate legal și probate prin probe directe și indirecte menționate mai sus.

Consideră reprezentantul pârâtului Consiliul Concurenței, Cristina Josan declarativă și afirmația reclamantului ce ține de faptul că reglementările naționale privind formarea prețurilor pentru lucrările de construcție finanțate din bugetul public oferă o libertate limitată de a concura la preț. Or, piața serviciilor de construcție a stațiilor de epurare și a sistemului de canalizare este o piață deschisă concurenței, ceea ce presupune lipsa prețurilor reglementate sau lipsa unui nivel maxim de rentabilitate sau profit reglementat de către stat. Legile invocate de reclamant nu prevăd limitări de prețuri sau prețuri reglementate, iar 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 13.05.2016, invocată de reclamant nu stabilește obligativitatea aplicării prețurilor/salariilor identice de către întreprinderile de construcții, ci doar indică că salariul mediu pe oră al muncitorilor-constructori este de 46,38 lei.

Afirmă că dreptul întreprinderilor de a-și stabili liber și în condiții concurențiale prețul și tarifele la producția fabricată (lucrările și serviciile prestate) este garantat și asigurat de prevederile art. 3 din Legea concurenței nr. 183/2012, precum și de prevederile art. 6 al Legii cu privire la antreprenorial și întreprinderi nr. 845 din 03.01.1992. Totodată că alin. (2) al art. 126 al Constituției RM, stabilește obligația statului de a asigura libertatea comerțului și activității de întreprinzător, protecția concurenței loiale. Astfel, orice reglementare ce ar limita activitatea de întreprinzător și implicit stabilirea liberă a prețului, poate fi calificată ca anticoncurențială și ilegală și respectiv nu poate fi aplicabilă.

Indică că este neîntemeiată și afirmația Reclamantului că Decizia Plenului contestată este emisă cu încălcarea procedurii stabilite prin lezarea dreptului reclamantului la apărare prin faptul că a fost lipsit de posibilitatea de a prezenta observații asupra criteriilor care au stat la baza individualizării pedepsei aplicate. Or, drepturile la apărare prevăzute de art. 58 al Legii concurenței, au fost garantate pe deplin Reclamantului. Astfel, prin prezentarea observațiilor asupra Raportului de investigație remis părților la 22 mai 2018 și, suplimentar, la 22 iunie 2018, reclamantului i s-a acordat dreptul de a-și exprima punctul de vedere cu privire la concluziile și propunerile din Raportul menționat. Prin acordarea accesului la dosar reprezentantului Reclamantului la 08 mai 2018, fapt consemnat în declarația de acces la dosar din 08.05.2018. Reclamantul a beneficiat de dreptul la apărare. Totodată, Reclamantului i s-a

asigurat și dreptul la audieri desfășurate la 19 iunie 2018, fapt consemnat prin semnătura reprezentantului Reclamantului Casco Evghenii aplicată în lista participanților.

Indică că raportul de investigație remis părților în cauză la fila nr. 16 conținea propunerea de aplicare a amenzii, inclusiv reclamantului, în conformitate cu prevederile art. 72 al Legii concurenței, ce prevede expres criteriile care determină nivelul de bază al amenzii pentru încălcarea normelor materiale (gravitatea și durata faptei). În acest sens, a menționat faptul că Legea concurenței transpune în dreptul intern prevederile cadrului comunitar ce ține de domeniul concurenței. Totodată, în conformitate cu art. 67 din Legea concurenței, individualizarea amenzilor se efectuează ținând seama de gravitatea și durata faptei, iar stabilirea cuantumului amenzii se face prin determinarea nivelului de bază al acesteia, care se va majora în cazul existenței circumstanțelor agravante și se va reduce în cazul existenței circumstanțelor atenuante. La p. 20 Curtea Constituțională prin Decizia sa de inadmisibilitate a sesizării nr.98G/2016 din 06.09.2016 a reținut că textul legal criticat oferă posibilitatea de individualizare a sancțiunii amenzii, proporțional cu gravitatea faptei săvârșite. În conformitate cu art. 41 din Legea concurenței, Plenul Consiliului Concurenței - autoritatea competentă să constate și să aplice sancțiunile prevăzute de Legea concurenței - trebuie să individualizeze sancțiunea aplicată, ținând seama de gravitatea și durata faptei și de consecințele sale asupra concurenței. Respectiv, de competența Plenului Consiliului Concurenței ține aplicarea sancțiunilor prevăzute de Legea concurenței, pe care le individualizează ținând seama de gravitatea și durata faptei și de consecințele sale asupra concurenței.

Aprecierea instanței de judecată.

Audiind explicațiile părților, apreciind temeinicia cererii de chemare în judecată, studiind înscrisurile și examinând probele administrate întru dovedirea circumstanțelor invocate, instanța de judecată ajunge la concluzia de a admite cererea de chemare în judecată declarată de Universal Instal SRL prin intermediul avocatului Daniel Martin către Consiliul Concurenței al Republicii Moldova privind anularea, în parte, a deciziei nr. DA-2/18-9 din 28.06.2018, din următoarele considerente.

În conformitate cu art.257 alin.(2) Cod administrativ, la data intrării în vigoare a prezentului cod se abrogă Legea contenciosului administrativ nr.793/2000 și Legea nr.190/1994 cu privire la petiționare.

În conformitate cu art.258 alin.(3) Cod 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.

Din sensul normei de drept enunțate rezultă că, legiuitorul a optat pentru principiul aplicării imediate a noilor reglementări procedurale. Însă, prin excepție a stabilit că, dacă procedura administrativă a fost inițiată până la data intrării în vigoare a Codului administrativ, se vor aplica în continuare prevederile legii vechi. Prin urmare, instanța de judecată, în conformitate cu prevederile art. 258 alin. (3) al Codului administrativ, reține că reclamantul s-a adresat în instanța de judecată la data de 08.08.2018, astfel că procedura acțiunii în contencios administrativ este reglementată de Legea contenciosului administrativ nr. 793 din 10 februarie 2000.

În conformitate cu art.1 din Legea contenciosului administrativ, contenciosul administrativ ca instituție juridică are drept scop contracararea abuzurilor și exceselor de putere ale autorităților publice, apărarea drepturilor persoanei în spiritul legii, ordonarea activității autorităților publice, asigurarea ordinii de drept. Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său, recunoscut de lege, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, se poate adresa instanței de contencios administrativ competente pentru a obține anularea actului, recunoașterea dreptului pretins și repararea pagubei ce i-a fost cauzată.

În conformitate cu art.25 alin.(1), lit. b) și alin.(2) din Legea contenciosului administrativ, judecând acțiunea, instanța de contencios administrativ admite acțiunea și anulează, în tot sau în parte, actul administrativ sau obligă pârâtul să emită actul administrativ cerut de reclamant ori să elibereze un certificat, o adeverință sau oricare alt înscris, ori să înlăture încălcările pe care le-a comis, precum și dispune adjudecarea în contul reclamantului a despăgubirilor pentru întârzierea executării hotărârii. Instanța de contencios administrativ este în drept să se pronunțe, în limitele competenței sale, din oficiu sau la cerere, și asupra legalității actelor sau operațiunilor administrative care au stat la baza emiterii actului administrativ contestat. În cazurile în care controlul legalității acestor acte sau operațiuni ține de competența instanței de contencios administrativ ierarhic superioare, urmează a fi ridicată excepția de ilegalitate în fața acestei instanțe în condițiile prezentei legi.

În conformitate cu art.26 din Legea contenciosului administrativ, actul administrativ contestat poate fi anulat, în tot sau în parte, în cazul în care: a) este ilegal în fond ca fiind emis contrar prevederilor legii; b) este ilegal ca fiind emis cu încălcarea competenței; c) este ilegal ca fiind emis cu încălcarea procedurii stabilite. Instanța de contencios administrativ nu este competentă să se pronunțe asupra oportunității actului administrativ și a operațiunilor administrative care au stat la baza emiterii acestuia.

În conformitate cu art.41 lit. f) din Legea concurenței. Plenul Consiliului Concurenței dispune inițierea investigațiilor ce țin de competența Consiliului Concurenței.

Instanța de judecată atestă că, prin Dispoziția Plenului Consiliului Concurenței nr.02 din 25.01.2018, s-a inițiat investigația referitoare la semnele încălcării prevederilor art.5 din Legea Concurenței de către întreprinderile participante în cadrul licitației publice nr.613/16 din 29.11.2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a sistemului de canalizare și a stației de epurare din s. Zăicana, r-ul Criuleni, licitația publică nr.628/16 din 09.12.2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s. Drăgușeni Noi, r-ul Hâncești, licitația publică nr.636/16 din 09.12.2016 privind achiziționarea lucrărilor de construcție a stației de epurare din s. Țânțăreni, r-nul Anenii Noi.

În acest context, instanța menționează că materialele dosarului atestă că reclamantul Universal Instal SRL a participat în cadrul procedurii de achiziție publice, licitația publică nr.628/16 din 09.12.2016.

Conform scrisorii de însoțire nr. DA-06/333-815 din 06.04.2018, Consiliul Concurenței a remis reclamantului Universal Instal SRL raportul de investigație aferent cazului inițiat prin Dispoziția de inițiere nr.2 din 25.01.2018. Asupra raportului de investigații, conform scrisorii cu nr. de intrare 2049 din 23.05.2018, Universal Instal SRL a formulat observații, prin care a solicitat luarea în considerație a argumentelor aduse de reclamant în vederea formării unei opinii reale asupra comportamentului acestuia privind participarea sa la licitație și întru demonstrarea netemeinicii constatărilor din raport, aprecierea acestuia drept un act care nu conține dovada existenței încălcării din art.5 alin.(3) lit. d) din Legea concurenței din lipsa elementelor de probă

suficiente pentru a demonstra încălcarea și reținerea faptului că Universal Instal nu și-a realizat dreptul la apărare din cauza lipsei calculului individualizat a amenzi. Iar, la data de 22.06.2018, cu nr. de intrare 22/06-1 Universal Instal a înaintat completări la observații pe marginea Raportului de investigații aferent cazului inițiat prin Dispoziția de inițiere nr.2 emise de Plenul Consiliului Concurenței la 25.01.2018 în urmă audierilor din 19.06.2018.

În conformitate cu art.39 lit. f) din Legea concurenței, Consiliul Concurenței constată încălcări ale legislației din domeniul concurenței, ajutorului de stat și publicității, impune măsuri interimare în vederea încetării încălcărilor denunțate, impune măsuri corective și aplică sancțiuni pentru comiterea încălcărilor, în limitele competenței sale. Iar, potrivit art.41 alin.(1), lit. h) din aceeași lege, Plenul Consiliului Concurenței ia decizii de constatare a încălcării legii, de impunere a măsurilor corective, de aplicare a sancțiunilor, de aplicare a politicii de clemență și alte decizii prevăzute de prezenta lege, în limitele competenței sale, în urma investigațiilor efectuate.

La data de 28.06.2018, Plenul Consiliului Concurenței a emis Decizia nr.DA-2/18-49, prin care, în privința reclamantului Universal Instal SRL, a constatat încălcarea prevederilor art.5 alin.(3) lit. d) din Legea concurenței, prin participarea cu oferte trucate în cadrul licitației publice nr.628/16 din 09.12.2016, aplicând în acest sens o amendă în mărime de 516 352 lei 24 bani, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în an.2017.

Instanța de judecată reține că prevederile art.5 alin.(1) din Legea concurenței, interzic, fără a fi necesară o decizie prealabilă în acest sens, orice acorduri între întreprinderi sau asociații de întreprinderi, orice decizii ale asociațiilor de întreprinderi și orice practici concertate (denumite în continuare acorduri) care au ca obiect sau efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței pe piața Republicii Moldova sau pe o parte a acesteia.

Prin concurență, în contextul art.4 din Legea concurenței, se înțelege rivalitatea economică, existentă sau potențială, între două sau mai multe întreprinderi independente pe o piață relevantă, când acțiunile lor limitează efectiv posibilitățile fiecăreia dintre ele de a influența unilateral condițiile generale de circulație a produselor de pe piața respectivă, stimulează progresul tehnico-științific și creșterea bunăstării consumatorilor;

Totodată, conform reglementărilor din alin.(3) al aceluiași articol, acordurile anticoncurențiale sânt, în special, cele îndreptate spre: a) stabilirea directă sau indirectă a prețurilor de cumpărare sau de vânzare sau a oricăror alte condiții de tranzacționare; b) limitarea sau controlul producerii, comercializării, dezvoltării tehnice sau investițiilor; c) împărțirea piețelor sau surselor de aprovizionare; d) *participarea cu oferte trucate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte*; e) limitarea sau împiedicarea accesului pe piața și a libertății exercitării concurenței de către alte întreprinderi, precum și acordurile de a nu cumpăra sau de a nu vinde către anumite întreprinderi fără o justificare rezonabilă; f) aplicarea, în raporturile cu partenerii comerciali, a condițiilor inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial; g) condiționarea încheierii contractelor de acceptare de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte.

Conform, art.4 din Legea concurenței, trucarea ofertelor constituie 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 conformitate cu art.7 alin.(1) lit. d) din Legea concurenței, constituie un cartel dur acordul anticoncurențial orizontal, cu excepția acordului de importanță minoră, care, în mod

direct sau indirect, izolat sau în combinație cu alți factori aflați sub controlul părților, are ca obiect participarea cu oferte trucate la licitații sau la alte forme de concurs de oferte.

În conformitate cu pct.7 din Regulamentul privind evaluarea acordurilor orizontale anticoncurențiale aprobată prin Hotărârea Plenului Consiliului concurenței nr.14 din 30.8.2013, Consiliul Concurenței trebuie să dovedească că acordul orizontal întrunește condițiile regulei de interdicere din art.5 din Lege.

Astfel că, acordurile orizontale se vor evalua în două etape: 1) la prima etapă se determină faptul dacă un acord orizontal între întreprinderi are un obiect anticoncurențial, în special dacă acordul în cauză constituie sau nu constituie un cartel dur, sau dacă acordul orizontal respectiv are efecte restrictive reale sau potențiale asupra concurenței; 2) la etapa a doua, în cazul în care s-a dovedit, că acordul orizontal restrânge concurența în sensul art.5 alin.(1) al Legii și, în același rând, nu este un cartel dur, se stabilesc avantajele aduse de acest acord concurenței și se evaluează dacă acestea compensează efectele restrictive asupra concurenței. În cazul în care avantajele aduse de acord concurenței, compensează efectele restrictive ale acestuia asupra concurenței, respectivul acord poate fi exceptat de la interdicția stabilită la art.5 alin.(1) al Legii conform art.6 al Legii.

Subsecvent, instanța de judecată reține, reieșind din conținutul prevederilor pct.13 din Regulament, că fixarea coordonată a prețului de către concurenți este, în special o înțelegere asupra: 1) prețurilor de vânzare; 2) formulei comune de calculare a prețului; 3) prețurilor de vânzare minime, inclusiv în cazul când întreprinderile au posibilitatea să taxeze clienții deasupra nivelului minim la care s-au înțeles; 4) interzicerii rabaturilor; 5) convenirii asupra rabaturilor maxime;

Conform pct.17-20 din Regulament, acordurile orizontale pot restrânge concurența, în special, prin: limitarea posibilității părților de a concura una cu cealaltă sau cu terți în calitate de întreprinderi independente sau cu părți la alte acorduri; solicitarea părților să pună la dispoziție active astfel încât capacitatea lor de a lua decizii în mod independent să fie diminuată considerabil; afectarea intereselor financiare ale părților; divulgarea de informații strategice, atingerea unui grad semnificativ de suportare în comun a costurilor.

În cazul în care un acord orizontal nu restricționează concurența prin obiect Consiliul Concurenței va examina dacă acesta are efecte restrictive actuale sau potențiale asupra concurenței. Analiza se va face din punct de vedere al contextului juridic și economic în care ar avea loc concurența în absența acordului.

Efectele restrictive se atestă dacă este identificat impactul negativ al acordului asupra cel puțin unuia din parametrii concurenței pe piața, cum ar fi prețul, producția, calitatea produsului, varietatea produselor sau inovarea. La evaluarea efectelor restrictive ale acordului se ia în considerație natura și conținutul acordului, puterea de piața a părților la acord și alte caracteristici ale pieței.

Natura și conținutul acordului se referă la obiectivele și domeniile cooperării, relațiile de concurență dintre părți și măsura în care acestea își unesc activitățile.

În acest context, în aprecierea instanței de judecată, constatările din Decizia contestată nu conțin o analiză amplă din punct de vedere al contextului juridic și economic în care a avut loc concurența.

Or, instanța de judecată, analizând scrisorile din cutia poștală electronică a întreprinderii Barzine-Cons SRL, anexate la materialele cauzei (Vol.1, f.d.204-205), menționează că nu există probe în sensul că e-mailurile au fost primite efectiv și avute în vedere de către reclamanta SRL Universal Istal în derularea procedurii achiziției publice. Totodată că, în aprecierea instanței de

judecată, pârâta nu a demonstrat că pe parcursul derulării procedurii de achiziție publică, oferta a fost modificată semnificativ în așa fel încât să conducă la concluzia că a intervenit o înțelegere anticoncurențială.

Subsecvent, instanța de judecată reiterează că, prin Decizia contestată, Consiliul Concurenței a decis încălcarea prevederilor art.5 alin.(3) lit. d) din Legea concurenței de către Universal Instal, prin participarea cu oferte trucate în cadrul licitației publice nr.628/16 din 09.12.2016. Iar, participarea cu oferte trucate s-a manifestat prin faptul că întreprinderile Barzine-Cons SRL, Regal-Rent SRL și Universal Instal SRL au oferat prețuri identice pentru 495 poziții din 501 poziții în total, constituind 98,80 % din totalul pozițiilor incluse conform caietului de sarcini. Astfel, Consiliul Concurenței a constatat prin Decizia din 28.06.2018 că întreprinderile Barzine-Cons SRL, Regal-Rent SRL și Universal Instal SRL au oferat poziții în cadrul ofertelor de participare care includeau preșuri identice pentru rubricile manoperă, materiale și utilaje la devizele locale de cheltuieli.

În acest context, instanța de judecată reține că, potrivit Ordinului nr.34 al Ministerului Dezvoltării Regionale și Construcțiilor al Republicii Moldova cu privire la aprobarea documentului normativ NCM L.01.01-2012 reguli de determinare a valorii obiectivelor de construcții, la determinarea prețurilor de deviz, se va ține cont de valoarea 1 h-om, care se determină în conformitate cu prevederile din art.4.3.2.4 a) al documentului normativ CP L.01.02-2012. Conform documentului menționat valoarea 1 h-om se determină reieșind din salariul mediu lunar al unui muncitor constructor în întreprinderea de antrepriză sau salariul inclus în prețul contractual (coordonat cu beneficiarul) pentru construirea obiectului dat, în corespundere cu pct. 20 b) din S.N.C. 11 „Contractele de construcții”. Determinarea salariului mediu lunar al muncitorilor se execută diferențiat pe profesioni și categorii în conformitate cu normele în vigoare.

La elaborarea documentației de proiect și deviz și de licitație la comanda investitorului (beneficiarului) în devizele investitorului cheltuielile pentru salarizare se determină reieșind din salariul mediu lunar în ramura construcțiilor, care este fixat trimestrial de către Biroul Național de Statistică.

Datele privind salariul mediu lunar în ramura construcțiilor în formă de indice a salariului mediu orar al unui muncitor-constructor se comunică periodic prin scrisorile informative de ONC cu publicarea în „Monitorul Oficial”.

În privința cheltuielilor de regie, instanța de judecată reține că, potrivit art.7.1 din Ordinul nr.34 al Ministerului Dezvoltării Regionale și Construcțiilor al Republicii Moldova cu privire la aprobarea documentului normativ NCM L.01.01-2012 reguli de determinare a valorii obiectivelor de construcții, cheltuielile de regie sânt o parte componentă a prețului de cost a lucrărilor de antrepriză și reprezintă totalitatea consumurilor ce țin de crearea condițiilor pentru execuția construcțiilor, organizarea, administrarea și deservirea acestora. Structura capitolelor și modul de aplicare a normelor de cheltuieli de regie în construcții se stabilesc de către ONC în conformitate cu S.N.C. 11 “Contractele de construcții”, S.N.C. 16 „Contabilitatea activelor materiale pe termen lung”. Iar, potrivit pct.7.9 din același ordin, în devizele investitorului normativul de cheltuieli de regie se stabilește după mărimea lui medie în ramura construcțiilor. Datele privind cota medie ramurală de cheltuieli de regie sânt difuzate periodic de către ONC prin scrisoare instructiv-normativă publicată în „Monitorul Oficial”.

Referitor, pct.8.1 din NCM L.01.01-2012, beneficiul de deviz reprezintă suma mijloacelor necesare pentru acoperirea unor cheltuieli generale ale întreprinderii de antrepriză, care nu sunt incluse în prețul de cost al lucrărilor, și constituie partea normată (garantată) a valorii producției

de construcții. Iar, potrivit pct.8.5, la determinarea valorii de deviz a producției de construcții (la întocmirea devizelor de investitor) valoarea beneficiului de deviz se determină în baza cotei medii pe ramură. Datele privind cota medie ramurală de beneficiu de deviz sînt difuzate periodic de către ONC prin scrisoare instructiv-normativă publicată în „Monitorul Oficial”.

Totodată, instanța de judecată reține că, potrivit Informației Ministerului Regionale și Construcțiilor cu privire la determinarea valorii obiectelor de construcții începînd cu data de 01 mai 2016 nr.05-1149 din 13.05.2016, în vigoare din 20.05.2016, la întocmirea de către investitori sau de organizațiile de proiectare a valorii estimative de deviz a obiectivelor de construcții se va utiliza informația indicată obținută în baza calculelor și monitoring-ului efectuat de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Construcțiilor.

La întocmirea de către antreprenori a valorii contractuale și devizelor-oferte ale obiectivelor de construcții se va respecta metodologia în vigoare, prin includerea în calcule a salariului muncitorilor-constructori, cheltuielilor de regie, cheltuielilor pentru transportarea materialelor, beneficiului de deviz, în concordanță cu prevederile actelor legislative și documentelor normative din domeniu.

Pe cale de consecință, din economia textului legal, instanța de judecată deduce că legislația în vigoare, impune pentru determinarea valorii obiectivelor de construcții la toate fazele de elaborare a studiului de fezabilitate și a documentației de proiect și deviz pentru construirea, extinderea, reconstrucția și reutilizarea tehnică a întreprinderilor din toate ramurile industriei, restaurarea, reparația curentă și capitală a clădirilor și construcțiilor speciale (în continuare – valoarea obiectivelor de construcții), anumite reguli, care sunt aplicabile tuturor întreprinderilor, organizațiilor și instituțiilor, indiferent de forma de proprietate și de apartenență.

Corespunzător, instanța de judecată conchide că pârâta, la adoptarea concluziei privind faptul că întreprinderile participante la licitația publică au oferit prețuri identice, fapt prin care se pretinde că au participat oferte truate în cadrul licitației publice, nu a avut în vedere ansamblul prevederilor normative și circumstanțele economice.

Mai mult decît atât, instanța de judecată apreciază faptul că, pentru achiziția publică de lucrări, autoritatea contractantă întocmește un caiet de sarcini, reprezentînd o documentație scrisă, parte componentă a documentației de atribuire, care detaliază condițiile tehnice de execuție a lucrărilor, cerințele față de calitatea materialelor, standardele și reglementările tehnice aplicabile, protecția mediului, protecția muncii, tehnologiile, transporturile pe șantier, inspecțiile, testele, verificările, modificările, măsurătorile etc.;

Corespunzător, pârâatul nu a justificat faptul că existența prețurilor similare a fost stabilită de către întreprinderea reclamantă cu devieri de la caietul de sarcini, prin care autoritatea contractantă stabilește participanților la licitația publică condiții privind cerințele față de calitatea materialelor, standarde și reglementări tehnice, transporturile pe șantier, alte condiții care determină cuantumul costurilor reflectate în devizele locale.

Pe cale de consecință, instanța reține că probele trebuie să fie suficient de precise și coerente astfel încît să stabilească, într-un interval temporal precis delimitat, un schimb de informații sensibile între întreprinderi cu privire la un comportament viitor, respectiv modul de participare la o licitație în curs. În caz contrar, orice alt schimb de informații, dacă se face dovada unui asemenea schimb, nu poate cădea sub sfera de aplicare a art. 5 alin. (1) lit. d) din Lege.

Iar, formularul tipizat al devizului local, incluzînd o listă cu denumirea lucrărilor și cheltuielilor și lista cantităților conform datelor din proiect, nu poate constitui o dovadă a unui acord anticoncurențial manifestat prin participarea cu oferte truate, or instanța de judecată va reține, reieșind din actele anexate la dosar, că devizul local referitor la licitația publică nr.628/16

din 09.12.2016, este întocmit prin intermediul programului de devize WinCmera2000, care conține o bază de date formată din norme de deviz și prețuri de pe piață actuale pentru lucrări de construcții, montaj, reparații, restaurare și punere în funcțiune a mecanismelor, puse în aplicare, începând cu 1 ianuarie 2002 prin ordinele Organului Național de dirijare în Construcții.

În acest sens, fiind relevante, declarațiile administratorului SRL Universal Instal, Casco Evgheni, conținute procesul verbal cu privire la interviu din 27.02.2018, care a afirmat că în devizele locale, prețurile spre ofertare în cadrul procedurilor de achiziții, la rubrica manoperă sunt generate de program, iar la rubrica materiale și utilaje, preșurile se stabilesc în dependență de obiect.

Având în vedere argumentele enunțate, instanța de judecată conchide că pârâta, contrar cadrului economic și juridic, a calificat coincidența de prețuri ca fiind o încălcare a art.5 alin.(3) lit. d) din Legea concurenței.

Subsecvent, instanța de judecată reiterează că Consiliul Concurenței, prin Decizia contestată, a aplicat în privința reclamantei SRL Universal Instal, o amendă în mărime de 516 352 lei 24 bani, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în an.2017.

În acest context, instanța de judecată reține că aplicarea unei sancțiuni presupune o răsturnare a prezumției de nevinovăție, adică o „acuză în materie penală”, a cărei incidență atrage în mod invariabil aplicarea garanțiilor prevăzute de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Curtea de Justiție a Consiliului Europei a admis că sancțiunile pecuniare aplicate în materie de concurență de către Comisia Comunităților Europene reprezintă sancțiuni penale, în sensul art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

În conformitate cu art.67 Legea concurenței, individualizarea amenzilor prevăzute de prezenta lege se efectuează ținând seama de gravitatea și durata faptei. Stabilirea cuantumului amenziilor se face prin determinarea nivelului de bază al acesteia, care se va majora în cazul existenței circumstanțelor agravante și se va reduce în cazul existenței circumstanțelor atenuante.

Pentru determinarea nivelului de bază al amenziilor, ca bază de calcul se ia cifra totală de afaceri realizată de întreprindere în anul anterior sancționării. În cazul în care cifra totală de afaceri realizată în anul anterior sancționării nu poate fi determinată, se ia în considerare ultimul an anterior sancționării în care întreprinderea sau asociația de întreprinderi a realizat o cifră de afaceri.

Prin derogare de la Codul contravențional, amenzile pentru încălcarea legislației concurențiale se stabilesc conform prezentei legi.

În conformitate cu art.72, nivelul de bază al amenziilor pentru încălcarea normelor materiale ale legislației concurențiale se determină în funcție de gravitatea și durata faptei. Nivelul de bază se obține prin înmulțirea procentului determinat în funcție de gradul de gravitate cu factorul aferent duratei încălcării.

La evaluarea gravității încălcării normelor materiale ale legislației concurențiale se iau în considerare, în special, natura faptei săvârșite, ponderea în cifra totală de afaceri a vânzărilor de produse realizate de întreprindere pe piața geografică relevantă de pe teritoriul Republicii Moldova care au legătură directă sau indirectă cu încălcarea (atunci când este posibilă o astfel de estimare), cotele de piață cumulate ale tuturor întreprinderilor participante, impactul încălcării pe piață (atunci când acesta poate fi măsurat), probabilitatea ca o operațiune de concentrare economică să fi fost interzisă dacă ar fi fost notificată.

Nivelul de bază al amenziilor calculat pentru gravitatea faptei constituie: a) pînă la 1% din cifra totală de afaceri, în sensul art. 67, pentru faptele de gravitate mică: acordurile anticoncurențiale verticale care au un impact redus asupra pieței sau care afectează o parte

limitată a acesteia; încălcările prevăzute la art. 71 lit. d), e) și f) referitoare la operațiuni de concentrare economică în privința cărora Consiliul Concurenței emite o decizie de autorizare fără obiecțiuni, deoarece nu există îndoieli privind compatibilitatea cu mediul concurențial sau deoarece îndoielile privind compatibilitatea cu mediul concurențial au fost înlăturate prin modificările propuse de întreprinderi și acceptate de Consiliul Concurenței; încălcările prevăzute la art. 11 care au un impact redus asupra pieței sau care afectează o parte limitată a acesteia; încălcările comise din neglijență; b) de la 1% pînă la 2% din cifra totală de afaceri, în sensul art. 67, pentru faptele de gravitate medie: acordurile anticoncurențiale orizontale sau verticale, cu excepția celor prevăzute la lit. a) și c) din prezentul alineat; încălcările prevăzute la art. 11, cu excepția celor prevăzute la lit. a) și c) din prezentul alineat; încălcările prevăzute la art. 71 lit. d), e) și f) referitoare la operațiuni de concentrare economică în privința cărora Consiliul Concurenței, în urma desfășurării unei investigații, poate adopta o decizie de autorizare condiționată; c) de la 2% pînă la 4% din cifra totală de afaceri, în sensul art. 67, pentru faptele de gravitate mare: acordurile orizontale de tipul cartelurilor dure; încălcările prevăzute la art. 71 lit. d), e) și f) referitoare la operațiuni de concentrare economică în privința cărora Consiliul Concurenței, în urma desfășurării unei investigații, poate adopta o decizie prin care va declara operațiunea de concentrare economică incompatibilă cu mediul concurențial; încălcările prevăzute la art. 11 care au avut consecințe deosebit de grave pentru piață, producînd efecte pe zone întinse ale acesteia. În cazul în care o asociație de întreprinderi săvîrșește o încălcare ce se referă la activitățile membrilor săi, nivelul de bază al amenzii se calculează din cifra totală de afaceri a fiecărui membru activ pe piața afectată de încălcarea săvîrșită de asociație. În funcție de durată, faptele se împart în 3 categorii: a) fapte de scurtă durată (mai puțin de un an) sau cu consumare instantanee: factor 1; b) fapte de durată medie (de la un an la cinci ani): factor 1,2; c) fapte de lungă durată (peste cinci ani): factor 1,4.

Iar, potrivit art.73 din Legea concurenței, (1) nivelul de bază al amenzii pentru încălcarea normelor materiale ale legislației concurențiale poate fi majorat sau redus cu un procent cuprins între 5 % și 10 % din cuantumul nivelului de bază stabilit în conformitate cu art. 72 pentru fiecare circumstanță agravantă ori atenuantă constatată. În cazul circumstanțelor agravante menționate la alin. (2) lit. a) din prezentul articol, nivelul de bază va fi majorat cu un procent cuprins între 10 % și 25 % pentru fiecare astfel de încălcare constatată de Consiliul Concurenței.

Circumstanțe agravante care determină majorarea nivelului de bază pot fi: a) continuarea sau repetarea de către o întreprindere a unei încălcări identice sau similare după ce Plenul Consiliului Concurenței a constatat că această întreprindere a încălcat dispozițiile art. 5 sau 11; b) continuarea deliberată a încălcării în cursul desfășurării investigației în cazurile referitoare la cartelurile dure; c) refuzul de a coopera cu Consiliul Concurenței sau obstrucționarea acestuia în desfășurarea investigațiilor; d) rolul de conducător sau de instigator la încălcare. Se iau în considerare măsurile întreprinse pentru a constrânge alte întreprinderi să participe la încălcare și/sau măsurile de retorsiune întreprinse împotriva altor întreprinderi cu scopul de a impune comiterea încălcării; e) natura instituționalizată a cartelului dur.

Circumstanțe atenuante care determină reducerea nivelului de bază pot fi: a) furnizarea de către întreprindere a dovezilor de încetare a comiterii încălcării de la primele intervenții ale Consiliului Concurenței. Circumstanța atenuantă în cauză nu se aplică acordurilor sau practicilor de natură secretă (în special cartelurilor dure); b) furnizarea de către întreprindere a dovezilor că participarea sa la încălcarea săvîrșită este extrem de redusă și că, în cursul perioadei în care a fost parte la încălcare, în mod efectiv, a evitat punerea în aplicare a acesteia, adoptînd un comportament concurențial corect pe piață; c) colaborarea efectivă a întreprinderii cu Consiliul

Concurenței în afara domeniului de aplicare a politicii de clemență și dincolo de obligația sa legală de a coopera; d) autorizarea sau încurajarea comportamentului anticoncurențial al întreprinderii de autorități publice ori de legislația existentă; e) dovada făcută de întreprindere privind faptul că încălcarea a fost comisă din neglijență.

Lista circumstanțelor atenuante menționate la alin. (3) nu este exhaustivă. Consiliul Concurenței va lua în considerare necesitatea de a majora amenda pentru a depăși câștigurile ilicite realizate ca urmare a încălcării săvârșite, atunci când este posibilă estimarea acestui quantum, însă nu mai mult decât nivelul maxim stabilit la alin. (7).

În cazul încălcărilor prevăzute la art. 71 alin. (1) lit. a), dacă, după primirea raportului de investigație și exercitarea dreptului de acces la dosar sau în cadrul audierilor, întreprinderea recunoaște în mod expres săvârșirea faptei anticoncurențiale, aceasta va fi reținută ca circumstanță atenuantă sub forma colaborării în cadrul procedurii de investigare a cazului și va determina diminuarea quantumului amenzii cu un procent cuprins între 10 % și 25 % din nivelul de bază determinat potrivit prevederilor art. 72.

La determinarea procentului cu care se va reduce nivelul de bază ca urmare a recunoașterii faptei, Consiliul Concurenței va avea în vedere, de la caz la caz, faptul că întreprinderea a recunoscut total sau parțial fapta constatată în raport. În caz de recunoaștere parțială, Consiliul Concurenței poate refuza acordarea reducerii, dacă recunoașterea este considerată insuficientă și nu denotă asumarea de către întreprindere a faptelor comise. Atunci când, în urma aplicării criteriilor de individualizare, nivelul maxim stabilit la art. 72 alin. (3) este depășit, amenda va fi redusă până la un nivel maxim de 5% din cifra totală de afaceri, în sensul art. 67. În baza art. 78 din Legea concurenței, (1) deciziile prin care Plenul Consiliului Concurenței a aplicat o amendă sau o penalitate cu titlu cominatoriu pot fi contestate la judecătorie. Instanțele menționate la alin. (1) pot reduce sau majora amenzile sau penalitățile cu titlu cominatoriu aplicate, iar în cazul în care constată că decizia privind constatarea încălcării și/sau aplicarea amenzii sau a penalității este neîntemeiată și/sau este adoptată cu încălcarea procedurii, acestea pot anula amenzile sau penalitățile cu titlu cominatoriu aplicate

Instanța de judecată reține că în motivarea deciziei contestate Plenul Consiliului Concurenței a indicat cert despre lipsa unor circumstanțe atenuante și/sau agravante și a aplicat amenda maximă stabilită pentru componența anticoncurențială incriminată reclamantei în mărime de 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017.

Instanța de judecată conchide că deși nu a constatat circumstanțe agravante în acțiunile reclamantului, pârâta a aplicat sancțiunea maximă prevăzută de art. 72 alin. (3) lit. d) Legea concurenței. Astfel, instanța de judecată concluzionează că Plenul Consiliului Concurenței nu a justificat într-o manieră explicită, consistentă și plauzibilă necesitatea aplicării amenzii în mărimea maximă stabilită, nu a oferit o apreciere multiaspectuală chestiunilor relevante ale speței ce vizează individualizarea sancțiunii, în lipsa unor circumstanțe agravante și atenuante sau altor elemente definitorii în acest sens a sancționat reclamantul cu cea mai dură proporție pecuniară punitivă conferită de lege, împrejurări ce denotă arbitrarul în conduita pârâtului.

Mai mult decât atât că, potrivit prevederilor art.58 din Legea concurenței, înainte de adoptarea deciziilor prevăzute la art.65 alin.(1), Consiliul Concurenței, în cadrul procedurilor de investigație, garantează pe deplin drepturile la apărare ale părților în cauză prin acordarea dreptului de a-și exprima punctul de vedere cu privire la concluziile și propunerile din raportul de investigație, prin asigurarea accesului la dosar și dreptului la audieri.

Dacă intenționează să adopte o decizie în temeiul art.41 alin.(4), Plenul Consiliului Concurenței publică un rezumat al cauzei și conținutul esențial al angajamentelor sau al acțiunii

viitoare propuse. Terții interesați pot să-și prezinte observațiile într-un termen stabilit de Plenul Consiliului Concurenței în publicarea efectuată, care nu poate fi mai mic de o lună. Publicarea ia în considerare interesul legitim al întreprinderilor în protejarea secretului lor comercial.

Astfel, instanța reține că raportul de investigație expediat în adresa reclamantului nu conține un rezumat al acțiunii viitoare propuse, și anume în partea ce se referă la aplicarea amenzii. Astfel, instanța atestă că raportul de investigație este lipsit de constatări în privința amenzii pe care Consiliul Concurenței intenționa să o aplice. Pe cale de consecință, instanța atestă că prin aceste împrejurări se încalcă prevederile art.58 alin.(4) din Legea concurenței, or Plenul Consiliului Concurenței își bazează deciziile doar pe constatările din raportul de investigație asupra cărora părțile în cauză și-au putut prezenta observațiile.

Corespunzător, întrucât raportul de investigație nu conține constatări referitoare la amenda aplicată prin Decizia contestată, reclamantul a fost lipsit de posibilitatea de a prezenta observații referitoare la calculul amenzii aplicate, fapt care încalcă dreptul la apărare al acestuia.

Or, subsecvent instanța de judecată reține că reclamanta a fost lipsită și drepturile prevăzute de art. 92 din Legea concurenței, potrivit căruia, o întreprindere sau asociație de întreprinderi care dorește să beneficieze de reducerea a cuantumului amenzii conform art. 89 alin. (2) trebuie să înainteze o cerere Consiliului Concurenței și să prezinte suficiente elemente probatorii ale presupusului acord.

Mai mult decât atât, instanța nu poate reține ca întemeiate nici afirmațiile invocate de către pârât, precum că fapta imputată reclamantei SRL Universal Instal este de gravitate mare și din aceste considerente a și fost aplicată sancțiunea maximă, deoarece însăși încadrarea în categoria respectivă a faptei nu determină aplicarea plafonului maxim al sancțiunii, ci doar atunci când componența anticoncurențială este însoțită de alte semne relevante pentru individualizarea sancțiunii în sensul micșorării sau majorării cuantumului ei.

În conformitate cu prevederile art. 224-225 din Codul Administrativ al Republicii Moldova, *instanța de judecată*,

HOTĂRĂȘTE :

Se admite acțiunea depusă în ordinea contenciosului administrativ, declarată de Universal Instal SRL prin intermediul avocatului Daniel Martin către Consiliul Concurenței al Republicii Moldova privind anularea, în parte, a deciziei nr. DA-2/18-9 din 28.06.2018.

Se anulează 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 Universal Instal SRL.

Hotărârea poate fi atacată cu apel la Curtea de Apel Chișinău în termen de 30 zile de la data pronunțării dispozitivului hotărârii, prin intermediul Judecătoriei Chișinău, sediul Râșcani.

Președintele ședinței

Judecătorul

Corespunde cu originalul, Judecătorul :

semnătura

Olesea Țurcan

