

Consortiul - între libertatea de asociere și încălcarea legii concurenței

Georgeta Gavriloiu (senior Associate Filip & Company).



Georgeta Gavriloiu (senior Associate Filip & Company)

Decizia de a se asocia pentru a participa împreună la o licitație le poate aduce viitorilor parteneri o serie de avantaje, cel mai important fiind posibilitatea de a obține contracte pe care altfel nu le-ar fi putut accesa.

Anumite urmări, mai puțin plăcute, ale unei astfel de decizii de asociere se manifestă imediat. Viitorii parteneri intră într-un carusel de întâlniri și discuții prelungite, necesare pentru stabilirea cadrului cooperării și pentru pregătirea

documentației de participare, toate acestea petrecându-se într-un ritm accelerat, sub presiunea timpului. În astfel de situații, conducerea procesului este preluată, de regulă, de partenerul care are mai multă experiență în astfel de proceduri, care poate ajunge să dicteze cadrul și calendarul cooperării în consorțiu.

Aceasta este o perioadă plină de provocări pentru toți cei implicați, timpul foarte scurt nepermițându-le viitorilor

parteneri să acorde atenția cuvenită tuturor detaliilor, dintre care unele se pot dovedi ulterior critice. Tocmai de aceea, în ciuda presiunii, ar fi recomandabil ca relația dintre parteneri pe întreaga durată a proiectului să fie definită clar, încă de la început, pentru a preveni neînțelegerile ce pot apărea ulterior.

Regulile cooperării, agreate în scris, ar trebui să vizeze nu doar aspectele care țin de contribuția fiecărui partener la realizarea proiectului, modalitatea și termenele de îndeplinire a obligațiilor, costurile ori alte aspecte solicitate expres de documentele procedurii, ci și reguli privind aspecte cum ar fi: comunicarea între parteneri, repartizarea răspunderii între membrii consorțiului (independent de regulile privind răspunderea față de beneficiarul proiectului), mecanismele de soluționare a conflictelor între partenerii de consorțiu, condițiile și procedura de încetare a colaborării etc.

„Huston, avem o problemă!”

Pregătirea documentelor necesare pentru formalizarea asocierii implică intrarea în proces a reprezentanților direcțiilor juridice și a avocaților și, de regulă, marchează momentul în care discuțiile tind să alunece destul de rapid către necesitatea unor ajustări ale modelului de cooperare preconizat.

Uneori, motivul acestor ajustări este necesitatea evitării anumitor efecte la care, în 99,99% din cazuri, niciunul dintre viitorii parteneri nu s-a gândit și pe care nu le-a urmărit sau posibile interpretări care ar expune părțile riscului de a fi acuzate de încălcarea legii concurenței.

Riscurile de concurență se numără printre acelea, pe care niciun factor de decizie dintr-o companie nu este dispus să și le asume. De aceea, discuțiile despre „tema de concurență” escaladează rapid, amenințând să blocheze proiectul. Această reacție, care poate părea una exagerată, pornește în primul rând de la mărirea sancțiunilor aplicabile în materie. După cum se știe, amenzile prevăzute de Legea concurenței nr. 21/1996 sunt foarte severe, putând ajunge până la 10% din cifra de afaceri totală a companiilor sancționate.

Această nevoie de prudență sporită este alimentată, de asemenea, de atitudinea Consiliului Concurenței din România, una dintre cele mai active autorități de concurență din Uniunea Europeană, care se mândrește cu amenzile foarte mari aplicate și care tinde să privească cu suspiciune diferitele forme de asociere dintre companii. Mai mult, practica din ultimii ani și declarațiile reprezentanților instituției reflectă un interes crescut față de restricțiile de concurență, ce pot apărea

În contextul procedurilor de achiziție publică sau al diferitelor forme de asociere între companii.

Care este sursa problemelor?

Prin definiție, participarea în consorțiu presupune interacțiuni frecvente (adeseori între persoane din eșalonul managerial superior al companiilor), cooperarea strânsă și coordonarea activităților partenerilor și, adeseori, transmiterea între parteneri a unor informații tehnice, economice și financiare, care în mod normal ar fi considerate secrete, dar care, în contextul asocierii, trebuie să fie comunicate între părți, fiind esențiale pentru întocmirea documentației de participare sau pentru derularea contractului câștigat împreună.

Or, în același timp, astfel de interacțiuni și comportamente sunt tocmai cele care, în anumite condiții, pot intra în atenția autorității de concurență și pot fi considerate contrare legii concurenței. De aici și tensiunea, care se creează între coordonarea și transparența inerente participării într-un consorțiu, pe de o parte, și comportamentul independent pe piață, care este mantra regulilor de concurență, pe de altă parte.

De aceea, mai ales atunci când „tema de concurență” apare ceva mai târziu în proces, când negocierile sunt deja avansate și există riscul pierderii unor oportunități, frustrarea celor implicați poate deveni considerabilă.

Acest lucru este de înțeles, mai ales că linia de demarcație între ceea ce reprezintă un comportament legal al companiei, care are dreptul să recurgă la o formă de asociere permisă de lege, și comportamente care ar putea intra sub incidența legii concurenței se poate dovedi în practică a fi deosebit de subțire.

În acest context, limitările impuse de regulile de concurență pot părea greu de înțeles și acceptat. Totuși, nu trebuie uitat că acestea au la bază un anumit bun-simț economic, pe care îl înțelegem cel mai bine atunci când ne imaginăm în postura de client, furnizor sau chiar de concurent al partenerilor din consorțiu și când avem în față scenarii concrete (chiar dacă pur ipotetice, create doar pentru exemplificare, precum cele prezentate în continuare).

Astfel, odată plasați în postura celor care, la un moment dat, ar putea deveni „victimele” unor reguli agreeate de partenerii de consorțiu, înțelegem mult mai ușor de ce, spre exemplu, acolo unde membrii consorțiului văd „un parteneriat strategic, în interesul comun al partenerilor, încheiat pe 7 ani pentru promovarea în mod exclusiv de către compania A, în proiectele publice din România din domeniul X, a tehnologiei inovatoare Y”, autoritatea de concurență ar putea vedea un acord de exclusivitate pe termen lung, care blochează accesul oricărei alte companii interesate la tehnologia respectivă sau care poate conduce chiar la blocarea dezvoltării ulterioare a tehnologiei în cauză.

Ori, în același sens, de ce acolo unde companiile văd o simplă clauză de cooperare loială, formulată ca o obligație de informare prealabilă în cazul în care vreunul dintre parteneri intenționează să participe la licitații pentru proiecte similare, singur sau în consorțiu cu alte companii, Consiliul Concurenței ar putea vedea un schimb de informații strategice sau chiar o înțelegere între companii de a nu se concura.

Care sunt soluțiile?

Există, totuși, și câteva vești bune. Restricțiile impuse de legea concurenței nu trebuie văzute ca bariere insurmontabile, care fac imposibilă participarea în consorțiu. Dimpotrivă, cu un minim de atenție și cu respectarea câtorva reguli simple, subsumate principiului „este mai sănătos (și mult mai ieftin în cazul de față!) să previi decât să combați”, riscurile de concurență pot fi diminuate semnificativ sau chiar eliminate.

În primul rând, colaborarea într-un consorțiu nu trebuie să se răsfrângă asupra activității generale pe piață a membrilor acestuia. De aceea, scopul cooperării trebuie stabilit clar înainte de a începe discuțiile propriu-zise și orice interacțiuni și schimburi de informații trebuie se limiteze strict, la ceea ce este necesar pentru a pregăti documentația de participare și pentru a permite executarea ulterioară a contractului câștigat. În aceeași linie, companiile ar trebui să evite semnarea unor acorduri-cadru, scrisori de intenție sau altele asemenea, prin care se angajează ca pe viitor să participe în comun în orice proiecte viitoare (enunțate generic), să se informeze reciproc înainte de a participa la alte proceduri de achiziție, să obțină acordul celeilalte părți înainte de a semna acorduri de asociere cu alte companii și altele asemenea.

Astfel de acorduri, deși în aparență pot conferi siguranță cu privire la colaborarea în proiecte viitoare, prezintă riscul de a fi interpretate ca o înțelegere care ar putea intra sub incidența legii concurenței.

Crearea unor echipe de proiect dedicate, separate de cele care gestionează activitatea comercială uzuală a companiei, și semnarea de acorduri de confidențialitate pot fi măsuri, care împreună cu alte reguli adaptate proiectului, dar ușor de aplicat și monitorizat, se pot dovedi esențiale pentru a evita consecințe nedorite.

De asemenea, este indicat ca, prin informare corectă să fie evitate capcanele unor mituri din domeniu, cum ar fi, spre exemplu, faptul că regulile de concurență se aplică doar în cazul procedurilor reglementate de legislația specifică în materie de achiziții publice și că nu se aplică în cazul procedurilor de selecție competitivă organizate de entități private conform propriilor reguli ori că pot exista riscuri de concurență doar atunci când participanții la consorțiu sunt concurenți.

Participarea în consorțiu este un parteneriat care trebuie să se bazeze, ca orice altă relație de afaceri, pe încredere și cooperare onestă. Totuși, în entuziasmul generat de oportunitatea câștigării unui nou contract, viitorii parteneri de consorțiu nu ar trebui să uite că se asociază doar temporar și că ar trebui să își păstreze independența în toate celelalte aspecte ale activității lor.

O astfel de atitudine ar trebui urmată nu doar pentru evitarea riscurilor de concurență, ci și ca o formă de prudență normală, de protejare a propriilor secrete și interese comerciale, dat fiind că partenerul de astăzi poate deveni mâine un adversar într-un alt proiect și într-o altă formulă de asociere. ■