

Prawo konkurencji – NOTATKI ZMOWY PRZETARGOWE (Maj 2019 r.)

Zasada: Aby zapewnić zgodność ofert złożonych w ramach zamówień publicznych z warunkami rzeczywistej i poważnej konkurencji, wszelka koordynacja między oferentami przed złożeniem ofert stanowi porozumienie antykonkurencyjne (czyli znowę przetargową).

Dotyczy to wszystkich zamówień publicznych (robót budowlanych, dostaw towarów lub usług) w przetargach otwartych lub ograniczonych, w tym umów pozagiełdowych, delegacji usług publicznych lub umów zawieranych w ramach zamówień.

Najprostszym przypadkiem jest konsultacja na temat poziomu cen przed złożeniem ofert, ale nawet sama wymiana informacji jest naganna, ponieważ może zmniejszyć niezależność ofert i wprowadzić w błąd publicznego nabywcę.

W szczególności nabywca publiczny zostanie wprowadzony w błąd, gdy:

- firmy początkowo współpracują w celu podwykonawstwa (lub współwykonawstwa), ale ostatecznie decydują się na składanie odrębnych ofert,
- firmy składają fałszywe oferty konkurencyjne (tak zwane oferty kurtuazyjne),
- przedsiębiorstwa należące do tej samej grupy składają odrębne przetargi, które wcześniej uzgodniły ich zawartość,
- lub gdy oferta pakietowa jest w rzeczywistości wynikiem wcześniejszego podziału rynków lub części.

Wobec braku rażących dowodów na istnienie kartelu służby dochodzeniowe, co do zasady, ustanawiają wiążek poważnych, precyzyjnych i zgodnych wskaźników, ale nie zawsze. Specyfiką umów w sprawie zamówień publicznych jest niski poziom dowodów, które są czasami brane pod uwagę. W tych ekstremalnych przypadkach może to prawie doprowadzić do odwrócenia ciężaru dowodu: służby dochodzeniowe wprowadzają zestaw „nieprzekonujących” faktów, które jednak ostatecznie zostaną uwzględnione na niekorzyść w sytuacji, w której oskarżony nie dostarczy innego wiarygodnego wyjaśnienia.

Jest to ważny element dla oferentów, którzy muszą być szczególnie czujni.

Nabywca publiczny który podejrzewa znowę przetargową ze strony oferentów, musi powstrzymać się od wszelkich komunikatów (do strony mediów, ale także właśnie do oferentów) dotyczących zamiaru przekazania sprawy do *Autorité de la Concurrence*. Takie wskazanie zniechęci służby dochodzeniowe do przeprowadzenia niezapowiedzianej kontroli ze względu na mniejsze prawdopodobieństwo znalezienia dowodów, co w większości przypadków doprowadzi do decyzji o odrzuceniu sprawy (*Décision de l'Autorité de la Concurrence Nr 19-D-06 z dnia 19 kwietnia 2019 r. w sprawie zamówień publicznych na roboty związane z przedłużeniem linii tramwajowej w Bordeaux*).