



Ghid privind respectarea regulilor de concurență în situația participării sub formă de asociere la o procedură de achiziție publică



CUPRINS

SUMARUL GHIDULUI.....	2
1. INTRODUCERE.....	3
1.1. Cui i se adresează prezentul ghid?	3
1.2. Ce reprezintă o asociere de operatori economici constituită în vederea participării la o procedură de achiziție publică și care sunt motivele constituirii acesteia?.....	5
2. REGULILE DE CONCURENȚĂ ȘI APLICAREA LOR ÎN ROMÂNIA	6
3. ASPECTE PRACTICE CU PRIVIRE LA PARTICIPAREA SUB FORMĂ DE ASOCIERE LA O PROCEDURĂ DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ ȘI RESPECTAREA REGULILOR DIN DOMENIUL CONCURENȚEI.....	8
3.1 Când este permisă o asociere de operatori economici în vederea participării la o procedură de achiziție publică?.....	8
3.2. Asocierile de operatori economici concurenți susceptibile de a încălca regulile de concurență 11	
3.2.1 Cum puteți evalua dacă o asociere se conformează cu regulile de concurență?	12
3.2.2. Testul juridic pentru verificarea respectării regulilor de concurență	15
4. CUM PUTEȚI EVITA PRACTICILE ANTICONCURENȚIALE ÎN CADRUL UNEI ASOCIERI CONSTITUITE ÎN VEDEREA PARTICIPĂRII LA O PROCEDURĂ DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ?.....	19
5. CE TREBUIE SĂ FACEȚI DACĂ AVEȚI INFORMAȚII PRIVIND POSIBILA ÎNCĂLCARE A REGULILOR DE CONCURENȚĂ?.....	21
ANEXA 1	23
A. Atribuțiile Consiliului Concurenței și puterile sale de investigație.....	23
B. Care sunt sancțiunile aplicabile pentru încălcarea regulilor de concurență?	24

SUMARUL GHIDULUI

Prezenta secțiune reprezintă un sumar al informațiilor cuprinse în acest ghid și nu are ca scop înlocuirea legislației din domeniul concurenței.

- ❖ Scopul acestui ghid este să ofere îndrumări operatorilor economici în vederea respectării regulilor din domeniul concurenței în situația în care decid să participe la o procedură de achiziție publică sub formă de asociere.

- ❖ În principiu, nu vor încălca regulile de concurență:
 - A) Asocierile constituite între operatori economici care nu sunt concurenți - cu toate că pot să apară probleme de concurență și în aceste cazuri, astfel cum este detaliat în secțiunea 3 din prezentul ghid;
 - B) Asocierile constituite între operatori economici care fac parte din aceeași *entitate economică (întreprinderi afiliate)*;
 - C) Asocierile constituite între operatori economici concurenți, dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții: (i) niciun operator economic nu poate îndeplini în mod individual condițiile stabilite în caietul de sarcini sau în contractul cadru; (ii) un subgrup al membrilor asocierii respective nu poate să îndeplinească condițiile stabilite în caietul de sarcini sau în contractul cadru; (iii) membrii asocierii schimbă doar informații strict necesare în momentul întocmirii ofertei de participare și în timpul executării contractului; (iv) membrii asocierii concurează în condiții normale în alte situații.

- ❖ Asocierile constituite între operatori economici concurenți, care nu îndeplinesc cumulativ cele patru condiții menționate anterior, nu vor încălca automat regulile de concurență. În asemenea cazuri, operatorii economici trebuie să efectueze o analiză prin care să evalueze dacă beneficiile care rezultă din participarea cu o ofertă comună pot justifica orice efecte anticoncurențiale ale acesteia. La efectuarea acestei analize, trebuie să se țină cont de patru elemente (descrise în detaliu în secțiunea 3.2.2 din prezentul Ghid).

- ❖ Indiferent dacă asocierea se realizează între operatori economici care sunt concurenți sau care nu sunt concurenți, aceștia trebuie, întotdeauna, să se asigure că asocierea nu reprezintă, de fapt, un mecanism menit să faciliteze practicile anticoncurențiale în legătură cu procedura respectivă, cu alte proiecte/contracte sau cu alte piețe.

1. INTRODUCERE

1.1. CUI I SE ADRESEAZĂ PREZENTUL GHID?

- 1.1.1 Ghidul se adresează operatorilor economici care decid să participe cu o ofertă comună la o procedură de achiziție publică. Scopul ghidului este să ofere îndrumări operatorilor economici în vederea respectării reglementărilor din domeniul concurenței aplicabile în România, respectiv prevederile Legii concurenței nr. 21/1996¹ și legislația secundară, precum și pe cele ale Uniunii Europene.²
- 1.1.2 Legislația din domeniul achizițiilor publice permite operatorilor economici să participe sub formă de asociere la o procedură de achiziție publică, în principal cu scopul de a facilita accesul întreprinderilor mici și mijlocii („IMM”) la proceduri de achiziție publică. Excluderea participării IMM la proceduri de achiziție publică poate să aibă un impact negativ substanțial asupra concurenței. De exemplu, excluderea unor operatori economici de dimensiuni mai mici sau operatori economici care sunt noi pe piață, dar care pot oferi soluții integrate inovative poate avea efecte negative asupra concurenței. Excluderea acestor operatori economici are ca rezultat și reducerea numărului de ofertanți care pot participa la o procedură de achiziție publică (restrângerea concurenței). În acest fel, prin restrângerea concurenței la procedura de achiziție publică, contractul poate fi atribuit la un preț mai mare. În consecință, pe lângă faptul că există riscul creșterii prețurilor de achiziție, există și riscul scăderii calității produselor/serviciilor/lucrărilor achiziționate, întrucât operatorii economici, în lipsa

¹ Republicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 153/29.02.2016.

² Prevăzute de Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene. În acest sens, a se consulta și Comunicarea Comisiei – Orientări privind aplicabilitatea articolului 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene acordurilor de cooperare orizontală; Jurnalul Oficial C 11 din 14.1.2011.

concurenței, nu vor mai fi stimulați să facă investițiile necesare îmbunătățirii serviciilor/produselor/lucrărilor pe care le oferă.

- 1.1.3 Legislația din domeniul concurenței nu interzice asocierea operatorilor economici în vederea participării cu o ofertă comună la o procedură de achiziție publică, atât timp cât asocierea nu conduce la o practică anticoncurențială în cadrul procedurii respective, în cadrul altor proceduri de achiziție publică sau altor proiecte. Având în vedere faptul că o asociere implică diverse interacțiuni între operatorii economici în scopul întocmirii ofertei comune, fiind posibil, astfel, și un schimb de informații sensibile din punct de vedere concurențial (informații confidențiale - secrete de afaceri), este foarte important ca fiecare membru al asocierii să se asigure că o astfel de cooperare nu va conduce la practici anticoncurențiale.
- 1.1.4 Informațiile cuprinse în prezentul ghid nu vizează și practicile anticoncurențiale săvârșite de ofertanți în cadrul procedurilor de achiziții publice (*i.e.* practici de tip „*bid rigging*” - situația în care doi sau mai mulți ofertanți își coordonează comportamentul/se înțeleg să se comporte într-un anumit mod cu intenția de a influența rezultatul procedurii de achiziție publică). Acestea din urmă reprezintă încălcări grave ale regulilor din domeniul concurenței și sunt sancționate de Consiliul Concurenței cu amenzi de până la 10% din cifra de afaceri înregistrată în anul financiar anterior deciziei autorității de concurență. În vederea detectării și descurajării unor astfel de practici anticoncurențiale, Consiliul Concurenței a publicat „[Ghidul privind detectarea și descurajarea practicilor anticoncurențiale în cadrul procedurilor de achiziție publică](#)”³.
- 1.1.5 Principiile tratate în prezentul Ghid se aplică în cazul procedurilor de achiziții publice aceleași principii putându-se aplica și în cazul procedurilor private.

³ www.consiliulconcurentei.ro.

1.2 CE REPREZINTĂ O ASOCIERE DE OPERATORI ECONOMICI CONSTITUITĂ ÎN VEDEREA PARTICIPĂRII LA O PROCEDURĂ DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ ȘI CARE SUNT MOTIVELE CONSTITUIRII ACESTEIA?

1.2.1. Recomandările din prezentul ghid vizează situațiile în care doi sau mai mulți operatori economici decid să participe cu o ofertă comună la o procedură de achiziție publică.

1.2.2 Există diverse motive pentru care operatorii economici se asociază în vederea participării la o procedură de achiziție publică.

De exemplu:

- Operatorii economici, în mod individual, nu au posibilitatea să îndeplinească cerințele pentru executarea contractului de achiziție publică (e.g. nu pot oferi toată gama de produse/servicii/lucrări solicitate);
- Operatorii economici, în mod individual, nu au posibilitatea să satisfacă cerințele de ordin financiar impuse de autoritatea contractantă în caietul de sarcini;
- Operatorii economici, în mod individual, nu dețin experiența profesională, capacitatea tehnică sau resursele necesare pentru a satisface cerințele minime de participare la procedura de achiziție publică sau de executare a contractului;
- Operatorii economici, în mod individual, nu pot participa la procedura de achiziție publică, întrucât aceasta vizează furnizarea unor servicii/produse/lucrări într-o zonă geografică aflată în afara celei în care activează operatorii economici.
- Asocierea este singura modalitate prin care operatorii economici pot oferi un produs/serviciu/lucrare de o calitate superioară/mai performant.

1.2.3 Asocierea poate fi constituită din operatori economici de diferite dimensiuni (de exemplu, se pot asocia operatori economici mari cu IMM), concurenți sau care nu sunt concurenți.

1.2.4 Participarea operatorilor economici sub forma de asociere la o procedură de achiziție publică poate aduce multe beneficii atât clientului (statul), cât și consumatorilor finali

(contribuabili), în special atunci când mai mulți operatori economici de dimensiuni mai mici sau care de abia au intrat pe piață (care nu ar fi putut participa în mod individual la procedura respectivă) își combină resursele și oferă produse/servicii/lucrări de o calitate superioară și soluții integrate inovative (mai eficiente) și /sau prețuri mai mici.

1.2.5 Asocierea nu trebuie să aibă o formă juridică anume, dar, în situația în care este declarată câștigătoare oferta comună, autoritatea contractantă poate solicita asocierii să adopte sau să constituie o anumită formă juridică.

1.2.6 Cu toate că problemele de concurență pot să apară și în situația în care operatorii economici nu sunt concurenți (secțiunea 3 din prezentul ghid), în principiu, este mult mai probabilă incidența acestora în cazul asocierilor dintre concurenți.

2. REGULILE DE CONCURENȚĂ ȘI APLICAREA LOR ÎN ROMÂNIA

Care este scopul regulilor de concurență și cui li se aplică?

2.1. Toate entitățile angajate într-o activitate economică, indiferent de statutul juridic sau modul de finanțare, sunt obligate să respecte regulile de concurență, astfel cum sunt acestea reglementate prin legislația națională și prin cea a Uniunii Europene. Prin „*activitate economică*”, în sensul regulilor de concurență, se înțelege orice activitate care constă în oferirea de bunuri/servicii pe o piață.

2.2. Regulile de concurență au ca scop protejarea procesului concurențial și asigurarea faptului că toate produsele/serviciile/lucrările sunt oferite la prețuri concurențiale, sunt de o calitate superioară și sunt inovative. Aceste elemente sunt în beneficiul tuturor: consumatorilor, mediului de afaceri, precum și economiei, în general.

2.3. Atât în România, cât și la nivelul Uniunii Europene, reglementările din domeniul concurenței interzic două tipuri de comportamente:

- (i) Înțelegerile anticoncurențiale (scrise / verbale) între doi sau mai mulți operatori economici sau orice altă formă prin care aceștia își coordonează comportamentul pe o piață - alta decât o înțelegere- (aceasta din urmă fiind cunoscută drept „*practică concertată*”).

De exemplu, vor fi contrare regulilor de concurență orice practici prin care operatorii economici concurenți⁴ fixează prețuri, își împart piețe/clienti, influențează rezultatele procedurilor de achiziție publică („*bid-rigging*”) etc.

Regulile de concurență nu se aplică doar înțelegerilor care îmbracă o anumită formă juridică sau implică un nivel de certitudine similar punerii în practică a contractelor civile. Astfel, pentru ca un comportament al operatorilor economici să încalce regulile de concurență, nu este necesară elaborarea de către aceștia a unui plan de acțiune în sine. Operatorii economici vor avea un comportament contrar regulilor de concurență, atunci când din acesta rezultă intenția lor comună de a influența într-un anumit mod condițiile existente pe o piață, în scopul obținerii de beneficii proprii.

- (ii) Practicile „abuzive” săvârșite de un operator economic care deține o poziție dominantă pe o piață. Regulile aplicabile acestor tipuri de practici nu sunt, în general, relevante în contextul constituirii unei asocieri în vederea participării cu o ofertă comună la o procedură de achiziție publică și nu sunt analizate de prezentul ghid. Cu toate acestea, nu trebuie exclusă total posibilitatea incidenței reglementărilor privind faptele de abuz de poziție dominantă. De exemplu, într-un caz ipotetic, dacă o IMM are o cotă de piață semnificativă pe o anumită piață datorită faptului că deține un drept de proprietate intelectuală exclusiv asupra unei anumite tehnologii sau alte drepturi de proprietate intelectuală importante, atunci acest operator economic va avea responsabilitatea să se asigure că, prin asocierea cu alți operatori economici, nu abuzează de poziția pe care o deține, de exemplu, prin refuzul de a da acces la tehnologia respectivă și altor operatori economici.

⁴ pentru o definiție a termenului „*concurrent*” a se consulta secțiunea 3.1 din prezentul ghid.

3. ASPECTE PRACTICE CU PRIVIRE LA PARTICIPAREA SUB FORMĂ DE ASOCIERE LA O PROCEDURĂ DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ ȘI RESPECTAREA REGULILOR DIN DOMENIUL CONCURENȚEI

3.1 CÂND ESTE PERMISĂ O ASOCIERE DE OPERATORI ECONOMICI ÎN VEDEREA PARTICIPĂRII LA O PROCEDURĂ DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ?

O asocieră de operatori economici constituită în vederea participării la o procedură de achiziție publică nu va ridica probleme din punct de vedere al regulilor de concurență în următoarele situații:

- (i) Operatorii economici nu sunt concurenți.

Ce este un concurent?

Termenul „*concurenți*”, astfel cum este folosit în legislația specifică din domeniul concurenței, desemnează atât *concurenții existenți*, cât și pe cei *potențiali*.

Doi operatori economici sunt considerați “*concurenți existenți*”, în cazul în care *sunt activi pe aceeași piață relevantă*.

Un operator economic este considerat un “*concurent potențial*” dacă ar putea să efectueze într-un termen scurt investiții suplimentare sau să suporte alte costuri de transformare necesare, astfel încât să intre pe piața relevantă pe care este activ un alt operator economic. Această evaluare trebuie să se fundamenteze pe motive realiste, simpla posibilitate teoretică de a intra pe o piață nefiind suficientă.

Ce este piața relevantă?

Prin *pieța relevantă* se înțelege piața în cadrul căreia trebuie evaluată o anumită problemă de concurență. Aceasta se determină prin analiza a două componente, respectiv, *pieța relevantă a produsului* și *pieța relevantă geografică*.

Piața relevantă a produsului – cuprinde toate produsele și/sau serviciile pe care consumatorul le considera interschimbabile sau substituibile, datorită caracteristicilor, prețurilor și utilizării acestora.

Piața relevantă geografică - cuprinde zona în care operatorii economici în cauză sunt implicați în cererea și oferta de produse sau servicii, în care condițiile de concurență sunt suficient de omogene și care poate fi delimitată de zonele geografice învecinate, deoarece condițiile de concurență diferă în mod apreciabil în respectivele zone.

Există, totuși, situații în care, deși membrii asocierii nu sunt concurenți, pot să apară probleme de concurență.

*Un exemplu îl reprezintă situația în care, prin schimbul de informații sensibile din punct de vedere concurențial (cum ar fi informații privind prețuri practice în general, costuri, strategii de afaceri etc) între membrii asocierii care nu sunt concurenți, există riscul împiedicării, restrângerii sau denaturării concurenței pentru alte proiecte pe care le desfășoară sau urmează să le desfășoare. Astfel, într-un caz ipotetic, A, B și C nu sunt concurenți și se asociază în vederea participării la o procedură de achiziție publică, întrucât nu pot participa în mod individual. În același timp, se formează o asocierie între C, D și E în vederea participării la o altă procedură de achiziție publică. C, D și E nu sunt concurenți. Cu toate acestea, A este concurentul lui D și B este concurentul lui E. Ca să nu fie încălcate regulile de concurență, C, care este membru în cadrul ambelor asocieri, **nu** trebuie să faciliteze schimbul de informații sensibile din punct de vedere concurențial între A și D sau între B și E. Astfel, chiar dacă, aparent, constituirea celor două asocieri nu ar ridica*

probleme din punct de vedere al regulilor de concurență (întrucât membrii acestora nu sunt concurenți), un schimb de informații sensibile din punct de vedere concurențial între A și D sau B și E prin intermediul lui C ar putea constitui o încălcare gravă a regulilor de concurență.

(ii) Membrii asocierii sunt „întreprinderi afiliate”

De ce nu se aplică regulile din domeniul concurenței asocierilor de *întreprinderi afiliate*⁵?

Regulile de concurență sunt incidente atunci când există înțelegeri/practici concertate între doi sau mai mulți operatori economici (sau „întreprinderi”, potrivit terminologiei specifice legislației din domeniul concurenței) care pot denatura, restrânge sau împiedica concurența pe o piață. În general, dacă doi operatori economici pot lua decizii în mod independent unul față de celălalt și față de terți cu privire la desfășurarea activității, atunci aceștia reprezintă entități separate. În cazul în care un operator economic exercită o influență decisivă asupra altui operator economic (*i.e.* cu privire la legături de ordin organizatoric, economic sau juridic), aceștia formează o *entitate economică unică*, întrucât sunt părți ale aceleiași „întreprinderi”. Astfel, operatorii economici nu sunt considerați concurenți, chiar dacă ambii sunt activi pe aceleași piețe relevante. În consecință, atunci când membrii asocierii constituite în vederea participării la o procedură de achiziție publică fac parte din același grup, nefiind independenți unul față de celălalt, regulile de concurență nu sunt aplicabile.

(iii) Operatorii economici sunt concurenți, dar sunt îndeplinite, cumulativ, următoarele condiții:

- a. niciun operator economic nu a putut îndeplini, în mod individual, condițiile stabilite în caietul de sarcini sau în contractul cadru;

⁵ Regulile de concurență pot fi incidente atunci când întreprinderi afiliate participă cu oferte individuale la proceduri de achiziții publice.

- b. un subgrup al membrilor asocierii respective nu ar fi fost în măsură să îndeplinească condițiile stabilite în caietul de sarcini sau în contractul cadru;
- c. membrii asocierii schimbă doar un nivel minim de informații în momentul întocmirii ofertei de participare și în timpul executării contractului (dacă oferta depusă de asociere este declarată câștigătoare). În mod special, discuțiile între membrii asocierii trebuie să se rezume la proiectul care face obiectul procedurii de achiziție publică respectivă și nu trebuie să implice dezvăluirea unor informații referitoare la prețurile practicate în mod normal de operatorii economici în cursul desfășurării activității sau la alte proceduri de achiziție publică la care participă sau strategii comerciale în legătură cu politici de preț, capacitate tehnică/de producție, clienți sau piețe;
- d. membrii asocierii concurează în condiții normale în alte contexte. În acest sens, operatorii economici, membri ai asocierii, nu trebuie să concureze mai puțin agresiv între ei atunci când participă în mod individual la alte proceduri de achiziție publică sau atunci când își oferă serviciile/produsele în general pe alte piețe, pentru simplul fapt că au participat cu o ofertă comună la o procedură de achiziție publică.

3.2. ASOCIERILE DE OPERATORI ECONOMICI CONCURENȚI SUSCEPTIBILE DE A ÎNCĂLCA REGULILE DE CONCURENȚĂ

Constituirea unei asocieri între operatori economici concurenți în vederea participării la o procedură de achiziție publică va determina, întotdeauna, o reducere a numărului de ofertanți la procedura respectivă. O astfel de asociere, care nu îndeplinește condițiile enumerate în secțiunea 3.1 (iii) de mai sus, ar putea ridica probleme din punct de vedere al regulilor de concurență. Cu toate acestea, astfel de asocieri nu vor încălca automat regulile de concurență. Operatorii economici, chiar dacă ar putea participa cu oferte individuale la o procedură de achiziție publică, constituie o asociere prin care își combină anumite avantaje de care dispun (de exemplu, tehnologii, resurse materiale/umane, capacitate tehnică etc.), participând cu o ofertă comună mult mai atractivă (*i.e.* din punct de vedere al prețurilor, calității produselor/serviciilor/lucrarilor etc.) decât cea pe care ar fi depus-o în mod individual.

În această situație, operatorii economici trebuie să efectueze o auto-evaluare pentru a se asigura că asocierea va respecta regulile de concurență. Astfel, operatorii economici trebuie să demonstreze că efectele benefice ale asocierii prevalează restrângerii concurenței la procedura de achiziție publică respectivă.

3.2.1 CUM PUTEȚI EVALUA DACĂ O ASOCIERE SE CONFORMEAZĂ CU REGULILE DE CONCURENȚĂ?

Atenție!!! Înainte să vă angajați în orice discuție cu operatori economici concurenți în vederea participării cu o ofertă comună la o procedură de achiziție publică, asigurați-vă că ați evaluat cu atenție propria poziție în ceea ce privește respectarea regulilor de concurență.


În cadrul evaluării, vă pot fi de ajutor răspunsurile la următoarele întrebări:

 **Îndepliniți toate condițiile pentru a participa în mod individual la procedura de achiziție publică?**

În cazul în care puteți participa cu o ofertă individuală la procedura de achiziție publică, atunci este foarte probabil să nu existe o justificare pentru constituirea unei asocieri. Participarea sub formă de asociere la o procedură de achiziție publică poate genera îngrijorări în ceea ce privește respectarea regulilor de concurență atunci când un membru al asocierii respective, sau un subgrup al membrilor asocierii, poate îndeplini în mod individual condițiile de participare la procedura de achiziție publică. În asemenea cazuri, este esențial ca operatorii economici să evalueze atent dacă asocierea va conduce la efecte concurențiale pozitive sau negative.

Pot exista cazuri în care, deși unii membri ai asocierii pot participa cu oferte individuale la procedura de achiziție publică respectivă, anumite eficiențe substanțiale să poată fi generate doar dacă aceștia se asociază și participă cu o ofertă comună.

De exemplu, operatorii economici concurenți, prin combinarea tehnologiilor proprii, pot oferi un preț mai mic prin reducerea anumitor costuri sau pot oferi servicii/produse/lucrări de o calitate superioară decât cele oferite de fiecare dacă ar fi participat cu oferte individuale.

 **Ce efect va avea constituirea asocierii asupra prețurilor și a calității produselor/lucrărilor/serviciilor?**

Participarea la o procedură de achiziție publică sub formă de asociere nu trebuie să aibă, în principiu, ca rezultat efecte anticoncurențiale în cadrul procedurii respective sau pe altă piață, în general, caracterizate fie prin creșteri de preț, reducerea capacității tehnice, a calității produselor/serviciilor/lucrărilor, a varietății acestora sau a inovației. Totuși, în situația în care apar astfel de efecte anticoncurențiale, acestea trebuie să fie compensate cu avantaje pe care clienții/consumatorii finali nu le-ar fi obținut în absența asocierii.

De exemplu, doi operatori economici care dețin tehnologii complementare se asociază în vederea participării la o procedură de achiziție publică cu scopul oferirii unui produs mai performant. Cu toate acestea, dacă singurul produs oferit de către operatorii economici în cadrul asocierii este mai scump decât produsele pe care le-ar fi oferit în mod individual, atunci nu există avantaje nici pentru autoritatea contractantă și nici pentru consumatorii finali.

Pe piața pe care activați există un număr semnificativ de concurenți?

Există șanse mai mari ca asocierea unor operatori economici concurenți activi pe o piață cu un grad scăzut de concurență să genereze efecte anticoncurențiale.

De exemplu, restrângerea concurenței va fi mai accentuată dacă membrii asocierii activează pe o piață unde există un număr limitat de concurenți sau unde părți substanțiale din acestea sunt controlate de un număr limitat de operatori economici. Printr-o asociere a acestor operatori economici se reduce și mai mult numărul de ofertanți la procedura de achiziție publică, iar prețul final de atribuire a contractului ar fi unul mai ridicat decât ar fi fost în lipsa asocierii.

Pe de altă parte, pe o piață pe care există un număr mare de concurenți, asocierea dintre doi sau trei dintre aceștia *nu ar afecta concurența la procedura de achiziție publică respectivă*. Dacă operatorii economici cunosc suficient de bine gradul de concurență existent pe piața pe care activează, înainte de a se asocia cu alții în vederea participării la o procedură de achiziție publică, atunci acest lucru ar trebui să îi ajute atunci când analizează efectele reale pe care o asociere le-ar putea avea asupra concurenței.

Ce cotă de piață aveți?

Este mai puțin probabil ca asocierile între operatori economici concurenți să aibă efecte anticoncurențiale atunci când aceștia dețin cote de piață foarte reduse comparativ cu alți operatori economici care activează pe aceeași piață. Pe de altă parte, dacă un număr de operatori economici, care dețin o cotă de piață combinată semnificativă (de exemplu, mai mare de 75%) s-ar asocia în vederea participării la o procedură de achiziție publică, atunci este posibil ca acest fapt să ridice probleme din punct de vedere al regulilor de concurență.

3.2.2. TESTUL JURIDIC PENTRU VERIFICAREA RESPECTARII REGULILOR DE CONCURENȚĂ

O asocieră între operatori economici concurenți constituită în vederea participării la o procedură de achiziție publică, care nu îndeplinește condițiile enumerate în secțiunea 3.1 (iii) de mai sus, nu va încălca regulile de concurență dacă sunt îndeplinite, cumulativ, următoarele condiții:

- (i) Oferta depusă de asocieră trebuie să fie în măsură să genereze eficiențe reale;
- (ii) O parte echitabilă din eficiențele rezultate trebuie să le fie transmisă clienților/consumatorilor finali;
- (iii) Orice restrângeri ale concurenței pe care le presupune participarea cu oferta comună la procedura de achiziție publică respectivă trebuie să fie indispensabile atingerii eficiențelor;
- (iv) Prin asocieră nu trebuie să se elimine în totalitate concurența, nici în cadrul procedurii respective, nici pe alte piețe.

Dacă toate condițiile enumerate mai sus sunt îndeplinite, atunci asocieră se va conforma regulilor de concurență (pentru informații detaliate, a se consulta [Orientările Comisiei Europene privind aplicarea articolului 101 alineatul \(3\) din TFUE](#)).

Atenție!!! Este foarte important să aveți în vedere faptul că regula de mai sus este valabilă doar în situația în care asocieră nu este, în realitate, folosită ca un mecanism care să faciliteze săvârșirea de fapte anticoncurențiale grave în legătură cu alte proiecte pe care le desfășurați cu ceilalți membri sau pe care urmează să le desfășurați – cum ar fi fapte de fixare de preț, împărțire de piețe și/sau clienți, practici anticoncurențiale în cadrul procedurilor de achiziții publice în vederea influențării rezultatelor acestora („bid-rigging”) etc.

(i) Oferta depusă de asociere trebuie să fie în măsură să genereze eficiențe reale

Această condiție este îndeplinită dacă, prin oferta comună, membrii asocierii pot executa contractul de achiziție publică într-o manieră mai eficientă decât alți ofertanți sau decât ar fi putut chiar operatorii economici dacă ar fi participat cu oferte individuale.

În efectuarea acestei analize este important să se țină cont de situația fiecărui operator economic în parte, în special în ceea ce privește capacitatea tehnică, active de producție și alți factori. Această condiție va fi îndeplinită doar dacă se poate demonstra că asocierea este singura modalitate prin care operatorii economici pot executa contractul într-o manieră mai eficientă (de exemplu, costuri mai mici sau o valoare adăugată mai mare pentru clienți/consumatori finali pot fi considerate a eficiențe reale datorate asocierii).

Exemplu: Un număr de patru operatori economici oferă aceleași servicii, dar în regiuni diferite ale țării. Dacă aceștia s-ar asocia în vederea participării la o procedură de achiziție publică organizată pentru atribuirea unui contract de furnizare a serviciilor respective la nivel național, atunci oferta comună trebuie să genereze un plus de valoare pentru autoritatea contractantă față de cea generată de oferta individuală a fiecărui operator economic în parte. În acest sens, dacă operatorii economici și-ar coordona anumite activități și ar putea astfel reduce anumite costuri pentru autoritatea contractantă, atunci acestea pot fi considerate eficiențe reale generate urmare asocierii.

(ii) O parte echitabilă din eficiențele rezultate din participarea în asociere a operatorilor economici trebuie să fie transmisă clienților/consumatorilor finali

Clienții/consumatorii finali nu trebuie să primească în mod obligatoriu o parte din fiecare creștere în eficiență identificată, fiind suficient să le fie transmise beneficii pentru a compensa efectele negative ale asocierii. Astfel, clienții/consumatorii finali obțin o parte echitabilă din eficiențele totale.

De exemplu, în cazul în care prin asociere ar putea rezulta o creștere a prețurilor, atunci clienții/consumatorii finali trebuie să fie integral compensați printr-o calitate superioară sau alte beneficii (cum ar fi, de exemplu, creșterea frecvenței de prestare a unui serviciu de transport rutier pe o anumită rută națională importantă).

În situația procedurilor de achiziții publice, beneficiile rezultate din asociere se pot concretiza, de exemplu, prin economii la bugetul de stat și/sau livrarea unor produse/lucrări/servicii de calitate superioară sau a unor soluții integrate inovative.

Demonstrarea îndeplinirii acestei condiții este puțin probabilă în situația în care membrii asocierii au o cotă de piață combinată semnificativă, întrucât, prin asociere, există posibilitatea să se reducă semnificativ concurența în cadrul procedurii de achiziție publică respectivă și să aibă ca rezultat atribuirea contractului la un preț mai mare decât cel pe care l-ar fi oferit operatorii economici dacă ar fi participat cu oferte independente. Operatorii economici, nefiind supuși unor presiuni concurențiale efective, sunt mai puțin stimulați să mențină sau să realizeze creșteri în eficiență mai mari. Cu cât impactul asocierii asupra concurenței este mai mare, cu atât este mai probabil că, pe termen lung, clienții/consumatorii finali vor avea de suferit.

(iii) Orice restrângeri ale concurenței pe care le presupune participarea cu oferta comună la procedura de achiziție publică respectivă trebuie să fie indispensabile atingerii eficiențelor

Restrângerea concurenței prin participarea sub formă de asociere la o procedură de achiziții publice trebuie să fie indispensabilă atingerii eficiențelor. Îndeplinirea acestei condiții se află în strânsă legătură cu principiul de drept al *proporționalității* și implică efectuarea unei analize prin care se verifică îndeplinirea cumulativă a două condiții.

O restrângere a concurenței va fi indispensabilă dacă (1) *în lipsa acesteia s-ar reduce semnificativ sau elimina eficiențele respective*. Așadar, trebuie să se demonstreze că prin asocierea respectivă se realizează mai multe creșteri în eficiență decât s-ar realiza în absența

acesteia. De asemenea, pentru ca o restrângere a concurenței să fie indispensabilă, creșterile în eficiență trebuie să fie specifice asocierii respective, în sensul că (2) *nu există mijloace accesibile din punct de vedere economic și mai puțin restrictive de realizare a acestora*. Atunci când se face această evaluare este necesar să se țină seama de condițiile de piață și de realitățile comerciale la care sunt expuși operatorii economici, luându-se în considerare doar alternativele accesibile și realiste, nu și pe cele ipotetice sau teoretice.

Exemplu 1: *Doi operatori economici se asociază în vederea participării la o procedură de achiziție publică, agreând să nu participe cu oferte individuale. Cu toate acestea, operatorii economici agreează, de asemenea, să nu participe cu oferte individuale la nicio altă procedură pe care o va organiza autoritatea contractantă respectivă. Dacă restrângerea concurenței, prin constituirea asocierii în vederea participării la procedura respectivă, este indispensabilă atingerii anumitor eficiențe, cea de-a doua restricționare nu poate fi considerată indispensabilă atingerii acestor eficiențe, întrucât privește alte proiecte/contracte.*

Exemplu 2: *Doi operatori economici oferă servicii de transport rutier pe aceeași rută și se asociază în vederea participării la o procedură de achiziție publică. Întrucât operatorii economici, prin alternative mai puțin restrictive, nu pot oferi anumite beneficii, precum reduceri substanțiale de costuri sau creșterea frecvenței de prestare a serviciilor oferite pe ruta respectivă, constituirea asocierii, chiar dacă restricționează concurența, îndeplinește condiția indispensabilității, întrucât eficiențele respective nu ar fi putut fi atinse prin luarea unor măsuri mai puțin restrictive.*

(iv) Prin asociere nu trebuie să se elimine în totalitate concurența, nici în cadrul procedurii respective, nici pe alte piețe.

Cu alte cuvinte, eficiențele obținute pe termen scurt nu trebuie să fie depășite de pierderi pe termen lung rezultate din eliminarea concurenței, fie în cadrul procedurii respective, fie pe

alte piețe. În concret, se acordă prioritate protecției rivalității dintre operatorii economici și procesului concurențial pe termen lung, față de creșterile în eficiență *potențial* favorabile concurenței care ar putea rezulta din asociere. Existența rivalității între operatorii economici reprezintă un imbold esențial al eficienței economice, inclusiv al creșterilor dinamice în eficiență caracterizate sub forma inovației. Altfel spus, scopul regulilor din domeniul concurenței este acela de a proteja procesul concurențial.

Atunci când se elimină concurența, procesul concurențial ia sfârșit, iar creșterile în eficiență pe termen scurt sunt depășite de pierderi pe termen lung care rezultă, printre altele, din cheltuielile suportate de operatorii economici pentru a-și păstra poziția pe piață (care caută să obțină avantaje personale), din alocarea necorespunzătoare a resurselor, din inovație redusă, din prețuri mai mari etc.

Suplimentar, depunerea unei oferte comune la o procedură de achiziție publică nu trebuie să afecteze în vreun fel modalitatea în care operatorii economici concurează în mod normal în cursul desfășurării activității lor economice sau în executarea altor proiecte/contracte. Cu alte cuvinte, implicarea operatorilor economici într-o asociere nu trebuie să îi împiedice în vreun fel pe aceștia să concureze pentru alte proiecte sau în legătură cu alte piețe.

4. CUM PUTEȚI EVITA PRACTICILE ANTICONCURENȚIALE ÎN CADRUL UNEI ASOCIERI CONSTITUITE ÎN VEDEREA PARTICIPĂRII LA O PROCEDURĂ DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ?

Indiferent dacă sunteți sau nu concurent cu ceilalți membri ai asocierii, trebuie să vă asigurați de fiecare dată că asocierea respectivă nu va fi folosită ca un mecanism menit să faciliteze practicile anticoncurențiale în cadrul procedurii respective, în legătură cu alte proiecte pe care le desfășurați (sau urmează să le desfășurați) împreună cu ceilalți membri ai asocierii sau în legătură cu alte piețe pe care activați dumneavoastră sau ceilalți membri.

Prezenta secțiune a ghidului cuprinde recomandări practice menite să vă ajute să evitați o posibilă implicare în asemenea practici și să vă asigurați că orice acțiune/inacțiune a dumneavoastră va fi conformă cu regulile de concurență.

- ❖ Orice cooperare între operatorii economici trebuie să se rezume numai la ce este strict necesar în vederea elaborării unei oferte comune pentru participarea la procedura de achiziție publică respectivă și, de asemenea, pentru situația în care aceasta este declarată câștigătoare, cooperarea poate viza și elemente legate de buna executare a contractului.

Discuțiile dintre membrii asocierii nu trebuie să vizeze și alte elemente care nu au strictă legătură cu obiectul procedurii de achiziție publică respective. Aceste elemente pot fi cele precum condiții generale de afaceri, prețuri oferite altor clienți sau în cadrul altor proiecte, strategii comerciale, costuri, capacități tehnice sau de producție etc. Membrii asocierii nu trebuie să discute și să agreeze asupra modului în care se vor comporta în viitor pe piață sau în cadrul altor proceduri de achiziție publică, asupra împărțirii clienților/piețelor sau prețurilor practicate. Un asemenea schimb de informații sensibile din punct de vedere concurențial reprezintă o încălcare gravă a regulilor de concurență.

ATENȚIE!!!! Dacă observați că discuțiile în cadrul asocierii vizează elemente precum cele enumerate anterior, trebuie să nu participați la acestea și să vă retrageți imediat din asocierie. Pentru a evita riscul încălcării regulilor de concurență, trebuie să aveți grijă ca informațiile diseminate în cadrul discuțiilor să se rezume, strict, la îndeplinirea condițiilor din caietul de sarcini sau contractul cadru pentru procedura respectivă, să nu discutați sub nicio formă strategii de afaceri sau să divulgați informații precum cele legate de costuri și/sau de politicile de preț pe care le practicați în general sau pe care urmează să le practicați.

- ❖ Orice asocierie de operatori economici constituită în vederea participării la o procedură de achiziție publică nu trebuie să aibă ca rezultat modificarea conduitei acestora, în general, pe piață, față de concurenți și/sau față de clienți. Așadar, trebuie să continuați să concurați în mod real pe piață cu ceilalți membri ai asocierii.
- ❖ Dacă un membru al asocierii este, în același timp, membru în cadrul unei alte asocieri constituită în vederea participării la o procedură de achiziție publică, acesta trebuie să se asigure că sunt luate măsuri corespunzătoare pentru a evita facilitarea schimbului de

informații sensibile din punct de vedere concurențial între membrii asocierilor. Asemenea cazuri pot să apară, de exemplu, și în situația subcontractanților comuni.

Exemplu: A și B sunt concurenți și fiecare este membru al unei asocieri. Cele două asocieri decid să participe la o procedură de achiziție publică. C este numit subcontractant în cadrul asocierii în care participă A, precum și în cea în care participă B. Dacă A îi furnizează lui C informații sensibile din punct de vedere concurențial în legătură cu strategia sa de afaceri (de exemplu, politicile viitoare de preț), C trebuie să ia toate măsurile necesare să se asigure că aceste informații nu îi sunt transmise lui B. În asemenea situații nu este necesar ca C să refuze participarea la discuție, ci poate să se angajeze să nu divulge aceste informații către terți. Semnarea unui acord de confidențialitate poate fi oportună pentru a asigura că sunt luate măsurile necesare în vederea evitării diseminării cu intenție sau din neglijență a informațiilor sensibile din punct de vedere concurențial între participanți.

- ❖ Operatorii economici, membri ai unei asocieri constituite în vederea participării la o procedură de achiziție publică, trebuie să ia măsurile necesare în vederea informării corespunzătoare a angajaților care urmează să fie implicați în elaborarea ofertei comune și în faza de executare a contractului (în situația în care acesta este atribuit asocierii), astfel încât să se elimine riscul încălcării regulilor de concurență (din neglijență sau cu intenție) prin schimbul de informații sensibile din punct de vedere concurențial. Astfel, este necesară informarea corespunzătoare a angajaților cu privire la aplicarea regulilor de concurență și asupra caracterului strict confidențial al informațiilor cu care intră în contact.

5. CE TREBUIE SĂ FACEȚI DACĂ AVEȚI INFORMAȚII PRIVIND POSIBILA ÎNCĂLCARE A REGULILOR DE CONCURENȚĂ?

Dacă observați că discuțiile cu ceilalți membri ai asocierii par că se distanțează de scopul permis – de exemplu, vizează informații referitoare la politicile de preț practicate în general, împărțirea piețelor și/sau a clienților, strategii viitoare de afaceri etc., atunci trebuie să procedați după cum urmează:



- ✓ Comunicați îngrijorările pe care le aveți cu privire la posibila încălcare a regulilor de concurență celorlalți membri ai asocierii;
- ✓ Nu participați la discuțiile respective;
- ✓ Nu folosiți nicio informație cu care intrați în contact;
- ✓ Adresați-vă imediat unui avocat/consilier juridic care va poate sfătui cum să procedați în continuare;
- ✓ Sesizați Consiliul Concurenței.

Puteți sesiza în scris Consiliului Concurenței orice comportament anticoncurențial folosind următoarele metode:

- ✓ Completând formularul „*Petiții și sesizări*”, disponibil online la următoarea adresă <https://portal.consiliulconcurenței.ro/solicitari/login>;
- ✓ Accesând platforma avertizorilor de concurență pe pagina de internet a Consiliului Concurenței : www.consiliulconcurenței.ro ;
- ✓ Prin e-mail: licitații@consiliulconcurenței.ro
- ✓ Prin fax: (0040) (0) 21 405 44 16
- ✓ Prin poștă: Piața Presei Libere nr. 1 corp D1, Sector 1, Cod Poștal 013701, București, Oficiul Poștal 25 Ghișeul 1
- ✓ Puteți formula o plângere furnizând informațiile din formularul de plângere cuprins în Regulamentul privind analiza și soluționarea plângerilor referitoare la încălcarea prevederilor art. 5, 6 și 9 din Legea concurenței nr. 21/1996 și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, pus în aplicare prin Ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr. 499/2010, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 687 din data de 12 octombrie 2010, cu modificările și completările ulterioare.

Formularul este disponibil si pe pagina de internet a Consiliului Concurenței, la următoarea adresă:

http://www.consiliulconcurenței.ro/uploads/docs/items/id6509/formular_de_plangere.pdf

ANEXA 1**A. ATRIBUȚIILE CONSILIULUI CONCURENȚEI ȘI PUTERILE SALE DE INVESTIGAȚIE**

1. În calitatea sa de autoritate națională în domeniul concurenței, Consiliul Concurenței pune în aplicare și asigură respectarea prevederilor naționale de concurență, precum și pe cele ale Uniunii Europene.
2. În vederea îndeplinirii atribuțiilor sale, Consiliul Concurenței dispune de următoarele puteri de investigație:
 - **Puterea de a efectua inspecții inopinate:** în baza ordinului președintelui Consiliului Concurenței și a autorizării judiciare dată prin încheiere de către președintele Curții de Apel București sau de judecătorul delegat, atunci când există indicii cu privire la existența unor informații/date/documente necesare pentru a demonstra săvârșirea unor fapte anticoncurențiale, inspectorii de concurență pot efectua inspecții inopinate în spațiile, terenurile sau mijloacele de transport pe care operatorii economici le dețin legal și/sau își desfășoară activitatea, precum și în orice alte spații, inclusiv domiciliul, terenurile sau mijloacele de transport aparținând conducătorilor, administratorilor, directorilor și altor angajați ai operatorilor economici.
 - **Puterea de a ridica orice document:** în timpul inspecțiilor inopinate, inspectorii de concurență pot examina și ridica orice documente, registre, acte financiar-contabile și comerciale sau alte evidențe legate de activitatea operatorului economic, indiferent de locul în care sunt depozitate și de suportul fizic sau electronic pe care sunt păstrate. În ceea ce privește inspectarea informațiilor/datelor stocate în mediul electronic, pe parcursul inspecției inspectorii de concurență pot proceda la copierea de date utilizând

echipamente și proceduri forensic, precum și software specializat, fără a fi necesară vizualizarea în prealabil a documentelor/datelor.

- **Puterea de a lua declarații:** Inspectorii de concurență pot să ia declarații de la orice persoană fizică sau de la reprezentantul legal al persoanei juridice, care consimte să dea astfel de declarații.
- **Puterea de a intervieva orice persoană:** Inspectorii de concurență pot să intervieveze orice persoană fizică sau juridică, care a consimțit la acest lucru. Interviuul poate fi realizat prin orice mijloace, inclusiv pe cale electronică și este înregistrat pe suport audiovideo.
- **Puterea de a solicita orice documente/informații scrise:** Inspectorii de concurență pot solicita transmiterea în scris a oricăror documente/informații pe care le consideră necesare în vederea îndeplinirii atribuțiilor.

B. CARE SUNT SANȚIUNILE APLICABILE PENTRU ÎNCĂLCAREA REGULILOR DE CONCURENȚĂ?

1. Încălcarea regulilor de concurență reprezintă fapte contravenționale și se sancționează cu amenzi de până la 10% din cifra de afaceri totală înregistrată de operatorul economic în anul financiar anterior deciziei Consiliului Concurenței. De asemenea, fapta oricărei persoane care exercită funcția de administrator, reprezentant legal ori care exercită în orice alt mod funcții de conducere în cadrul operatorului economic, de a concepe sau organiza, cu intenție, vreuna dintre practicile interzise de reglementările din domeniul concurenței constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani ori cu amendă și interzicerea unor drepturi potrivit legislației penale.
2. Următoarele fapte vor fi considerate *încălcări de gravitate mare* ale regulilor de concurență și pot atrage aplicarea unor amenzi contravenționale semnificative:

- Fixarea /stabilirea prețurilor (inclusiv a discounturilor) sau a oricăror alte condiții de tranzacționare între operatori economici concurenți pentru furnizarea de produse/servicii pe o anumită piață;
 - Împărțirea de piețe sau de clienți între operatori economici concurenți;
 - Acordurile dintre operatori economici concurenți prin care se limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investițiile;
 - Acordurile între operatori economici concurenți prin care aceștia urmăresc să influențeze rezultatele procedurilor de achiziții publice („bid rigging”) în scopul obținerii unor câștiguri personale în detrimentul consumatorilor.
3. Un operator economic care facilitează săvârșirea faptelor anticoncurențiale poate, de asemenea, fi sancționat de către Consiliul Concurenței. De exemplu, un operator economic care facilitează schimbul de informații sensibile din punct de vedere concurențial între operatori economici concurenți va fi sancționat de către Consiliul Concurenței.
4. Consiliul Concurenței aplică politica de clemență, potrivit căreia operatorii economici care colaborează cu autoritatea de concurență în legătură cu participarea lor într-o practică anticoncurențială pot beneficia de un tratament sancționator mai favorabil (sau chiar de imunitate la amendă). Informații suplimentare despre programul de clemență al Consiliului Concurenței sunt disponibile pe internet la următoarea adresă: <http://www.clementa.ro/ro/modulul-de-clementa.html>.
5. În situația în care, după declanșarea de către Consiliul Concurenței a unei investigații privind posibila încălcare a regulilor de concurență, un operator economic recunoaște săvârșirea faptei, autoritatea de concurență poate aplica un regim sancționator mai favorabil acestuia. Cuantumul cu care poate fi redusă amenda va fi determinat în funcție de momentul în care intervine recunoașterea. Informații suplimentare privind procedura aplicabilă în cazul



recunoașterii faptei și modul în care se calculează cuantumul reducerii amenzii sunt disponibile în Instrucțiunile Consiliului Concurenței privind individualizarea sancțiunilor reglementate pentru contravențiile prevăzute la art. 55 din Legea concurenței, disponibile și pe pagina de internet a autorității de concurență (www.consiliulconcurenței.ro).

DRAFT