

Załącznik nr 2. Uwarunkowania prawne, najczęściej występujące mechanizmy zmów oraz lista symptomów mogących świadczyć o możliwości wystąpienia zmowy w przetargu

Podstawowym aktem prawnym, który reguluje kwestie związane z ochroną konkurencji w Polsce, jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, nazywana również ustawą antymonopolową. Ustawa ta obejmuje przedsiębiorców i wprowadza zakaz podejmowania przez nich działań, które mogłyby ograniczyć konkurencję. Z uwagi na szeroką definicję przedsiębiorcy, przyjętą w ww. ustawie, adresatami zakazu zmów przetargowych są nie tylko przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą, lecz również podmioty świadczące usługi użyteczności publicznej lub organizujące tego rodzaju usługi (jednostki samorządu terytorialnego). Należy mieć również na uwadze, że zakaz zmów przetargowych na gruncie ww. przepisów nie znajdzie jednak zastosowania w przypadku porozumień zawieranych przez wykonawcę z takim zamawiającym, który w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie będzie posiadał statusu przedsiębiorcy.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadza zakaz zawierania przez przedsiębiorców porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Obejmuje on zarówno firmy bezpośrednio ze sobą konkurujące, a zatem działające na tym samym szczeblu obrotu, jak i podmioty ze sobą niekonkurujące, funkcjonujące na różnych szczeblach obrotu.

Ustawa antymonopolowa zawiera przykładowy katalog porozumień, które zostaną uznane za znowę, a zatem sprzeczne z prawem. Zgodnie z nią, sprzeczne z prawem są porozumienia przedsiębiorców polegające na:

1. ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów,
2. ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji,
3. podziale rynków zbytu lub zakupu,
4. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji,
5. uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy,
6. ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem,
7. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i zamawiającego warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Należy zauważyć, że wystarczające jest spełnienie jednej z przesłanek zawartych w ww. katalogu, by uznać, że zostało naruszone prawo. Zatem, jeżeli porozumienie miało za cel wpływanie na konkurencję na danym rynku, jest ono nielegalne, nawet w przypadku, gdy nie zostało faktycznie zrealizowane.

Do najczęściej występujących mechanizmów zmów przetargowych, które są wykorzystywane przez przedsiębiorców, należy zaliczyć:

1. **Składanie ofert kurtuazyjnych (ang. *cover bidding*)**, które polega na uzgodnieniu złożenia przez konkurentów ofert mniej korzystnych dla zamawiającego od oferty wykonawcy wytypowanego przez uczestników zmowy na zwycięzcę. Złożenie ofert kurtuazyjnych ma stwarzać pozory istnienia konkurencji w przetargu lub przekonać zamawiającego, że oferta wspierana jest dla niego korzystna.
2. **Ograniczanie ofert (ang. *bid-suppression*)**, które polega na uzgodnionym odstąpieniu przez jednego lub kilku potencjalnych wykonawców od udziału w przetargu, lub na wycofaniu wcześniej złożonej oferty albo na podjęciu innych kroków, dzięki którym oferta nie będzie brana pod uwagę - tak, aby została wybrana oferta uzgodniona przez uczestników porozumienia jako oferta zwycięska.
3. **Rozstawianie i wycofywanie ofert** obejmuje składanie ofert kurtuazyjnych i ograniczanie ofert. Istotą tego mechanizmu jest uzgodnienie treści ofert, które są odpowiednio różnicowane, tak by po otwarciu ofert zajmowały pierwsze miejsca. Gdy tak się staje, oferta najkorzystniejsza jest wycofywana albo podejmowane są kroki mające służyć temu, by oferta ta nie była brana pod uwagę i by zapewnić zwycięstwo najmniej korzystnej spośród ofert złożonych przez uczestników porozumienia.
4. **Systemowy podział rynku (ang. *market allocation*)**, który polega na wytypowaniu i uzgodnieniu przetargów (wyodrębnionych na podstawie kryteriów geograficznych, przedmiotowych lub podmiotowych), w jakich poszczególni uczestnicy porozumienia będą brać udział i wygrywać, a w jakich w ogóle nie będą składać ofert lub będą składać jedynie oferty kurtuazyjne.

Do symptomów mogących świadczyć o możliwości wystąpienia zmowy w przetargu należą:

W zakresie treści ofert:

1. zwycięska oferta znacząco przekracza szacowane koszty,
2. każda z ofert przekracza znacząco szacowane koszty,
3. niedozwolone zmiany w umowie po udzieleniu zamówienia,
4. szacunkowa wartość zamówienia, określona z należytą starannością, powiększona o należną kwotę podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego jest równa cenie oferty, zawierającej cenę netto powiększoną o należną kwotę podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
5. ewidentne związki między oferentami, np. ten sam adres, pracownicy, numer telefonu itp.,
6. wykonawca podaje w ofercie informacje o podwykonawcach, którzy konkurują jako wykonawcy w tym samym przetargu,

7. oferent składający najkorzystniejszą ofertę wycofuje się z przetargu, a następnie zostaje podwykonawcą wskazanym przez innego oferenta,
8. oferty różnią się od siebie w cenie dokładnie o pewien algorytm,
9. oferty złożone w postępowaniu, które były korzystniejsze niż oferta zwycięska, zostały odrzucone z powodu braków formalnych,
10. kwalifikujący się oferent zostaje odrzucony pomimo spełniania przesłanek,
11. identyczne oferty; jednakowe niektóre parametry w ofertach,
12. nieuzasadnione parametry w ofertach – przykładowo: te same koszty transportu oferowane przez lokalnego wykonawcę i wykonawcę o oddalonej siedzibie,
13. takie same fragmenty ofert lub pism,
14. duża różnica w cenie pomiędzy ofertą najkorzystniejszą, a innymi ofertami,
15. mało szczegółowe, „pozorne” dokumenty, złożone przez niektórych wykonawców i wyraźnie bardziej dokładna oferta wykonawcy typowanego na wygrywającego przetarg,
16. jednakowe błędy obliczeniowe, ortograficzne, gramatyczne lub stylistyczne zawarte w ofertach lub pismach,
17. jednakowy wygląd graficzny ofert lub pism,
18. ten sam numer telefonu, faksu nadawcy lub adres do korespondencji podany w ofertach lub pismach,
19. jednakowy stempel pocztowy ofert wykonawców, mających oddalone siedziby,
20. jednakowe formularze, blankiety, materiały papiernicze wykorzystane do przygotowania ofert wykonawców,
21. liczne podobne poprawki (np. wprowadzane odręcznie),
22. oferta konsorcjum złożona przez przedsiębiorców, którzy mogliby wziąć udział w przetargu samodzielnie,
23. w krótkim czasie, bez żadnej widocznej przyczyny, udzielono co najmniej dwóch zamówień na identyczne produkty, w wyniku czego zastosowano mniej konkurencyjną metodę przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia,
24. istnieją nieuzasadnione kryteria kwalifikacji lub udzielenia zamówienia, które sprzyjają konkretnemu przedsiębiorstwu lub określonej ofercie,
25. zasady dostarczania towarów lub świadczenia usług są zbyt restrykcyjne, wskutek czego ofertę może przedstawić tylko jedno przedsiębiorstwo,
26. oficjalne dokumenty lub pokwitowania otrzymania dokumentów zostały w oczywisty sposób zmienione (np. zawierają skreślenia),
27. adres zwycięskiego oferenta jest niekompletny, np. podana jest tylko skrytka pocztowa, a nie ma numeru telefonu ani ulicy i numeru domu (może to być przedsiębiorstwo fasadowe),
28. niektórzy oferenci nieoczekiwanie wycofują się z przetargu,

29. dokumenty złożone w ramach danego przetargu przez jedną z firm bezpośrednio odwołują się do ofert złożonych przez innych oferentów lub posługują się papierem firmowym lub numerem faksu innego oferenta,
30. odwoływanie się w ofertach lub pismach do treści ofert innych wykonawców,
31. dokumenty przetargowe złożone przez różne firmy są mniej szczegółowe, niż to zostało określone lub niż się tego oczekiwało lub zawierają inne wskazówki świadczące o tym, iż nie są oryginalne,
32. istnieje opis przedmiotu zamówienia, który sprzyja konkretnemu przedsiębiorstwu lub określonej ofercie, w wyniku czego w większości przypadków zostaje złożona tylko jedna oferta.

Pozostałe symptomy:

33. więzy rodzinne,
34. powiązania kapitałowe,
35. powiązania gospodarcze,
36. często zawierane wzajemne umowy, np. o podwykonawstwo.