

MARIUS-CRISTIAN ISPAS

CONTROLUL DE LEGALITATE
ÎN CONTENCIOSUL
ADMINISTRATIV-FISCAL

Editura
Hamangiu

nr. 66/2011, a admis acțiunea; a anulat Decizia nr. OI/663/ES/20.04.2017 și Procesul-verbal nr. OI/1054/SJCSN/06.02.2017 și actele administrative subsecvente acestora.

§2. Controlul deciziilor Consiliului Concurenței

I. Conținutul substanțial al faptelor anticoncurențiale

Norme legale incidente:

Legea concurenței nr. 21/1996^[1]

Art. 101 TFUE

Legea nr. 295/2004 privind regimul armelor și al munițiilor^[2]

Fiind în discuție fapte anticoncurențiale, instanța a verificat conținutul dispozițiilor Legii nr. 21/1996, respectiv controlul existenței condițiilor legale de existență a faptelor reținute. Controlul de legalitate al instanței de contencios administrativ în fond este limitat la a) verificarea încadrării juridice a faptelor reținute de autoritate și b) verificarea respectării actelor normative ierarhic superioare de către autoritatea administrativă. Deci în privința primului mod de verificare, instanța de fond în cadrul controlului său putea examina exactitatea faptelor reținute de autoritatea administrativă în cadrul actului atacat și dacă aceste fapte erau de natură să producă consecințele juridice (sanțiuni) stabilite în actul administrativ atacat, respectiv dispoziția de sancționare/amendare. În realitate, instanța de fond verifică în primul rând existența ipotezei normei juridice.

În privința celui de al doilea tip de verificare, instanța de fond putea verifica (în limitele disponibilității) dacă, raportat la situația de fapt reținută corect, există nereguli din punct de vedere juridic, procedural sau substanțial. Prin urmare, fondul verifica dispozițiile procedurale și substanțiale aplicate de autoritatea administrativă, cu referire la dispoziția și sancțiunea normelor juridice reținute ca teme

[1] Republicată în M. Of. nr. 153 din 29 februarie 2016.

[2] Republicată în M. Of. nr. 425 din 10 iunie 2014.

juridic, inclusiv prin eventuala raportare la norme juridice ierarhic superioare.

Prin acțiunea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 80/2/2014 din 8 ianuarie 2014, reclamanta SC B&T AG a solicitat în contradictoriu cu pârâatul Consiliul Concurenței ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună:

– în principal, anularea în tot a deciziei nr. 44/29.11.2013, ca nelegală și netemeinică și, pe cale de consecință, exonerarea de la plata amenzii în cuantum 2.420.300 lei, aplicată prin decizia contestată;

– în subsidiar, în măsura în care nu se va proceda la anularea deciziei nr. 44/29.11.2013, să se constate că pârâta a procedat la o greșită individualizare a sancțiunii aplicate reclamantei, în raport cu situația de fapt și prevederile legale incidente, și să se dispună reducerea acestei sancțiuni, astfel încât să reflecte, în mod corect, circumstanțele situației de fapt.

– obligarea autorității pârâte la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de procesul proces.

În cuprinsul acțiunii, reclamanta invocă următoarele motive de nelegalitate:

1. Nu sunt întrunite, în cauză, elementele constitutive ale faptei contravenționale prevăzute de art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea concurenței, Consiliul Concurenței neluând în considerare cerințele obligatorii prevăzute de legislația română în vigoare și de normele europene aplicabile în ceea ce privește existența unei contravenții. Fapta reținută de Consiliul Concurenței drept contravenție nu există.

2. Decizia încalcă flagrant prezumția de nevinovăție aplicabilă în materie contravențională prin nedovedirea „dincolo de orice dubiu rezonabil” a existenței presupusei fapte contravenționale și a vinovăției B&T.

3. Decizia este nelegală și sub aspectul încălcării flagrante a normelor privind individualizarea amenzii, chiar dacă s-ar considera, prin absurd, că B&T ar fi săvârșit o contravenție la legea concurenței.

Prin întâmpinarea formulată de pârâțul Consiliul Concurenței s-a solicitat respingerea acțiunii, ca neîntemeiată.

*C.A. București, S. cont. adm. și fisc.,
sent. nr. 4175/21.12.2016, nepublicată
Dosar nr. 80/2/2014*

Motive reținute pentru admiterea acțiunii reclamantului

Prin Decizia Consiliului Concurenței nr. 44/29.11.2013 s-a constatat încălcarea de către societățile X, Y și Z a prevederilor art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 21/1996 și art. 101 alin. (1) TFUE, încălcare ce a constat în practica concertată de participare cu oferte trucate, prin împărțirea produselor licitate, în cadrul procedurilor de achiziție publică organizate Ministerul Apărării Naționale – Departamentul pentru armamente – UM 02550 București, pentru achiziția produselor din gama „armament de infanterie” și „aparatură optică”, în perioada anilor 2005-2007.

Fapta a fost încadrată în categoria celor de gravitate mare și de durată medie și a fost sancționată reclamanta B&T AG (la data săvârșirii faptei având denumirea Brugger & Thomet AG) cu amendă în cuantum de 2.420.300 lei.

În cuprinsul deciziei s-a reținut că în anii 2005, 2006 și 2007, Ministerul Apărării Naționale, prin Departamentul pentru Armamente, în calitate de autoritate contractantă a desfășurat trei proceduri de achiziție publică pentru achiziționarea de „armament infanterie” și „aparatură optică”.

Consiliul Concurenței a apreciat că reclamanta B&T împreună cu Sauer și Swis s-a desfășurat, cu ocazia participării la procedurile de achiziție de mai sus, o practică concertată constând în coordonarea comportamentului concurențial prin intermediul schimbului de informații mijlocit de reprezentantul lor comun Transcarpat, faptă anticoncurențială concretizată în participarea la aceste licitații cu oferte trucate, prin împărțirea produselor ofertate.

Astfel, Consiliul Concurenței consideră că societățile B&T, Sauer și Swis s-au lăsat conștient sau din neglijență la dispoziția Transcarpat, care a cunoscut, completat și susținut fiecare ofertă în parte, și implicit, toate ofertele la un loc, caz în care elementul de indepen-

dență al fiecărei oferte a devenit inexistent, iar concertarea, chiar și tacită, a devenit evidentă.

În concret, din cuprinsul deciziei contestate, rezultă că practica concertată a constat în faptul că cele trei societăți, deși puteau depune oferte pentru mai multe arme dintre cele solicitate de autoritatea contractantă, au depus oferte doar pentru unele dintre arme sau doar în cadrul unora dintre licitațiile organizate, astfel încât să nu se concureze.

În ceea ce o privește pe reclamanta B&T, Consiliul Concurenței a apreciat că din documentele depuse de acest ofertant pentru a justifica experiența similară rezultă că a derulat un contract de furnizare pistoale automate tactice MP9 de 9 mm către autoritățile elvețiene. Cu toate acestea, în cadrul licitației din 2005, când MAPN. a solicitat produsul pistol mitralieră cal. 9 x 19 mm cu amortizor, reclamanta a decis să nu liciteze pentru acest produs. Ulterior, în cadrul licitației din 2007, reclamanta a oferat pistolul mitralieră cal. 9 x 19 mm. cu amortizor.

De asemenea, pentru produsul pistol semiautomat cal. 9 x 19 mm, solicitat de autoritatea contractantă în anul 2005 în două variante, respectiv cu și fără amortizor, B&T a decis să nu liciteze, pozițiile fiind în schimb licate de către Sauer. În cadrul procedurii de achiziție din 2006, Sauer a oferat pistolul calibru 9 mm, în timp ce B&T nu a mai licitat. De asemenea, la rândul său, Sauer nu a licitat pentru produse pe care ar fi putut să le furnizeze și care au fost în final oferate de B&T.

Referitor la apărările societăților implicate în pretinsa practică concertată potrivit cărora nu ar fi putut oferta toate produsele ce au făcut obiectul procedurilor de achiziție, întrucât comercializează tipuri de armament diferite, Consiliul Concurenței arată că Sauer fabrică și comercializează și puști de precizie (nu numai pistoale semiautomate cal. 9 mm, iar B&T fabrică și comercializează și pistoale semiautomate cal. 9 mm (nu numai pistoale automate/mitralieră cal. 9 mm) și că investigația a demonstrat că produsul pușcă cal. 7,62 x 51 mm putea fi licitat de toți cei trei concurenți, cel puțin la licitația din anul 2007, când autoritatea contractantă a solicitat acest produs sub două denumiri, respectiv pușcă semiautomată cal. 7,62 x 51 mm cu lunetă de ochire pe timp de zi/noapte și o pușcă cu lunetă de mare precizie cal. 7,62 x 51 mm și când Sauer nu

a licitat, Swis a licitat produsul cu prima denumire, iar B&T a licitat produsul cu a doua denumire, fără a se concura astfel, la nivel de produs.

Curtea a reținut că prevederile invocate de Consiliul Concurenței ca fiind nerespectate de către reclamanta B&T au următorul conținut:

– Art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 21/1996: „Sunt interzise orice înțelegeri exprese sau tacite între agenții economici ori asociațiile de agenți economici, orice decizii luate de asociațiile de agenți economici și orice practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care urmăresc: ... f) participarea, în mod concertat, cu oferte trucate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte”.

– Art. 101 alin. (1) TFUE: „Sunt incompatibile cu piața internă și interzise orice acorduri între întreprinderi, orice decizii ale asocierilor de întreprinderi și orice practici concertate care pot afecta comerțul dintre statele membre și care au ca obiect sau efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței în cadrul pieței interne și, în special, cele care (...)”.

Rezultă că pentru a fi incidente prevederile de mai sus trebuie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- 1) existența a cel puțin două întreprinderi sau o asociație de întreprinderi;
- 2) existența unei înțelegeri, a unei decizii sau a unei practici concertate între întreprinderi;
- 3) înțelegerea, decizia sau practica concertată să aibă ca obiect sau efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței pe piață.

Prima condiție este îndeplinită în cauză întrucât s-a reținut de către Consiliul Concurenței că practica concertată a fost realizată de patru societăți comerciale, acestea încadrându-se în noțiunea de întreprindere ce semnifică orice entitate angajată într-o activitate economică.

Referitor la cea de-a doua condiție, Curtea a reținut că prin decizia contestată Consiliul Concurenței a reținut că reclamanta B&T împreună cu Sauer, Swis și Transcarpat au fost implicate într-o practică concertată.

Prin urmare, ceea ce se impută reclamantei nu este participarea la o înțelegere sau la luarea unei decizii anticoncurențiale, ci implicarea sa într-o practică concertată.

Caracteristic unei practici concertate este faptul că nu este încheiat un acord propriu-zis între întreprinderile participante care să poată fi probat printr-o dovadă scrisă, ci coordonarea întreprinderilor rezultă din comportamentul participanților.

În situația practicilor concertate, ca și în cazul oricăror fapte contravenționale, sarcina probei revine autorității de concurență. Însă, dat fiind specificul practicilor concertate, în care nu există o dovadă scrisă a realizării unei înțelegeri, este suficient ca autoritatea de concurență să dovedească comportamentul coordonat al participanților.

La rândul lor, întreprinderile acuzate de un astfel de comportament coordonat se pot exonera de răspundere prin oferirea unei alte explicații plauzibile ale acestui comportament, care să excludă explicația dată de autoritatea de concurență sau cel puțin să pună la îndoială în mod serios această explicație.

Relevante pentru definirea practicilor concertate sunt cele reținute de Curtea Europeană de Justiție, în Hotărârea din 14 iulie 1972 din cauza 48/69, *ICI vs. Comisia* potrivit căreia:

„Articolul 85 (actualul art. 101 TFUE) deosebește noțiunea de „practică concertată” de noțiunea de „acorduri între întreprinderi” sau de cea de „decizii ale asociațiilor de întreprinderi” în scopul de a circumscrie interdicțiilor de la acest articol o formă de coordonare între întreprinderi care, fără a fi ajuns la etapa încheierii unui acord propriu-zis, substituie cu bună știință o cooperare practică între acestea în detrimentul concurenței.

Prin însăși natura acesteia, practica concertată nu prezintă toate elementele unui acord, dar poate să rezulte, în special, dintr-o coordonare care se exprimă prin comportamentul participanților.

Deși comportamentul paralel nu poate fi identificat cu o practică concertată, el poate totuși constitui o dovadă semnificativă a acesteia, atunci când duce la condiții de concurență care nu corespund condițiilor normale de piață, ținând seama de natura produselor, de importanța și numărul întreprinderilor, precum și de volumul pieței respective.

Acest lucru se verifică în special atunci când comportamentul paralel poate permite părților interesate căutarea unui echilibru al prețurilor la un nivel diferit față de cel care ar fi rezultat în urma concurenței și cristalizarea pozițiilor dobândite în detrimentul libertății efective de circulație a produselor pe piața comună și a liberii alegeri a furnizorilor de către consumatori”.

În cauza de față, Curtea a constatat că societatea reclamantă B&T și societățile Sauer și Swis, care sunt specializate în producția și comercializarea de armament, au participat la licitațiile organizate în perioada 2005-2007 de Ministerul Apărării Naționale printr-un reprezentant comun, și anume societatea Transcarpat.

Din faptul că ofertele depuse de către societățile B&T, Sauer și Swis prin Transcarpat au fost întocmite pe același formular, distinct de cel comunicat de către autoritatea contractantă, se poate trage concluzia că, întocmirea ofertelor a fost făcută de către Transcarpat și că, cel puțin acest reprezentant comun al ofertanților, a avut cunoștință de conținutul ofertelor celor trei societăți pe care le reprezenta. Prin urmare, prin intermediul reprezentantului comun, reclamanta și societățile Sauer și Swis puteau să-și adapteze comportamentul în ceea ce privește participarea la licitațiile organizate de Ministerul Apărării Naționale în perioada 2005-2007, astfel încât să-și sporească șansele de a fi declarate câștigătoare la respectivele licitații și chiar să obțină atribuirea contractelor la prețuri mai ridicate.

Comportamentul coordonat al participanților imputat de către Consiliul Concurenței reclamantei și celorlalte trei societăți sancționate prin decizia contestată și în baza căruia trage concluzia existenței unei practici concertate constă în aceea că participanții, deși puteau depune oferte pentru mai multe arme dintre cele solicitate de autoritatea contractantă, au depus oferte doar pentru unele dintre arme sau doar în cadrul unora dintre licitațiile organizate, astfel încât să nu se concureze.

Argumentul principal al reclamantei din cuprinsul cererii de chemare în judecată, ce rezultă din aprecierile acesteia făcute cu ocazia analizei pieței relevante, este acela că neofertarea produselor invocate de Consiliul Concurenței în decizia contestată, nu s-a datorat unei practici concertate cu oferte trucate, ci, în principal, faptului că reclamanta nu avea în portofoliul său astfel de produse.

În acest sens, reclamanta invocă definirea greșită de către Consiliul Concurenței a pieței relevante, care a avut în vedere piața armamentului de infanterie și aparatură optică în general, deși nu toate produsele ce au făcut obiectul licitațiilor organizate de Ministerul Apărării Naționale în anii 2005-2007 erau substituibile între ele.

Legat de acest aspect, Curtea reține că elementul esențial de care se ține cont în definirea pieței relevante a produsului, este cel al caracterului interschimbabil, adică măsura în care bunurile supuse examinării sunt interschimbabile cu alte produse.

În cuprinsul deciziei contestate, Consiliul Concurenței reține că piața relevantă este cea denumită generic „piața produselor armament de infanterie și aparatură optică aferentă, achiziționate prin licitația organizată de Ministerul Apărării Naționale în anul (...)” și că dat fiind că este vorba de o încălcare gravă a regulilor concurențiale ce restricționează concurența prin obiect, definirea, în detaliu, a pieței relevante pentru fiecare dintre produsele licitate nu mai este necesară și nici relevantă.

Din chiar modul de definire a pieței relevante dat de Consiliul Concurenței și prezentat mai sus, rezultă că, în realitate, Consiliul Concurenței nu a definit piața relevantă a produsului, întrucât nu a reținut, în concret, care sunt acele produse interschimbabile ce puteau fi oferite de toți participanții sancționați pentru încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 21/1996 și art. 101 alin. (1) TFUE.

În acest sens, Curtea a constatat că nici chiar Consiliul Concurenței nu a reținut că reclamanta ar fi putut oferta toate produsele ce au făcut obiectul licitațiilor organizate de Ministerul Apărării Naționale în anii 2005-2007, existând chiar o situație în care oferta reclamantei a fost respinsă tocmai pentru că arma oferită nu îndeplinea cerințele din documentația de atribuire, de unde rezultă implicit că nu toate produsele ce au făcut obiectul respectivelor licitații sunt interschimbabile, cel puțin din punctul de vedere al ofertei. Mai mult, din cuprinsul răspunsurilor formulate de expertul judiciar și prezentate în raportul de expertiză rezultă că produsele respective nu erau interschimbabile nici prin prisma necesităților utilizatorului, deci nu erau interschimbabile nici la nivelul cererii.

Cu toate acestea, doar acest argument legat de neidentificarea pieței relevante, nu conduce automat la anularea deciziei contestate,