

РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

РЕШЕНИЕ
№ 543
София, 17.05.2018 г.

Комисията за защита на конкуренцията в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

Юлия Ненкова

ЗАМ.-ПРЕДСЕДАТЕЛ:

Димитър Кюмюрджиев

ЧЛЕНОВЕ:

Анна Янева

Георгица Стоянова

Красимир Витанов

Красимир Зафиров

Пламен Киров

при участието на секретар-протоколиста Теодора Йорданова, разгледа в открито заседание, проведено на 17.05.2018 г., доклад по преписка № КЗК-363/2018г., с наблюдаващ проучването член на КЗК – г-н Красимир Витанов.

В Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) е образувано производство по преписка № КЗК-363/25.04.2018г., във връзка с постъпила жалба с вх. № ВХР - 773/11.04.2018г. с п.к. 04.04.2018г. от страна на „Данибекс“ ООД срещу Решение № 36/12.03.2018г. на министъра на отбраната за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на обувки цели полеви, черни зимни.“

С Определение № 507/03.05.2018г. КЗК оставя без уважение искането за налагане на временна мярка „спиране“ на процедурата за възлагане на обществена поръчка. Определението е обжалвано пред ВАС, но към момента няма произнасяне на съда.

СЪЩНОСТ НА ЖАЛБАТА НА „ДАНИБЕКС“ ООД

„Данибекс“ ООД обжалва законосъобразността на Решение № 36/12.03.2018г. на министъра на отбраната, като аргументите му са следните:

Жалбоподателят сочи, че е допуснато нарушение на чл. 22, ал.5 от ЗОП, тъй като решението за откриване на процедурата не съдържа изискуемите реквизити, в това число и описание в достатъчна степен на предмета на поръчката. Не е посочено и релевантно правно основание за издаване на индивидуален

административен акт под формата на решение за откриване. Според жалбоподателя обжалваното решение няма белезите на индивидуален административен акт.

На следващо място „Данибекс“ ООД сочи, че е налице ограничително условие, касаещо опита на участниците. По-конкретно, според жалбоподателя условието за изпълнени през последните три години най-малко две доставки еднакви или сходни с предмета на поръчката в обем не по-малко от 6000 чифта обувки, е ограничително. Участникът може да изпълни качествено поръчката и ако е изпълнил само една сходна доставка.

Друго твърдение е за нарушение на чл. 69, ал.1 и ал.2 от Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество, доколкото възложителят е игнорирал забраните, визирани в тези разпоредби, тъй като липсва декларация в тази посока.

На следващо място се твърди, че възложителят е направил незаконосъобразна промяна на документацията като на 02.04.2018г. е въвел допълнителни условия в частта за деклариране на изискванията за лично състояние и съответствието с критериите за подбор в заявлението чрез ЕЕДОП. Съгласно чл. 31, ал.1, т.4 от ЗОП документацията съдържа образци на документи, както и указание за подготовката им, т.е. ЕЕДОП и начина на предоставянето му са част от документацията, която е утвърдена с влязъл в сила акт, а сега незаконосъобразно е изменен, като е въведено изискване, касаещо формата на офертата.

С оглед гореизложените съображения, жалбоподателят счита решението за откриване за незаконосъобразно и иска неговата отмяна като такава.

Претендира разноски.

СТАНОВИЩЕ НА ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ

Възложителят е депозирал становище, в което оспорва жалбата на първо място като неоснователна. Соци, че оспореното решение съдържа изискуемите реквизити и информация, като включително е посочено правното основание за издаване на акта. По отношение на твърдението, касаещо критериите за подбор, е посочено, че изискването за изпълнени най-малко две доставки е съобразено с обема на поръчката. Соци още, че в документацията за участие е предвидено, че при попълване на ЕЕДОП, в част III, Раздел Г участникът следва да предостави информация относно наличието или отсъствието на обстоятелства по чл. 327, б. „б“ от ЗОВСРБ. По повод твърдението за незаконосъобразна промяна на документацията възложителят заявява, че е публикувал разяснения относно представяне на ЕЕДОП в електронен вид, като последното е в изпълнение на законовите разпоредби на чл. 67, ал.4 от ЗОП и Методическо указание на АОП от 02.03.2018г..

Моли КЗК да остави жалбата без уважение.

Претендира юрисконсултско възнаграждение.

ФАКТИЧЕСКА ОБСТАНОВКА

I. Идентификация на страните:

А. „ДАНИБЕКС“ ООД /жалбоподател/ - ЕИК: 124041864, със седалище и адрес на управление: гр. Добрич, ул. „Антон Стоянов“ 1, представлявано от Даниел Константинов.

Б. МИНИСТЪР НА ОТБРАНАТА – възложител по смисъла на чл. 5, ал.2, т. 4 от ЗОП, с административен адрес – гр. София, ул. „Дякон Игнатий“ № 3. Министър на отбраната е Красимир Каракачанов.

II. Установени факти:

1. С Решение № 36/12.03.2018г. на министъра на отбраната е открита „открита“ по вид процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на обувки цели полеви, черни зимни.“

1.1. С решението са одобрени обявлението и документацията за участие.

1.2 В Раздел III като правно основание за издаване на решението е посочен чл. 73, ал.1 от ЗОП.

1.3 Наименованието на поръчката е „Доставка на обувки цели полеви, черни зимни“.

1.4 В Раздел IV.3 Като описание е посочено „Доставка на 12 000 чифта обувки цели полеви, черни зимни“.

2. Съгласно обявлението:

2.1 Описание на обществената поръчка:

Доставка на 12 000 чифта обувки цели полеви.Срокът за изпълнение на обществената поръчка е до 31.12.2019 г., като следва да се изпълни както следва:

- през 2018 година доставка на 6 000 чифта в срок до 6 месеца от датата на подписването му;

- през 2019 година доставка на 6 000 чифта в срок от 01.01.2019 г. до 31.12.2019 г.

Изделията да се доставят в съответствие със заявените от Възложителя количества и номера, посочени в приложение № 3 към проекта на договора. Обувките да отговарят на изискванията на възложителя посочени в документацията и техническа спецификация ТС Ж 71.2717.17.

2.2 Като технически и професионални възможности е изискано:

Участникът следва да е изпълнил през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, най-малко две доставки еднакви или сходни с предмета на обществената поръчка в обем общо не по-малко от 6 000 чифта обувки

2.3 Срокът за получаване на оферти е до 17:30 на 18.04.2018г.

3. В документацията са заложили следните изисквания към участниците:

3.1 В раздел III, т. 3.6.3 от документацията е предвидено, че в част III, раздел Г от ЕЕДОП участниците следва да посочат информация относно наличието или отсъствието на обстоятелствата по чл. 327б от ЗОБСРБ.

4. На 02.04.2018г. в профила на купувача са публикувани указания във връзка със задължителното представяне на ЕЕДОП в електронен вид. Публикувани са и бланки на ЕЕДОП в PDF и HTML формат.

5. В Методическо указание изх. № МУ-4 от 02.03.2018г. на АОП е предвидено следното:

Важно!

Задължението за предоставяне на ЕЕДОП в електронен вид влиза в сила на посочената дата, независимо кога е стартирала процедурата за възлагане на

обществената поръчка. В тази връзка, за вече открити процедури, чийто срок за получаване на заявления за участие или оферти е след 01.04.2018 г., възложителите следва с допълнително разяснение (напр. чрез профила на купувача) да укажат на заинтересованите лица възможните начини за подаване на ЕЕДОП в електронен вид. При подготовка на документация за предстоящо откриване на обществена поръчка възложи телят следва да създаде по някой от описаните по - долу начини образеца на ЕЕДОП, който да бъде попълнен от кандидатите/участниците.

6. „Данибекс“ ООД подава жалба с вх. № ВХР - 773/11.04.2018г. с п.к. 04.04.2018г. срещу Решение № 36/12.03.2018г. на министъра на отбраната.

6.1 Решението е публикувано в РОП на 15.03.2018г.

ПРАВНИ ИЗВОДИ

Жалбата на „Данибекс“ ООД е подадена от заинтересовано лице по смисъла на §2, т.14 от ДР на ЗОП, пред компетентен орган, в съответствие със сроковете по чл.197, ал.1, т.1 от ЗОП, във връзка с чл. 100, ал. 3 от ЗОП, предвид което е процесуално допустима.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Едно от изложените в жалбата твърдения е, че е налице ограничително условие, касаещо опита на участниците. По-конкретно, според жалбоподателя условието за изпълнени през последните три години най-малко две доставки еднакви или сходни с предмета на поръчката в обем не по-малко от 6000 чифта обувки, е ограничително. КЗК счита, че твърдението е основателно.

Видно от установените факти /т.2.2/ като технически и професионални възможности от участниците е изискано да са изпълнили през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, най-малко две доставки еднакви или сходни с предмета на обществената поръчка в обем общо не по-малко от 6 000 чифта обувки. Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. В конкретния случай, КЗК счита, че въведеното изискване за необходим опит е завишено и в противоречие на чл. 2, ал.2 от ЗОП, доколкото ограничава необосновано участието на стопански субекти в обществената поръчка. Завишаването на изискването произтича от броя услуги, който възложителят е поставил като условие да бъдат изпълнени, а именно две. Така например ако един участник е изпълнил само една услуга, макар и в общ обем, съответстващ или превишаващ посочения в конкретната процедура (например 12 000 и повече чифта обувки), то той не би бил допуснат до класиране, респ. не би бил избран за изпълнител, за сметка на участник изпълнил две или повече доставки на общо 6000 чифта обувки. Тук следва да се отбележи, че в своето становище възложителят посочва, че поставеното изискване е за изпълнени най-малко две доставки всяка от които за 6000 чифта обувки т.е. общо 12 000

чифта. В същото време условието в документацията е за най-малко две доставки в обем общо не по-малко от 6 000 чифта обувки. Без значение обстоятелството дали става въпрос за общ обем от 6 000 или 12 000 чифта обувки, условието за изпълнени най-малко две услуги се явява ограничително и води до незаконосъобразност на атакувания акт.

Що се отнася до останалите изложени в жалбата твърдения КЗК ги намира за неоснователни.

Едно от тези твърдения касае решението за откриване на процедурата, което според жалбоподателя няма белезите на индивидуален административен акт, като не съдържа изискуемите реквизити, в това число и описание в достатъчна степен на предмета на поръчката в нарушение на чл. 22, ал.5, т.3 от ЗОП. Не е посочено и релевантно правно основание за издаване на индивидуален административен акт под формата на решение за откриване.

По повод на предмета на поръчката и неговото описание в решението за откриване на процедурата, следва да се отбележи, че в Раздел IV.3 от атакувания акт възложителят е посочил следното: „Доставка на 12 000 чифта обувки цели полеви, черни зимни“. Чрез това описание е указан обекта на поръчката (доставка), нейното естество (обувки, цели, полеви, черни, зимни), както и количество (12 000 чифта). По този начин е дадена минимално необходимата информация, свързана с описанието на предмета на поръчката и е изпълнено указанието по горепосочения раздел. Следва да се отбележи още, че в ЗОП и ППЗОП не се съдържат нормативни разпоредби, касаещи начина на описание на предмета, включително изисквания за минимален обем, които възложителят трябва да посочи в решението за откриване на процедурата. В допълнение, трябва да се има предвид, че всяко заинтересовано лице има възможност да се запознае с необходимата информация за изпълнение на обществената поръчка, съдържаща се в одобрената с решението документация, в това число и технически спецификации. Тази информация е публично достъпна, доколкото е публикувана в профила на купувача по силата на чл. 42, ал.2 от ЗОП.

Във връзка с довода за липса на посочено правно основание за издаване на решението за откриване следва да се отбележи, че това не отговаря на обективната действителност, тъй като в Раздел III такова е посочено, а именно чл. 73, ал.1 от ЗОП. КЗК счита, че възложителят правилно и законосъобразно е извършил отбелязване и посочване на горепосочената разпоредба в Раздел III.

Що се отнася до твърдението, че решението за откриване не носи белезите на индивидуален административен акт следва да се отбележи, че при издаването му възложителят е спазил чл. 22, ал.4 и ал.5 от ЗОП, и доколкото КЗК вече изложи своите съображения по повод наведените в жалбата твърдения за описание на предмета и правно основание, и предвид липсата на други доводи в тази посока, твърдението следва да се отхвърли като неоснователно.

На следващо място се сочи допуснатото нарушение на чл. 69, ал.1 и ал.2 от Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество, доколкото възложителят е игнорирал забраните, визирани в тези разпоредби, тъй като липсва декларация в тази посока.

Чл. 69, ал.1 и ал.2 от ЗПКОНПИ регламентират забраната за определен период от време на лице, заемало висша публична длъжност, да участва в процедури за възлагане на обществени поръчки, свързани с предоставяне на

средства от ЕС, пред институцията, в която това е лице е заемало длъжността. Същата забрана само че конкретно адресирана до военнослужещ или цивилен служител, изпълняващ действия по управление, разпореждане или контрол в Министерството на отбраната, в структурите на пряко подчинение на министъра на отбраната или в Българската армия, се съдържа в разпоредбите на чл. 327б от Закона за отбраната и въоръжените сили на Република България. Именно по повод на обстоятелствата по чл. 327б от ЗОВСРБ от участниците се изисква да посочат в ЕЕДОП информация относно тяхното наличие или отсъствие. Предвид изложеното може да се заключи, че възложителят не е игнорирал забраната по чл. 69, ал.1 и ал.2 от ЗПКОНПИ, доколкото хипотезата на тази разпоредба се препокрива с регламентираното в ЗОВСРБ.

На последно място се твърди, че възложителят е направил незаконосъобразна промяна на документацията като на 02.04.2018г. е въвел допълнителни условия в частта за деклариране на изискванията за лично състояние и съответствието с критериите за подбор в заявлението чрез ЕЕДОП.

По повод на това твърдение КЗК намира за необходимо да отбележи, че на 02.04.2018г. в профила на купувача са публикувани указания във връзка със задължителното представяне на ЕЕДОП в електронен вид. Публикувани са и бланки на ЕЕДОП в PDF и HTML формат. В случая става въпрос за електронния формат на документа, обстоятелство, което жалбоподателят не е отбелязал в своята жалба. Публикуваното на 02.04.2018г. в профила на купувача не е в нарушение на законовите правила. Съгласно чл. 67, ал.4 от ЗОП ЕЕДОП се предоставя в електронен вид по образец, утвърден с акт на ЕК, като това задължение е в сила от 01.04.2018г. Във връзка с еЕЕДОП АОП е издала Методически указания /т. 5 от установените факти/, в които е посочено, че за вече открити процедури, чийто срок за получаване на заявления за участие или оферти е след 01.04.2018 г. (каквото е настоящият случай), възложителите следва с допълнително разяснение (напр. чрез профила на купувача) да укажат на заинтересованите лица възможните начини за подаване на ЕЕДОП в електронен вид. Точно това е направил и възложителят в оспорената процедура по възлагане на обществена поръчка, предвид което няма основание да се констатира наличието на нарушение чрез въвеждане на допълнителни условия за подаване на оферти.

С оглед изложеното КЗК счита, че атакуваното Решение № 36/12.03.2018г. на министъра на отбраната за откриване на процедурата е незаконосъобразен акт, който следва да бъде отменен.

Жалбоподателят е претендирал възлагането на направените в производството пред КЗК разноси. Предвид изхода на настоящото производство и на основание чл. 217, ал.1 от ЗОП, искането следва да бъде уважено. На министерство на отбраната следва да бъде възложено да заплати на „Данибекс“ ООД направените и доказаните в производството пред КЗК разноси в размер 1700 лв., представляващи внесена държавна такса.

Възложителят също е направил искане за възлагане на разноси, което на основание чл. 217, ал.1 от ЗОП и с оглед установената незаконосъобразност на атакувания акт, следва да се отхвърли като неоснователно.

Предвид гореизложеното и на основание чл. 215, ал. 2, т. 2 от ЗОП и чл. 217, ал. 1 от ЗОП, вр. чл. 143 от АПК, Комисията за защита на конкуренцията

Р Е Ш И:

1. ОТМЕНЯ КАТО НЕЗАКОНОСЪОБРАЗНО Решение № 36/12.03.2018г. на министъра на отбраната за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на обувки цели полеви, черни зимни.

2. ВЪЗЛАГА на Министерство на отбраната да заплати на „Данибекс“ ООД направените разноси в размер на 1700 лв., представляващи внесена държавна такса.

3. ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на възложителя за възлагане на направените от него в производството пред КЗК разноси.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

.....
Юлия Ненкова

ЗАМ. - ПРЕДСЕДАТЕЛ:

.....
Димитър Кюмюрджиев

ЧЛЕНОВЕ:

.....
Анна Янева

.....
Георгица Стоянова

.....
Красимир Витанов

.....
Красимир Зафиров

.....
Пламен Киров