

РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 333

София, 30.04.2020г.,

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 Захари Срънчев, разгледа в закрито заседание, проведено на 30.04.2020г., докладна записка по преписка № КЗК-226/2020г., докладвана от наблюдаващия проучването зам.-председател на комисията, г-н Димитър Кюмюрджиев.

В Комисията за защита на конкуренцията е образувано производство по преписка № КЗК-226/08.04.2020г., във връзка с постъпила жалба с вх. № ВХР-491/30.03.2020г., с п.к. от 27.03.2020г. от страна на „Екселор Холдинг Груп“ ЕООД, гр. София срещу Решение № 201 от 17.03.2020г. и Решение № 205 от 20.03.2020г. на управителя на „Тролейбусен транспорт – Враца“ ЕООД за класиране на участниците и определяне на изпълнител на обществена поръчка с предмет: „Модернизиране на градския транспорт в община Враца, фаза II – покупка на тролейбуси за обслужване на транспортната схема на гр. Враца: Доставка на 9 броя тролейбуси с дължина 12 (+/-1) метра“, открита с Решение № 614 от 13.12.2019г. на възложителя.

„Екселор Холдинг Груп“ ЕООД, гр. София обжалва Решение № 201 от 17.03.2020г. и Решение № 205 от 20.03.2020г. на управителя на „Тролейбусен транспорт – Враца“ ЕООД като оспорва отстраняването си от участие в обжалваната процедура, поради несъответствие на техническото му предложение с изискванията на възложителя, посочени в техническата спецификация за обществената поръчка. Също така в жалбата се предявяват твърдения за наличие на несъответствия и пороци в документите за лично състояние и за отговаряне на критериите за подбор на определения за изпълнител участник на обжалваната обществена поръчка.

В Писмено становище с вх. № към КЗК-226/22.04.2020г., с п.к. от 21.04.2020г. възложителят отправя искане на основание чл. 205, ал. 1 от ЗОП за допускане на предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител, в подкрепа на което излага следните обстоятелства:

КЗК следва да допусне предварително изпълнение на обжалваното решение за определяне на изпълнител, тъй като от закъснението на изпълнението може да последва значителна и труднопоправима вреда – основание по чл. 205, ал. 4, предл. трето от ЗОП.

Настоящата обществена поръчка се организира, провежда и възлага в изпълнение на дейностите по проектно предложение ИСУН BG16M1OP002-5.004-0001 „Модернизиране на градския транспорт в община Враца“, одобрен за финансиране по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“, за реализацията на който проект е сключен Административен договор № Д-34-107 от 21.10.2019г. между Управляващия орган на ОПОС, от една страна, и община Враца и „Тролейбусен транспорт - Враца“ ЕООД като партньори бенефициенти, от друга.

Съгласно чл. 2.2 от Договора, проектът е на стойност 32 027 089,53 лв., като стойността на 9-те тролейбуса, предмет на доставка по настоящата обществена поръчка, е включена в Дейност 2 „Закупуване и доставка на електрически превозни средства и зарядни станции“, с прогнозна стойност 9 090 000 лв. без ДДС.

В тази връзка в становището на възложителя се отбелязва, че в съответствие с чл. 2.3 от договора, срокът за изпълнението му е 35 месеца, считано от датата на влизането му сила, но съобразно клаузите на чл. 3.7 и чл. 3.8 в този срок се включва периодът от време, необходим за изпълнение на дейностите по проекта, който е 30 месеца, както и сроковете за подаване на искането за окончателно плащане и за верификация на разходите.

Възложителят посочва, че конкретните срокове за изпълнение на отделните дейности по проекта са посочени в приложение № 1 към договора – Одобрено проектно предложение ИСУН BG16M1OP002-5.004-0001 „Модернизиране на градския транспорт в община Враца“. В този смисъл уточнява, че на стр. 13 от Проектното предложение е поместена времевата таблица, според която Дейност 2 по закупуване и доставка на електрическите превозни средства (в т.ч. тролейбусите предмет на настоящата поръчка) следва да приключи най-късно до 21-ви месец от началото на действието на договора.

Съгласно становището, след приключване на Дейност 2 стартират Дейности № 3, 4 и 5 по оптимизиране експлоатацията на новопридобитите превозни средства чрез осигуряване на елементи на интегрирани системи, осигуряване на необходимата инфраструктура (в т.ч. изпълнение на строително-монтажни работи и осъществяване на строителен надзор). Дейности от 3 до 5 включително са обусловени от доставката на електрическите превозни средства, като продължават в периода до 30-та седмица, който е крайният срок за изпълнение на проектните дейности по чл. 3.7 от Договора.

Възложителят акцентира на обстоятелството, че административният договор е влязъл в сила на 5 ноември 2019г. (14 дни след датата на подписването му), като срокът за изпълнение на Дейност 2 от 21 месеца изтича на 5 август 2021г.

Срокът за доставка на тролейбусите, предложен от определения за изпълнител участник, възлиза на 330 календарни дни, представляващи 11 календарни месеца, или за да е възможно бенефициентите по договора да изпълнят срочно задълженията си по реализация на проектните дейности, съгласно становището възложителят следва да сключи договор за изпълнение на обществената поръчка най-късно на 5 септември 2020г., тоест след по-малко от 5 месеца.

В становището се прави извод, че производствата пред КЗК и ВАС се характеризират с по-голяма процесуална бързина, като според възложителя, КЗК ще се произнесе с решение в едномесечния срок от образуване на производството, тоест до 8 май 2020г. При евентуално подадена касационна жалба, според него, обаче, съществува реален и напълно обоснован риск решението за определяне на изпълнител да не влезе в законна сила до 5 август 2020г., за да бъде сключен договор в едномесечния срок по чл. 112, ал. 6 от ЗОП, но преди 05.09.2020г.

Въз основа на изложеното възложителят дава заключение, че действително, опасността той да не успее да подпише договор за изпълнение на обществената поръчка до крайната дата за това, установена с Административния договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, е условна и зависи от различни фактори, в това число от процесуалното поведение на страните. В тази връзка подчертава, че разпоредбата на чл. 205, ал. 4 от ЗОП, обаче, предвижда като условие за допускане на предварително изпълнение, от закъснението да може да последва значителна или труднопоправима вреда, тоест необходимо достатъчно условие е забавянето да бъде обосновано предполагаемо, възможно да се прояви в преобладаваща степен, като наличието на тази хипотеза се преценява за всеки конкретен случай.

В този смисъл в становището се уточнява, че възложителят няма никакво намерение да се възползва от предварителното изпълнение на решението, в случай че такова му бъде допуснато, освен ако не е неминуемо застрашен от неизпълнение на договорните си задължения по Административния договор, сключен с Управляващия орган на ОПОС. Защото съгласно чл. 205, ал. 1 от ЗОП възложителят има право да поиска от КЗК допускане на предварително изпълнение само веднъж – в тридневния срок от уведомяването му за образуването на производството, като искане за предварително изпълнение, направено след този срок, не се разглежда от Комисията за защита на конкуренцията. Тоест в случая, съгласно становището, възложителят е в състояние да упражни това си процесуално право единствено в настоящия момент, като впоследствие, дори и да е изправен пред непосредствената угроза да загуби финансирането си, няма как да направи искане по-късно.

В становището на възложителя се защитава тезата, че именно в това се изразява значителната и труднопоправима вреда за него – загуба на безвъзмездно финансиране в размер на поне 9 090 000 лв. без ДДС, в случай че бенефициентът не успее да реализира проектните дейности в уговорените в Административния договор срокове, както и ако УО на ОПОС откаже да ги продължи и прекрати договора.

Горните опасения според възложителя се подсилват още повече от въведеното на територията на Република България извънредно положение, което създава редица трудности пред производствените действия в процедурите по ЗОП, както и несигурност относно бъдещото развитие на отношенията по договора за БФП.

В становището се сочи, че в случая не е налице забраната по чл. 205, ал. 5, т. 1 от ЗОП, тъй като не се мотивира предварителното изпълнение с икономически интереси, свързани с разходи за отлагане изпълнението на договора. В конкретната хипотеза мотивите изхождат от стремеж за охраняване на обществен интерес, за който съществува опасност изобщо да не бъде задоволен поради загубване на предоставените за това финансови средства.

В подкрепа на твърденията си, възложителят прилага доказателства по чл. 205, ал. 2 от ЗОП – цитирания Административен договор и приложенията към него.

По отношение направеното искане за допускане на предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител по обжалваната обществена поръчка и след като се запозна с доводите в становището на възложителя, както и с оглед изискванията на чл. 200, ал. 2 и чл. 205, ал. 1, 2, 4 и 5 от ЗОП КЗК прие следното:

Съгласно разпоредбата на чл. 200, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 205, ал. 1 от ЗОП, в тридневен срок от получаване на уведомление от КЗК за образувано производство пред нея по жалба срещу решението за определяне на изпълнител, възложителят следва да изпрати становище по жалбата, подкрепено с необходимите доказателства, като в същия срок може да поиска допускане на предварително изпълнение на процесното решение за определяне на изпълнител.

За образуването в Комисията за защита на конкуренцията производство по преписка № КЗК-226/08.04.2020г. във връзка с постъпила жалба с вх. № ВХР-491/30.03.2020г., с п.к. от 27.03.2020г. от страна на „Екселор Холдинг Груп“ ЕООД, гр. София срещу Решение № 201 от 17.03.2020г. и Решение № 205 от 20.03.2020г. на управителя на „Тролейбусен транспорт – Враца“ ЕООД, на осн. чл. 200, ал. 2 от ЗОП възложителят е уведомен с писмо изх. № ИС-304/226 от 14.04.2020г., получено по е - mail на 15.04.2020г. Становището на възложителя с искането за допускане на предварително изпълнение е с изх. № 272/21.04.2020г., като последното е надлежно получено и е заведено в КЗК на 22.04.2020г., с п.к. от 21.04.2020г.

От изложеното следва, че направеното особено искане, като подадено от надлежна страна и в рамките на 3-дневния срок по чл. 205, ал. 1 във връзка с чл. 200, ал. 2 от ЗОП е допустимо и следва да се разгледа по същество.

При разглеждане на искането за предварително изпълнение следва да се има предвид нормата на чл. 205, ал. 4 от ЗОП, съгласно която КЗК допуска предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител по изключение, когато това се налага, за да се осигури животът или здравето на гражданите, да се защитят особено важни държавни или обществени интереси, включително такива, свързани с отбраната и сигурността, или ако от закъснението на изпълнението може да последва значителна или труднопоправима вреда. След анализ на цитираната разпоредба може да се заключи, че при всички случаи допускането на предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител, т.е. законова възможност за сключване на договор за възлагане на обществената поръчка преди окончателното приключване на спора по отношение законосъобразността на този акт на възложителя, е едно изключение, което следва да се осъществи с оглед избягването на сериозни негативни последици за обществото.

КЗК счита, че в случая материално-правните предпоставки, предвидени в чл. 205, ал. 4 от ЗОП за допускане на предварително изпълнение на обжалваното решение на възложителя за определяне на изпълнител на обществената поръчка с посочения предмет, не са налице и не следва да се допуска предварително изпълнение на Решение № 205 от 20.03.2020г. на управителя на „Тролейбусен транспорт – Враца“ ЕООД.

В разглеждания случай, предметът на обжалваната обществена поръчка е свързан с модернизиране на градския транспорт в община Враца, фаза II – покупка на тролейбуси за обслужване на транспортната схема на гр. Враца: Доставка на 9 броя тролейбуси с дължина 12 (+/-1) метра.

Възложителят в исканото от негова страна предварително изпълнение на обжалвания му акт се позовава на една от цитираните по-горе законови хипотези, визирани в чл. 205, ал. 4 от ЗОП, наличието на която, според него, обосновава основателността на неговото искане, а именно, че от закъснението на изпълнението на дейностите по предмета на обществената поръчка може да последва значителна или труднопоправима вреда. Видно от изложените в становището му аргументи, които са детайлно отразени по-горе в настоящото определение - въпросната неотложност е продиктувана от това, че разглежданата обществена поръчка се организира, провежда и възлага в изпълнение на дейностите по проектно предложение ИСУН BG16M1OP002-5.004-0001 „Модернизиране на градския транспорт в община Враца“, одобрен за финансиране по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020г.“, за реализацията на който проект е сключен Административен договор № Д-34-107 от 21.10.2019г. между Управляващия орган на ОПОС (Министърът на околната среда и водите), от една страна, и община Враца и „Тролейбусен транспорт - Враца“ ЕООД като партньори бенефициенти, от друга. В тази връзка в становището си възложителят упоменава множество срокове, предвидени в този договор, касаещи изпълнението на дейностите по него (също детайлно

посочени по-горе), правейки извод, че за да е възможно бенефициентите по договора да изпълнят срочно задълженията си по реализация на проектните дейности, той следва да сключи договор за изпълнение на обществената поръчка най-късно на 5 септември 2020г. В становището на възложителя се защитава тезата, че именно в това се изразява значителната и труднопоправима вреда за него – загуба на безвъзмездно финансиране в размер на поне 9 090 000 лв. без ДДС, в случай че бенефициентът не успее да реализира проектните дейности в уговорените в Административния договор срокове, както и ако УО на ОПОС откаже да ги продължи и прекрати договора.

КЗК намира така изтъкнатите аргументи на възложителя за хипотетични и в този смисъл необосновани. Наведените в дискутираната насока доводи в становището на възложителя относно сроковете на произнасяне на КЗК и ВАС са изтъкнати при наличието на множество условности, предвид на което не може да се сподели изразената защитна теза за възможно забавяне на сключването на договора за изпълнение на предмета на обжалваната обществена поръчка. Това е така, тъй като в конкретния казус разискваните доводи на възложителя презумират, а не доказват наличието на трудно поправима вреда. Същевременно навременното планиране, организиране и провеждане на обществената поръчка е отговорност на самия възложител, както и свързаните с това евентуални негативни санкционни последици.

В контекста на изложеното следва да се поясни, че безспорно навременното изпълнение на предмета на поръчката, съставлява обществен приоритет, доколкото по този начин ще се осигури надлежното усвояване на предвидената по горепосочения проект безвъзмездна финансова помощ. Въпреки това, обаче, както вече бе уточнено - самия възложител не се позовава на хипотезите за допускане на предварително изпълнение на обжалвания му акт свързани с осигуряване живота или здравето на гражданите и защитата на особено важни държавни или обществени интереси, включително такива, свързани с отбраната и сигурността, а единствено презумира евентуално закъснение на изпълнението, от което може да последва значителна или труднопоправима вреда, която възможност има хипотетичен и недоказан характер. В този смисъл, независимо от обществената значимост на своевременното осъществяване на предмета на обжалваната обществена поръчка, в конкретния случай не е налице доказано пряка възможност гореупоменатите законови хипотези, с наличието на някоя от които се обосновава и налага допускането на исканото предварително изпълнение да настъпят.

Наред с това следва да се има предвид, че от обществена значимост е и провеждането на прозрачна и законосъобразна процедура за избор на изпълнител, като разпоредбата на чл. 205, ал. 4 от ЗОП определя правомощието на КЗК за допускане на предварително изпълнение на краен акт на възложителя да се осъществява при определени предпоставки и има характер на изключение, спрямо суспензивния ефект на подадената жалба срещу акт на възложител, касаещ извършено класиране и определяне на изпълнител.

На следващо място следва да се отчете обстоятелството, че изложените от възложителя мотиви, предвид естеството на дейностите по осъществяване на предмета на обществената поръчка не попадат и в предоставената от законодателя възможност, визирана в разпоредбата на чл. 205, ал. 6 от ЗОП, съгласно която Комисията за защита на конкуренцията допуска предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител във всички случаи, когато би се застрашило сериозно изпълнението на мащабна програма в областта на отбраната или сигурността, която е от съществено значение за интересите на страната.

В заключение следва да се приеме, че от изложените аргументи от страна на възложителя, не се установява наличието на основания по чл. 205, ал. 4 от ЗОП за допускане на предварително изпълнение на решението за класиране и избор на изпълнител, противопоставими на установената в чл. 203, ал. 4 от ЗОП презумпция за защита на

обществения интерес, изразена чрез автоматичното спиране на процедурата за възлагане на обществената поръчка при наличие на жалба срещу решението за определяне на изпълнител. Поради това КЗК приема, че не са налице предпоставките по чл. 205, ал. 4 от ЗОП, а самото искане намира за недоказано, съобразно законовите изисквания, поради което същото следва да се остави без уважение.

С оглед изложеното и на основание чл. 205, ал. 3 и ал. 4 от ЗОП във връзка с 205, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, Комисия за защита на конкуренцията

О П Р Е Д Е Л И:

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на възложителя за допускане на предварително изпълнение на Решение № 201 от 17.03.2020г. и Решение № 205 от 20.03.2020г. на управителя на „Тролейбусен транспорт – Враца“ ЕООД за класиране на участниците и определяне на изпълнител на обществена поръчка с предмет: „Модернизиране на градския транспорт в община Враца, фаза II – покупка на тролейбуси за обслужване на транспортната схема на гр. Враца: Доставка на 9 броя тролейбуси с дължина 12 (+/-1) метра“, открита с Решение № 614 от 13.12.2019г. на възложителя.

Определението подлежи на обжалване пред тричленен състав на Върховния административен съд в 3-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