


**COMBATEREA CARTELURILOR
(BID RIGGING)
ȘI RISCURILE PENALE
ÎN ACHIZIȚII PUBLICE**

Cum să detectați și să preveniți riscurile în timpul procesului de licitație

Gabriel Albu
Managing Partner
Budusan, Albu și Asociații



Experiență profesională de peste 100 de ani

Opțiunea nr. 1 a clienților high-profile

Cazuistică cu grad înalt de sofisticare

Echipe pluridisciplinare

- Prima firmă dedicată, apărută pe piață, pregătită să înțeleagă și să gestioneze instrumente din ce în ce mai organizate, sofisticate și bine echipate ale acuzării (în particular, DNA și DIICOT)

- Contribuție la o evoluție majoră față de clasică practică a apărării penale existentă până în anii 2000, implicare într-o vastă majoritate a cauzisticii importante de profil

- Distincția de a fi în categoria „**Cea mai bună firmă de avocatură în practica white collar crime**”, oferită de prestigiosul top de specialitate **The Legal 500**

SCHEME TIP CARTEL

Depunerea de oferte de curtoazie

Abținerea de la participare

Rotația ofertelor

Împărțirea piețelor

• FACTORI CARE POT GENERA APARIȚIA CARTELURILOR

- Numarul mic al ofertanților existenți pe piața care pot oferi bunurile sau serviciile care formează obiectul procedurii de achiziție publică
- O piață restrictivă sau dificil de penetrat de către noi competitori, fapt ce poate favoriza apariția înțelegerilor între jucătorii existenți împotriva unor potențiali noi jucători
- Condiții impredictibile sau fluctuante ale pieței, care pot determina ofertanții să creeze înțelegeri în vederea evitării efectelor imprevizibile ale incertitudinii economice
- Crearea unor asocieri industriale/ economice între diverși operatori de pe piață
- Existența unor ofertanți care în mod regulat câștigă oferte și care pot ajunge la înțelegeri pentru controlarea pieței
- Existența unor bunuri sau servicii identice, oferite de către mai mulți operatori, care pot crea înțelegeri pentru împărțirea contractelor de achiziție publică
- Existența unor bunuri sau servicii dificil de substituit, precum și absența unor inovații tehnologice cu privire la respectivele bunuri sau servicii, pot conduce la înțelegeri între operatorii „tradiționali” ai pieței

MĂSURI DE COMBATERE A PRACTICILOR DE TIP CARTEL

- ✓ Asigurarea unei informări adecvate cu privire la condițiile de piață și a potențialilor ofertanți
- ✓ Dezvoltarea unei proceduri de achiziție care să permită operatorilor „veritabili” să poată prezenta oferte și care să fie atractivă pentru un număr cât mai mare de potențiali ofertanți
- ✓ Descrierea cerințelor de participare într-un mod clar, lipsit de previzibilitate și non-discriminatoriu
- ✓ Limitarea la minim a posibilității de comunicare între ofertanți, în cadrul procedurii de atribuire
- ✓ Stabilirea criteriilor de atribuire într-o manieră credibilă, bazată pe preeminența calității, aptă a asigura participarea unui număr cât mai mare de ofertanți
- ✓ Informarea completă și corectă a funcționarilor publici cu privire la riscurile asociate practicilor de tip cartel, precum și verificarea însușirii informațiilor

ROLUL ȘI RELEVANȚA ÎNȚELEGERILOR DE TIP CARTEL ÎN PROCEDURILE DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ

Înțelegerile de tip cartel au două principale obiective

- ① Stabilirea prețului (în general, condițiilor) contractului de achiziție publică într-o marjă superioară celei rezultate conform unei proceduri corecte și competitive. *Înțelegerile pot viza atât prețul propriu-zis, formula de calcul a acestuia sau aspectele tehnice ale oferte.*
- ② Stabilirea în avans a ofertantului care urmează a câștiga procedura, situație în care ceilalți ofertanți care au luat parte la înțelegere vor primi (cel mai probabil) o compensație din partea câștigătorului (e.g. dobândirea calității de subcontractor, primirea unor sume de bani sau alte bunuri în schimbul unor servicii fictive, tratament comercial preferențial etc.) – generic, compensații comensurabile financiar

Conform Raportului CC aferent anului 2018, pentru al doilea an consecutiv, cele mai multe cazuri investigate vizează cartelurile și abuzul de poziție dominantă, nu înțelegerile verticale (între producători și distribuitori, de exemplu) ca în anii anteriori. Din punct de vedere al tipului de încălcare a legislației, 62,1% din totalul sancțiunilor aplicate au fost pentru carteluri.

INDICATORI DE FRAUDĂ

Prezintă relevanță sporită când sunt constatați în mod repetat, fiind necesare analize constante și amănunțite pentru identificarea unor tipare care pot demasca practici de tip cartel.

Indicii legate de ofertanți

- Același operator oferă prețul cel mai mic, în mod repetat, în cadrul unor proceduri distincte
- Câștigătorii sunt preponderent dintr-o anumită regiune/localitate
- Contractanții calificați se abțin de la depunerea unei oferte și devin subcontractanți, sau ofertantul cu cel mai scăzut preț se retrage și devine subcontractant
- Contractanții tradiționali/calificați nu depun ofertă pentru o procedură, dar depun în alta cu obiect similar/ conex
- Rotația ofertanților câștigători în funcție de regiune, tip de activitate, tip de lucrări
- Ofertanții se retrag neașteptat din cadrul procedurii
- Participarea în mod constant la proceduri a unor operatori care nu câștigă niciodată
- Ofertanții respinși nu pot fi localizați pe internet sau în nomenclatoarele de societăți, nu au adrese etc. (cu alte cuvinte, sunt societăți fictive)

Indicii privind documentele depuse de către ofertanți, care pot trăda cooperarea dintre ofertanți

- Inserarea aceluiași greșeli, format, scris, adrese, referințe, estimări, rectificări
- Legături aparente între ofertanți, cum ar fi adrese, angajați sau numere de telefon comune etc
- Ofertarea unui preț identic sau stabilit conform unor criterii identice

Indicii privind stabilirea prețurilor

- Creșteri bruște și identice de prețuri prezentate de ofertanți, care nu pot fi explicate pe baza costurilor ori a clarificărilor tehnice oferite de autoritatea contractantă
- Prețuri identice prezentate de către ofertanți diferiți dacă (i) au fost păstrate mult timp, (ii) au diferit anterior, (iii) nu sunt justificate de evoluția costurilor sau dacă (iv) au fost eliminate reduceri acordate în mod tradițional
- Diferențe majore între prețurile ofertanților sau între prețurile oferite de același ofertant în proceduri similare
- Reducerea bruscă a prețurilor concomitentă cu apariția unui nou participant în cadrul procedurii (care a afectat cartelurile existente anterior)
- Neconcordanțe între costul de transport și distanța efectivă

Indicii privind afirmațiile/declarațiile ofertanților

- Existența unor indicii, afirmații, corespondențe potrivit cărora ofertanții efectuează schimburi de informații privind prețurile, își alocă teritorii sau încheie alte tipuri de acorduri neoficiale
- Declarații evazive privind modalitatea de calculare a prețului
- Declarații/ afirmații conform cărora un domeniu sau o zonă este alocată unui singur ofertant
- Declarații/ afirmații care atestă cunoașterea de către un ofertant a unor date nepublice privind alt ofertant

Indicii privind un comportament suspect

- Indicii privind discuții și interacțiuni constante între ofertanți
- Solicitarea de către un ofertant de informații pentru el și pentru alt ofertant
- Depunerea de către un ofertant a ofertei sau a documentației altui ofertant
- Efectuarea de solicitări similare de către mai mulți ofertanți
- Prezentarea de oferte din partea unui operator vădit incapabil să execute contractul
- Unele societăți licitează întotdeauna una împotriva celeilalte, în timp ce altele nu o fac niciodată

PAȘI DE URMAT ÎN CAZUL UNEI SUSPICIUNI PRIVIND EXISTENȚA UNEI NEÎNȚELEGERI DE TIP CARTEL ÎN CADRUL UNEI PROCEDURI DE ACHIZIȚIE PUBLICĂ

- ① Păstrarea tuturor documentelor și corespondenței utilizate în cadrul procedurii
- ① Evidențierea detaliată a tuturor indiciilor de fraudă, cu indicarea datelor, persoanelor implicate, notelor de ședință
- ① Evitarea discuțiilor privind suspiciunile existente cu ofertanții suspectați
- ② Sesizarea CC
- ③ Sesizarea OLAF sau DLAF, după caz, și/ sau a organelor de urmărire penală specializate (DNA/DIICOT)

SANȚIUNI SPECIFICE

1) Sanțiuni aplicabile fraudelor cu fonduri europene

- a) Sanțiuni aplicabile persoanei juridice și persoanei fizice responsabile

Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție

Art. 18¹ (aplicabilă ipotezei în care sunt prezentate date care nu corespund realității sau sunt ascunse anumite informații, în scopul atribuirii în mod injust a unui contract)

(1) Folosirea sau prezentarea cu rea-credință de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, dacă fapta are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea unor drepturi.

(2) Cu pedeapsa prevăzută la alin. (1) se sancționează omisiunea de a furniza, cu știință, datele cerute potrivit legii pentru obținerea de fonduri din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, dacă fapta are ca rezultat obținerea pe nedrept a acestor fonduri.

Art. 18² (aplicabilă situației în care o parte dintre fonduri este utilizată în scopul recompensării unor membri ai înțelegerii de tip cartel)

(1) Schimbarea, fără respectarea prevederilor legale, a destinației fondurilor obținute din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei se pedepsește cu închisoare de la un an la 5 ani și interzicerea unor drepturi.

(2) Schimbarea, fără respectarea prevederilor legale, a destinației unui folos legal obținut, dacă fapta are ca rezultat diminuarea ilegală a resurselor din bugetul general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, se sancționează cu pedeapsa prevăzută la alin. (1).

Dacă faptele au produs consecințe deosebit de grave, limitele speciale ale pedepsei se majorează cu jumătate. Tentativa infracțiunilor se pedepsește conform Art. 18⁴.

b) Sancțiuni aplicabile persoanelor fizice cu rol decizional ori cu implicare conștientă

Art. 65 din Legea nr. 21/1996

(1) Fapta oricărei persoane care exercită funcția de administrator, reprezentant legal ori care exercită în orice alt mod funcții de conducere într-o întreprindere de a concepe sau organiza, cu intenție, vreuna dintre practicile interzise potrivit prevederilor art. 5 alin. (1) și care nu sunt exceptate potrivit prevederilor art. 5 alin. (2) constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani ori cu amendă și interzicerea unor drepturi.

(2) Nu se pedepsește persoana care, mai înainte de a fi începută urmărirea penală, denunță organelor de urmărire penală participarea sa la comiterea infracțiunii prevăzute la alin. (1), permițând astfel identificarea și tragerea la răspundere penală a celorlalți participanți.

(3) Persoana care a comis infracțiunea prevăzută de alin. (1), iar în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit această infracțiune beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege.

(4) Instanța judecătorească dispune afișarea sau publicarea hotărârii definitive de condamnare.

2) Sancțiuni specifice fraudelor cu fonduri publice, altele decât cele ale Uniunii Europene

Art. 246 din Codul Penal: Deturnarea licitațiilor publice

Fapta de a îndepărta, prin constrângere sau corupere, un participant de la o licitație publică ori înțelegerea între participanți pentru a denatura prețul de adjudecare se pedepsește cu închisoarea de la 1 la 5 ani.

3) Infracțiunile de corupție

În ipotezele în care înțelegerile de tip cartel se realizează în schimbul unor foloase de ordin material pot fi incidente dispozițiile art. 289-290 din Codul Penal, privind luarea și darea de mită.

4) Abuzul în serviciu - în formele sale de participare penală

Art. 297 din Codul Penal: Abuzul în serviciu

(1) Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică.

*) Curtea Constituțională admite excepția de neconstituționalitate și constată că dispozițiile art. 297 alin. (1) sunt constituționale în măsura în care prin sintagma "îndeplinește în mod defectuos" din cuprinsul acestora se înțelege "îndeplinește prin încălcarea legii".

Art. 13² din Legea nr. 78/2000:

În cazul infracțiunilor de abuz în serviciu sau de uzurpare a funcției, dacă funcționarul public a obținut pentru sine ori pentru altul un folos necuvenit, limitele speciale ale pedepsei se majorează cu o treime.

MĂSURI PREVENTIVE PENTRU PERSOANA JURIDICĂ (art. 493 din Codul de Procedură Penală)

Dacă există motive temeinice care justifică suspiciunea rezonabilă că persoana juridică a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală și numai pentru a se asigura buna desfășurare a procesului penal, una sau mai multe dintre următoarele măsuri:

Interdicția inițierii ori, după caz, suspendarea procedurii de dizolvare sau lichidare a persoanei juridice

Interdicția inițierii ori, după caz, suspendarea fuziunii, a divizării sau a reducerii capitalului social al persoanei juridice, începută anterior sau în cursul urmăririi penale

Interzicerea unor operațiuni patrimoniale, susceptibile de a antrena diminuarea activului patrimonial sau insolvența persoanei juridice

Interzicerea încheierii anumitor acte juridice, stabilite de organul judiciar

Interzicerea desfășurării activităților de natura celor cu ocazia cărora a fost comisă infracțiunea

MĂSURI ASIGURATORII (art. 494 rap. la art. 249-250 din Codul de Procedură Penală)

Procurorul, în cursul urmăririi penale, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, în procedura de cameră preliminară ori în cursul judecății, poate lua măsuri asigurătorii, pentru a evita ascunderea, distrugerea, înstrăinarea sau sustragerea de la urmărire a bunurilor care pot face obiectul confiscării speciale sau al confiscării extinse ori care pot servi la garantarea executării pedepsei amenzii sau a cheltuielilor judiciare ori a reparării pagubei produse prin infracțiune.

Măsurile asigurătorii constau în indisponibilizarea unor bunuri mobile sau imobile, prin instituirea unui sechestru asupra acestora.

PEDEPSE APLICABILE PERSOANEI JURIDICE

PRINCIPALE

✓ Amenda

Cuprinsă între 300 – 3.000.000 lei

COMPLEMENTARE

✓ Dizolvarea persoanei juridice

✓ Suspendarea activității sau a uneia dintre activitățile persoanei juridice pe o durată de la 3 luni la 3 ani

✓ Închiderea unor puncte de lucru ale persoanei juridice pe o durată de la 3 luni la 3 ani

✓ Interzicerea de a participa la procedurile de achiziții publice pe o durată de la 1 la 3 ani

✓ Plasarea sub supraveghere judiciară

✓ Afișarea sau publicarea hotărârii de condamnare

VĂ MULȚUMIM!

Gabriel Albu
Managing Partner
gabriel.albu@budusan.ro
Buduşan, Albu și Asociații
www.budusan.ro

ÎNTREBĂRI?

