



Адвокатско дружество „Иванова и Христов“
гр. Русе 7000, ул. Г.С.Раковски №4 , оф.3
тел. 082 584 355, 0887597488
plhristozov@gmail.com

www.ivanovahristozov.com

Бюлетин - ЗОП м. ноември-декември 2017г.

Относно:

Аргументация на констатациите на комисията

Непосредствено след установеното съответствие с минималните изисквания, помощният орган е счел , че участникът е надградил минималните изисквания с налични пет броя обстоятелства, обосноваващи максимален брой точки, като дословно възпроизвежда утвърдената в методиката скала за оценка с 60 точки. Въпреки , че заключенията на комисията се дефинират като " мотиви за оценка на комисията", те не могат и не следва да се възприемат като такива. Буквалния препис на скалата за оценка не е равносилна на анализ на техническото предложение н а участника, респ. на установяване на съответствие с всички изискуеми обстоятелства. Комисията не е изложила никакви собствени мотиви, от които да може да се заключи, защо предложението трябва да се оцени точно по този начин. Поради липса на относими аргументи, констатациите се явяват неаргументирани.

Относно:

Способи за уведомяване от комисията

В оперативна самостоятелност на възложителя е да преценява , какъв способ за уведомяване на участниците да използва. Още повече , че видно видно от

представените в настоящото производство документи и информация , възложителят е използвал един и същи способ за уведомяване на всички участници.

Относно:

Индикиране на ориентировачните количества на поръчката

На възложителя на обществени поръчки е предоставено изключителното право сами да преценяват своите нужди и потребности , както и начина , по който те сами могат да бъдат задоволени в най-голяма степен , като съобразяват залягащите в чл.2 от ЗОП принципи. В контекста на предходното следва да се подчертае , че непосочването на ориентировачни количества на всеки един от артикулите обект на доставка , води до липса на обем на обществената поръчка в разрез с нормата на чл. 46, ал.2 от ЗОП. В този смисъл не могат да бъдат обявени защитните аргументи на възложителя , касаещи невъзможност да бъдат предварително преценени точни количества на хранителни продукти на етап обявяване на процедурата , поради факта , че те ще бъдат заявявани само при възникнала необходимост.

Липсата на индикиране на ориентировачно количество се явява съществен порок на одобрената с обжалваното решение документация, който пряко влияе върху възможността на потенциалните участници в процедурата да изготвят адекватно техническите си и ценови предложения.

Така установения порок се явява самостоятелно основание за отмяна на решението за откриване на процедурата.

Относно:

Съответствие на кандидата с изискванията за годност да участва в процедурата.

По отношение на възражението , че класираният на първо място кандидат не съответства на изискванията за годност, КЗК счита , че този критерий е преценяван на първия етап от процедурата - предварителния подбор, който е приключил с решението на Възложителя кои кандидати могат да подадат оферта. Това решение не се оспорва. Оспорва се крайното решение за избор на изпълнител. На този етап може да се оспорва преценката за съответствие за изискванията към техническото и ценово предложение.

Относно:

Включването на цени в техническото предложение на офертата

С посочване в техническото предложение на цени за артикули, включени в обхвата на поръчката, участникът не е спазил изискванията на възложителя, като с оглед на

допуснатите пропуски е следвало да бъде предложен за отстраняване на основание чл. 107, ал. 2, буква "а" от ЗОП – поради представяне на оферта, която не отговаря на предварително обявените условия на поръчката.

В конкретния случай извършеното от участника нарушение представлява съществена пречка за по-нататъшното му участие в процедурата, тъй като е в противоречие както с предварително формулираните и влезли в сила условия за участие, така и на съдържащите се в ЗОП и ППЗОП правила. Неслучайно в ППЗОП е налице разпоредба за наличие в офертата на непрозрачен плик с надпис "Предлагани ценови параметри" (чл. 47, ал. 3 от ППЗОП), както и забрана за комисията да отваря ценовото предложение, преди да е извършила оценяване на офертите по другите показатели (по аргумент на чл. 57, ал. 2 от ППЗОП). В цитираните случаи, волята на законодателя е да се препятства и най-малката възможност за предварително узнаване на съдържанието на цялото или на части от ценовото предложение на даден участник, което би могло да повлияе върху класирането на участниците. Също така следва да се има предвид, че разглеждането, оценката и класирането на постъпилите оферти се извършва на етапи, които следват в определена последователност. Запазването в тайна до последния момент на офериранияте цени е особено важно и за самия възложител.

Относно:

Начин на провеждане на договоряне при „Договаряне с предварителна покана за участие“

Откритата от възложителя процедура е „Договаряне с предварителна покана за участие“ което е вид процедура, посочена в чл. 18, ал. 1, т. 4 от ЗОП и приложима за секторните възложители на основание чл. 132 и чл. 135 от ЗОП. Нито в ППЗОП, нито в ЗОП има изрична разпоредба, касаеща как да се проведе процеса на договоряне при „Договаряне с предварителна покана за участие“, поради което следва да се вземат предвид общите правила за правоприлагане, гарантиращи ясното и безпротиворечиво съществуване на правната система, установени в Закона за нормативните актове /ЗНА/. КЗК счита, че за установяване на реда на провеждане на преговорите в настоящата процедура е следвало да бъде използван реда на чл.67, ал. 1 от ППЗОП и КЗК, чрез жребий, на който могат да присъстват представители на поканените участници.

С разпоредбата за необходимостта от провеждане на преговори чрез жребии се гарантира търсената от законодателя равнопоставеност, публичност и прозрачност /чл. 2, ал. 1 от ЗОП/, а от представените от страна на възложителя протоколи за преговори с кандидатите не се доказва, че тези принципи на закона, които са задължителни при всички процедури и за всички възложители, в случая са спазени.

Относно:

Лица имащи право да обжалват индивидуален административен акт на възложителя.

Съгласно практиката на КЗК и ВАС, за да бъде обжалван индивидуален административен акт на възложителя, каквото е решението за избор на изпълнител в процедурата за възлагане на обществена поръчка, жалбата следва да бъде подадена или от всички участници в консорциума или да бъде изрично упълномощен представител да подава жалби и да представлява обединението във връзка с процесуалноправни действия.

Относно:

Аргументи на комисията за приемане обосновката на кандидатите

Комисията на възложителя е приела представената писмена обосновка от класирания на първо, с аргументи, детайлно отразени във фактичката част на решение. От разглеждането на въпросните разсъждения на помощния орган на възложителя, бе установено, че те са изведени въз основа на конкретно посочена в самата писмена обосновка информация, но по своя характер се явяват необосновани и неаргументирани, доколкото в определена степен преповтарят изложените данни от страна на горепосочения участник, без обаче да бъде извършена преценка на тяхната обективност, пълнота, нито доколкото те се явяват доказани. В този смисъл КЗК намира, че така изложените от комисията по провеждане на процедурата аргументи за приемане на писмената обосновка на разисквания участник, на практика могат да бъдат квалифицирани като липса на аналитична дейност от нейна страна, доколкото видно от тяхното съдържание - те изразяват съгласие с посочената от самия участник информация.

В контекста на изложеното, от анализа на мотивите на комисията не може да бъде направено заключение защо е прието, че декларирания обем на осигурява възможност на участника да предложи по-благоприятни цени за съответните продукти и поконкретно по какъв начин въпросният документ удостоверява обстоятелството, че реализирания размер на приходи е от продажби на стоки и продукти, произведени от декларирания в писмената обосновка производител. В мотивите си за приемането на писмената обосновка на оценителната комисия излага общи аргументи, касаещи търговските отношения по линията производител-дистрибутор и произтичащите от това взаимоотношения и отстъпки, а именно получаването на преференциални условия и цени от производителите на стоките. КЗК счита въпросните мотиви за твърде общо изложени, доколкото те могат да бъдат отнесени към всеки един идентичен с настоящия случай казус.

Относно:

Провеждане на жребий

Съгласно нормативната разпоредба на чл. 58, ал. 1 от ППЗОП комисията класира участниците по степента на съответствие на офертите с предварително обявените от възложителя условия, а в следващата ал. 3 от и провежда публично жребий за определяне на изпълнител, ако критерият за възлагане е най - ниска цена и тази цена се предлага в две или повече оферти. От изложената регламентация на приложимата в случая нормативна уредба се установява, че е предоставена възможност на помощния орган на възложителя сам да определи начина на провеждане на жребия, стига обаче, това да се извърши при съблюдаване на основните принципи, определени в чл.2 от ЗОП.

От приложения по преписката протокол се установява, че комисията е провела публичен жребий и при провеждането му председателят на комисията е изтеглил последователно дружества - участници в процедурата, но е имало възражение относно съществуващо различие в пликите. При повторното теглене на жребий отново е имало възражение поради различие в пликите по външен вид. Вследствие на направените от горепосочените представители на участниците възражения е извършено третото теглене на жребий от председателя на комисията, при което не са отразени възражения от страна на присъстващите на заседанието представители. Горепосочените действия на назначената от възложителя комисия, отразени в цитирания по-горе протокол, удостоверяват, че последната повече от веднъж е извършила процедурата по провеждане на жребий.

В резултата на извършения фактически анализ, КЗК счита, че така проведения публичен жребий е незаконосъобразен, което има за последица незаконосъобразност на оспорваното от жалбоподателя. Необходимо е да се отбележи, че по своята същност, жребият е условен знак, който се хвърля или изтегля измежду много други еднакви с него знаци при спор или при разпределяне на нещо, за да се осигури някакво право, предимство или се възложи задължение на някого. В случая, КЗК намира, че действията на комисията по провеждане на жребий противоречат на разпоредбата на чл. 58, ал. 3 от ППЗОП, тъй като в същата норма не се предвижда възможност за провеждане, респ. изтегляне на жребий повече от един път. Доколкото не е имало възражения между членовете на комисията и участниците за начина за провеждане на жребия, то след първото изтегляне евентуални възражения за нарушение на принципи на ЗОП вкл. за прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация, са могли да бъдат предявени от заинтересованите участници посредством подаване на жалба по реда на чл. 196, ал.1 и ал.3 от ЗОП. Според КЗК, тегленето на жребий повече от един път не само обезсмисля смисъла и значението на това действие, но и влиза в противоречие, както основните принципи за възлагане на обществените поръчки, визирани в чл.2 от ЗОП, така и с разпоредбата на чл. 58, ал. 3 от ППЗОП, която не регламентира подобна възможност. редвид изложеното, КЗК счита, че проведеният публичен

жребий е незаконосъобразен, което води и до незаконосъобразност на оспорваното решение.

Относно:

Правомощия на възложителя да определя показателите за оценка

Възложителят е в правото си да определи показателите за оценка и тяхната тежест по целесъобразност, която не подлежи на контрола за законосъобразност, извършван от КЗК. В случая, обжалваните показатели и по-конкретно методиката за тяхната оценка по никакъв начин не нарушават изискванията на ЗОП и принципите за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, поради което КЗК счита, че не е налице закононарушение касаещо методиката за комплексна оценка на офертите (в този смисъл са Решение № 718/29.06.2017г., потвърдено с Решение №12722/24.10.2017г. на ВАС; Решение № 756/ 06.10.2016г. на КЗК по преписка№ЗК-490/02.08.2016г.)

Липсата на визуализирани в линейния график на участника задължителни реквизити, навежда на законосъобразния правен извод, че същият е неясен, непълен и следователно не покрива заложените изисквания на възложителя към него, което от своя страна е самостоятелно основание този участник да бъде предложен за отстраняване от участие в процедурата, съгласно разпоредбата на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП

Относно:

Преценката на законосъобразността на решение за създаване на квалификационна система система.

На основание чл. 141, ал. 1 от ЗОП във връзка с чл. 22, ал. 1, т. 9, пр. първо от ЗОП възложителят е избрал да създаде самостоятелно квалификационна система, свързана с извършване на изкопни и възстановителни работи на лицензионната му територия, без едновременно с това да обявява предвидените в чл. 142, ал. 1 от ЗОП процедури за възлагане на обществени поръчки чрез създадената система. Съгласно разпоредбата на чл. 141, ал. 1 от ЗОП при създаването на квалификационната система секторните възложители изготвят обявление по образец, което съдържа най-малко информацията по приложение № 13 от ЗОП. В обявлението се посочват целта и срокът на действие на квалификационната система, както и начинът за достъп до правилата за нейното прилагане. В т. 4 от цитираното приложение № 13 към чл. 141, ал. 1 от ЗОП изрично е посочено, че част от информацията, която следва да се съдържа в обявлението за създаване на квалификационна система се отнася към предназначението на квалификационната система (описание на стоките, услугите и строителството

или категории от тях, за които ще се възлагат поръчки чрез системата). В т. 5 на същия образец е посочено още, че следва да се формулират условията, на които да отговарят заинтересованите лица за тяхното квалифициране в съответствие със системата, и методите за проверка на всяко едно от тези условия.

От изложеното може да се заключи, че квалификационната система представлява специален начин за извършване на подбор на квалифицирани стопански субекти за целите на всички процедури с подобен предмет, които възложителят ще открие след създаването на квалификационната система, като към този момент заинтересованите лица следва да разполагат с информацията относно стоките, услугите и строителството или категориите от тях, което ще бъдат включвани в предмета на поръчките, възложени чрез системата. Като се вземе предвид изложеното, следва да се приеме, че възложителят разполага с оперативна самостоятелност да определи какви нужди има от стоки, услуги и строителство за срока на създадената квалификационна система и съответно да ги опише. Тази преценка е напълно свободна и не подлежи на проверката за законосъобразност, осъществявана от КЗК. Органът по преразглеждането не разполага с правомощие да преразгледа виждането на възложителя за създаване на две квалификационни системи, свързани съответно с извършване на изкопни и възстановителни работи на лицензионната му територия, както и от извършване на електро-инсталационни и електро-монтажни работи, и свързаните с тях строителни и демонтажни работи на същата територия.

Относно:

Изискване за минимален специфичен оборот.

Законът поставя ограничение за размера на минималния общ оборот, който възложителят може да изисква от участниците в процедурата да са реализирали. Липсва, обаче, изрично нормативно ограничение относно размера на минималния оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката (специфичен оборот), единствено разпоредбата на чл. 61, ал. 1, т. 1 от ЗОП го включва в обхвата на минималния общ оборот. Следователно, законът допуска възложителят, в границите на своята оперативна самостоятелност, да определя размера на изискуемия реализиран минимален специфичен оборот, доколкото същият не надвишава нормативно определеният размер на минималния общ оборот, уреден в чл. 61, ал. 1, т. 2 от ЗОП. В чл. 61, ал. 2, предл. последно от ЗОП допълнително се посочва, че само в случай, при който възложителят изисква оборот, който надхвърля максимално допустимия, той следва да мотивира това в обявлението. По аргумент за

противното се налага правнообоснования извод, че в останалите случаи - когато максимално допустимият размер не е надвишен, възложителят не е необходимо да излага аргументи защо е избрал точно тези стойности, тъй като това е преценка

по целесъобразност в рамките на неговата оперативна самостоятелност и не би могла да бъде предмет на контрол в настоящото производство.

Настоящият бюлетин представлява синтезирана извадка от съдържанието на издадени решения на Комисията за защита на конкуренцията през периода м.Ноември-м.Декември 2017г. Поместените текстове са извлечени от самото съдържание на публично обявените решения , но не представляват дословен цитат . Редактирането им е извършено с цел да се обособи принципното становище на Комисията по тълкуването на закона , изразено при решаване на конкретния казус, така както Адвокатско дружество „Иванова и Христозов“ го възприема. В този смисъл съдържанието на бюлетина не съдържа съвет към адресатите, а цели да създаде улеснение при работата на участниците и кандидатите.