

Prima instanță: Judecătoria Chișinău, sediul Rîșcani, jud. V. Dodon
Dosarul nr. 3a-777/20 (2-18178633-02-3a-03072020)

DECIZIE

29 iunie 2021

mun. Chișinău

Colegiul civil, comercial și de contencios administrativ
al Curții de Apel Chișinău

Instanța compusă din:

Președintele completului

Judecătorii

Negru

Grefier

Angela Bostan

Grigore Dașchevici și Veronica

Marina Samatiuc

examinînd în ședință de judecată publică, cererea de apel înaintată de Consiliul Concurenței împotriva hotărîrii Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani din 19 martie 2020, în cauza de contencios administrativ la acțiunea înaintată de S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. împotriva Consiliului Concurenței privind anularea actului administrativ

CONSTATĂ :

Circumstanțele cauzei:

La data de 06 august 2018 S.C. „BTS PRO” S.R.L. a depus acțiunea în procedura contenciosului administrativ împotriva Consiliului Concurenței privind anularea actului administrativ.

În motivarea acțiunii reclamanta S.C. „BTS PRO” S.R.L. indică că este o societate comercială fondată în anul 2008 și care activează, în principal, în domeniul comercializării tehnicii de calcul, elaborării soluțiilor informaționale complexe, prestării serviciilor de suport, implementare, instalare a produselor software.

La data de 12 februarie 2018 la sediul ei din municipiul Chișinău, strada Ion Creangă 6V, s-au prezentat reprezentanți ai Consiliului Concurenței, care au informat că sunt împuterniciți să desfășoare o investigație pe marginea unei pretinse încălcări a legislației concurențiale.

Pentru justificarea acțiunilor întreprinse în continuare, reprezentanții Consiliului Concurenței au prezentat: dispoziția Plenului Consiliului Concurenței nr. 42 din 27 decembrie 2017 prin care s-a dispus inițierea investigațiilor

referitoare la semnele încălcării prevederilor art. 5 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către întreprinderile „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și MSA Grup S.R.L. participante în cadrul a două proceduri de achiziție publică; ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr. 09 din 12 februarie 2018 prin care s-a dispus efectuarea inspecției la sediul S.C. „BTS PRO” S.R.L.; delegația de inspecție nr. 09 din 12 februarie 2018 emisă de președintele Consiliului Concurenței, prin care au fost nominalizate persoanele împuternicite și delegate pentru efectuarea inspecției.

A solicitat de la pârât, în mai multe rânduri, să fie informat despre motivele și scopurile efectuării inspecției la sediul companiei precum și despre actele și informațiile concrete care sunt necesare reprezentanților pârâtului. Aceste întrebări au fost înregistrate pe camera de luat vederi a reprezentanților pârâtului și au rămas fără răspuns, în rezultat, reprezentanții pârâtului au insistat pe verificarea calculatoarelor de lucru ale companiei pentru verificarea tuturor datelor conținute în ele.

Investigația s-a desfășurat pe parcursul întregii zile de 12 și 13 februarie 2018. Administratorul a răspuns la toate întrebările reprezentanților Consiliului, a prezentat documentele solicitate și a oferit acces la calculatoarele companiei. La finalul investigației a fost întocmit procesul-verbal privind efectuarea inspecției.

Având în vedere că pe parcursul desfășurării inspecției, reprezentanții pârâtului de mai multe ori au depășit limitele împuternicirilor sale, au întreprins acțiuni de intimidare a colaboratorilor societății, iar în final au indicat date vădit eronate în procesul-verbal, a formulat pe marginea acestuia mai multe obiecții scrise.

La 13 februarie 2018 reprezentanții pârâtului din nou s-au prezentat la sediul companiei pentru continuarea investigațiilor. Și de această dată colaboratorii pârâtului au depășit limitele împuternicirilor și normele legale referitoare la procedura de efectuare a investigației, încercând să intimideze colaboratorii și schimosind răspunsurile și datele oferite de aceștia.

La 26 februarie 2018 pârâtul a remis în adresa companiei decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-09 din 19 februarie 2018, prin care s-a decis: a constata încălcarea prevăzută la art.68 alin. (1) lit.d) a Legii concurenței nr.183 din 11 iulie 2012 de către „BTS PRO” S.R.L., prin refuzul de a se supune inspecției desfășurate în conformitate cu art.56 al Legii concurenței nr.183 din 11 iulie 2012; a aplica întreprinderii „BTS PRO” S.R.L. o amendă pentru refuzul de a se supune inspecției efectuate în conformitate cu 56 al Legii concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 în mărime de 0,495% din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, ceea ce reprezintă 491137,32 lei.

Decizia menționată a fost contestată în procedura contenciosului administrativ. Ulterior, a recepționat Raportul de investigație pe marginea cazului inițiat prin dispoziția Plenului Consiliului Concurenței nr.42 din 27 decembrie 2017, conform căruia s-a propus a constata încălcarea prevederilor art.5 alin. (3) lit. d) din Legea concurenței, de către întreprinderile "BTS PRO" S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. și s-a propus aplicarea amenzilor față de toate trei companii.

La 24 mai 2018 a depus la Consiliul Concurenței observațiile pe marginea Raportului de investigație elaborat evidențiind erorile și ilegalitățile comise de către reprezentanții Consiliului, atrăgând atenția asupra inexistenței probelor directe și relevante care ar demonstra, dincolo de un dubiu rezonabil, existența vreunor acorduri anticoncurențiale dintre companiile vizate.

La 09 iulie 2018 a recepționat decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018, prin care s-a decis: a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către "BTS PRO" S.R.L. și "Esempla Systems" S.R.L. prin încheierea unui acord anticoncurențial care are ca obiect denaturarea și restrângerea concurenței prin participarea cu oferte trucate la licitația publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 organizată și desfășurată de către Agenția Națională de Integritate; a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. prin încheierea unui acord anticoncurențial, care are ca obiect denaturarea și restrângerea concurenței prin participarea cu oferte trucate la licitațiile publice nr. 17/01728 din 22 iunie 2017 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017, organizate și desfășurate de către Procuratura Generală; a aplica S.C. „BTS PRO” S.R.L. o amendă în mărime de 4480833,18 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017.

Menționează că decizia remisă nu conține toate datele. De asemenea, decizia nu conține semnătura președintelui Consiliului Concurenței, ci doar ștampila serviciului secretariat al Plenului Consiliului.

Este convingerea că actele și acțiunile Pârâtului sunt ilegale, neîntemeiate și pasibile de a fi anulate.

Are convingerea că, atât decizia contestată, cât și actele și operațiunile administrative care au stat la baza acesteia sunt ilegale. Potrivit deciziei contestate acțiunile întreprinderilor S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. întrunesc semnele încheierii unui acord anticoncurențial orizontal de tip cartel dur. Potrivit deciziei contestate întreprinderile ar fi participat cu oferte trucate în cadrul procedurii de achiziție publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 desfășurată de către Autoritatea Națională de

Integritate și procedurile de achiziție publică nr. 17/01728 din 22 iunie 2017 și nr. 17/01732 din 22 iulie 2017 organizate de către Procuratura Generală a Republicii Moldova.

Consideră că concluziile expuse în decizia contestată sunt neprobate și bazate pe presupuneri și deduceri pătinoare, dar nu pe circumstanțe reale, examinate obiectiv.

În primul rând, atrage atenția asupra faptului că întreaga procedură de investigație, desfășurată de colaboratorii pârâtului la sediul companiei a fost abuzivă și ilegală.

În al doilea rând, referitor la concluziile despre crearea unor acorduri anticoncurențiale și participarea cu oferte truate în cadrul procedurilor de achiziții publice, consideră că aceste concluzii sunt nefondate și lipsite de un suport probatoriu. În susținerea acestei poziții invocă următoarele argumente. Cu referire la procedura de achiziție publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 desfășurată de către Autoritatea Națională de Integritate indică că a făcut cunoștință cu invitația la oferte, făcută publică de către ANI în cadrul procedurii de achiziție publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017. Compania a fost interesată de această invitație și a înaintat autorității contractante oferta sa tehnică și de prețuri, cu intenția de a se angaja în această procedură. Urmare a analizei ofertelor prezentate, grupul de lucru pentru achiziții al autorității publice contractante a decis de a respinge oferta S.C. „BTS PRO” S.R.L. Consiliul Concurenței ajunge la concluzia că oferta ar fi fost una de curtoazie, din considerentul că nu ar fi prezentate unele documente, care erau obligatorii pentru calificarea ofertanților. Consiliul Concurenței absolut nejustificat a ajuns la concluzia că aceste documente nu ar fost prezentate intenționat. Or, oferta era una reală, compania era gata și dispunea de toate posibilitățile pentru executarea contractului de achiziție publică, în cazul în care ar ar fi fost desemnată câștigătoare.

Cu referire la documentele neprezentate atrage atenția că certificatul privind situația financiară a contribuabilului are un termen de valabilitate de doar 15 zile. Respectiv, nu poate fi învinuită că nu a prezentat un document nevalabil. Cât privește statutul de operator de date cu caracter personal, este adevărat că dispune de acest statut, însă doar pentru departamentul resurse umane. Este neîntemeiat și ilegal a considera faptul înregistrării unei companii în calitate de operator de date cu caracter personal doar în privința unui sistem de evidență ca fiind atotvalabil și atotcuprinzător.

Cu referire la procedura de achiziție publică nr. 17/01728 din 22 iunie 2017, desfășurată de către Procuratura Generală a RM indică că singura circumstanță care a servit temei pentru pârât de a constata încălcarea legislației concurențiale este faptul că în ofertă s-a strecurat o eroare tehnică sub forma de repetare în

sintagma „cu cu FD7”. Nu cunoaște cum și în ce circumstanțe s-a strecurat această eroare. Dar consideră lipsită de temei sancționarea companiei pentru această eroare tehnică.

Consideră reclamanta ca fiind abuzivă, neprobată și tendențioasă interpretarea oferită de către Consiliu și concluzia formulată pe marginea acțiunilor sale absolut legale.

Cât privește ceilalți participanți la procedura de achiziție menționată, atrage atenția la faptul că au fost 5 participanți. Compania reclamantă fost desemnată câștigătoare pentru lotul nr. 1 și nici una din celelalte oferte nu au fost nici pe aproape la fel de avantajoasă precum a sa.

Pentru lotul nr. 2 câștigător a fost desemnat participantul S.C. „Rețele Terestre” S.R.L. În context consideră irelevantă și lipsită de temei afirmația Consiliului precum că S S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. intenționat nu ar fi prezentat întreg setul de acte necesare pentru a nu câștiga acest lot. Compania S.C. „MSA Grup” S.R.L. se află în proces de judecată cu Procuratura Generală a RM pe marginea rezultatelor acestei achiziții publice.

Consideră tendențioase și speculative concluziile formulate de către pârât pe marginea faptului că o parte din participanții la procedurile de achiziții publice au contestat rezultatele procedurilor, iar o parte nu le-au contestat. Or, contestarea rezultatelor procedurilor de achiziții reprezintă un drept fundamental al oricărui participant la aceste proceduri.

Cu referire la actele și fișierele analizate de către Consiliu urmare a investigațiilor desfășurate la sediul companiei consideră că nici una din informațiile analizate nu demonstrează obiectiv și indubitabil participarea la careva licitații trucate. În același timp, sintagma utilizată în raportul de investigație „oferte de curtuazie” nu se regăsește în legislația R.M. în vigoare, este o sintagmă vagă, neclară și imprecisă.

Indică că a participat la mai multe proceduri de achiziție publică. La unele din aceste proceduri au participat cu ofertele sale și companiile S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. Atrage atenția că are în calitate de principal gen de activitate comercializarea tehnicii de calcul și echipamentului periferic, și această activitate se desfășoară, preponderant, prin intermediul achizițiilor publice. Din acest motiv este firesc ca în actele companiei să se întâlnească referințe la denumirile altor companii și chiar unele documente comune.

Menționează că un alt temei de anulare al actul administrativ contestat este că decizia din 28 iunie 2018 a fost emisă cu încălcarea condiției de valabilitate a actului administrativ. Or, semnarea deciziei Plenului Consiliului Concurenței de către președintele sau vicepreședintele Consiliului reprezintă o condiție de

valabilitate a actului administrativ. Nerespectarea acestei condiții are ca efect nulitatea actului administrativ.

În speță, decizia contestată nu conține nici o semnătură, ci doar o șampilă a serviciului secretariat. Prin urmare, consideră decizia contestată ca fiind nevalabilă.

Cere reclamanta S.C. „BTS PRO” S.R.L. anularea deciziei Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 prin care s-a constatat încălcarea Legii concurenței și s-a dispus aplicarea amenzii în mărime de 4480833,18 lei.

La data de 07 august 2018, S.C. „MSA Grup” S.R.L. a depus acțiunea în contencios administrativ împotriva Consiliului Concurenței în care indică că, la 27 decembrie 2017, Plenul Consiliului Concurenței prin dispoziția nr. 42 a dispus inițierea investigației cu privire la semnele încălcării prevederilor art. 5 din Legea concurenței, nr. 183 din 11 iulie 2012, de către S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. Obiectul investigației a fost acțiunile întreprinderilor S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. participante la licitația publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 organizată de către Autoritatea Națională de Integritate și acțiunile S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. participante la licitația publică nr. 17/01728 din 22 iunie 2017 și licitația publică nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 organizate de Procuratura Generală.

La 28 iunie 2017 în baza investigației menționate a fost adoptată decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48. A recepționat decizia abia la 09 iulie 2018. Prin decizie s-a dispus: a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, nr. 183 din 11 iulie 2012, de către S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. prin încheierea unui acord anticoncurențial care are ca obiect denaturarea și restrângerea concurenței prin participarea cu oferte trucate la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală; a aplica față de S.C. „MSA Grup” S.R.L. amenda în mărime de 478598,55 lei.

Consideră reclamanta că argumentele și motivele pe care își întemeiază Consiliul Concurenței decizia de aplicare a amenzii și invocarea implicării sale într-un acord anticoncurențial nu sunt relevante obiectului deciziei nr. DA-42/17-48, și anume: licitațiilor publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 organizate de Procuratura Generală. În mare parte argumentele invocate de Consiliul Concurenței țin de activitatea în general a S.C. „MSA Grup” S.R.L. și nicidecum acțiuni tangențiale cu licitațiile menționate.

Consideră că decizia este neîntemeiată și duce la prejudicierea drepturilor și intereselor sale patrimoniale.

În decizia nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 Consiliul Concurenței a decis în privința S.C. „MSA Grup” S.R.L. că a încălcat prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, nr. 183 din 11 iulie 2012, prin încheierea unui acord anticoncurențial de către S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. cu denaturarea și restrângerea concurenței prin participarea cu oferte trucate la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală.

Consiliul Concurenței își întemeiază decizia pe următoarele argumente de bază: formularele de ofertă (F3.1) ale întreprinderilor S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. participante la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală, conțin aceeași greșeală de formatare existentă în punctul f) și anume „în conformitate cu cu FD7”; întreprinderile S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. participante la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală au prezentat incomplet setul de documente; întreprinderile S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. participante la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală pentru o perioadă relativ scurtă au avut depozit pe adresa bd. Ștefan cel Mare și Sfânt, nr. 196; în trecut Suvorov Alexandr (administrator al S.C. „BTS PRO” S.R.L.) a fost administrator al S.C. „MSA Grup” S.R.L., iar Nicov Ion (administrator al S.C. „MSA Grup” S.R.L.) a fost angajat al întreprinderii S.C. „BTS PRO” S.R.L.; în cadrul S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. activează același contabil, Tatiana Câșlaru.

La analiza temeiurilor de bază precum și a întregii decizii adoptate de Consiliul Concurenței se identifică că argumentele invocate exced obiectul licitațiilor publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală din următoarele motive.

În principal, atrage atenția asupra faptului că decizia nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 este adoptată în baza investigației și inspecțiilor desfășurate la sediul S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. nu a fost supusă carorva inspecții sau verificări. Doar ulterior investigațiilor desfășurate la întreprinderile S.C. „BTS PRO” S.R.L. și „ESEMPLA SYSTEMS” S.R.L. i-a fost expediat raportul de investigație în care este vizată și S.C. „MSA Grup” S.R.L. Astfel, concluziile și constatările în privința S.C. „MSA Grup” S.R.L. au fost făcute doar în baza investigației la fața locului S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L.

Mențiunea Consiliului Concurenței precum că formularele ofertelor ale întreprinderilor S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C.

„MSA Grup” S.R.L. participante la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală sunt similare, cu aceeași greșeală gramaticală, o consideră nerelevantă art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, deoarece formularele actelor de participare la o procedură de achiziție publică sunt standardizate fiind aprobate prin ordinul Ministerului finanțelor cu privire la aprobarea Documentației standard pentru realizarea achizițiilor publice de bunuri și servicii, nr. 71 din 24 mai 2016. Totodată, unele autorități contractante expediază formularele ce urmează a fi completate și ținând cont de faptul că se participă la mai multe proceduri de achiziții publice, se pot copia date din formularele anterior completate. Astfel, admite că această eroare a fost comisă de la un alt formular la care s-a participat cu un obiect al achiziției similar.

Un alt aspect invocat de Consiliul Concurenței în decizia contestată este faptul că S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. pentru o perioadă relativ scurtă au avut depozit pe adresa bd. Ștefan cel Mare și Sfânt, nr. 196. Faptul închirierii unui spațiu comun, mai ales pentru o perioadă foarte scurtă de timp, anterior desfășurării licitațiilor publice care fac obiectul deciziei nr. DA-42/17-48, nu reprezintă un factor care încalcă cumva principiile concurenței în general și nu demonstrează coordonarea acțiunilor în cadrul carorva licitații publice în special. Or, conform art. 3 alin. (2) din Legea concurenței, este interzis întreprinderilor să-și exercite drepturile în vederea restrângerii concurenței și lezării intereselor legitime ale consumatorului. Astfel, apare întrebarea, în ce mod faptul deținerii unui depozit comun pe o perioadă scurtă de timp poate determina că aceste două întreprinderi să organizeze licitații truate la procedurile nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017, mai ales în contextul în care depozitul comun a fost deținut anterior.

Menționează că în condițiile economiei de piață actuale foarte multe întreprinderi dețin sedii comune, depozite comune. Or, acest lucru ține nemijlocit de activitatea fiecărei întreprinderi în parte și de libera alegere a spațiilor și locurilor de desfășurare a activității. Faptul că ambele întreprinderi au deținut un depozit comun pe un termen relativ scurt nu are nici o relevanță obiectului investigației și anume licitațiile publice desfășurate de Procuratura Generală.

Constatarea precum că, în trecut Alexandr Suvorov (administrator al S.C. „BTS PRO” S.R.L.) a fost administrator al S.C. „MSA Grup” S.R.L., iar Nicov Ion (administrator al S.C. „MSA Grup” S.R.L.) a fost angajat al întreprinderii S.C. „BTS PRO” S.R.L. o consideră abuzivă și care nu poate fi atribuită licitațiilor publice ce fac obiectul deciziei. Or, conform art. 5 din Codul muncii, principiile de bază ale reglementării raporturilor de muncă și a altor raporturi legate nemijlocit de acestea, principii ce reies din normele dreptului internațional și din cele ale Constituției Republicii Moldova, sânt următoarele: a) libertatea muncii, incluzând

dreptul la munca liber aleasă sau acceptată, dreptul dispunerii de capacitățile sale de muncă, dreptul alegerii profesiei și ocupației. Conform art. 6 alin. (2) din Codul muncii, orice persoană este liberă în alegerea locului de muncă, a profesiei, meseriei sau activității sale. Deci, faptul că anterior administratorii au lucrat în întreprinderi similare reprezintă un drept al fiecărui de a-și alege în dependență de capacitățile de muncă profesia și ocupația corespunzătoare. Totodată, acest aspect nu putea să aibă o influență asupra rezultatelor licitațiilor publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală. Or, conform art. 65 alin. (4) din Legea privind achizițiile publice, nr. 131 din 03.07.2015, la determinarea ofertei câștigătoare, autoritatea contractantă evaluează și compară ofertele primite folosind modul și criteriile expuse în documentația de atribuire. Nu se va folosi niciun criteriu neprevăzut în documentația de atribuire.

Mai indică că, Consiliul Concurenței își întemeiază decizia și pe argumentul că atât S.C. „MSA Grup” S.R.L., cât și S.C. „BTS PRO” S.R.L. au același contabil. Acest argument nu este relevant situației, deoarece atribuțiile contabilului nu au nici o tangență cu participarea la licitațiile publice și desfășurarea acestora. Deci, faptul că ambele întreprinderi au același contabil nu au putut cumva să influențeze rezultatele licitațiilor publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 atât timp, cât contabilul nu are atribuții de funcție tangențiale cu pregătirea pentru procedura de participare la licitații ale întreprinderii.

În decizie Consiliul Concurenței invocă faptul că urmare a atribuirii contractelor de achiziții publice de către Autoritatea Contractantă (Procuratura Generală), S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. ca participanți la procedură au contestat în mod intenționat doar atribuirea contractului companiei „Rețele terestre” S.R.L., chiar dacă pentru alt lot era desemnată câștigătoare și oferta "BTS PRO" SRL. Referitor la acest aspect, S.C. „MSA Grup” S.R.L. informează că nu s-a înaintat o contestație în mod intenționat doar împotriva operatorului economic "Rețele terestre" SRL.

Licitația publică nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 la care S.C. „MSA Grup” S.R.L. a depus contestație avea ca obiect achiziționarea programelor licențiate și programelor antivirus și era alcătuită din 2 loturi. Primul lot a fost atribuit către S.C. „BTS PRO” S.R.L. iar al doilea – „Rețele terestre” S.R.L.

Menționează că, oferta S.C. „BTS PRO” S.R.L. nu a fost contestată, deoarece nu a identificat careva abateri, în plus, că este partener direct al producătorului spre deosebire de ceilalți operatori economici și inevitabil oferă cel mai mic preț.

Contestația a fost depusă împotriva „Rețele terestre” S.R.L., deoarece oferta depusă de acest operator economic nu corespundea în totalitate cerințelor și specificațiilor solicitate de Autoritatea Contractantă în documentația de atribuire. Subsecvent, faptul că și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. a identificat această

necorespundere la atribuirea contractului de achiziție publică societății „Rețele terestre S.R.L. nu îl privează de dreptul de a depune o contestație în acest sens. Or, conform art. 76 alin. (1) Legea privind achizițiile publice, orice persoană care are sau a avut un interes la obținerea unui contract de achiziție publică și care consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică un act al autorității contractante a vătămat un drept al său recunoscut de lege, în urma cărui fapt a suportat sau poate suporta prejudicii, este în drept să conteste actul respectiv în modul stabilit de prezenta lege.

Indică reclamanta S.C. „MSA Grup” S.R.L. că faptul depunerii contestației doar împotriva unui operator economic nu înseamnă că procedura se va analiza doar în limita solicitărilor din contestație. Or, în cazul în care se constată careva abateri chiar dacă acestea nu sunt indicate în contestație, Agenția Națională pentru Soluționarea Contestației din oficiu va soluționa această neconformitate.

Constată că argumentul Consiliului Concurenței prin care se indică că S.C. „MSA Grup” S.R.L. în mod intenționat a contestat doar oferta „Rețele terestre” S.R.L. nu este unul temeinic și obiectiv în contextul în care la depunerea contestației Agenția Națională pentru Soluționarea Contestației se poate expune și asupra celorlalte aspecte neinvocate de contestator, în acest sens inclusiv și asupra ofertei S.C. „BTS PRO” S.R.L., dacă era cazul.

Indică că, Consiliul Concurenței în decizie menționează că în cadrul investigației s-a identificat despre organizarea training-urilor comune pentru salariații companiilor vizate. La acest aspect indică că, în principal, această constatare nu are nici o relevanță obiectului investigației în baza căreia s-a emis decizia nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2017. Faptul că salariații întreprinderilor au fost instruiți în cadrul acelorași ore de training nu poate influența rezultatele procedurilor de achiziție sau organizarea unor licitații truate.

Totodată, faptul organizării unor training-uri comune nu încalcă careva practici concurențiale, deoarece atât timp cât și la celelalte întreprinderi genurile de activitate sunt comune, respectiv și aspectele predate în cadrul training-urilor sunt comune. Or, întreprinderea organizatoare a training-urilor are aceleași subiecte comune pe care le comunică specialiștilor din același domeniu indiferent din ce întreprinderi fac parte participanții.

Mai indică că nu este de acord cu argumentul invocat de Consiliul Concurenței precum că S.C. „MSA Grup” S.R.L. în mod intenționat nu a prezentat tot setul de acte necesare pentru participare la licitație publică pentru a favoriza întreprinderea S.C. „BTS PRO” S.R.L. Ca argument menționează că obiectul licitațiilor publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 constituia tehnica de calcul, programe licențiate și programe antivirus. Actualmente pe piața R.M. sunt foarte mulți operatori economici care oferă tehnică de calcul și programe

licențiate sau antivirus. De aceea era evident că la procedurile de achiziție publică menționate în decizie urmau să mai participe și alți operatori economici.

Prezentarea incompletă a pachetului de documente nu are cum să influențeze atribuirea contractului de achiziție publică anume către S.C. „BTS PRO” S.R.L. în cazul în care este evidentă participarea unui număr mai mare de operatori economici, iar atribuirea se va face în baza evaluării și selectării ofertei cele mai avantajoase. Acest fapt a fost confirmat nemijlocit prin rezultatele procedurii de achiziție publică nr. 17/01728 din 22 iunie 2017, unde lotul nr. 1 a fost câștigat de către „Accent Electronic” S.R.L. cu oferta în sumă de 1424640,00 lei. La această licitație S.C. „BTS PRO” S.R.L. a fost desemnată câștigătoare doar pentru lotul 2 cu prețul ofertei de 339945 lei. Deci, în mod evident câștigătoare pentru lotul mai avantajos a fost un alt operator economic, iar faptul descalificării S.C. „MSA Grup” S.R.L. nu a putut influența nicidecum oferta S.C. „BTS PRO” S.R.L. în contextul în care au fost și alți participanți economici la licitație și au prezentat oferte mai avantajoase.

Consideră că un alt argument important în susținerea solicitării de anulare a deciziei nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 este faptul că Consiliul Concurenței nu a individualizat cuantumul sancțiunii aplicată către S.C. „MSA Grup” S.R.L. Or, art. 72 alin. (2) Legea concurenței reglementează că 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. Totodată, conform alin. (3) al aceluiași articol, nivelul de bază al amenzii calculat pentru gravitatea faptei constituie: c) de la 2% până 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, producând efecte pe zone întinse..

Consiliul Concurenței a aplicat față de întreprinderile S.C. „MSA Grup” S.R.L., S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. cuantumul maxim al sancțiunii de 4%. Menționează însă că urma să fie o individualizare pentru fiecare întreprindere a sancțiunii aplicate, mai ales în contextul în care

nemijlocit la S.C. „MSA Grup” S.R.L. nici nu s-a efectuat careva investigații, decizia fiind luată în baza investigațiilor efectuate la S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L.

Cuantumul sancțiuni aplicate a fost stabilit pentru toate întreprinderile în mod egal, fără o justificare a aportului fiecăruia la faptele imputate acestora.

Mai indică că în decizia nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 Consiliul Concurenței indică că circumstanțe agravante și atenuante, prevăzute de art. 73 din Legea concurenței nu au fost reținute. Astfel, S.C. „MSA Grup” S.R.L. își exprimă dezacordul asupra acestei concluzii, deoarece investigația nici nu s-a desfășurat cu participarea întreprinderii sau contribuirea acesteia cu careva acțiuni/acte. Deci, S.C. „MSA Grup” S.R.L. din start a fost privată de dreptul de a determina existența unor circumstanțe atenuante. Cu atât mai mult, că pe lângă circumstanțele atenuante indicate exhaustiv în Legea concurenței, art. 73 alin. (4) stipulează că lista circumstanțelor atenuante menționate la alin. (3) nu este exhaustivă. S.C. „MSA Grup” S.R.L. nu doar că a fost privată de posibilitatea de a determina apariția circumstanțelor atenuante prevăzute expres de lege, dar și de alte circumstanțe care urmau să aibă ca efect micșorarea cuantumului sancțiunii.

Prin decizia Consiliului Concurenței se invocă implicarea S.C. „MSA Grup” S.R.L. într-un acord concurențial prin denaturarea și restrângerea concurenței prin participarea cu oferte trucate la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală și aplicarea unei amenzi impunătoare în acest sens, cu invocarea unor argumente irelevante acestor licitații reprezintă o imixiune în afacerile private. Or, scopul Legii concurenței conform art. 2 se rezumă la următoarele, prevederile prezentei legi se aplică faptelor acțiuni sau inacțiuni ce au ca obiect sau au ori pot avea ca efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței, precum și faptelor acțiuni de concurență neloială. Deci, scopul Legii concurenței este de a preveni careva acțiuni care afectează concurența și nicidecum imixiunea în activitatea unei întreprinderi în măsură în care nu încalcă cadrul legal concurențial.

Consiliul Concurenței în speță își întemeiază decizia pe niște probe nepertinente obiectului investigației. Astfel, emiterea unei decizii ce are la bază argumente care nu sunt relevante obiectului investigației este neîntemeiată, abuzivă și limitează în mod direct drepturile și libertățile întreprinderii. Cu atât mai mult, în cazul în care rezultatul deciziei are ca efecte aplicarea amenzii, decizia urmează să fie probată suficient, concludent și util, deoarece prin atare acțiuni se afectează în mod direct drepturile patrimoniale ale S.C. „MSA Grup” S.R.L.

Cere reclamanta S.C. „MSA Grup” S.R.L. să fie anulată decizia Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018.

La 10 august 2018, S.C. „Esempla Systems” S.R.L. a depus acțiunea în procedura contenciosului administrativ împotriva Consiliului Concurenței în care indică că la data de 11 iulie 2018 a fost recepționată decizia Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018, expediată prin scrisoarea nr. DA-06/340-1607 din 05 iulie 2018. Prin această decizie Consiliul Concurenței a decis: a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, nr. 183 din 11 iulie 2012, de către S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. prin încheierea unui acord anticoncurențial, care are ca obiect denaturarea și restrângerea concurenței prin participarea cu oferte trucate la licitația publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 organizată și desfășurată de Autoritatea Națională de Integritate; a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, nr. 183 din 11 iulie 2012, de către S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. prin încheierea unui acord anticoncurențial, care are ca obiect denaturarea și restrângerea concurenței prin participarea cu oferte trucate la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 organizate și desfășurate de către Procuratura Generală; a aplica S.C. „Esempla Systems” S.R.L. o amendă în mărime de 216252,36 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017. Sumele prevăzute la pct. 3-5 se achită în bugetul de stat în termen de 60 de zile lucrătoare de la data comunicării prezentei decizii.

S.C. „Esempla Systems” S.R.L. consideră că decizia este abuzivă și ilegală care este pasibilă de a fi anulată, din următoarele motive.

În baza dispoziției nr. 42 din 27 decembrie 2017 de către Consiliul Concurenței a fost inițiată investigația cu privire la semnele încălcării prevederilor art. 5 Legea Concurenței de către întreprinderile S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. participante în cadrul următoarelor proceduri de achiziții publice: licitația publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 organizată și desfășurată de Autoritatea Națională de Integritate; licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 organizate și desfășurate de Procuratura Generală a R.M.

La 12 aprilie 2018 S.C. „Esempla Systems” S.R.L. a recepționat raportul de investigație aferent cazului inițiat prin dispoziția de inițiere nr. 42 din 27 decembrie 2017 expediat prin scrisoarea nr. DA-06/335-846 din 10 aprilie 2018. În raport s-a propus constatarea încălcării prevederilor art. 5 alin. (3) lit. d) Legea concurenței de către S.C. „Esempla Systems” S.R.L., S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. prin participarea cu oferte trucate în cadrul licitațiilor indicate și aplicarea amenzii în conformitate cu art. 72 Legea concurenței.

Luând cunoștință de Raportul menționat și ținând cont de dreptul prevăzut la art. 59 alin. (3) Legea concurenței, la 29 mai 2018 S.C. „Esempla Systems” S.R.L.

a depus observații asupra raportului. În observații a argumentat neveridicitatea concluziilor expuse în raport și a solicitat respingerea propunerii de sancționare a întreprinderii.

Consiliul Concurenței a ignorat obiecțiile și la data de 28 iunie 2018 a adoptat decizia contestată, prin care a constatat încălcarea legislației concurențiale.

În susținerea deciziei nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 Consiliul Concurenței a invocat așa argumente precum: formularele de ofertă (F3.1) ale întreprinderilor S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. participante la licitația publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 desfășurate de către ANI sunt similare ca formă și conțin aceleași similitudini care nu se regăsesc în formularul ofertei (F3.1) din documentația standart; formularele de ofertă (F3.1) ale întreprinderilor S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. participante la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală conțin aceeași greșeală de formatare existentă în punctul f) și anume „în conformitate cu cu FD7”; întreprinderile S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. participante la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală au prezentat incomplet setul de documente; întreprinderile S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „BTS PRO” S.R.L. participante la licitația publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 organizată și desfășurată de Autoritatea Națională de Integritate publice și licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală dispun de încăperi pe aceeași adresă (mun. Chișinău, str. Ion Creangă 6V), iar anterior acestea au dispus de încăperi pe adresa mun. Chișinău, str. Alba Iulia 75; întreprinderile S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. participante la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 desfășurate de Procuratura Generală pentru o perioadă relativ scurtă au avut depozit pe adresa bd. Ștefan cel Mare și Sfânt nr. 196.

Reclamanta consideră că decizia este nefondată, neîntemeiată și adoptată pe deduceri subiective fără un suport probator pertinent, concludent și elocvent obiectului investigației.

În decizia nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 Consiliul Concurenței a aplicat amendă și indică încheierea unui acord concurențial între S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și S.C. „BTS PRO” S.R.L. prin participarea cu oferte trucate la licitația publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 organizată de Agenția Națională de Integritate.

Obiectul procedurii de achiziție publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 a fost achiziționarea serviciilor de digitizare și procesare a declarațiilor de avere și interese personale depuse în 2016. Singurul aspect care a trezit dubii neclare pentru

reprezentanții Consiliului a fost careva asemănări în formularul ofertei de participare, și anume greșeala textuală „cu cu”. Aduce la cunoștință că toate formularele ce urmează a fi completate pentru participarea la procedurile de achiziție publică au o formă standard. Formularele în cauză sânt aprobate oficial prin ordinul Ministerului Finanțelor nr. 71 din 24 mai 2016 cu privire la aprobarea Documentației standard pentru realizarea achizițiilor publice de bunuri și servicii. Astfel, completarea unor acte tipizate pot genera unele greșeli gramaticale comune și pot avea caracter similar întrucât datele ce se adaugă sânt de un număr restrâns.

Cu privire la argumentele ce țin de faptul că S.C. „Esempla Systems” S.R.L., S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „BTS PRO” S.R.L. își desfășoară activitatea la aceeași adresă sau au deținut pe o perioadă scurta de timp un depozit comun, sunt niște probe irelevante acestei proceduri de achiziție publică. Locul desfășurării activității nu influențează politica întreprinderii, principiile de activitatea a acesteia sau modul de asigurarea a interacțiunii cu alte entități. Numeroase imobile în acest sens, oferă în chirie anume spații pentru desfășurarea activităților întreprinderilor, ceea ce înseamnă că într-un imobil se pot afla zeci de întreprinderi diferite, inclusiv concurenți. Acest fapt este o practică sănătoasă într-un spațiu de economie actuală. În context menționează prevederile art. 1 din Legea cu privire la antreprenariat și întreprinderi.

Fiecare întreprindere în mod independent și individual își organizează activitatea în așa măsură ca să fie satisfăcut scopul pentru care a fost creată, inclusiv în mod independent selectează locul de desfășurare a activității. Aceleași argumente sunt valabile și pentru deținerea depozitului comun. Doar că în acest caz, depozitul nu numai că a fost deținut anterior desfășurării procedurii de achiziție publică organizată de Autoritatea Națională de Integritate, dar și a fost comun pentru o perioadă foarte scurtă de timp.

Consideră dubios că Consiliul Concurenței în baza unor astfel de argumente, pentru procedura de achiziție publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 învinuiește întreprinderea de un acord anticoncurențial și mai mult ca atât îl califică ca unul pe orizontală de tip cartel dur. Conform art. 7 alin. (1) 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: a) fixarea prețurilor de vânzare a produselor către terți; b) limitarea producției sau a vânzărilor; c) împărțirea piețelor sau a clienților; d) participarea cu oferte truate la licitații sau la alte forme de concurs de oferte.

Indică că, legea stabilește exhaustiv cazurile când un acord concurențial poate fi calificat de tip cartel dur. În așa mod se restrânge capacitatea de a face exces de această prevedere. Consiliul Concurenței argumentează atribuirea unei astfel de

calificări acțiunilor S.C. „Esempla Systems” S.R.L. în baza art. 7 alin. (1) lit. d), participarea cu oferte trucate la licitații sau la alte forme de concurs oferte, însă în sensul anume participării la licitații cu oferte trucate nu se aduc probe care ar arăta că într-adevăr s-a urmărit ori s-a atins scopul înaintării unei oferte trucate.

Amintește că, conform art. 7 alin. (2) Legea concurenței, prin natura cartelurilor dure, ca fiind cele mai grave acorduri anticoncurențiale, se prezumă că acestea, prin obiectul lor, au capacitatea de a împiedica, restrânge sau denatura concurența.

Legea condiționează efectul cartelurilor dure și anume ca existența acestora să aibă ca rezultat împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței. Nu este clar în ce măsură desfășurarea activității într-un imobil comun, necontestarea ofertei unui operator economic când acesta prezintă oferte avantajoase sau alte argumente similare invocate de Consiliul Concurenței poate să creeze convingerea, dincolo de un dubiu rezonabil că acțiunile întreprinderilor vizate au fost îndreptate spre participarea cu oferte trucate în cadrul vreunei licitații concrete și urmăreau scopul restrângerii concurenței. În atare situație apare întrebarea temeiniciei și legalității deciziei prin care se învinuiește de unul din cele mai grave acorduri anticoncurențiale în măsura în care se invocă în mare măsură probe nerelevante și nepertinente obiectului investigației.

Referitor la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 organizate și desfășurate de către Procuratura Generală indică că, Consiliul Concurenței ca probă directă invocă aceeași greșală gramaticală admisă în formularul ofertei „cu cu,„. Pe lângă argumentele invocate vis-a-vis de acest aspect suplimentar menționează că în mare parte dacă genul de activitate al întreprinderii este același și la toate procedurile de achiziție publică se vine cu obiecte similare, este o greșală mecanică, comisă de persoana responsabilă de completarea acestor formulare tipizate, care admite că copie conținuturile similare dintr-un formular în altul.

O altă probă menționată de Consiliul Concurenței la procedurile de achiziție publică organizate de Procuratura Generală este neprezentarea de către reclamantă și S.C. „MSA Grup” S.R.L. a tuturor documentelor solicitate de autoritatea contractantă. Acest aspect îl consideră pe de o parte abuziv din partea Consiliului Concurenței care impune sau ar indica obligativitatea prezentării a careva documente, reprezentând un amestec în activitatea întreprinderii, iar pe de altă parte, menționează că neprezentarea nu a fost deloc una intenționată sau convenită cu alți operatori economici, întrucât S.C. „Esempla Systems” S.R.L. când se angajează într-o procedură de achiziție publică dorește să câștige concursul și nicidecum cedarea către alt operator economic, deoarece, în mare parte,

principalele venituri ale întreprinderii sunt obținute anume din participarea la licitații.

Ca și la procedura de achiziție publică organizată de Autoritatea Națională de Integritate la aceste proceduri de achiziție se invocă probele deținerii depozitului comun pe un timp scurt și desfășurarea activității în același imobil. Consideră un suport probator nepertinent obiectului investigației. Or, sediul și depozitul comun de fapt țin de niște activități de ordin organizatoric al întreprinderii și nu poate determina trucarea ofertelor desfășurate de Procuratura Generală.

Constată repetat că nici una din pretinsele probe invocate în decizie nu indică asupra careva fapte de coordonare a acțiunilor în cadrul procedurilor de achiziție publică desfășurate de Procuratura Generală cu implicarea întreprinderilor S.C. „MSA Grup” S.R.L., S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. Întreprinderile în cauză sânt concurenți și este ilegal de a considera altfel, doar pe motiv că își desfășoară activitatea într-un imobil comun sau că participă la evenimente de interes comun. Or, în conformitate cu art. 52 Legea concurenței, alin. (3), în procedura de examinare a presupuselor cazuri de încălcare a legislației concurențiale, sarcina probei încălcării îi revine Consiliului Concurenței, iar alin. (5) prevede că în scopul aplicării prezentei legi, Consiliul Concurenței admite atât probe directe, cât și probe indirecte. Probe directe sânt depozițiile martorilor sau ale altor persoane, probele materiale, înscrisurile, înregistrările audio și/sau video, concluziile experților și orice alte dovezi care probează în mod expres existența sau lipsa unei încălcări ale legii. Probe indirecte sânt probele care dau naștere unei concluzii logice precum că o încălcare a legii există sau a existat la un moment dat ori nu există și nu a existat la un moment dat.

La fel, consideră că sancțiunea aplicată de Consiliul Concurenței în decizia nr. DA-42/17- 48 din 28 iunie 2018 este neargumentată și exagerată. Conform deciziei s-a aplicat o amendă în mărime de 216252,36 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017. Quantumul sancțiunii Consiliul Concurenței îl întemeiază pe art. 72 alin. (3) Legea concurenței care prevede că nivelul de bază al amenzii calculat pentru gravitatea faptei constituie: c) de la 2% până 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, producând efecte pe zone întinse ale acesteia.

Indică că legea oferă posibilitatea de a stabili individualizat, pentru fiecare întreprindere, quantumul și plafonul sancțiunii în limitele indicate. În acest caz,

Consiliul Concurenței a aplicat însă valoarea maximă a sancțiunii de 4% pentru toate întreprinderile menționate în decizie, fără ca să existe o argumentare sau stabilire exhaustivă și concretă a gravității acțiunilor invocate în raport cu plafonul sancțiunii. Cu atât mai mult, că în aceeași decizie Consiliul Concurenței menționează că nivelul de bază al amenzii pentru încălcarea normelor material ale legislației concurențiale se determină în funcție de gravitatea și durata faptei. În speță apare întrebarea dacă pentru argumentele puse la baza deciziei, cum ar fi o greșeală mecanică într-un act tipizat sau desfășurarea activității într-un imobil unde își desfășoară activitatea și alți agenți economici este echitabil de a fi stabilit plafonul maxim al sancțiunii. Or, legea anume în vederea individualizării sancțiunilor săvârșite de întreprindere, rolul și gradul de implicare a acesteia într-o faptă, stabilește o marjă de minim și maxim, pentru care se poate opta, în caz contrar, dacă pentru fapte diferite cu gravități ale faptei diferite se aplică aceeași sancțiune legea urmă să indice o cotă fixă.

Totodată, atenționează că legea indică ca marja sancțiunii se stabilește și în dependență de durata faptei. Obiectul investigației sânt proceduri de achiziții publice care s-au desfășurat la un interval de 3 zile, 19 iunie 2017 și, respectiv, 22 iunie 2017. Se conchide că pentru fapte unde întreprinderile încalcă principiile concurențiale pentru perioade îndelungate Consiliul va aplica aceeași sancțiune, ceea ce este inequitabil.

Atrage atenția că, în anul 2017 reclamanta a înregistrat un profit de doar 493 mii lei. Respectiv, sancțiunea aplicată de Consiliul Concurenței reprezintă jumătate din suma obținută legal de către reclamantă din activitatea de întreprinzător.

Referitor la unele constatări de ordin general indicate în decizie de către Consiliul Concurenței care nu se atribuie licitațiilor publice ce fac obiectul investigației indică că în decizia nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 Consiliul Concurenței mai face trimitere tangențial și la faptul că reclamanta nu contestă în cadrul procedurilor de achiziție publică care fac obiectul investigației rezultatele în cazul când este desemnată câștigătoare oferta S.C. „BTS PRO” S.R.L. La această mențiune informează că o procedură de achiziție publică urmează a fi contestată în cazul în care se identifică careva abateri sau necorespunderi. În art. 76 Legea privind achizițiile publice se prevede că orice persoană care are sau a avut un interes în obținerea unui contract de achiziție publică și care consideră că în cadrul procedurilor de achiziție publică un act al autorității contractante a vătămât un drept al său recunoscut de lege, în urma cărui fapt a suportat sau poate suporta prejudicii, este în drept să conteste actul respectiv în modul stabilit de prezenta lege. Deci, legea exhaustiv stabilește condiționarea încălcării unul drept al contestatorului recunoscut de lege. În cazul în care nu sunt identificate atare acțiuni, nu ar fi rezonabilă contestarea, mai degrabă ar apărea un dubiu din partea

autorității competente de examinare a contestațiilor că S.C. „Esempla Systems” S.R.L. cu rea credință dorește să suspende sau să stopeze nemotivat desfășurarea unor proceduri, ceea ce contravine în mod elocvent principiilor egalității și concurenței loiale între operatorii economici.

Consiliul Concurenței mai menționează în textul Deciziei că pentru salariații S.C. „Esempla Systems” S.R.L., S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „BTS PRO” S.R.L. se organizează training-uri comune. Consideră din nou o constatare nerelevantă obiectului investigației. Se cunoaște că, în general, training-urile nu au ca scop instruirea doar unei întreprinderi, ci mai degrabă instruirea unor categorii de specialiști în vederea calificării profesionale a acestora. Odată ce aceste trei întreprinderi au genuri de activitate similare, organizarea unor traininguri cu teme comune nu încalcă careva principii anticoncurențiale, mai ales în contextul în care temele relatate și specifica acestor activități inevitabil au fost expuse și altor specialiști de la companii terțe care au genuri de activitate tangențiale cu cele ale reclamantei. Training-urile vin ca o pregătire profesională și nu sunt subiective, legate doar de o întreprindere, ci de calificarea salariatului, în general, la desfășurarea unei profesii. Or, conform art. 214 alin. (1) Codul muncii, salariatul are dreptul la formare profesională, inclusiv la obținerea unei profesii sau specialități noi.

Cere reclamanta S.C. „Esempla Systems” S.R.L. anularea deciziei Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018.

Poziția instanței de fond:

Prin hotărîrea Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani din 19 martie 2020, s-a anulat decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018.

Solicitările apelanților :

La data de 06 aprilie 2020, Consiliul Concurenței a declarat apel împotriva hotărîrii instanței de fond solicitînd admiterea cererii de apel, casarea integrală a hotărîrii Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani din 19 martie 2020, cu pronunțarea unei noi hotărîri de respingere a acțiunii.

Termenul de declarare a apelului :

Conform art. 231 alin.(1) din Codul administrativ, hotărîrile judecătoriilor adoptate în contenciosul administrativ pot fi contestate cu apel.

Potrivit art.232 alin.(1), (2) din Codul administrativ, apelul se depune la instanța de judecată care a emis hotărîrea contestată în termen de 30 de zile de la pronunțarea dispozitivului hotărîrii, dacă legea nu stabilește un termen mai mic.

Motivarea apelului se prezintă la instanța de apel în termenul de 30 zile de la data notificării hotărîrii motivate.

Din materialele pricinii urmează că, hotărîrea contestată a fost pronunțată la data de 19 martie 2020, cererea de apel a fost înregistrată la data 06 aprilie 2020, hotărîrea motivată a instanței de fond fiind recepționată de apelant la 19 iunie 2020, apelul motivat a fost depus la 10 iulie 2020. Astfel, instanța conchide că apelul nemotivat și cel motivat au fost depuse în termenii prevăzuți de lege.

Argumentele părților:

În motivarea cererii de apel înaintate de reprezentantul Consiliului Concurenței, s-a indicat că, instanța de fond nu a luat în considerare toate probele și circumstanțele constatate în Decizie și enunțate ulterior în cadrul ședinței de judecată precum formularele depuse de „BTS PRO” SRL și „ESEMPLA SYSTEMS” la licitația publică nr. 239/17 din 19.06.2017 au suferit modificări esențiale față de textul formularelor standard publicate și remise de autoritatea contractantă participanților pentru a fi completate, și anume: Textul „Data depunerii ofertei:”, a fost înlocuit de ambele întreprinderi cu cuvântul „Data:”; La lit. a) sintagma: „documente de atribuire” a fost înlocuită cu textul „documente de licitație”; La lit. b) sintagmele: „documente de atribuire”; „specificațiile tehnice și de preț”; „bunuri și/sau servicii” au fost substituite cu următoarele sintagme „documente de licitație”; „specificațiile tehnice și de formare a prețurilor” „bunuri”; La lit. f) sintagma: „în conformitate cu FDA7” s-a substituit cu sintagma „în conformitate cu cu FDA7”.

Consiliul Concurenței a reținut că există o posibilitate minimă de modificare a unui text deja prestabilit, de două întreprinderi care trebuie să-și alcătuiască ofertele individual, exact cu aceleași cuvinte a acelorași sintagme care de fapt, nu trebuia a fi modificate. Existența acestor „coincidențe” conturează cu un grad ridicat de probabilitate că aceste formulare de ofertă au fost perfectate și modificate de către aceeași persoană sau același grup de persoane.

La acest capitol, instanța de fond, doar a menționat că „documentația standard pentru realizarea achizițiilor publice de bunuri și servicii a fost aprobată conform Ordinului Ministerului Finanțelor cu privire la aprobarea Documentației standard pentru realizarea achizițiilor publice de bunuri și servicii nr. 71 din 24 mai 2016 (în vigoare până la data de 12 octombrie 2018) și se prezintă ofertanților de autoritatea contractantă.”, fără a lua în considerare cele constatate de Consiliul Concurenței în decizie, și anume că întreprinderile au modificat formularul pus la dispoziție de autoritatea contractantă. Prin urmare, probele enunțate au fost examinate arbitrar de către instanța de fond.

Instanța de fond nu a luat în considerare nici circumstanța probată de Consiliul Concurenței și anume: în vederea corespunderii condițiilor „Număr minim de specialiști certificați” și „Numărul minim de specialiști certificați în produsul antivirus propus”, întreprinderea „BTS PRO” SRL a prezentat certificatul cet. Nicolae Badareu.

Nicolae Badareu, prezentat ca specialist al „BTS PRO” SRL, în perioada desfășurării licitației publice nr. 17/01732 din 22.06.2017 era de fapt angajatul întreprinderii „ESEMPLA SYSTEMS” SRL, fapt confirmat prin informațiile privind personalul salariat în anul 2017, prezentate de întreprinderea „ESEMPLA SYSTEMS” SRL în cadrul inspecțiilor din 12.02.2018 și 13.02.2018.

Această probă este imperios necesar a fi luată în considerare întrucât demonstrează faptul că întreprinderile își „împrumută” specialiștii pentru a facilita întreprinderile concurente să se califice la procedura de achiziții desfășurată. Neluarea în considerare a acestei circumstanțe demonstrează nepărtinirea instanței și examinarea sumară a cauzei de către instanța de fond.

La fel, instanța de fond a omis să ia în considerare faptul că, din informațiile din registrele de depunere a ofertelor pentru licitația publică nr. 239/17 din 19.06.2017 organizată și desfășurată de către ANI și licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22.06.2017, organizate și desfășurate de către PG, cât și a informațiilor din formularele de oferte prezentate de către întreprinderile „BTS PRO” SRL, „ESEMPLA SYSTEMS” SRL și „MSA GRUP” SRL s-a constatat faptul, că angajatul întreprinderii „BTS PRO” SRL - Anatolie Roșca reprezintă întreprinderea „ESEMPLA SYSTEMS” SRL în cadrul licitației publice nr. 239/17 din 19.06.2017 organizată și desfășurată de către ANI, iar în cadrul celor două licitații publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22.06.2017, organizate și desfășurate de către PG, aceiași persoană, a depus ofertele din numele întreprinderii „BTS PRO” SRL.

Or, luarea în considerare a acestei probe, este esențială soluționării cauzei de către instanță, întrucât, prin aceasta se demonstrează clar și fără echivoc colaborarea întreprinderilor participante la achizițiile publice în calitate de concurenți. Este evident faptul că reprezentanții/angajații aceleiași întreprinderi („BTS PRO” SRL), au depus oferte de participare la aceiași procedură achiziții publice, din numele a două întreprinderi („BTS PRO” SRL și „ESEMPLA SYSTEMS” SRL) care se declară a fi, și sunt, întreprinderi independente și concurente, depunând oferte de participare diferite, la aceiași licitație din numele a două întreprinderi. Este evidentă voința reprezentanților întreprinderilor de a depune oferte formale în vederea trucării ofertelor la licitații.

Instanța de fond nu a luat în considerare nici circumstanțele descrise în decizie și anume faptul că întreprinderile „MSA GRUP” SRL și „ESEMPLA

SYSTEMS” SRL au contestat parțial rezultatele licitației publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22.06.2017 organizate și desfășurate de către PG. Mai exact, acestea au contestat doar loturile pe care le-au câștigat întreprinderile „ACCENT ELECTRONIC” SRL și „REȚELE TERESTRE” SRL.

Loturile pe care întreprinderea „BTS PRO” SRL le-a câștigat, nu au fost contestate de „MSA GRUP” SRL și „ESEMPLA SYSTEMS” SRL. Observă că în cererea de chemare în judecată, reprezentantul întreprinderii „ESEMPLA SYSTEMS” SRL recunoaște schimbul de observații sensibile referitor la prețurile „BTS PRO” SRL, fapt important ce le-a permis coordonarea comportamentului adoptat ulterior de participare cu oferte trucate la licitații publice.

Această circumstanță analizată în mod individual și separat de restul probatoriului, nu poate demonstra înțelegerea anticoncurențială dintre întreprinderi, însă, este o circumstanță și probă indirectă, care, cumulată cu restul probelor directe și indirecte administrate, constituie ansamblul datelor pertinente care trebuie a fi luate în considerare pentru aprecierea obiectivă a constatărilor efectuate de Consiliul Concurenței, deoarece acestea sunt de natură să susțină concluziile expuse în decizia Plenului Consiliului Concurenței.

Instanța de fond, nu a reținut și examinat nici probele care demonstrează schimbul de informații sensibile între întreprinderile concurente „BTS PRO” SRL, „MSA GRUP” SRL și „ESEMPLA SYSTEMS” SRL, și anume: a) Fișierul în format electronic cu denumirea „План работы сейлов-Nicov- PC” găsit la întreprinderea „BTS PRO” SRL care conține planificări și dări de seamă despre activități (întâlniri sau sunete), numele managerului, clientul, participanții la discuții, subiectul discuției, comentarii la discuții și rezultatul acestora. În fișierul respectiv se regăsesc nume precum „Nicov” și „Roșca”. Roșca Anatolie (este manager în comerț în cadrul întreprinderii „BTS PRO” SRL, iar Nicov Ion este administratorul întreprinderii „MSA GRUP” SRL. Astfel, s-a constatat că baza de date privind acțiunile întreprinse și cele planificate cu clienții existenți și potențiali ai „BTS PRO” SRL și „MSA GRUP” SRL este comună.

La întreprinderea „BTS PRO” SRL au fost depistate două oferte de participare ale întreprinderii „MSA GRUP” SRL la alte licitații publice, cât și contractul de achiziționare a echipamentului de rețea nr. 29 din 24.11.2017, încheiat între „MSA GRUP” SRL și Centrul Tehnologii Informaționale și Comunicaționale în Educație. Astfel, se demonstrează practica ilegală a întreprinderilor de a efectua schimbul de informații strategice privind ofertele de participare în cadrul procedurilor de achiziții publice și contractele încheiate cu autoritatea contractantă.

Mesajul din cutia poștală a dnei Tatiana Berlinschi - director de vânzări a „ESEMPLA SYSTEMS” SRL, din 20.10.2017 către andrian.sova@mai.gov.md cu

tema: Inventory management_ Oferta Esempla etapa II, din textul căruia se conchide că oferta a fost transmisă ca urmare a discuției cu Ion Nicov, fapt expres prevăzut în scrisoarea electronică.

Mesajul din cutia poștală a dnei Tatiana Berlinschi, adresat lui Ion Nicov prin care a fost remisă varianta prefinală a contractului de achiziționare a serviciilor de suport și mentenanță a Sistemului electronic „e-Integritate”, încheiat între „ESEMPLA SYSTEMS” SRL și ANI. Or, conform mesajului din 25.10.2017, la ora 16:33 Adela Griciuc (adela.griciuc@ani.md) a remis în adresa Tatianei Berlinschi varianta prefinală redactată, iar la ora 16:36, acest mesaj a fost redirectionat la adresa lui Ion Nicov.

Din aceste circumstanțe se evidențiază comunicarea și coordonarea informațiilor strategice între „MSA GRUP” SRL și „ESEMPLA SYSTEMS” SRL prin consultarea prevederilor contractuale a concurenților cu autoritățile contractante și la etapa negocierii și încheierii contractelor.

Mesajele din cutia poștală electronică a Tatianei Berlinschi, referitoare la invitațiile de participare în cadrul diferitor proceduri de licitație.

Mesajele din cutia poștală electronică a Tatianei Berlinschi, referitoare la invitațiile de participare împreună la traininguri corporative.

Toate aceste probe, directe și indirecte, nu au fost examinate și nu au fost apreciate de instanța de fond, conform cerințelor art. 22 și art. 194 al Codului administrativ, or acest fapt contravine obligației pozitive a instanței de judecată de a cerceta multiaspectual, complet, nepărtinitor și nemijlocit toate probele existente la materialele cauzei, în ansamblul și interconexiunea lor, conform dispozițiilor art. 130 alin. (1) Cod de procedură civilă.

Poziția părților în ședința de judecată:

În ședința de judecată a instanței de apel, reprezentantul apelantului Consiliul Concurenței - Josan Cristina a solicitat admiterea cererii de apel pe motivele de fapt și de drept invocate.

Reprezentantul intimatului S.C. „Esempla Systems” S.R.L. – avocatul Lunca Ion în ședința de judecată, cât și prin referința depusă la data de 27 iulie 2020 a solicitat respingerea apelului ca fiind neîntemeiat, cu menținerea hotărârii instanței de fond ca fiind legală și întemeiată.

Reprezentanții intimaților S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „MSA Grup” S.R.L. – avocații Tabarcea Alexandr și Iosip Andrei nu s-au prezentat în ședința de judecată, însă au depusă cereri de amânare a cauzei.

Potrivit art.239 alin. (2) din Codul administrativ, participanții la proces se citează. În citație se comunică locul, data și ora ședinței. Neprezentarea participanților la proces nu împiedică instanța de apel să decidă în privința

apelului.

Astfel încât, Completul judiciar a considerat posibil examinarea cauzei în lipsa participanților, care nu s-au prezentat în ședința de judecată a instanței de apel din motive necunoscute instanței, procedura de citare legală fiind respectată.

Totodată, este de menționat că la data de 27 iulie 2020, reprezentantul intimatului S.C. „MSA Grup” S.R.L. – avocatul Iosip Andrei a depus referință prin care a solicitat respingerea apelului ca fiind neîntemeiat, cu menținerea hotărârii instanței de fond ca fiind legală și întemeiată.

Aprecierea instanței de apel:

Audiind explicațiile participanților prezenți în proces, studiind materialele dosarului, Completul de contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții de Apel Chișinău consideră apelul neîntemeiat și care urmează a fi respins, cu menținerea hotărârii primei instanțe din considerentele ce succed.

Prin Legea nr.116 din 19 iulie 2018 a fost adoptat Codul Administrativ al Republicii Moldova.

În conformitate cu art. 257 alin. (1) din Codul administrativ, prezentul cod a intrat în vigoare la 01 aprilie 2019.

Conform art.258 alin.(3) Cod administrativ, procedurile de contencios administrativ inițiate pînă 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 pînă 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 doar a noilor reglementări procedurale. Prin urmare, Completul de contencios administrativ va judeca apelul în conformitate cu prevederile art. 258 alin. (3) al Codului administrativ, adică **conform reglementărilor materiale anterioare intrării în vigoare a noilor reglementări procedurale.**

În conformitate cu prevederile art.240 alin.(1) lit.a) Cod administrativ, examinînd cererea de apel, instanța de apel respinge apelul.

Potrivit art.194 alin.(1) Cod administrativ, în procedura în prima instanță, în procedura de apel și în procedura de examinare a recursurilor împotriva încheierilor judecătorești se soluționează din oficiu probleme de fapt și de drept.

În conformitate cu prevederile art.231 alin.(2) din Codul administrativ, pentru procedura în apel se aplică corespunzător prevederile cap. II din cartea a treia, dacă din prevederile prezentului capitol nu rezultă altceva.

Potrivit art.219 alin.(1) – (3) din Codul administrativ, instanța de judecată este obligată să cerceteze starea de fapt din oficiu în baza tuturor probelor legal admisibile, nefiind legată nici de declarațiile făcute, nici de cererile de solicitare a probelor înaintate de participanți. Instanța de judecată depune eforturi pentru înlăturarea greșelilor de formă, explicarea cererilor neclare, depunerea corectă a cererilor, completarea datelor incomplete și pentru depunerea tuturor declarațiilor necesare constatării și aprecierii stării de fapt. Instanța de judecată indică asupra aspectelor de fapt și de drept ale litigiului care nu au fost discutate de participanții la proces. Instanța de judecată nu are dreptul să depășească limitele pretențiilor din acțiune, însă, totodată, nu este legată de textul cererilor formulate de participanții la proces.

Din actele pricinii urmează cu certitudine faptul că, la data de 06 august 2018 S.C. „BTS PRO” S.R.L., la 07 august 2018, S.C. „MSA Grup” S.R.L. și la 10 august 2018, S.C. „Esempla Systems” S.R.L. au depus acțiuni în procedura contenciosului administrativ împotriva Consiliului Concurenței privind anularea deciziei Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018.

Judecând pricina în fond, prima instanță, prin hotărârea Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani din 19 martie 2020, a anulat decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018.

Completul judiciar constată că hotărârea instanței de fond este întemeiată, a fost adoptată cu aprecierea corectă a probelor administrate și aplicarea justă a normelor de drept material.

În corespundere cu prevederile art.221 alin.(2) din Codul administrativ, pentru procedura în apel se aplică corespunzător prevederile cap. II din cartea a treia, dacă din prevederile prezentului capitol nu rezultă altceva.

Prevederile art.220 alin.(1) al aceluiași act normativ, explică că, obținerea probelor în procedura contenciosului administrativ are loc conform art. 87–93.

Din art.93 din Codul administrativ, care stabilește sarcina probațiunii, se reține că, fiecare participant probează faptele pe care își întemeiază pretenția. Prin derogare de la prevederile alin. (1), fiecare participant probează faptele atribuite exclusiv sferei sale. Reglementări suplimentare sau derogatorii sînt admisibile doar în baza prevederilor legale.

În cadrul examinării cauzei, din analiza materialelor pricinii s-a stabilit cu certitudine că, prin dispoziția Plenului Consiliului Concurenței nr. 42 din 27 decembrie 2017 s-a dispus inițierea investigațiilor referitoare la semnele încălcării prevederilor art. 5 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către

întreprinderile „BTS PRO” S.R.L., S.C. „Esempla Systems” S.R.L. și MSA Grup S.R.L. participante în cadrul a două proceduri de achiziție publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017 organizată și desfășurată de Autoritatea Națională de Integritate, nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 organizate și desfășurate de către Procuratura Generală.

La 12 februarie 2018 și 13 februarie 2018 reprezentanții Consiliului Concurenței în baza dispoziției nr. 42 din 27 decembrie 2017 au efectuat inspecții la sediile reclamantelor S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L.

Completul de judecată reține că, în rezultatul inspecției a fost întocmit raportul prin care s-a propus: a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (3) lit. d) din Legea concurenței, nr. 183 din 11 iulie 2012, de către „BTS PRO” S.R.L., „Esempla Systems” S.R.L. prin participarea cu oferte trucate în cadrul licitației publice nr. 239/17 din 19 iunie 2017 organizată și desfășurată de către Autoritatea Națională de Integritate; a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (3) lit. d) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către „BTS PRO” S.R.L., „Esempla Systems” S.R.L. și „MSA Grup” S.R.L. prin participarea cu oferte trucate în cadrul licitației publice nr. 17/01728 din 22 iunie 2017 organizată și desfășurată de către Procuratura Generală a Republicii Moldova; a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (3) lit. d) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, de către „BTS PRO” S.R.L., „Esempla Systems” S.R.L. și „MSA Grup” S.R.L. prin participarea cu oferte trucate în cadrul licitației publice nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 organizată și desfășurată de către Procuratura Generală a Republicii Moldova; a aplica amenzi întreprinderilor „BTS PRO” S.R.L., „Esempla Systems” S.R.L. și „MSA Grup” S.R.L. în conformitate cu prevederile art. 72 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012.

În raportul întocmit Consiliul Concurenței a reținut următoarele:

- două din cele trei întreprinderi vizate în investigație „BTS PRO” S.R.L. și „Esempla Systems” S.R.L. dispun de încăperi pe aceeași adresă (Ion Creangă, 6V). În trecut acestea au dispus de încăperi pe adresa mun. Chișinău, str. Alba Iulia, 75, iar întreprinderile „MSA Grup” S.R.L. și „Esempla Systems” S.R.L. pentru o perioadă relativ scurtă au avut depozit pe adresa bd. Ștefan cel Mare și Sfânt, 196;

- se atestă o migrare a personalului de la „BTS PRO” S.R.L. la „MSA Grup” S.R.L. și viceversa, astfel, încât Suvorov Alexandru, din funcția de administrator al „MSA Grup” devine administrator al „BTS PRO” S.R.L., iar Nicov Ion, din angajat al întreprinderii „BTS PRO” S.R.L. devine administrator la „MSA Grup” S.R.L., iar contabilul este aceeași persoană (...), pentru ambele întreprinderi. Totodată, angajatul întreprinderii „BTS PRO” S.R.L. (...) reprezintă întreprinderea „Esempla Systems” în cadrul procedurii organizate și desfășurate de către Autoritatea Națională de Integritate, iar în cadrul celor 2 proceduri de achiziții

publice organizate și desfășurate de către Procuratura Generală, a depus ofertele din numele întreprinderii „BTS PRO” S.R.L.;

- un alt reprezentant al întreprinderii „BTS PRO” S.R.L. (...) este deținătorul și registratorul domeniilor www.bts.md, www.esempla.md și www.msa.md al celor trei întreprinderi vizate în investigația inițiată prin dispoziția Plenului Consiliului Concurenței nr. 42 din 27 decembrie 2017;

- formularele de ofertă ale întreprinderilor „BTS PRO” S.R.L. și „Esempla Systems” S.R.L. și „MSA Grup” S.R.L. în cadrul celor 3 proceduri de achiziții publice: LP nr. 239/17 din 19 iunie 2017 organizată și desfășurată de Autoritatea Națională de Integritate, LP nr. 17/01728 și LP nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 organizate și desfășurate de Procuratura Generală, conțin greșeala în punctul f) și anume „în conformitate cu cu FD7” fiind conturată perfectarea ofertelor și introducerea datelor în acestea din același fișier inițial și, respectiv, coordonarea acțiunilor de perfectare și depunere a ofertelor de participare la proceduri de achiziții publice;

- analiza informațiilor acumulate denotă participarea „BTS PRO” S.R.L. cu depunerea intenționată a ofertei în varianta incompletă, în scopul oferirii câștigului de ofertă întreprinderii „Esempla Systems” S.R.L., în cadrul procedurii de achiziție publică LP 239/17 din 19 iunie 2017 privind achiziționarea serviciilor de digitizare și procesare a declarațiilor de avere și interese personale depuse pentru anul 2016, organizată și desfășurată de Autoritatea Națională de Integritate. Aceiași situație se atestă și la licitațiile publice organizate și desfășurate de către Procuratura Generală, unde „MSA Grup” S.R.L. și „Esempla Systems” S.R.L. au depus intenționat oferte, în varianta incompletă, în scopul oferirii posibilității câștigului de ofertă întreprinderii „BTS PRO” S.R.L., în situația când la concursurile numite supra nu vor participa alți concurenți pe piață.

Astfel, a conchis că întreprinderile respective au depus oferte formale, fără să concureze în mod real, în cadrul procedurilor de achiziții publice organizate de autoritățile contractante.

Consiliul Concurenței a calificat ca urmare, cu luarea în considerație a faptelor constatate și a probelor atașate la dosarul cauzei, că acțiunile întreprinderilor „BTS PRO” S.R.L., „Esempla Systems” S.R.L. și „MSA Grup” S.R.L. de a participa la procedurile de achiziții publice LP nr. 239/17 din 19 iunie 2017, LP nr. 17/01728 din 22 iunie 2017 și LP nr. 17/01732 din 22 iunie 2017 cu oferte formale în vederea mimării concurenței, în favoarea uneia alteia, constituie încălcarea prevederilor art. 5 alin. (3) lit. d) Legea Concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 și întrunesc semnele încheierii unui acord anticoncurențial orizontal de tip cartel dur în sensul art. 7 din Lege. Neprezentarea informațiilor conform caietului de sarcini în contextul în care întreprinderile dispun de acestea, cât și participarea

cu prețuri mai mari de către: „BTS PRO” S.R.L., față de „Esempla Systems” S.R.L. în cadrul licitației publice nr. 239/17 din 19 iunie 2017; „Esempla Systems” S.R.L. și „MSA Grup” S.R.L., față de „BTS PRO” S.R.L. în cadrul licitațiilor publice nr. 17/01728 și nr 17/01732 din 22 iunie 2017 întrunesc semnele unor oferte de curtoazie cu scopul de a mima concurența între întreprinderile respective.

A reiterat că, art. 5 alin (1) și alin. 3 lit. d) Legea concurenței prevedea expres că sunt interzise orice acorduri anticoncurențiale îndreptate spre participarea cu oferte truate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte. Totodată, conform art. 7 din Legea numită constituie un cartel dur acordul anticoncurențial orizontal care are ca obiect participarea cu oferte truate la licitații sau la alte forme de concurs de oferte. Întrucât participarea cu oferte truate reprezintă o restricționare gravă a concurenței prin obiect și cade sub incidența prevederilor art. 5 alin. (3) lit. a) din Legea concurenței nu este nevoie de a se demonstra efectele acestora pe piața în cauză.

A constatat că acțiunile întreprinderilor „BTS PRO” S.R.L., „Esempla Systems” S.R.L. și „MSA Grup” S.R.L. întrunesc semnele încheierii unui acord anticoncurențial orizontal de tip cartel dur.

Raportul a fost expediat pentru informare reclamantelor/întimatei.

La data de 25 mai 2018 reclamanta S.C. „BTS PRO” S.R.L. și la 29 mai 2018 reclamanta S.C. „Esempla Systems” S.R.L. au depus observații la raportul întocmit.

La data de 28 iunie 2018, Plenul Consiliului Concurenței, examinând raportul de investigație în privința cazului inițiat prin dispoziția nr. 42 din 27 decembrie 2017, materialele acumulate și observațiile părților a emis decizia nr. DA-42/17-48, care la data de 05 iulie 2018 a fost expediată în adresa reclamantelor.

Plenul Consiliului Concurenței prin decizia nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 a decis: a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către „BTS PRO” S.R.L. și „Esempla Systems” S.R.L. prin încheierea unui acord anticoncurențial, care are ca obiect denaturarea și restrângerea concurenței prin participarea cu oferte truate la licitația publică nr. 239/17 din 19 iunie 2017, organizată și desfășurată de către Autoritatea Națională de Integritate; a constata încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către „BTS PRO” S.R.L., „MSA Grup” S.R.L. și „Esempla Systems” S.R.L., prin încheierea unui acord anticoncurențial, care are ca obiect denaturarea și restrângerea concurenței prin participarea cu oferte truate la licitațiile publice nr. 17/01728 din 22 iunie 2017 și nr. 17/01732 din 22 iunie 2017, organizate și desfășurate de către Procuratura Generală; a aplica „BTS PRO” S.R.L. o amendă în mărime de 4480833,18 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017; a aplica „MSA Grup” S.R.L. o

amendă în mărime de 478 598,55 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017; a aplica „Esempla Systems” S.R.L. o amendă în mărime de 216252,36 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017; sumele prevăzute la pct. 3-5 se achită în bugetul de stat în termen de 60 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei Decizii, cu mențiune: „amendă aplicată de către Consiliul Concurenței în conformitate cu Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012. O copie a actului care confirmă plata va fi transmisă Consiliului Concurenței; decizia intră în vigoare la data adoptării.

La acest capitol, Completul judiciar conchide că circumstanțele importante pentru soluționarea pricinii au fost stabilite și elucidate pe deplin de către instanța de fond.

În virtutea prevederilor Legii contenciosului administrativ nr.793-XIV din 10.02.2000 instanța reține:

Articolul 1. Scopul contenciosului administrativ

(1) 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.

(2) 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.

Articolul 3. Obiectul acțiunii în contenciosul administrativ

(1) Obiect al acțiunii în contenciosul administrativ îl constituie actele administrative, cu caracter normativ și individual, prin care este vătămat un drept recunoscut de lege al unei persoane, inclusiv al unui terț, emise de:

- a) autoritățile publice și autoritățile asimilate acestora în sensul prezentei legi;
- b) subdiviziunile autorităților publice;
- c) funcționarii din structurile specificate la lit.a) și b).

(2) Obiect al acțiunii în contenciosul administrativ poate fi și nesoluționarea în termenul legal a unei cereri referitoare la un drept recunoscut de lege.

Articolul 5. Subiecții cu drept de sesizare în contenciosul administrativ

Subiecți cu drept de sesizare în contenciosul administrativ sînt:

a) persoana, inclusiv funcționarul public, militarul, persoana cu statut militar, 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 – în condițiile art.14 al prezentei legi;

Articolul 16. Depunerea cererii de chemare în instanța de contencios administrativ.

(1) Persoana care se consideră vătămată într-un drept al său, recunoscut de lege, printr-un act administrativ și nu este mulțumită de răspunsul primit la cererea prealabilă sau nu a primit nici un răspuns în termenul prevăzut de lege, este în drept să sesizeze instanța de contencios administrativ competentă pentru anularea, în tot sau în parte, a actului respectiv și repararea pagubei cauzate.

Totodată, conform art. 47 alin. (1) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 (în redacția în vigoare la momentul depunerii acțiunii), deciziile și prescripțiile Consiliului Concurenței, precum și ordinele prevăzute la art.56 alin.(1) pot fi atacate, în termen de 30 de zile calendaristice de la primirea acestora de către părți, nemijlocit în instanța de contencios administrativ competentă, fără a fi necesară depunerea unei cereri prealabile.

Raportînd normele de drept sus-indicate la circumstanțele pricinii, Completul judiciar atestă că, S.C. „BTS PRO” S.R.L., S.C. „MSA Grup” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L., sunt subiecte de sesizare a instanței de contencios administrativ, iar obiectul de examinare a prezentei pricini este decizia Plenumului Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018, care în baza legii nu sînt condiționate de respectarea procedurii prealabile.

În conformitate cu prevederile art.26 alin.(1) al Legii contenciosului administrativ nr.793 din 10.02.2000, în vigoare atît la momentul emiterii actului administrativ contestat, 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.

Din conținutul normei de drept sus-indicate, Completul judiciar reține că, la examinarea cererii în anulare, legalitatea unui act administrativ, urmează a fi examinată prin prisma triplului test al legalității, care verifică dacă actul contestat a fost emis cu respectarea competenței, a procedurii prevăzute de lege și dacă este legal în fond. Or, legalitatea actului contestat se verifică conform normelor în vigoare la momentul emiterii.

În conformitate cu art. 49 alin. (1) și alin.(5) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, Consiliul Concurenței inițiază procedura de examinare a presupusului caz de încălcare a legislației concurențiale: a) la plîngerea unei persoane fizice sau întreprinderi afectate de presupusa încălcare a legii; b) din oficiu, cu excepția încălcărilor prevăzute la cap.III. (5) Consiliul Concurenței poate începe examinarea din oficiu, în baza materialelor de care dispune referitoare la presupusa încălcare a legislației.

Conform art.52 alin.(1) - (6) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, la sesizarea presupuselor acțiuni anticoncurențiale, autorul plîngerii trebuie să prezinte probe în susținerea faptelor pe care își întemeiază plîngerea. În procedura de examinare a presupuselor cazuri de încălcare a legislației concurențiale, sarcina probei încălcării îi revine Consiliului Concurenței. În scopul aplicării prezentei legi, Consiliul Concurenței poate să utilizeze ca mijloc de probă orice element de fapt și de drept, inclusiv informații confidențiale dobîndite în modul prevăzut de lege, care servesc la constatarea existenței sau lipsei încălcării. În scopul aplicării prezentei legi, Consiliul Concurenței admite atît probe directe, cît și probe indirecte. Probe directe sînt depozițiile martorilor sau ale altor persoane, probele materiale, înscrisurile, înregistrările audio și/sau video, concluziile experților și orice alte dovezi care probează în mod expres existența sau lipsa unei încălcări a legii. Probe indirecte sînt probele care dau naștere unei concluzii logice precum că o încălcare a legii există sau a existat la un moment dat ori nu există și nu a existat la un moment dat. Probe care stau la baza luării deciziei Plenului Consiliului Concurenței sînt probele obținute de angajații Consiliului Concurenței, precum și cele prezentate de părți sau terțe persoane.

În conformitate cu prevederile art. 5 alin.(1) și alin.(3) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, sunt interzise, 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, restrîngerea sau denaturarea concurenței pe piața Republicii Moldova sau pe o parte a acesteia. Acordurile anticoncurențiale sînt, în special, cele îndreptate spre: d) participarea cu oferte truate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte.

Prin concurență, în contextul art.4 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 (în redacția în vigoare la momentul depunerii acțiunii), 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.

Alin.(3) al aceluiași articol, statuează că acordurile anticoncurențiale sunt, 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 truate 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 nr. 183 din 11 iulie 2012, 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 nr. 183 din 11 iulie 2012, 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 truate 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 august 2013, Consiliul Concurenței trebuie să dovedească că acordul orizontal întrunește condițiile regulei de interzicere 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.

Conform pct.13 din Regulament, 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.

Reieșind din normele legale în raport cu materialele cauzei, Completul de judecată constată că instanța de fond întemeiat a dispus anularea deciziei Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-42/17-48 din 28 iunie 2018 din motiv că, pârâtul/apelant a oferit o interpretare eronată legii și a valorificat dreptul discreționar într-o manieră injustă.

Completul de judecată reține că, apelantul neîtemeiat reține că, formularele de ofertă (F3.1) ale întreprinderilor "BTS PRO" SRL, "ESEMPLA SYSTEMS" SRL și "MSA GRUP" SRL participante la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22.06.2017, desfășurate de Procuratura Generală, conțin aceeași greșeală de formatare existentă în punctul f) și anume "în conformitate cu cu FD7", or documentația standard pentru realizarea achizițiilor publice de bunuri și servicii a fost aprobată conform Ordinului Ministerului Finanțelor cu privire la aprobarea Documentației standard pentru realizarea achizițiilor publice de bunuri și servicii nr. 71 din 24 mai 2016 și a fost prezentată ofertanților de către autoritatea publică.

Referitor la argumentul apelantului precum că intimații participante la licitațiile publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22.06.2017 desfășurate de Procuratura Generală, au prezentat incomplet setul de documente, Completul de judecată îl consideră ca fiind neîtemeiat, or această probă nu vine să demonstreze prezența acordului anticoncurențial orizontal sau oferte de curtoazie, cu scopul de a mima concurența între întreprinderile respective pe motiv că, la licitațiile publice din 22.06.2017, nr. 17/01728 și nr. 17/01732 au participat mai mulți ofertanți. Mai mult, obiectul licitațiilor publice nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22.06.2017 constituia tehnica de calcul, programe licențiate și programe antivirus, prin urmare

pe piață operează foarte mulți operatori economici care oferă tehnică de calcul și programe licențiate sau antivirus, astfel fac evidentă participarea la procedurile de achiziție publică menționate în Decizie a mai multor agenți economici.

Completul de judecată mai reține că, instanța de fond întemeiat a respins argumentul apelantului/pîrît că, nu dovedesc prezența acordului anticoncurențial orizontal care are ca obiect participarea cu oferte truate la licitațiile invocate în speță, faptul că două din cele trei întreprinderi vizate în investigație S.C. „BTS PRO” S.R.L. și S.C. „Esempla Systems” S.R.L. dispun de încăperi pe aceeași adresă, în trecut au dispus de încăperi pe adresa mun. Chișinău, str. Alba Iulia, 75, iar întreprinderile „MSA Grup” S.R.L. și „Esempla Systems” S.R.L. pentru o perioadă relativ scurtă au avut depozit pe adresa bd. Ștefan cel Mare și Sfânt, 196, or Consiliul Concurenței nu indică modul în care deținerea unui depozit comun pe o perioadă scurtă de timp determină ca aceste două întreprinderi să organizeze licitații truate la procedurile nr. 17/01728 și nr. 17/01732 din 22.06.2017.

La fel, Completul de judecată reține ca fiind neîntemeiat argumentele apelantului despre migrarea personalului de la „BTS PRO” S.R.L. la „MSA Grup” S.R.L. și viceversa și precum că un reprezentant al întreprinderii „BTS PRO” S.R.L. este deținătorul și registratorul domeniilor www.bts.md, www.esempla.md și www.msa.md al celor trei întreprinderi vizate în investigație, or prin aceste fapte nu se dovedește prezența vinovăției imputabile intimaților. În acest sens este de reținut că, prezența acestor acte la sediul SC ”BTS PRO” SRL nu vine să demonstreze o practică ilegală a intimatului de a efectua schimb de informații strategice, or acele informații țineau de licitații trecute, și nu viitoare, iar contractul la care face trimitere Consiliul a fost deja încheiat cu Centrul Tehnologii Informaționale și Comunicaționale în Educație.

Completul de judecată mai reține ca fiind întemeiată poziția intimaților precum că, schimbul de informații dintre „MSA Grup” S.R.L. și SC „ESEMPLA SYSTEMS” SRL, SC ”BTS PRO” SRL nu a avut loc în legătura cu presupusa faptă de trulare a licitațiilor, ci prin prisma domeniului de activitate, expertizei și experienței.

Având în vedere argumentele enunțate, Completul de judecată concluzionează că apelantul, neîntemeiat a calificat ațiunile intimaților ca fiind o încălcare a art.5 alin.(3) lit. d) din Legea concurenței. Or, probele pe care se fundamentează concluziile autorității publice apelante trebuie să fie suficient de precise și coerente astfel încât 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.

Astfel, pentru confirmarea încălcărilor imputate Consiliul Concurenței are obligația legală de a proba faptul că intimații au participat cu oferte trucate la licitațiile invocate în speță, însă această obligație pozitivă nu a fost exercitată suficient de autoritatea publică pârâtă/apelantă.

În acest sens este de reținut că, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a sintetizat și clarificat în jurisprudența sa (*hotărârea nr. 27/76 din 14 februarie 1978 United Brands Company și United Brands Continentaal BV vs. Comisia Comunităților Europene*) că orice dubiu trebuie interpretat în favoarea întreprinderii destinate a deciziei de constatare a unei încălcări, potrivit principiului prezumției de nevinovăție, care, în calitate de principiu general de drept al Uniunii Europene, se aplică în special procedurilor referitoare la încălcări al normelor de concurență aplicabile întreprinderilor și care ar putea duce la aplicarea unor amenzi sau a unor penalități cu titlu cominatoriu. Privitor la constatarea existenței unui acord anticoncurențial, instanța constată că este suficient ca întreprinderile în cauză să își fi exprimat voința comună de a se comporta pe piață într-un anumit mod. Se poate considera că un acord în sensul dat este încheiat din momentul în care există o concordanță de voințe cu privire la însuși principiul restrângerii concurenței, chiar dacă elementele specifice ale restrângerii avute în vedere fac încă obiectul unor negocieri.

Pentru constatarea acordului anticoncurențial este necesar ca Consiliul Concurenței să probeze faptul că între reclamante/intimați în cadrul procedurilor de licitație a existat un acord anticoncurențial pe orizontală de tip cartel dur, care are ca obiect trucarea ofertei, în sensul art. 4 și 5 din Legea Concurenței.

Așa cum a fost statuat supra, sarcina probei cu privire la existența împrejurărilor care constituie o încălcare a art. 5 Legea concurenței se impune autorității de concurență. În consecință, acesteia îi revine obligația de a stabili elementele de probă pertinente pentru demonstrarea existenței elementelor constitutive ale unei încălcări. În acest sens, o decizie de sancționare a unor întreprinderi emisă de Consiliul Concurenței trebuie temeinic fundamentată în baza unor probe concludente din care să rezulte conduita ilicită a respectivelor întreprinderi. Deși, orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, asemenea este adevărat că principiul legalității actelor administrative presupune și cenzura din partea instanțelor de judecată, care ar fi imposibil de realizat dacă actul administrativ contestat nu indică motivele și probele pe care se sprijină, acesta fiind motivul pentru care legea impune în sarcina Consiliului Concurenței să stabilească existența unei astfel de conduite pe bază de probe certe.

Pentru a proba participarea unei întreprinderi la o înțelegere cu scop anticoncurențial, practica Curții Europene de Justiție prevede următoarele: a) proba cu înscrisuri (proba directă); b) în lipsa probei cu înscrisuri, utilizarea prezumției

bazată pe probe indirecte. În primul rând, cu privire la prima regulă instituită pe cale jurisprudențială, arată că în cazul de față nu există nici o probă directă care să dovedească înțelegerea practică concertată între reclamante. În al doilea rând, în ce privește a doua regulă se evidențiază faptul că prezumția la care face trimitere practica și doctrina europeană demonstrează fapta anticoncurențială (înțelegere sau practică concertată), dacă sunt întrunite 2 condiții cumulative: a) existența unui paralelism comportamental al întreprinderilor participante și b) singura explicație pentru paralelismul comportamental să fie concertarea voințelor (participanții urmăresc același obiectiv).

Mai mult, în situația în care există și o altă explicație privind comportamentul paralel decât înlăturarea incertitudinii date de concurență, nu poate fi prezumată intenția de a participa la un acord anticoncurențial. În acest sens s-a pronunțat și Curtea Europeană de Justiție în cauza *Adalat și cauza GSK*, dezvoltând și clarificând acest raționament, în sensul că două întreprinderi pot fi părți ale unui contract, dar în realitate ele să urmărească obiective fundamentale diferite, ceea ce conduce la concluzia că în asemenea cazuri nu există acord de voință pentru o înțelegere anticoncurențială, în pofida comportamentului aparent similar. De asemenea, instanța europeană a susținut că un comportament paralel nu poate dovedi singur o practică concertată, decât în cazul în care aceasta este singura explicație. Mai precis, practicile concertate nu trebuie însă confundate cu comportamentele similare paralele, când, fără ași coordona acțiunile, mai mulți agenți economici, în funcție de condițiile pieței în discuție, au aceeași atitudine.

Totodată, Completul de judecată mai reține că, instanța de fond întemeiată a reținut că, sancțiunea aplicată față de intimati este nejustificată și cuantumul acesteia nu a fost argumentat de autoritatea publică apelantă/pârîtă.

Conform deciziei contestate, Consiliul Concurenței a aplicat o amendă față de S.C. „BTS PRO” S.R.L. în mărime de 4 480 833, 18 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în an.2017, față de S.C. „MSA Grup” S.R.L. în mărime de 478 598, 55, 18 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în an.2017 și față de S.C. „Esempla Systems” S.R.L. în mărime de 216 252, 36 lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în an.2017.

În conformitate cu art.67 alin. (1)-(4) din Legea concurenței, individualizarea amenzilor prevăzute de prezenta lege se efectuează ținând seama de gravitatea și durata faptei. 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. Pentru determinarea nivelului de bază al amenzii, 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.

Potrivit art.72 alin. (1) - (5) din Legea citată, nivelul de bază al amenzii 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 amenzii 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 săvârșește 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 săvârșită 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.

Conform art.73 alin. (1) – (5) din Legea concurenței, 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. (3) 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 săvârșită 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, adoptând 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. 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 cuantum, însă nu mai mult decât nivelul maxim stabilit la alin.(7).

Reieșind din prevederile legale în raport cu materialele cauzei, Completul 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 intimaților în mărime de 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017.

În această ordine de idei, Completul de judecată reține că, deși, Consiliul Concurenței nu a constatat careva circumstanțe agravante în acțiunile intimaților, neîntemeiat le-a aplicat, totuși sancțiunea maximă prevăzută de art. 72 alin. (3) lit. c) Legea concurenței. Or, Plenul Consiliului Concurenței în decizia sa nu a motivat și nu a justificat într-o manieră explicită, consistentă și plauzibilă necesitatea aplicării unei atare amenzi de mărime maximă. De asemenea, apelantul/pârît 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 reiese că a sancționat intimații cu cea mai dură proporție pecuniară punitivă conferită de lege, fără a fi clar de ce a făcut așa, împrejurări ce denotă arbitrarium în conduita pârâtului/apelant.

Din considerentele supra-expuse, Completul judiciar concluzionează că, instanța de fond întemeiat a admis acțiunea ca fiind întemeiată, în cazul în care argumentele de ilegalitate invocate de intimați și-au găsit confirmare.

Drept urmare, Completul de contencios administrativ al Curții de Apel Chișinău, reține că, hotărârea supusă prezentului apel a fost pronunțată de instanța de fond cu respectarea dreptului părților la un proces echitabil, în sensul definit de art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului și a libertăților fundamentale, atât ca ansamblul garanțiilor procedurale enunțate în această dispoziție convențională, cât și dreptul la judecarea în mod echitabil a cauzei, ceea ce presupune inclusiv motivarea hotărârilor, principiul contradictorialității și modul de administrare a probelor.

Sub aspectul motivării hotărârii atacate, se constată că judecătorul fondului a expus considerentele de fapt și de drept care i-au format convingerea pentru admiterea prezentei acțiuni.

Sintetizînd, Completul de Contencios Administrativ al Curții de Apel Chișinău consideră absolut întemeiată și legală soluția instanței de fond prin care pretențiile reclamantilor au fost admise, în sensul menționat anterior, iar argumentele invocate de partea apelantă în acest sens - nefondate, acestea fiind o reiterare a celor invocate în prima instanță, pe care le-a cercetat minuțios și apreciat corect.

Urmare a constatărilor detaliate supra vis-a-vis de circumstanțele faptice ale cazului dedus judecării în ordine de apel, Completul judiciar concluzionează că, argumentele expuse de către apelant sunt lipsite de substanță obiectivă, iar instanța

de fond, reieșind din cumulul probelor administrate, a soluționat cauza sub toate aspectele de fapt și de drept, în consecință hotărârea emisă fiind legală și întemeiată, în corespundere cu normele legale.

Prin prisma acestor constatări, Completul judiciar concluzionează că la caz dubiul judiciar a fost înlăturat, netemeinicia cerințelor părții apelante a fost demonstrată, iar argumentele invocate de către apelant poartă caracter pur formal.

În conformitate cu prevederile art.240 alin.(1) lit.a) Cod administrativ, Completul de contencios administrativ din cadrul Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții de Apel Chișinău,

DECIDE :

Se respinge cererea de apel înaintată de Consiliul Concurenței.

Se menține hotărârea Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani din 19 martie 2020.

Decizia este executorie de la emitere, dar cu drept de recurs la Curtea Supremă de Justiție.

Cererea de recurs se depune la Curtea de Apel Chișinău în termen de 30 zile de la notificarea dispozitivului deciziei instanței de apel.

Motivarea recursului se depune la Curtea Supremă de Justiție în termen de 30 zile de la notificarea deciziei integrale a instanței de apel. Dacă se depune împreună cu cererea de recurs, motivarea recursului se depune la instanța de apel.

Președintele completului,

Angela Bostan

Judecătorii
Dașchevici

Grigore

Veronica Negru