

Decizia nr. 52/2015
R O M Â N I A
ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE
Secția de Contencios Administrativ și Fiscal
Ședința publică de la 15 ianuarie 2015

Asupra recursului de față;

Din examinarea lucrărilor din dosar, constată următoarele:

1. Obiectul cererii deduse judecății;

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, reclamantele SC A. SRL, SC B. GMBH și SC C. LTD au solicitat, în contradictoriu cu pârâțul Consiliul Concurenței: - în principal, anularea Deciziei nr. 82/2012 și, pe cale de consecință, exonerarea reclamantelor de plata amenzilor stabilite prin aceasta decizie; - în subsidiar, solicită să se constate că pârâțul a procedat la o greșită individualizare a sancțiunilor aplicate reclamantelor în raport cu situația de fapt și prevederile legale incidente și, în consecință, reducerea acestor amenzi, astfel încât să reflecte, în mod corect, circumstanțele situației de fapt.

În motivarea acțiunii, reclamantele au arătat că prin decizia contestată s-a dispus amendarea acestora, reținându-se în mod neîntemeiat că au încălcat art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, cuantumul amenzilor aplicate fiind: pentru SC B. GMBH - 1.192.167,46 lei reprezentând 5% din cifra de afaceri realizată de aceasta societate în anul financiar 2011; pentru SC A. SRL - 33.012 lei reprezentând 5% din cifra de afaceri realizată de această societate în anul financiar 2011 și pentru SC C. LTD o amendă în cuantum de 209.333,45 lei reprezentând 5% din cifra de afaceri realizată de aceasta societate în anul financiar 2011.

Investigația declanșată prin Ordinul nr. 440/2011 (care viza cinci societăți comerciale printre care societățile reclamante și alte două societăți, respectiv SC D. SRL și SC E. SRL, a avut ca obiect verificarea procedurii de atribuire a contractelor de achiziții publice "Lucrări de marcaje rutiere, longitudinale, transversale și diverse pe drumurile naționale administrate de CN F. SA (lotul 2 Craiova și lotul 6 Iași) având datele de deschidere a ofertelor 8 și 9 iunie 2006. Totodată, au arătat că licitația care a făcut obiectul investigației declanșate s-a desfășurat în mai multe etape și s-a finalizat prin Raportul de investigație înregistrat la Consiliul Concurenței sub nr. 12574 din 21 septembrie 2012 prin care echipa de investigație a propus amendarea reclamantelor, considerând în mod neîntemeiat că acestea au participat în mod concertat prin oferte truate la licitația organizată, încălcând astfel prevederile art. 5 din Legea concurenței.

De asemenea, reclamantele au susținut că în data de 25 octombrie 2012 au avut loc audierile în fața Plenului Consiliului Concurenței, ocazie cu care au

demonstrat lipsa de temeinicie a concluziilor deciziei atacate, având în vedere că echipa de investigație nu deține probe directe din care sa reiasă în mod indubitabil că reclamantele se fac vinovate de încălcările art. 5 din Legea concurenței, cu toate acestea s-a emis decizia atacată și s-a dispus amendarea acestora, fiind însușite în totalitate concluziile echipei de investigații și neluând în considerare apărările.

Reclamantele au susținut astfel că întreaga probațiune care fundamentează actul administrativ atacat este viciată, în consecință și raționamentele juridice prin care s-a stabilit încălcarea art. 5 alin. (1) din Legea concurenței sunt, de asemenea, netemeinice, justificând anularea acestui act și exonerarea lor de răspundere.

În fine, chiar dacă s-ar fi demonstrat existența unei asemenea înțelegeri, reclamantele au considerat că modalitatea restrictivă de analiză este în contradicție cu interpretările actuale din jurisprudența europeană, conform căreia în astfel de situații trebuiau avute totuși în vedere și efectele presupusei înțelegeri dintre SC A. SRL-SC C. LTD și Asocieria SC D. SRL.

Prin întâmpinare, pârâtul a solicitat respingerea acțiunii, considerând că decizia atacată a constatat în mod temeinic și legal incidența dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea concurenței, în sensul participării întreprinderilor investigate cu oferte truate la licitația organizată pe loturi în anul 2006 de către CN F. SA, în cazul loturilor 2 și 6.

Cu privire la existența faptei anticoncurențiale reținute prin decizia atacată, arată că faptele întreprinderilor investigate de participare cu oferte truate la licitația organizată pe loturi în anul 2006 de către CN F. SA, reprezintă o înțelegere care, prin însăși natura sa, avea capacitatea de a restrânge concurența de pe piață, fiind interzisă de textul de lege susmenționat.

A susținut că sunt îndeplinite cele trei condiții, fiind încheiată între întreprinderile investigate o înțelegere având ca obiect restricționarea concurenței. În speță, înțelegerea nu este una explicită, consemnată în scris, ci rezultă din comportamentul și probele care relevă existența unui schimb de informații între întreprinderile concurente în cadrul procedurii de licitație. Astfel, luând în considerare derularea în timp a tuturor acțiunilor întreprinse de reclamante cu ocazia participării la licitație precum și finalitatea lor, este evident că acestea au adoptat un plan comun având ca scop împărțirea contractelor reprezentând obiectul procedurii de achiziție publică, pentru acele loturi în care ofertantul favorizat a mărit prețurile în mod artificial.

În cazul de față a fost identificat un complex de probe indirecte care demonstrează existența unei situații de fapt ce nu poate fi explicată altfel decât prin adoptarea unui comportament anticoncurențial, neexistând alte justificări rezonabile, iar justificările oferite de reclamante în raport cu comportamentul lor pe piață nu au fost probate.

În ceea ce privește reducerea cuantumului amenzii aplicate, autoritatea de concurență a arătat că a individualizat în mod corect sancțiunea aplicată SC A. SRL, SC B. GMBH și SC C. LTD.

Astfel, sancțiunea aplicată reclamantelor s-a stabilit potrivit Legii nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare și cu Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunii pentru contravențiile prevăzute la art. 51 din Legea concurenței nr. 21/1996, respectiv un procent de 5% din cifra de afaceri totală realizată în anul 2011.

2. Hotărârea primei instanțe;

Curtea de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, prin sentința nr. 1419 din 22 aprilie 2013, a respins acțiunea formulată de reclamante, ca nefondată.

Pentru a pronunța această soluție, prima instanță a reținut că prin Ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr. 440 din 16 martie 2011 a fost declanșată din oficiu investigația având ca obiect posibila încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996 republicată, cu modificările și completările ulterioare, și a prevederilor art. 101 din Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene în cadrul procedurii de achiziție publică organizată de CN F. SA pentru atribuirea contractului „lucrări de marcaje rutiere longitudinale, transversale și diverse pe drumurile naționale din administrarea CN F. SA” pentru lotul II Craiova și lotul VI Iași de către SC D. SRL, SC E. SRL și reclamantele SC A. SRL, SC B. GMBH și SC C. LTD care alcătuiau SC A. SRL.

În urma procedurii de achiziție publică, contractul de achiziție publică a fost împărțit în 7 loturi, constatându-se că reclamantele au depus oferte la toate cele 7 loturi, cunoscând cerințele din documentația de atribuire referitoare la criteriul experiență similară ce trebuia îndeplinit prin cumul.

În urma analizei documentelor de calificare a rezultat că unele documente ale celor două asocieri prezintă greșeli de tehnoredactare identice, astfel încât s-a exclus ipoteza unei simple coincidențe și faptul că anumite documente au fost legalizate la același birou notarial, având numere consecutive de înregistrare și plătite cu aceeași chitanță, acestea fiind constatări ale Consiliului Concurenței.

Referitor la desfășurarea procedurii de licitație astfel cum este prezentată prin documentația depusă la dosar, prima instanță a reținut că la 9 iunie 2006 SC D. SRL a înființat două filiale în asociere cu SC A. SRL și SC C. LTD, cărora le-a cesionat cele două contracte adjudecate pentru loturile 2 și 6, fiind încheiat un contract de cesiune la 14 iulie 2006 prin care SC D. SRL a cesionat participația sa către reclamanta SC B. GMBH, obținând în final împreună cu SC A. SRL întreg lotul 2 al contractului.

La fel s-a procedat și prin contractul de cesiune încheiat la 19 iulie 2006, astfel încât SC C. LTD a dobândit contractual pentru lotul nr. 6.

În urma analizării acestei situații, s-a întocmit raportul de investigație la 25 octombrie 2012, iar în urma deliberării plenului Consiliul Concurenței din 14 noiembrie 2012 s-a emis Decizia contestată în prezenta cauză nr. 82 din 13 decembrie 2012.

S-a aplicat pentru SC A. SRL o amendă în cuantum de 33.012 lei, reprezentând 5% din cifra de afaceri înregistrată în anul 2011, pentru SC B. GMBH s-a aplicat o amendă în cuantum de 1.192.167,46 lei reprezentând 5% din cifra de afaceri și în cazul SC C. LTD o amendă aplicată în cuantum de 20.933,45 lei reprezentând 5% din cifra de afaceri pentru anul 2011.

Autoritatea de concurență a reținut încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea concurenței, potrivit cărora sunt interzise înțelegerile care au ca obiect sau ca efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.

De asemenea, a reținut incidența dispozițiilor menționate pentru care este necesară îndeplinirea cumulativă a trei condiții, respectiv existența în cauză a cel puțin 2 întreprinderi sau asociații de întreprinderi, existența unei înțelegeri a unei decizii sau a unei practici concertate și înțelegerea să aibă ca obiect sau efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței pe piață.

În speță, există 5 întreprinderi care desfășoară activități economice în sensul prevederilor legale, având calitatea de întreprinderi, au participat la licitația din anul 2006, iar pe tot parcursul procedurii achiziției publice acestea au avut drept scop practic împărțirea contractului de achiziție publică, ceea ce în mod cert reprezintă o înțelegere în sensul art. 5 din Lege și art. 101 din Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene.

Prima instanță a reținut, conform principiilor consacrate în jurisprudența europeană, că există înțelegere în sensul dispozițiilor legale în situația în care părțile în mod expres sau implicit adoptă un plan comun prin stabilirea unei direcții comune de acțiune, sau abținerea de la a acționa pe piață într-un anumit sens, fiind „suficient ca întreprinderile să-și fi exprimat intenția comună de a se manifesta pe piață într-un anumit mod” - (Cazurile conexe T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 și T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 și T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij NV et al. v. Comisia, ECR (1999), pag. 11-00931, parag. 715).

În speță, nu este vorba de o înțelegere explicită consemnată în scris de către părțile investigate, însă rezultă din comportamentul acestora, cât și înscrisurile care duc la concluzia existenței unor schimburi de informații între întreprinderile concurente din cadrul licitației.

În afara faptului că SC A. SRL a depus oferte pentru toate cele 7 loturi pentru a asigura numărul de participanți la licitație, sunt de reținut și prețurile mari ale asocierii SC D. SRL pentru loturile 2 și 6, astfel cum reține și autoritatea de

concurență, ceea ce duce la concluzia că exista o înțelegere prealabilă între cele două asocieri.

Totodată, alte indicii privind existența unei înțelegeri prealabile de trucare a ofertelor și împărțirea pieței între cele două asocieri sunt reprezentate de o serie de documente legalizate la același birou notarial, având numere consecutive de înregistrare, fiind plătite cu aceeași chitanță, astfel cum rezultă din anexele Raportului de investigație, de asemenea, au fost depuse documente identice în ambele oferte, existând și greșeli de tehnoredactare identice.

În același sens, a reținut, în privința existenței unei înțelegeri prealabile și înființarea de către SC D. SRL a 3 filiale la 9 iunie 2006 împreună cu SC A. SRL și SC C. LTD, cesionarea contractelor de execuție de lucrări adjudecate în urma licitației către filialele nou înființate la 17 iulie 2006 și cesionarea părților sociale deținute de SC D. SRL filiala Craiova către SC B. GMBH la 19 iulie 2006 și a celor deținute de filiala Roman către SC C. LTD la 14 septembrie 2006.

Prin urmare, planul comun al societăților investigate în vederea fraudării rezultatelor investigației constă în depunerea de către SC A. SRL a unei oferte formale în vederea continuării procedurii licitației în folosul Asocierii SC D. SRL.

Este de subliniat și faptul că adjudecarea licitației respective conducea către o închidere a pieței pentru o perioadă de 5 ani, cât durează contractul de lucrări de marcaje rutiere atribuit prin procedura de achiziție publică respectivă.

Înțelegerea dintre întreprinderile investigate are obiect anticoncurențial, intrând sub incidența dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea concurenței republicată, cu modificările și completările ulterioare, astfel încât nu este necesară demonstrarea efectelor concrete produse pe piață, câștigarea celor 7 contracte atribuite de către CN F. SA prin procedura de licitație din 2006, piața lucrărilor de marcaje rutiere din România fiind contractată pentru o perioadă de 5 ani, în final părțile investigate urmând să-și împartă procedura de achiziție în toate cele 7 loturi ale achiziției.

În cauză, rezultă săvârșirea faptei anticoncurențiale de către reclamante, având în vedere și existența unor probe indirecte care au fost indicate în cuprinsul deciziei contestate.

Prima instanță a apreciat că nu pot fi reținute argumentele reclamantelor, în sensul că la licitația din 14 decembrie 2005 SC D. SRL a depus o ofertă în asociere cu SC E. SRL și SC A. SRL, ceea ce ar explica existența unor similitudini în ofertele aflate între cele două asocieri.

În procesele-verbale încheiate la 14 decembrie 2005 de către autoritatea contractantă doar S.C. SC D. SRL a depus oferte pentru toate cele 7 loturi, în timp ce pentru lotul 6 singurul în care a mai fost depusă o ofertă din afară de cea a reclamantei fiind o asociere compusă din SC C. LTD - SC G. SRL.

Totodată, nu pot fi reținute argumentele referitoare la existența altor concurenți la procedura de achiziție publică din 2006 care ar face imposibilă o participare formală a Asocierii SC A. SRL deoarece reclamantele au anticipat o participare redusă, existând riscul anulării procedurii de licitație pentru neîntrunirea numărului minim de participanți, neavând relevanță faptul că la reluarea procedurii au depus oferte și alte întreprinderi și nici argumentul referitor la prețul mic ofertat de SC A. SRL care ar duce la concluzia că oferta depusă nu a fost una formală.

Faptul că Asocierea SC D. SRL a ofertat prețuri mai mari pentru loturile 2 și 6 astfel cum rezultă din conținutul documentației aflate la dosar duce la concluzia existenței unei înțelegeri prealabile cu SC A. SRL.

De asemenea, înființarea a 3 filiale de către SC D. SRL pentru cesionarea contractelor adjudecate pentru loturile 2 și 6 indică existența unei înțelegeri prealabile de trucare a licitației.

În ceea ce privește individualizarea sancțiunilor aplicate prin decizia contestată, s-a reținut că aceasta a fost stabilită de autoritatea de concurență în conformitate cu Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art. 51 din Legea concurenței, iar potrivit art. 52 alin. (1) din aceeași lege individualizarea sancțiunii prevăzute la art. 50, 501, art. 51 și 511 se face în raport de gravitatea și durata faptei.

În speță, reclamantelor le-a fost aplicată o amendă în procent de 5% din suma de afaceri totală realizată în anul 2011, în urma investigației nefiind identificate circumstanțe atenuante sau agravante care să ducă la modificarea nivelului de bază al amenzii aplicate.

Contrar susținerilor reclamantelor, sunt aplicabile Instrucțiunile referitoare la individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art. 51 din legea concurenței și nu cele prevăzute la art. 50 și 501 care se aplică în cazul contravențiilor procedurale.

Judecătorul fondului a concluzionat că în cauză, din probatoriul administrat, rezultă că reclamantele au participat cu oferte truate la licitația organizată în anul 2006, înțelegerea având ca obiect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței de piață.

3. Calea de atac exercitată;

Împotriva sentinței nr. nr. 1419 din 22 aprilie 2013 a Curții de Apel București au formulat recurs reclamantele pentru motivele prevăzute de art. 304 pct. 7 și art. 3041 C. proc. civ.

3.1. Hotărârea atacată nu cuprinde motivele pe care se întemeiază considerentele sentinței reprezintă un rezumat al actului administrativ atacat și al întâmpinării.

Astfel, susțin recurențele, apărările pârâtului de la pag. 6 din întâmpinare parag. 4, 5 și 6 se regăsesc în întregime și în aceeași formulare la pag. 26 și 27 din sentință.

Sentința atacată nu respectă exigențele impuse de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în materia motivării, respectiv Avizul nr. 11/2008 al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni de la Strasbourg, conform căruia motivarea trebuie să fie coerentă, clară și lipsită de ambiguități și contradicții, trebuie să exprime respectarea de către judecător a principiilor enunțate de Curte, trebuie să răspundă pretențiilor părților prin examinarea chestiunilor esențiale prezentate.

Recurențele susțin că hotărârea criticată se caracterizează prin ambiguitate și confuzie la nivelul termenilor, când vorbește de „fraudarea investigației” în loc de „fraudarea licitației”.

În considerentele sentinței nu se face delimitarea între argumentele de drept și argumentele de fapt și nu se analizează respectarea principiului prezumției de nevinovăție și a dreptului la un proces echitabil.

Sentința nu cuprinde răspunsul la pretențiile reclamantelor care au o importantă determinantă cu privire la stabilirea vinovăției acestora, respectiv coexistența celor două practici identificate (formalitatea ofertei depuse de SC A. SRL și fixarea prețurilor ofertate pentru loturile 2 și 6) este imposibilă și se exclude reciproc; caracterul pur formal al ofertei putea fi luat în considerare în situația în care ar fi existat informații pe piață în sensul că interesul potențialilor ofertanți era scăzut; ofertanții descalificați oferiseră în majoritate prețuri mai mici decât cele ofertate de Asociera SC D. SRL; diminuarea prețurilor ofertate pentru loturile 2 și 6 a reprezentat în mod obiectiv o decizie de oportunitate economică.

Din considerentele sentinței lipsește examinarea elementelor care caracterizează o faptă contravențională, iar justificările care explică aspectele determinante pentru nevinovăția reclamantelor au fost respinse fără nicio motivare.

3.2. Sentința recurată este nelegală și netemeinică;

Coexistența celor două practici identificate în raportul de investigare este imposibilă, întrucât odată ce un ofertant participă cu o ofertă formală la o procedură de achiziție publică, face acest lucru strict pentru a asigura numărul necesar de participanți cerut de lege, iar odată descalificat, este evident că oferta sa nu va mai fi analizată și nu va putea influența în vreun fel rezultatul final al procedurii.

În sens invers, dacă un ofertant participă la o procedură de achiziție publică și dorește să influențeze rezultatul acestei proceduri va trebui să se asigure că nu depune o ofertă formală și că îndeplinește cerințele minime de calificare.

Caracterul pur formal al ofertei ar fi putut fi luat în considerare în situația în care ar fi existat informații pe piață, în sensul că interesul potențialilor ofertanți ar fi fost scăzut față de această procedură de atribuire.

În realitate, organizarea procedurii de achiziție publică a fost cunoscută de către societățile de profit din România și din străinătate și era de așteptat o participare mare.

Prețurile ofertate de către SC A. SRL și SC C. LTD pentru fiecare dintre loturile incluse în procedura de achiziție nu indică o depunere formală a ofertei.

Asocierea avea un interes separat în adjudecarea contractelor de achiziție publică pentru loturile 2 și 6, având în vedere planul de afaceri preconizat.

Interpretarea cerinței „expresie similară” care a dus la descalificare este rezultatul unei erori și nu a unei înțelegeri anticoncurențiale anterioare licitației.

Asocierea a considerat că atâta timp cât se depun oferte separate pentru fiecare dintre loturile incluse în procedură, analiza cerinței „experiență similară” se va efectua cu privire la fiecare lot în parte și nu cumulat.

În aceeași eroare s-a aflat și ofertantul H. care a fost descalificat pentru neîndeplinirea cerinței „experiență similară”.

Constatările privind fixarea prețurilor ofertate pentru locurile 2 și 6 și împărțirea ulterioară a contractelor sunt neîntemeiate și nu sunt concludente pentru dovedirea existenței unei înțelegeri anticoncurențiale.

Diminuarea prețurilor a reprezentat o decizie de oportunitate economică, astfel cum s-a transmis în răspunsul la solicitarea de informații.

Intimatul nu a putut explica modalitatea prin care prețul diminuat ar fi putut influența prețul la care a fost adjudecat în final contractul de achiziție publică de către Asocierea SC D. SRL.

Intimatul nu a reușit să demonstreze că reclamantele-recurente au fost implicate în acțiuni concomitente procedurii de achiziție publică.

Simpla analiză cronologică a evenimentelor dovedește că recurentele au decis în organele de conducere înregistrarea filialelor Craiova și Roman abia după ce au aflat rezultatul procedurii de atribuire.

Constatările cu privire la greșelile de tehnoredactare identificate și la unele documente cuprinse în ofertele tehnice ale celor două asocieri sunt neîntemeiate.

Documentația a fost pregătită împreună de părți în vederea participării în consorțiu la a doua procedură de atribuire organizată în data de 11 noiembrie 2005.

Presupusa înțelegere anticoncurențială nu se circumscrie unei practici anticoncurențiale tipice de trucare a licitațiilor.

Niciuna dintre practicile considerate ca forme standard de trecere a licitațiilor nu este aplicabilă speței de față, deoarece ambele consorții doreau cu adevărat și aveau capacitatea de a executa contractul și puteau participa împreună într-un singur consorțiu.

Presupusa înțelegere nu ar fi putut influența concurența în procedura de achiziție publică, având în vedere interesul crescut față de procedura de achiziție în toate fazele sale, numărul mare de ofertanți care au participat la cea de-a treia

procedură (11 ianuarie 2008), precum și contextul în care au fost adjudecate de către Asociera SC D. SRL, loturile 2 și 6.

4. Apărățile formulate de intimatul-pârât Consiliul Concurenței

Prin întâmpinare, intimatul solicită respingerea recursului ca nefondat, susținând netemeinicia motivelor de recurs întemeiate pe dispozițiile art. 304 pct. 7 și 9 și art. 3041 C. proc. civ.

Intimatul consideră că instanța de fond a realizat o analiză riguroasă a situației de fapt prin raportare la materialul probator administrat în cauză.

Instanța de fond, mai susține intimatul, a făcut o interpretare corectă a actului juridic dedus judecării, concluzionând în sensul că asociera în discuție a depus oferte pentru toate cele șapte loturi pentru a asigura numărul minim de participanți.

Nu au fost reținute argumentele referitoare la existența altor concurenți la procedura de achiziție publică din 2006 care ar face imposibilă o participare formală a Asocierii SC A. SRL, deoarece reclamantele au anticipat o participare redusă.

Planul comun al întreprinderilor investigate a constat în depunerea de către SC A. SRL a unei oferte formale, pentru a asigura continuarea procedurii de licitație în folosul Asocierii SC D. SRL, pentru ca, în final, să împartă contractele atribuite de CN F. SA.

Referitor la prețurile ofertate de cele două asocieri pentru fiecare dintre loturi, judecătorul fondului a reținut în mod corect că prețurile ofertate de asociera SC D. SRL pe unitate de măsură pentru locurile 1, 3-5 și 7 au fost constante, în timp ce în cazul loturilor 2 și 6 acestea au crescut.

În cazul asocierii SC A. SRL, s-a constatat o variație a prețurilor doar pentru loturile 2 și 6, dar în sensul scăderii acestora.

Faptele întreprinderilor investigate reprezintă o înțelegere care, prin însăși natura sa, avea capacitatea de a restrânge concurența pe piață, fiind interzisă de art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea concurenței.

În ceea ce privește cuantumul amenzii aplicate, intimatul arată că individualizarea sancțiunii s-a făcut corect, în conformitate cu dispozițiile art. 53 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 21/1996.

II. Considerentele Înaltei Curți - instanța competentă să soluționeze calea de atac extraordinară exercitată;

1. Recursul este nefondat.

1.1. Cu privire la criticile întemeiate pe dispozițiile art. 304 pct. 7 C. proc. civ.

Sentința atacată nu reprezintă un „rezumat” al Deciziei nr. 82/2012 și al întâmpinării, cele trei paragrafe indicate de către recurente reprezintă detalierea jurisprudenței europene în materie.

Situația de fapt a fost descrisă în conținutul motivării, anterior considerentelor de la filele 26-28, astfel încât nu se poate afirma că instanța de fond a ajuns la concluzia existenței unei înțelegeri implicite fără a explica care dintre acțiunile reclamantelor a fost determinantă, astfel cum pretind recurente.

Sentința recurată respectă exigențele impuse prin Avizul nr. 11/2008 al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni de la Strasbourg, privind calitatea hotărârilor judecătorești, ambiguitatea termenilor despre care vorbesc recurente reprezintă în realitate o eroare materială („fraudarea investigației” în loc de „fraudarea licitației”) care poate fi îndreptată folosind remediile puse la dispoziție de art. 281 Cod procedura civilă.

La fila 28 din sentința recurată, judecătorul fondului a arătat motivele pentru care a respins argumentele reclamantelor, criticile pe acest aspect vizând nemulțumirea acestora pentru soluția pronunțată.

1.2. Cu privire la criticile de netemeinicie și nelegalitate a hotărârii primei instanțe

Recurente susțin că faptele anticoncurențiale imputate și anume formalitatea ofertei depuse de SC A. SRL și SC C. LTD și fixarea prețurilor ofertate pentru loturile 2 și 6, nu pot coexista, excluzându-se reciproc.

Se mai susține că așa-zisele constatări privind depunerea unei oferte formale, derivând din cerința minimă de calificare „experiență similară”, nu dovedește existența înțelegerii între cele două asocieri SC A. SRL și SC D. SRL, iar participarea altor concurenți la procedura de achiziție din iunie 2006, înlătură existența unei oferte formale.

Argumentele recurentelor nu pot fi primite, avându-se în vedere că nu are relevanță numărul participanților pentru existența unei fapte anticoncurențiale, iar în speță interesează dacă a existat o concurență reală între cele două asocieri.

Oferta formală este dovedită prin depunerea acesteia pentru mai multe loturi, deși se cunoștea că ofertantul are obligația să facă dovada „experienței similare” cumulate.

Nu este credibilă justificarea recurentelor în sensul că s-au aflat în eroare asupra interpretării cerinței „experienței similare”, deoarece numai cele două asocieri au depus oferte pentru toate cele 7 loturi, iar neîndeplinirea condiției conduce la descalificare.

Prin depunerea ofertelor pentru toate loturile, s-a urmărit a se asigura numărul maxim de 2 oferte depuse pentru fiecare lot.

Prețurile ofertate de recurente pentru loturile 2 și 6, mai mici decât cele aferente celorlalte loturi nu indică interesul crescut al acestora pentru loturile în discuție, deoarece din punct de vedere financiar, societățile obțineau un profit mult diminuat.

De asemenea, celelalte cheltuieli, cu materialele, erau mult diminuate, de unde rezultă că oferta nu putea fi susținută din punct de vedere financiar, indiferent de justificările recurentelor referitoare la experiența anterioară acumulată la nivelul județului Iași.

Raționamentul intimatului privitor la variația de preț pentru loturile 2 și 6 comparat cu celelalte loturi nu este „illogic”, astfel cum pretind recurentele.

Împrejurarea descalificării celorlalți ofertanți nu are relevanță asupra înțelegerii anticoncurențiale dintre cele două asocieri. Chiar și în ipoteza în care ar fi câștigat licitația pentru loturile 2 și 6 o altă societate ce nu făcea parte din asociere, fapta există și putea fi sancționată în cazul în care, din analiza efectuată se constata că sunt încălcate prevederile legii concurenței.

Rapiditatea schimbării strategiei comerciale a SC D. SRL, prin hotărârile Adunării Generale a Acționarilor din 9 iunie, 26 iunie, 6 iulie și 7 iulie 2006, dovedește deplin înțelegerea dintre cele două asocieri.

Astfel, hotărârea de cesionare a contractelor de lucrări către filiale care nici nu erau înființate este un argument în sensul existenței faptei anticoncurențiale.

Constatările cu privire la greșelile de tehnoredactare identificate și la unele documente cuprinse în ofertele tehnice ale celor două asocieri sunt concludente pentru dovedirea existenței înțelegerii.

Documentele invocate de recurente nu fac dovada contrară, deoarece printre înscrisurile aflate la dosar se găsesc unele întocmite/ traduse/ legalizate ulterior datei de 14 decembrie 2005, când a avut loc prima licitație, de unde rezultă că ipoteza existenței unei intenții de a forma un consorțiu nu este reală.

Chiar dacă presupusa înțelegere anticoncurențială cum o denumesc recurentele nu s-ar circumscrie unei practice anticoncurențiale tipice de trucare a licitațiilor, împrejurarea nu are relevanță practică, deoarece modalitățile pot să fie variate și nu sunt limitate de vreo dispoziție legală.

În speță, trucarea licitației a fost identificată de autoritatea intimată ca fiind de „participare cu oferte de curtoazie”, ce vizează existența unui număr minim de ofertanți, în scopul creării unei competitivități aparente, iar ulterior, după câștigarea licitației, părțile înțelegerii să-și împartă contractele atribuite.

Înțelegerea ce a avut loc între cele două consorții este una anticoncurențială prin obiectul acesteia, astfel încât nu mai este necesar a se demonstra efectul concret, în piață, deoarece, obiectul și efectul anticoncurențial sunt condiții alternative și nu cumulative.

Restricția prin obiect este considerată ca fiind gravă, de aici rezultatul și sancțiunea aplicată recurentelor-reclamante asupra căreia nu s-au formulat însă critici prin motivele de recurs.

2. Față de acestea, în temeiul art. 312 alin. (1) C. proc. civ., coroborat cu art. 20 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 modificată și completată, recursul va fi respins ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE
ÎN NUMELE LEGII

D E C I D E

Respinge recursul declarat de SC A. SRL, SC B. GMBH și SC C. LTD împotriva sentinței nr. 1419 din 22 aprilie 2013 a Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, ca nefondat.

Irevocabilă.

Pronunțată în ședință publică, astăzi 15 ianuarie 2015.