

РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

РЕШЕНИЕ

№ 1433

София, 11.11.2014 г.

Комисията за защита на конкуренцията в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

Петко Николов

ЗАМ.-ПРЕДСЕДАТЕЛ:

Ангелина Милева

ЧЛЕНОВЕ:

Александър Александров

Весела Андонова

Елена Димова

Зорница Иванова

Петя Велчева

при участието на секретар - протоколита Златимира Стайкова, разгледа в заседание, проведено на 11.11.2014 г., преписка № КЗК-1148/29.10.2014 г., докладвана от наблюдаващия проучването заместник-председател на Комисията – г-жа Ангелина Милева.

В Комисията за защита на конкуренцията е образувано производство по преписка № КЗК-1148/29.10.2014 г. във връзка с постъпила жалба вх. № ВХР-2478/24.10.2014 г. от „Грант Торнтон“ ООД, гр. София срещу Решение № РД52-95/17.10.2014 г. на министъра на земеделието и храните за откриване на процедура на договаряне без обявление за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Извършване като Сертифициращ орган на сертификационен одит на Разплащателна агенция на Република България за финансовата година, включваща периода 16 октомври 2013 г. – 15 октомври 2014 г., и препотвърждаване на проверки на място, извършени от Разплащателна агенция във връзка с финансова година 2015 г., които се извършват през финансова година 2014 г., съгласно изискванията, свързани със законосъобразността и редовността на трансакции на ниво бенефициер, съгласно Регламент (ЕО, Евратом) № 966/2012 г. на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2012 г. относно финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза и за отмяна на Регламент (ЕО, Евратом) № 1605/2002 г. на Съвета (ОВ, L298, 26.10.2012 г.)”.

В жалбата се съдържа искане за налагане временна мярка „спиране“ на процедурата за възлагане на обществена поръчка, на основание чл.120а, ал. 1 от ЗОП. С Определение № 1426/05.11.2014 г., на основание чл. 121а, ал. 3, ал. 4 и ал. 5 от ЗОП, във връзка с чл. 120а, ал. 1 от ЗОП, КЗК е оставила без уважение направеното особено искане.

СЪЩНОСТ НА ЖАЛБАТА НА „ГРАНТ ТОРНТОН” ООД, ГР. СОФИЯ

„Грант Торнтон” ООД, гр. София обжалва Решение № РД52-95/17.10.2014 г. на министъра на земеделието и храните, считайки че с него възложителят неправилно е открил процедура на договаряне без обявление за възлагане на горепосочената поръчка на основание чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП. Според жалбоподателя в случая не са налице законовите хипотези, обосноваващи възможността да бъде проведена процедура от такъв вид. Изтъкнато е, че изцяло по вина на министъра на земеделието и храните (предходните три решения за откриване на процедурата са отменени като незаконосъобразни) в продължение на повече от година и половина не може да бъде избран изпълнител, който да предостави търсената услуга. В този смисъл жалбоподателят счита, че доколкото вината за настъпването на т.нар. „изключително” обстоятелство е на самия възложител, то изборът за откриване на процедурата на основание чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП е абсолютно незаконосъобразен.

Наред с горното „Грант Торнтон” ООД, гр. София твърди, че при откриването на процедурата министърът на земеделието и храните необосновано се е позовавал на актове на други органи (Решение № 687 от 02.10.2014 г. на Министерски съвет и Становище вх. № 91-1979/29.09.2014 г. на АОП и Сметна палата). Според него горепосочените актове следва да се разглеждат единствено като мнение на трето лице по даден въпрос, като същите нямат задължителен характер за възложителя.

На следващо място жалбоподателят възразява срещу избора на участници, които да бъдат поканени да подадат оферти в процедурата. Според него с определянето на списъка с поканените дружества възложителят е нарушил основните принципи, прокламирани в чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 от ЗОП. Изтъкнато е, че „Ърнст и Янг одит” ООД и „Прайсуотърхаускупърс одит” ООД нямат никакъв опит в областта на обжалваната поръчка, докато репутацията на „Делойт България” ЕООД и „КПМГ България” ЕООД е поставена под сериозно съмнение.

С оглед на гореизложеното „Грант Торнтон” ООД, гр. София моли КЗК да отмени като незаконосъобразно Решение № РД52-95/17.10.2014 г. на министъра на земеделието и храните.

На основание чл. 122г, ал. 9 от ЗОП е направено искане за възлагане на извършените в настоящото производство разnosки за държавна такса и юрисконсултско възнаграждение.

СТАНОВИЩЕ НА МИНИСТЕРСТВО НА ЗЕМЕДЕЛИЕТО И ХРАНИТЕ

В писмено становище до КЗК възложителят оспорва жалбата на „Грант Торнтон” ООД, гр. София, като счита същата за неоснователна. Изложени са конкретни доводи в подкрепа на взетото решение да бъде открита процедура на договаряне без обявление за избор на изпълнител на дейностите, които са предмет на настоящата обществена поръчка.

ФАКТИЧЕСКА ОБСТАНОВКА

Идентификация на страните:

А. „Грант Торнтон” ООД – жалбоподател, ЕИК 831716285, със седалище и адрес на управление: гр. София 1421, бул. „Черни връх” № 26, представлявано от управителя Мاريј Георгиев Апостолов.

Б. Министър на земеделието и храните – възложител, по смисъла на чл. 7, т. 1 от ЗОП, с административен адрес: гр. София 1040, бул. „Христо Ботев” № 55. Министър на земеделието и храните е Десислава Жекова Танева.

Установени факти:

1. Въз основа на проведена открита процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет: „Извършване на сертификационен одит на Разплащателната агенция на Република България”, Министерство на земеделието и храните е сключило за срок от 3 г. договор № РД51-82/04.08.2011 г. с „Делойт България” ЕООД, като неговото изпълнение е приключило на 15.04.2014 г.

2. С Решение № РД52-77/16.05.2013 г. министърът на земеделието и храните е открил процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Извършване на сертификационен одит на Разплащателна агенция на Република България и извършване на допълнителни проверки съгласно документ № D(2009)/413722 от 19 януари 2010 г. на Европейската комисия – нота до членовете на Комитета по земеделски фондове по отношение на увеличаване на нивото на увереност върху извършените трансакции по следните популации разходи – ЕФГЗ-ИСАК и ЕЗФРСР-ИСАК на представителна извадка от трансакциите, за които Разплащателната агенция /РА/ е извършила проверки на място”. След като решението е обжалвано в законоустановения срок от „Делойт България” ЕООД, процедурата е била прекратена от възложителя с Решение № РД52-83/26.06.2013 г.

2.1. С Решение № РД52-102/18.10.2013 г. министърът на земеделието и храните е открил процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Извършване на сертификационен одит на Разплащателна агенция на Република България”. Решението е обжалвано в законоустановения срок от „Делойт България” ЕООД и е отменено от КЗК с Решение № 1647/11.12.2013 г. (потвърдено с Решение № 3913/20.03.2014 г. на ВАС).

2.2. С Решение № РД52-34/11.06.2014 г. министърът на земеделието и храните е открил процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Извършване на сертификационен одит на Разплащателна агенция на Република България”. Решението е обжалвано в законоустановения срок от „Делойт България” ЕООД и „Захаринова и партньори” ООД, като същото е отменено от КЗК с Решение № 1069/03.09.2014 г.

3. След проведена на 25.09.2014 г. среща с представители на Сметна палата, АДФИ, АОП и Министерство на земеделието и храните, изпълнителният директор на АОП е изпратил до министъра на земеделието и храните писмо с изх. № 04-00-254/29.09.2014 г., в което са посочени възможностите, при които в най-кратки срокове може да бъде сключен договор с външен изпълнител, който да извърши сертификационен одит на Разплащателната агенция на Република България. В него е отбелязано, че процедурата на договаряне без обявление на основание чл. 90. ал. 1 т. 4 ЗОВ може да се проведе, когато вредите от забава, поради спазване на правилата за публични процедури, съществено биха надвишили ползите от спазване на закона (касае се за приоритизиране по важност, при което е преценено, че задълженията на възложителя, свързани с преодоляването на последици от настъпили събития, са водещи пред задълженията му да проведе публична процедура по ЗОП). Изтъкнато е още, че

възлаганите след такава процедура дейности трябва да се ограничават само и единствено до изрично необходимото. Отнесено към конкретния случай това означава, че в резултат на договарянето трябва да се сключи договор, който обхваща само изпълнението на неотложните дейности, които няма възможност да бъдат възложени чрез открита или ограничена процедура и чийто краен срок за докладване е 31.01.2015 г.

4. В резултат на изпратен от министъра на земеделието и храните доклад, Министерският съвет на Република България (със свое Решение № 687/02.10.2014 г.) е дал съгласие да се проведе процедура за възлагане на обществена поръчка за определяне на сертифициращ орган за извършване на сертификационен одит на Разплащателната агенция за финансовата година, включваща периода 16 октомври 2013 г. – 15 октомври 2014 г., и препотвърждаване на проверки на място, извършени от Разплащателна агенция във връзка с финансова година 2015 г., при условията на чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП.

5. С Решение № РД52-95/17.10.2014 г. на министъра на земеделието и храните е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Извършване като Сертифициращ орган на сертификационен одит на Разплащателна агенция на Република България за финансовата година, включваща периода 16 октомври 2013 г. – 15 октомври 2014 г., и препотвърждаване на проверки на място, извършени от Разплащателна агенция във връзка с финансова година 2015 г., които се извършват през финансова година 2014 г., съгласно изискванията, свързани със законосъобразността и редовността на трансакции на ниво бенефициер, съгласно Регламент (ЕО, Евратом) № 966/2012 г. на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2012 г. относно финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза и за отмяна на Регламент (ЕО, Евратом) № 1605/2002 г. на Съвета (ОВ, L298, 26.10.2012 г.)”.

Видът на процедурата е „договаряне без обявление“ по реда на ЗОП. С решението са одобрени поканата за участие в процедурата и документацията за участие.

5.1. Процедурата на договаряне без обявление е открита на основание чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП. В Раздел V.1. на решението за откриване на процедурата са посочени следните мотиви:

„Министерство на земеделието и храните (МЗХ) имаше сключен договор, по силата на който получаваше услугата сертификационен одит на Разплащателната агенция (РА). Срокът на действие на този договор изтече с одитирането на периода 16.10.2012 – 15.10.2013 г. и предаването на резултатите от одита в края на месец февруари на 2014 г. (№ 00696-2010-0040 в РОП на АОП). По аргумент от чл. 43, ал. 2, т. 5, б. „а“ от ЗОП, почти година преди да изтече гореописаният договор, МЗХ предприе действия по обезпечаване на нуждата от сертифициращ орган, който да извърши сертификационен одит на РА. В тази връзка се откриха три поредни открити процедури, съответно № 00696-2013-0025; № 00696-2013-0029 и 00696-2014-0017 в РОП на АОП, които не бяха финализирани успешно чрез сключване на договор. Към настоящия момент е налице необходимост от сертифициране на стопанската 2014 г., включваща периода 16.10.2013 – 16.10.2014 г., резултатите от който следва да бъдат предадени на Европейската комисия (ЕК) в срок до 31.01.2015 г., както и необходимост от извършване на препотвърждаване на проверки на място, извършени от Разплащателната агенция. Спешността се налага, поради наличие на краен срок за изпълнение на дейността, който е регламентиран в европейското законодателство, спазването на който обосновава невъзможността към настоящия момент да се спазят сроковете за провеждане на открита или ограничена процедура, възлагането

чрез които би отнело между 3 и 6 месеца – срокове, които надхвърлят разполагаемия срок за изпълнение на дейността и респ. за предаване на резултата от нея на ЕК. Неизпълнение на задължението поставя под риск около милиард и шестстотин милиона евро вече изплатени средства от националния бюджет на Република България, което може да представлява и непосредствена заплаха за националната сигурност по отношение финансовата стабилност на страната. По-подробни мотиви за избора на вида процедура се съдържат в: 1. Решение № 687/02.10.2014 г. на Министерски съвет и приложения към него Доклад от министъра на земеделието и храните. 2. Поканата за участие до избраните лица. 3. Становище вх. № 91-1979/29.09.2014 г. на АОП и СП. От гореописаното е видно, че е налице хипотезата на чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП, съгласно който възложителите могат да възлагат обществени поръчки чрез процедура на договаряне без обявление, когато е възникнала необходимост от предприемане на неотложни действия поради настъпване на изключителни обстоятелства, последиците от които не могат да бъдат преодоленни при спазване на сроковете за провеждане на открита или ограничена процедура или на процедура на договаряне с обявление."

6. Съгласно образеца на Техническо предложение, крайният срок за изготвяне на доклад със заключенията на сертифициращия орган от одита е 31.01.2015 г.

7. В т. 7.3. на поканата за участие в процедурата възложителят е посочил изискванията към участниците за доказване на технически възможности и/или квалификация.

8. В Раздел V.2. от решението за откриване на процедурата са посочени дружествата, до които възложителят ще изпрати поканата за участие в процедурата на договаряне без обявление по реда на ЗОП, а именно: „Ърнст и Янг одит“ ООД, „КПМГ България“ ООД, „Делойт България“ ЕООД и „Прайсуотърхаускупърс“ ООД.

9. Решението за откриване е публикувано в Регистъра на обществените поръчки на 20.10.2014 г.

10. Жалбата на „Грант Торнтон“ ООД, гр. София срещу Решение № РД52-95/17.10.2014 г. на министъра на земеделието и храните за откриване на процедурата за възлагане на обществената поръчка е подадена на 24.10.2014 г. и е входирана в деловодството на КЗК с вх. № ВХР-2478/24.10.2014 г.

ПРАВНИ ИЗВОДИ

Жалбата на „Грант Торнтон“ ООД, гр. София (заинтересовано лице по смисъла на чл. 120, ал. 8, т. 1 от ЗОП във връзка с §1, т. 6г от ДР на ЗОП) срещу Решение № РД52-95/17.10.2014 г. на министъра на земеделието и храните за откриване на процедурата за възлагане на обществената поръчка е процесуално допустима, тъй като е подадена на 24.10.2014 г., т.е. в законоустановения 10-дневен срок по чл. 120, ал. 5, т. 2 от ЗОП.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

КЗК намира за неоснователно твърдението, че възложителят неправилно е открил процедура на договаряне без обявление за възлагане на горепосочената поръчка на основание чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП. Според жалбоподателя в случая не са налице законовите хипотези, обосноваващи възможността да бъде проведена процедура от такъв вид.

Следва да се отбележи, че в чл. 90, ал. 1 от ЗОП законодателят изрично е изброил при какви условия възложителите могат да възлагат обществени поръчки чрез процедура на договаряне без обявление, като едно от тях (чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП) е възникването на необходимост от предприемане на неотложни действия поради настъпване на изключителни обстоятелства, последиците от които не могат да бъдат преодолени при спазване на сроковете за провеждане на открита или ограничена процедура или процедура на договаряне с обявление. Съгласно § 1, т. 8 на Допълнителните разпоредби от ЗОП „изключителни обстоятелства“ са обстоятелства, предизвикани от непредвидими за възложителя събития, като природно бедствие, авария или катастрофа, както и други, които непосредствено застрашават живота и здравето на хората или околната среда, или могат съществено да затруднят или да нарушат нормалното изпълнение на нормативно установени дейности на възложителя.

В случая необходимостта от сключване на договор със сертифициращ орган, който да извърши одит на годишния финансов отчет на Разплащателната агенция и на нейното съответствие с критериите за акредитация (функционирането на системата ѝ за вътрешен контрол и законосъобразността и редовността на разходите, за чието възстановяване е отправено искане до Комисията), е залегнала в чл. 9, § 1 от Регламент (ЕС) № 1306/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17.12.2013 г. относно финансирането, управлението и мониторинга на общата селскостопанска политика и за отмяна на регламенти (ЕИО) № 352/78, (ЕО) № 165/94, (ЕО) № 2799/98, (ЕО) № 814/2000, (ЕО) № 1290/2005 и (ЕО) № 485/2008 на Съвета. Съгласно горепосочената разпоредба, когато сертифициращият орган е „частен одиторски орган, държавата членка осъществява подбора му чрез публична тръжна процедура“. Нуждата от спешно и неотложно изпълнение на горепосочените дейности пък се дължи на задължението на Разплащателната агенция до 15 февруари в годината след съответната финансова година да изготви и изпрати до Европейската комисия доклада за сертификация, включващ „годишно обобщение на окончателните одитни доклади и на извършените проверки, включително анализ на характера и степента на установените грешки и на слабостите в системите, както и коригиращите действия, които следва да се предприемат или планират“ (чл. 7, § 3 от Регламент (ЕС) № 1306/2013 на Европейския парламент и на Съвета). Неизпълнението на горното задължение би довело до отказ на Европейската комисия да бъдат сертифицирани (уравнени) средствата, изплатени от националния бюджет по програмите, свързани с българското земеделие.

Имайки предвид горното и доколкото до момента възложителят все още не е определил сертифициращ орган, който да извърши одит на дейността на Разплащателната агенция за финансовата 2014 г., въпреки че своевременно е започнал подготовката за избор на сертифициращ орган за периода 16.10.2013 – 16.10.2014 г. (открити са три процедури за възлагане на обществената поръчка, първата от които с решение от 16.05.2013 г., приключили без да е избран изпълнител, поради отмяна на всички приети от възложителя решения), КЗК счита, че в случая безспорно е налице „изключително обстоятелство“, което може съществено да затрудни или да наруши нормалното изпълнение на нормативно установени дейности на възложителя. Видно от представените по преписката доказателства, сертифициращ орган на Разплащателната агенция за финансовата 2013 г. е бил „Делойт България“ ЕООД въз основа на сключен договор по обществена поръчка, като изпълнението на договора е приключило на 15.04.2014 г. Имайки предвид сроковете, необходими за провеждане на открита или ограничена процедура по реда на ЗОП, и с оглед необходимостта от възможно най-бързо определяне на сертифициращ орган, КЗК намира за законосъобразни предприетите от

възложителя действия за провеждане на процедура на договаряне без обявление по реда на чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП. От друга страна при възлагането на процедурата в случая възложителят се е ограничил единствено до изрично необходимото (в предмета са включени само дейностите, чийто краен срок за докладване е 15.02.2015 г.), а именно до избор на сертифициращ орган, който да извърши одит на Разплащателната агенция на Република България единствено за финансовата 2014 година (за периода 16.10.2013 – 15.10.2014 г.) и да препотвърди проверките на място, извършени от агенцията.

Предвид така създалата се ситуация и с оглед на опасността да бъдат загубени (да не бъдат сертифицирани и да останат за сметка на държавния бюджет) разходваните по европейските земеделски програми средства, Министерски съвет на Република България с Решение № 687/02.10.2014 г. е дал съгласие да се проведе процедура за възлагане на обществена поръчка за определяне на сертифициращ орган за извършване на сертификационен одит на Разплащателната агенция за финансовата 2014 година и препотвърждаване на проверки на място, извършени от Разплащателна агенция във връзка с финансова година 2015 г., при условията на чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП. В резултат на горното и действайки при условията на обвързана компетентност на Решение № 687/02.10.2014 г. на Министерски съвет, министърът на земеделието и храните е открил процедура на договаряне без обявление за възлагане на въпросната обществена поръчка.

Имайки предвид горното, КЗК счита, че за възложителя е налице цитираната по-горе хипотеза на чл. 90, ал. 1, т. 4 от ЗОП и същият законосъобразно е открил процесната поръчка.

На следващо място КЗК намира за неоснователно твърдението, че възложителят е нарушил основните принципи, заложили в чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 от ЗОП, канейки единствено четири дружества да подадат оферти за участие в процедурата. Според жалбоподателя, „Ърнст и Янг одит“ ООД и „Прайсуотърхаускупърс одит“ ООД нямат никакъв опит в областта на обжалваната поръчка, докато репутацията на „Делойт България“ ЕООД и „КПМГ България“ ЕООД пък е поставена под сериозно съмнение.

По отношение на горното твърдение, КЗК счита за необходимо да отбележи, че никъде в закона не е посочен минимален и/или максимален брой участници, които е необходимо да бъдат поканени за участие в процедурата на договаряне без обявление (възложителят може да отправи покана и само до едно лице). В този смисъл с отправянето на покана до четири дружества възложителят допълнително е гарантирал спазването на принципите на публичност и прозрачност и е създал условия за конкуренция в процедурата. Що се касае до опита и репутацията на поканените дружества, то същите са предмет на разглеждане от страна на помощния орган на възложителя, който има задължение да провери дали всеки от участниците притежава изискуемите технически възможности и квалификация за изпълнение на поръчката.

По отношение на искането на „Грант Торнтон“ ООД, гр. София да му бъдат възложени направените в производството разnosки и с оглед неоснователността на жалбата по отношение на твърдяната незаконосъобразност на Решение № РД52-95/17.10.2014 г. на министъра на земеделието и храните, на основание чл. 122г, ал. 9 от ЗОП, във връзка с чл. 143, ал. 1 от АПК и предвид липсата на предпоставките на чл. 143, ал. 2 от АПК, КЗК счита, че същото следва да бъде оставено без уважение.

С оглед на гореизложеното и на основание чл. 122г, ал. 1, т. 1 от ЗОП и чл. 122г, ал. 9 от ЗОП Комисията за защита на конкуренцията

РЕШИ:

1. ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ жалбата на „Грант Торнтон“ ООД, гр. София срещу Решение № РД52-95/17.10.2014 г. на министъра на земеделието и храните за откриване на процедура на договаряне без обявление за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Извършване като Сертифициращ орган на сертификационен одит на Разплащателна агенция на Република България за финансовата година, включваща периода 16 октомври 2013 г. – 15 октомври 2014 г., и препотвърждаване на проверки на място, извършени от Разплащателна агенция във връзка с финансова година 2015 г., които се извършват през финансова година 2014 г., съгласно изискванията, свързани със законосъобразността и редовността на транзакции на ниво бенефициер, съгласно Регламент (ЕО, Евратом) № 966/2012 г. на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2012 г. относно финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза и за отмяна на Регламент (ЕО, Евратом) № 1605/2002 г. на Съвета (ОВ, L298, 26.10.2012 г.)”.

2. ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на „Грант Торнтон“ ООД, гр. София за възлагане на направените в производството разноски.

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

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

.....
Петко Николов

ЗАМ.-ПРЕДСЕДАТЕЛ:

.....
Ангелина Милева

ЧЛЕНОВЕ:

.....
Александър Александров

.....
Весела Андонова

.....
Елена Димова

.....
Зорница Иванова

.....
Петя Велчева