

РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

РЕШЕНИЕ

№ 214

София, 14.02.2019 г.

Комисията за защита на конкуренцията в състав:

ЗАМ.-ПРЕДСЕДАТЕЛ:

Димитър Кюмюрджиев

ЧЛЕНОВЕ:

Анна Янева

Георгица Стоянова

Красимир Витанов

Красимир Зафиров

Пламен Киров

при участието на секретар–протоколиста Захари Срънчев, разгледа в открито заседание, проведено на 14.02.2019 г., доклад по преписка № КЗК-17/2019 г., докладван от наблюдаващия проучването член на КЗК – Анна Янева.

В Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) е образувано производство по преписка № КЗК-17/04.01.2019 г. по жалба с вх. № ВХР – 2838/27.12.2018 г., подадена от „ДМ АРМАТУРЕН“ ЕООД срещу Решение № 753/18.12.2018 г. на изпълнителния директор на „Софийска вода“ АД, с което се прекратява процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на пожарни хидранти“, открита с Решение № ДР-352 от дата 13.06.2018 г. на възложителя.

СЪЩНОСТ НА ЖАЛБАТА

Жалбоподателят посочва, че оспореното решение за прекратяване на гореописаната процедура е незаконосъобразно, тъй като са налице съществени нарушения на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона.

На първо място, в жалбата се посочва, че не са налице материалноправните предпоставки за издаване на оспореното решение. Развиват се следните съображения: Съгласно чл. 110, ал. 1, т. 8 ЗОП възложителят прекратява процедурата с мотивирано решение, когато: отпадне необходимостта от провеждане на процедурата или от възлагане на договора в резултат на съществена промяна в обстоятелствата или при невъзможност да се осигури финансиране за изпълнението на поръчката по причини, които възложителят не е могъл да предвиди. В хипотезата на чл. 110, ал. 1, т. 8 от ЗОП е предвидена възможност за възложителя да прекрати процедурата при наличието на две алтернативни предпоставки:

първата е отпадане на необходимостта от провеждане на процедурата вследствие на осъществена промяна на обстоятелствата, а втората е поради съществена промяна на обстоятелствата, включително да се осигури финансиране за изпълнението на поръчката. Според жалбоподателя, общото и за двете отделни хипотези е това да е станало по причини, които възложителят не е могъл да предвиди. Твърди, че в конкретния случай възложителят се позовава на първата алтернативна предпоставка - съществена промяна на обстоятелствата, но липсва кумулативното изискване - това да е станало по причини, които възложителят не е могъл да предвиди.

Жалбоподателят изтъква, че твърденията на възложителя, изложени в мотивите на обжалваното решение, са свързани с промяна в дължината на подземните пожарни хидранти, заложили в документацията за участие в процедурата, защото те не били „съобразени с дълбочината на водопроводната мрежа на територията на Концесионната област“.

В жалбата се ангажира аргумент, че е налице Договор за концесия (публично достъпен на сайта на възложителя на адрес: https://www.sofivskavoda.bg/SVDocuments/Dogovor_za_Koncesia.pdf), който е подписан на 23.12.1999 г. и е в сила от 06.10.2000 г. Според жалбоподателя, житейски и логично не е допустимо, след като са изминали 18 години от сключване на договора за концесия, на концесионера да не е известна дълбочината на водопроводната мрежа в концесионната област. Изтъква, че е ноторно известно, че на територията на концесионната област, в периода между постановяване на Решение № ДР 352 от 13.06.2018 г. за откриване на процедурата и оспорваното решение № 753 от 18.12.2018 г. за прекратяване на процедурата, не е ставало земетресение или друго събитие, което да промени дълбочината на водопроводната мрежа.

Жалбоподателят посочва още, че в бизнес плана на възложителя „Софийска вода“ АД (публично достъпен на сайта на „Софийска вода“ АД на адрес: <https://www.sofiyaskavoda.bg/SVDocuments/BusinessPlan2017-2021.pdf>), както и в приложенията към него, не е предвидена промяна на дълбочината на съществуващата водопроводна мрежа.

В жалбата се разяснява, че в периода между датата на откриването на процедурата - 13.06.2018 г., и датата на оспореното решение - 18.12.2018 г., не е налице промяна в нормативната уредба относно изграждането на водопроводни мрежи, а именно: НАРЕДБА № 2 от 22.03.2005 г. за проектиране, изграждане и експлоатация на водоснабдителни системи, Обн. - ДВ, бр. 34 от 19.04.2005 г.; изм. и доп., бр. 96 от 07.12.2010 г., в сила от 07.01.2011 г.; изм. и доп., бр. 45 от 14.06.2016 г. и НАРЕДБА № 8 от 28.07.1999 г. за правила и норми за разполагане на технически проводни и съоръжения в населени места, Обн. - ДВ, бр. 72 от 13.08.1999 г.; в сила от 14.09.1999 г.

Жалбоподателят обобщава, че разпоредбата на чл. 110, ал. 1, т. 8 от ЗОП предвижда, че възложителят може да прекрати процедурата за възлагане на обществена поръчка с мотивирано решение, при кумулативно наличие на трите елемента от разпоредбата, а именно: да е настъпила промяната в обстоятелствата (различни от тези при откриването), която да е съществена; тези променени обстоятелства да са довели до отпадане на необходимостта от провеждане на процедурата и причините за промяната да не са били предвидими за възложителя. Изведен е извод, че за възложителя не са налице и трите кумулативни предпоставки, за да бъде осъществен фактическия състав на посочената от него хипотеза за прекратяване на процедурата, а именно - да е налице съществена промяна в обстоятелствата, от тези при откриване на процедурата; тези променени обстоятелства да водят до отпадане на необходимостта от провеждане на процедурата и причините за промяната да са такива, които възложителят да не е могъл да предвиди.

Според жалбоподателя, се налага обоснован извод за отмяна на решението на възложителя за прекратяване на процедурата, поради нарушение на материалния закон.

На следващо място, жалбоподателят твърди, че решението е немотивирано. Посочва, че независимо, че оспореното решение има част, озаглавена мотиви, в нея не се съдържат фактическите основания за неговото издаване. Според жалбоподателя, в така наречените мотиви на обжалвания акт възложителят е констатирал налагаща се промяна в дълбочината на подземните пожарни хидранти, заложили в документацията за обществена поръчка, без да посочи конкретни аргумента в тази насока, нито да цитира релевантни документа, удостоверяващи необходимостта от въпросната промяна. Т.е. във фактическо отношение липсва каквато и да е аргументация относно това, какво е довело до отпадане на необходимостта от възлагане на поръчката така, че на участниците в процедурата, съобразно законоустановения принцип на публичност и прозрачност, да бъдат известни обективните факти, наложили вземането на решение за прекратяване на процедурата.

Според жалбоподателя, това налага отмяна на решението на възложителя за прекратяване на процедурата, поради съществено нарушение на административнопроизводствените правила.

Жалбоподателят посочва в жалбата си, че с оспореното решение процедурата е прекратена с друга цел, а не с целта, посочена в закона. Изтъква се, че са нарушени общите принципи на административния процес по аргумент на чл. 22, ал. 9 от ЗОП. На първо място, решението на възложителя трябва да отговаря на принципа на съразмерност, провъзгласен в чл. 6 АПК. Той е основен принцип в европейското право и изисква актовете на институциите да не надхвърлят границите на подходящото и необходимото за постигане на преследваната цел, като се има предвид, че когато съществува избор между няколко подходящи мерки, трябва да се прибегне до мярката, която създава най-малко ограничения. Принципът за съразмерност пряко се свързва с наличието на оперативна самостоятелност на административния орган (възложителя).

На второ място, решението на възложителя трябва да отговаря на принципа на последователност и предвидимост, очертан в чл. 13 АПК. Нарича се още „принцип на оправданите очаквания“. Липсата на ясни, предварително оповестени критерии, в кои случаи процедурата ще бъде прекратена и в кои ще се продължи до избор на изпълнител и сключване на договор води до субективна преценка за всеки отделен случай, а с това се нарушават принципите на чл. 8 и чл. 13 АПК. В голяма степен до тези изводи се достига особено ако при предходна процедура възложителят е сключил договор и при тези технически спецификации, които твърди че „не били съобразени с дълбочината на водопроводната мрежа на територията на концесионната област“. В действителност, този възложител е сключвал договори за доставка на същите стоки, при същите технически спецификации през предходните години.

В жалбата се съдържа искане за възлагане на направените разноски в производството.

СТАНОВИЩЕ НА ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ

Възложителят посочва, че жалбата е неоснователна. Излага подробни мотиви и представя изисканата административна преписка. Прави искане за възлагане на направените разноски в производството. В становището е направено възражение за прекомерност на поискания адвокатски хонорар.

ФАКТИЧЕСКА ОБСТАНОВКА

I. Идентификация на страните:

1. „ДМ АРМАТУРЕН“ ЕООД – жалбоподател, ЕИК 131309309, седалище и адрес на управление: София, 1330, ж.к. „Бизнес център Сердика“, бул. „Акад. Иван Гешов“ № 2Е,

бл. "Сграда 3", ет. 1, офис 110. Дружеството се представлява от Диана Младенова в качеството ѝ на управител.

2. Изпълнителния директор на „Софийска вода“ АД – възложител, ЕИК 130175000, със седалище и адрес на управление: София, ж.к. „Младост 4“, ул. „Бизнес парк София“ № 1, сграда 2А. Дружеството се представлява от Васил Борисов Тренев и Франсоа Мишел Деберг – изпълнителни директори. Начин на представляване – поотделно.

II. Установени факти:

1.С Решение № ДР-352 от дата 13.06.2018 г. възложителят открива открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на пожарни хидранти“.

С решението са одобрени обявлението за оповестяване и документацията.

2.С Решение № 681/02.11.2018 г. възложителят оповестява класирането и определя изпълнител на обществената поръчка. За изпълнител е избран „ДМ АРМАТУРЕН“ ЕООД.

3.С Решение № 753/18.12.2018 г. на възложителя е отменено Решение № 681/02.11.2018 г. и прекратена горепосочената процедура. Решението е със следното съдържание:

„Днес, 18.12.2018 на основание чл. 110, ал. 1, т. 8 от Закона за обществени поръчки (ЗОП) във връзка с чл. 22, ал. 1, т. 8 от ЗОП, работата на Комисията по чл. 103, ал. 1 от ЗОП и правилата определени в ППЗОП, във връзка с проведена открита процедура по чл. 132 от ЗОП за възлагане на обществена поръчка ТТ001748 и предмет „Доставка на пожарни хидранти“, открита с Решение ДР-352/13.06.2018г. на Възложителя „Софийска вода“ АД, публикувано обявление в РОП на 15.06.2018г. под номер 00435-2018-0052, с прогнозна стойност 1 105 000.00 лева, без ДДС (от които 455 000.00 лв. се отнасят за опциите за продължаване срока на договора) и с електронен адрес: <https://procurement.sofiyskavoda.bg/documents.aspx?zop=1475>, в качеството ми на Изпълнителен директор на „Софийска вода“ АД, ЕИК 130175000, обявявам следното:

РЕШЕНИЕ:

I. На основание чл. 110, ал. 5 от ЗОП, във връзка с чл. 110, ал. 1, т. 8 от ЗОП отменям влязло в сила Решение № 681/02.11.2018г.

II. На основание чл. 110, ал. 1, т. 8 от ЗОП, прекратявам процедурата за възлагане на обществена поръчка с номер ТТ001748 и предмет „Доставка на пожарни хидранти“.

Мотивите за отмяна на влязлото в сила решение и за прекратяване на процедурата са следните:

Процедурата се прекратява поради отпадане на необходимостта от възлагане на договора в резултат на съществена промяна в обстоятелствата, изразяваща се в налагаща се промяна в дължината на подземните пожарни хидранти, заложили в документацията за участие в процедурата.

Необходимо е прекратяване и обявяване отново на процедурата с оглед допускането на оферти с параметри на предлаганите подземни пожарни хидранти, които не са съобразени с дълбочината на водопроводната мрежа на територията на Концесионната област. Промяната ще осигури законосъобразно и ефективно разходване на средствата на Възложителя, тъй като доставката на пожарни хидранти с променените параметри ще е съобразена с реалните нужди на възложителя, и ще отпадне необходимостта от извършването на допълнителни разходи за СМР и влагането на допълнителни материали за техния монтаж.

III. Настоящото решение може да се обжалва пред Комисията за защита на конкуренцията в 10-дневен срок съгласно чл. 197, ал. 1, т. 7 от ЗОП от датата на получаване съобразно чл. 43, ал. 2 от ЗОП.

IV. Настоящото решение да бъде изпратено до участниците в процедурата, в срок от 3 дни от издаването му.“

4. Решението за прекратяване на процедурата е съобщено на „ДМ АРМАТУРЕН“ ЕООД на 18.12.2018 г.

5. Жалбата е заведена в ИИС на КЗК с вх. № ВХР-2838/27.12.2018 г.

ПРАВНИ ИЗВОДИ

Жалбата е подадена в законоустановения 10-дневния срок от получаването на решението за прекратяване, поради което жалбата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Жалбоподателят оспорва прекратяването на процедурата, като сочи, че оспореното решение е незаконосъобразно, тъй като са налице съществени нарушения на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона. Подробните му съображения са отразени по-горе в част „Същност на жалбата“ на настоящото решение.

Твърденията са основателни.

От фактическа страна е установено, че на основание чл. 110, ал. 5 от ЗОП във връзка с чл. 110, ал. 1, т. 8 от ЗОП възложителят отменя влязло в сила Решение № 681/02.11.2018г., с което е обявено класирането и избора на изпълнител на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на пожарни хидранти“, и прекратява посочената процедура. Съгласно разпоредбата на чл. 110, ал. 5 от ЗОП възложителят може да отмени влязлото в сила решение за определяне на изпълнител и да издаде решение за прекратяване на процедурата, когато преди сключването на договора възникне обстоятелство по ал. 1, т. 4, 6 и 8 или ал. 2, т. 4.

В конкретния случай възложителят сочи, че е възникнало обстоятелство по чл. 110, ал. 1, т. 8 от ЗОП, а именно: поради отпадане на необходимостта от възлагане на договора в резултат на съществена промяна в обстоятелствата, изразяваща се в налагаща се промяна в дължината на подземните пожарни хидранти, заложен в документацията за участие в процедурата. Възложителят посочва още в решението си, че е необходимо прекратяване на процедурата и обявяване отново на процедурата с оглед допускането на оферти с параметри на предлаганите подземни пожарни хидранти, които не са съобразени с дълбочината на водопроводната мрежа на територията на Концесионната област. Промяната, според възложителя, ще осигури законосъобразно и ефективно разходване на средствата на възложителя, тъй като доставката на пожарни хидранти с променените параметри ще е съобразена с реалните нужди на възложителя, и ще отпадне необходимостта от извършването на допълнителни разходи за СМР, както и влагането на допълнителни материали за техния монтаж.

КЗК счита, че така издаденото решение за прекратяване на процедурата е немотивирано и че възложителят не е обосновал и доказал наличието на кумулативно необходимите материалноправни предпоставки, предвидени в чл. 110, ал. 1, т. 8 от ЗОП, представляващи предпоставка за прекратяване на процедурата.

Безспорно е обстоятелството, че възложителят разполага с правна възможност да отмени влязло в сила решение за определяне на изпълнител и да прекрати процедурата. Това решение се взема в условията на оперативна самостоятелност и задължително следва да се мотивира. Взетите по целесъобразност решения от възложителите подлежат на контрол за законосъобразност, който се осъществява от КЗК, с оглед на това дали административният орган не е излязъл извън рамките на оперативността и дали не е упражнил превратно правото си на власт, превишавайки преценката си в разрез с целите, за които тя му е предоставена.

В конкретния случай са изложени твърде общи и бланкетни мотиви, които не са достатъчни. Необходимо е възложителят да изложи конкретни мотиви, от които да се установи по какви съображения се възприема точно вариантът за прекратяване на процедурата.

КЗК счита, че в разглеждания случай е от съществено значение да се посочат конкретните причини, довели до необходимост да се промени дължината на подземните пожарни хидранти. В жалбата си „ДМ АРМАТУРЕН“ ЕООД посочва, че такава промяна е възможно да се наложи от природен катаклизъм, промяна в нормативната уредба или промяна в бизнес плана на дружеството – възложител. Независимо дали това са релевантните обстоятелства, или следва да се отчете друг факт, известен на възложителя, посочването на причините за сочената промяна ще изясни въпроса дали възложителят е могъл да предвиди, или не, настъпването на тези обстоятелства.

В този смисъл непълнотата на мотивите на възложителя възпрепятства контрола за законосъобразност на КЗК по отношение на издадения акт, защото не може да се прецени, дали са налице всички предпоставки, предвидени в чл. 110, ал. 1, т. 8 от ЗОП. Съгласно посочената норма възложителят прекратява процедурата с мотивирано решение, когато отпадне необходимостта от провеждане на процедурата или от възлагане на договора в резултат на съществена промяна в обстоятелствата или при невъзможност да се осигури финансиране за изпълнението на поръчката по причини, които възложителят не е могъл да предвиди. Следователно възложителят прекратява процедурата при наличието на две алтернативни предпоставки: първата е отпадане на необходимостта от провеждане на процедурата вследствие на осъществена промяна на обстоятелствата, а втората е поради съществена промяна на обстоятелствата, включително да се осигури финансиране за изпълнението на поръчката. Общото и за двете отделни хипотези е това да е станало по причини, които възложителят не е могъл да предвиди. Следователно следва да се посочат причините, довели до промяната в обстоятелствата, за да се прецени дали е могло тези причини да бъдат предвидени, или не.

С оглед на всичко изложено, следва да се приеме, че при издаването на новия акт възложителят следва да посочи в мотивите си причините, налагащи промяна в дължината на подземните пожарни хидранти, както и причините, поради които дължината на предлаганите пожарни хидранти в рамките на прекратената процедура не съответстват на дълбочината на водопроводната мрежа на територията на концесионната област.

С оглед на всичко изложено, следва да се приеме, че Решение № 753/18.12.2018 г. на изпълнителния директор на „Софийска вода“ АД е незаконосъобразно издаден индивидуален административен акт и като такъв подлежи на отмяна.

В жалбата се съдържа искане за възлагане на направените разноски. В административната преписка е налице фактура за платена такса за образуване на производство в размер на 1700 лв. Представен е договор за правна помощ и съдействие, удостоверяващ реално заплащане на 700 лв. адвокатски хонорар. С оглед изхода от производството и на основание чл. 217, ал. 1 от ЗОП, искането следва да се уважи, като на „Софийска вода“ АД се възложи да заплати на „ДМ Арматурен“ ЕООД разноски в размер на 2 400 лв. /две хиляди и четиристотин лева/. В становището на възложителя се съдържа възражение за прекомерност на адвокатския хонорар, което не следва да се уважава, доколкото поисканата сума не превишава минималните размери, определени в Наредба № 1/09.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения.

В становището на възложителя се съдържа искане за възлагане на разноските, направени в производството. С оглед изхода от производството и на основание чл. 217, ал. 1 от ЗОП, искането следва да се остави без уважение.

Предвид гореизложеното и на основание чл. 215, ал. 2, т. 3 и ал. 3, както и чл. 217, ал.1 от ЗОП, Комисията за защита на конкуренцията

Р Е Ш И:

1. ОТМЕНЯ КАТО НЕЗАКОНОСЪОБРАЗНО Решение № 753/18.12.2018 г. на изпълнителния директор на „Софийска вода“ АД, с което се прекратява процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на пожарни хидранти“, открита с Решение № ДР-352 от дата 13.06.2018 г. на възложителя.

2. ВРЪЩА преписката на възложителя за продължаване на процедурата от последното законосъобразно действие, съгласно закона и указанията, дадени в мотивите на настоящото решение.

3. ВЪЗЛАГА на „СОФИЙСКА ВОДА“ АД да заплати на „ДМ АРМАТУРЕН“ ЕООД разноски в размер на 2 400 лв. /две хиляди и четиристотин лева/.

4. ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на „СОФИЙСКА ВОДА“ АД за възлагане на юрисконсултско възнаграждение.

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

ЗАМ.-ПРЕДСЕДАТЕЛ:

.....
Димитър Кюмюрджиев

ЧЛЕНОВЕ:

.....
Анна Янева

.....
Георгица Стоянова

.....
Красимир Витанов

.....
Красимир Зафиров

.....
Пламен Киров