

РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ
КОМИСИЯ ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

РЕШЕНИЕ

№ 417

София, 19.04.2018 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-протоколита Теодора Йорданова, разгледа в открито заседание, проведено на 19.04.2018 г., доклад по преписка № КЗК-285/2018г., с наблюдаващ проучването член на КЗК – г-н Красимир Зафиров.

В Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) е образувано производство по преписка № КЗК-285/27.03.2018г. във връзка с постъпила жалба с вх. № ВХР - 659/23.03.2018г. от страна на „Енерджи Съплай“ ЕООД срещу Решение № ЗСВ-2203/15.03.2018г. на Командира на Сухопътните войски за класиране на участниците и определяне на изпълнител в процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на електрическа енергия и координатор на балансираща група при условията на либерализиран пазар”. Процедурата е открита с Решение № ЗСВ - 316 от дата 12.01.2018 г.

СЪЩНОСТ НА ЖАЛБАТА НА „ЕНЕРДЖИ СЪПЛАЙ“ ЕООД

Жалбоподателят счита Решение № ЗСВ-2203/15.03.2018г. на Командира на Сухопътните войски за незаконосъобразно, като в подкрепа на своето твърдение посочва следното:

„Енерджи Съплай“ ЕООД оспорва отстраняването си от участие в процедурата. Според жалбоподателя възложителят неправилно е установил, че

„Енерджи Съплай“ ЕООД и „Мост Енерджи“ АД са свързани лица по смисъла на §1, т.13, б. „в“ от ДР на ЗППЦК, доколкото са членове на Управителния съвет на Сдружение „Асоциация свободен енергиен пазар“. Сочи, че в състава на УС на Сдружението участват пет дружества, сред които са горепосочените две. Съгласно устава решенията се вземат с обикновено мнозинство при присъствието на не по-малко от половината членове. По този начин е недопустимо „Енерджи Съплай“ ЕООД и „Мост Енерджи“ АД да могат самостоятелно да упражняват решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на Сдружението.

В жалбата се твърди още, че в решението за избор на изпълнител липсват мотиви в подкрепа на направените констатации, които да доказват свързаност.

Моли КЗК да отмени обжалваното решение за избор на изпълнител и да върне преписката за продължаване на процедурата от последното законосъобразно действие.

Претендира разноски.

СТАНОВИЩЕ ОТ ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ

Възложителят е депозирал становище по жалбата на „Енерджи Съплай“ ЕООД, в което посочва, че намира същата за неоснователна. Сочи, че комисията правилно е установила наличието на свързаност, доколкото „Енерджи Съплай“ ЕООД и „Мост Енерджи“ АД са членове на Управителния съвет на Сдружение „Асоциация свободен енергиен пазар“. Съгласно чл. 101, ал.11 от ЗОП свързани лица не могат да бъдат самостоятелни участници в процедура за възлагане на обществена поръчка.

Моли КЗК да остави жалбата без уважение.

ФАКТИЧЕСКА ОБСТАНОВКА

I. Идентификация на страните:

A. „ЕНЕРДЖИ СЪПЛАЙ“ ЕООД – жалбоподател, ЕИК: 175392783, седалище и адрес на управление: гр. София, ул. „Граф Игнатиев“ 2, представлявано от управителя Соня Николова-Кадиева.

Б. КОМАНДИР НА СУХОПЪТНИ ВОЙСКИ – възложител, юридическо лице по смисъла на чл. 60д от ЗОСВ, с административен адрес – гр. София, бул. „Генерал Тотлебен“ № 34. Командир е генерал-майор Михаил Попов.

В. „ГРАНД ЕНЕРДЖИ ДИСТРИБЮШЪН“ ЕООД – заинтересована страна, ЕИК: 201208860, със седалище и адрес за управление: гр. София, Индустириална зона Орион, ул. 3020 № 34, представлявано от Илия Йорданов.

II. Установени факти:

1. С Решение № ЗСВ - 316 от дата 12.01.2018 г. на командира на сухопътните войски е открита процедура по вид „открита“ за възлагане на обществена поръчка

с предмет: „Доставка на електрическа енергия и координатор на балансираща група при условията на либерализиран пазар”.

1.1 С Решението са одобрени обявлението за обществена поръчка и документацията за участие.

2. Оферта подават участниците: „Енерджи Сърплай“ ЕООД; „Мост Енерджи“ АД; „Енекод“ АД; „Чез Трейд България“ ЕАД; „Хидроенерджи Груп“ ООД; „Гранд Енерджи Дистрибушън“ ЕООД;

3. Работата на комисията за разглеждане, оценка и класиране на офертите е обективизирана в три протокола от заседанията ѝ.

3.1 В протокол 1 отбелязано, че:

При извършен подробен преглед на представените в офертата документи и декларирани в Единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП) обстоятелства, съгласно изискванията на възложителя към личното състояние на участниците и критериите за подбор посочени в обявлението на обществената поръчка и изискванията към участниците посочени в документацията за участие, комисията установи, следното:

В ЕЕДОП, Част III, Раздел Г: Други основания за изключване, които може да бъдат предвидени в националното законодателство на възлагащия орган или възложителя на държава членка, участникът е декларирал липсата на обстоятелствата по чл. 107, ал. 4 от ЗОП, видно и от Декларация – Приложение № 7 за липса на свързаност с друг участник по чл. 101, ал. 11 от ЗОП от утвърдената документация за настоящата открита процедура. След извършена справка (същата приложена към настоящия протокол генерирана на 20.02.2017 г. в 11:22 ч.) за субект в Регистър БУЛСТАТ воден от Агенцията по вписванията, комисията установи, че участниците „ЕНЕРДЖИ СЪПЛАЙ” ЕООД и „МОСТ ЕНЕРДЖИ“ АД, чрез законните си представители участват в Управителния съвет (Колективен орган) на трето лице – „Асоциация свободен енергиен пазар“, БУЛСТАТ 175745201 и в този смисъл за целите на ЗОП, двамата участника попадат в хипотезата §2, т. 45 от ДР на ЗОП, съгласно която „свързани лица” са тези по смисъла на §1, т. 13 и 14 от ДР на Закона за публичното предлагане на ценни книжа (ЗППЦК), т. е., съгласно буква „в“ това са „лицата които съвместно контролират трето лице“. Съгласно §1, т. 14 от ДР на ЗППЦК,

„Контрол“ е налице, когато едно лице:

а) притежава, включително чрез дъщерно дружество или по силата на споразумение с друго лице, над 50 на сто от броя на гласовете в общото събрание на едно дружество или друго юридическо лице; или

б) може да определя пряко или непряко повече от половината от членовете на управителния или контролния орган на едно юридическо лице; или

в) може по друг начин да упражнява решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на юридическо лице.

Съгласно разпоредбата на чл. 101, ал. 11 от ЗОП „свързани лица” не могат да бъдат самостоятелни кандидати или участници в една и съща процедура.

Легалната дефиниция за „свързани лица“ се съдържа в §2, т. 45 от Допълнителните разпоредби на ЗОП и поради това, че участниците „ЕНЕРДЖИ СЪПЛАЙ” ЕООД и „МОСТ ЕНЕРДЖИ“ АД участват заедно в

настоящата открита процедура, то нормативната забрана за участие на „свързани лица“ по една и съща процедура е приложима и за двамата участници.

Комисията констатира, че е налице **несъответствие** на декларирана информация и документите представени от участника.

Въз основа на горните констатации и на основание чл. 107, т. 4 от ЗОП, комисията единодушно реши да отстрани от настоящата обществена поръчка участникът „ЕНЕРДЖИ СЪПЛАЙ“ ЕООД.

3.2 Същите констатации са направени по отношение на „МОСТ ЕНЕРДЖИ“ АД.

4. С Решение № ЗСВ-2203/15.03.2018г. на командира на сухопътните войски е обявено класирането на участниците, като „Енерджи Съплай“ ЕООД и „Мост Енерджи“ АД са отстранени от участие, а „Гранд Енерджи Дистрибушън“ ЕООД е избран за изпълнител.

5. „Енерджи Съплай“ ЕООД е уведомен за решението за класиране на 15.03.2018г.

6. „Енерджи Съплай“ ЕООД подава жалба с вх. № ВХР - 659/23.03.2018г. срещу Решение № ЗСВ-2203/15.03.2018г. на командира на сухопътните войски

ПРАВНИ ИЗВОДИ

„Енерджи Съплай“ ЕООД е подал жалба в съответствие с разпоредбата на чл. 197, ал. 1, т. 7 от ЗОП, при спазване на 10-дневния срок от получаването на решението за класиране, поради което жалбата е процесуално допустима.

По същество жалбата на „Енерджи Съплай“ ЕООД е неоснователна.

„Енерджи Съплай“ ЕООД оспорва отстраняването си от участие в процедурата. Според жалбоподателя възложителят неправилно е установил, че „Енерджи Съплай“ ЕООД и „Мост Енерджи“ АД са свързани лица по смисъла на §1, т.13 , б. „в“ от ДР на ЗППЦК и могат самостоятелно да упражняват решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на юридическо лице, доколкото са членове на Управителния съвет на Сдружение „Асоциация свободен енергиен пазар“. Твърдението е неоснователно.

За да отстрани „Енерджи Съплай“ ЕООД възложителят, респ. помощната комисията са приели, че участниците „Енерджи Съплай“ ЕООД и „Мост Енерджи“ АД, чрез законните си представители участват в Управителния съвет (Колективен орган) на трето лице – „Асоциация свободен енергиен пазар“ и в този смисъл за целите на ЗОП, двамата участници попадат в хипотезата на §2, т. 45 от ДР на ЗОП, вр. §1, т. 13, б. „в“, вр . т.14, б.„в“ от ДР на ЗППЦК. Съгласно чл. 101, ал.10 от ЗОП свързани лица не могат да бъдат самостоятелни участници в една и съща процедура, като при установяване на свързаност между участниците, последните следва да бъдат отстранени от участие в процедурата – чл. 107, т.4 от ЗОП. Легалната дефиниция на понятието „свързани лица“ се съдържа §1, т.13 и

т.14 от ДР на ЗППЦК, към които разпоредби е направено препращане, видно от §2, т.45 от ЗОП. Съгласно §1, т.13, б. „в“ от ДР на ЗППЦК свързани са лицата, които съвместно контролират трето лице. В §1, т.14 от ДР на ЗППЦК е дадена дефиниция за „контрол“, като съгласно б. „в“ такъв е налице, когато едно лице може по друг начин да упражнява решаващо влияние върху вземането на решения във връзка с дейността на юридическо лице. На база тези констатации „Енерджи Съплай“ ЕООД е отстранен от участие, като КЗК счита това действие за законосъобразно.

Безспорно установено е, а и не се спори в случая, че „Енерджи Съплай“ ЕООД и „Мост Енерджи“ АД са членове на управителния съвет на Сдружение „Асоциация свободен енергиен пазар“. При направата на справка в регистър Булстат е видно, че в управителния съвет на сдружението членуват общо пет дружества, като съгласно устава ѝ (приложение към жалбата на „Енерджи Съплай“ ЕООД) решенията се вземат присъствено при явно гласуване с обикновено мнозинство от присъстващите. Освен това, уставът предвижда, че управителният съвет взема решения при присъствие на не по-малко от половината от членовете си. Предвид изложеното, може да се заключи, че „Енерджи Съплай“ ЕООД и „Мост Енерджи“ АД действително са част от управлението на трето лице – Сдружение „Асоциация свободен енергиен пазар“ и в хипотеза на кворум от трима членове, сред които са двете горепосочени дружества, е възможно същите да упражнят решаващо влияние върху дейността на третото лице в рамките на правомощията на управителния съвет. Жалбоподателят твърди, че е практически и юридически невъзможно „Енерджи Съплай“ ЕООД и „Мост Енерджи“ АД да могат самостоятелно да упражняват такова влияние, но следва да се има предвид, че установената хипотеза на свързаност касае упражняване на съвместен контрол, изразяващ се във възможността две или повече лица да упражняват решаващо влияние върху друго лице, а не самостоятелно, както твърди жалбоподателят. Предвид изложеното, КЗК счита, че при така въведените чрез ЗППЦК понятия за свързани лица и контрол, възложителят правилно и законосъобразно е отстранил „Енерджи Съплай“ ЕООД (а също и „Мост Енерджи“ АД) от участие.

С оглед изложеното КЗК намира, че изложените в жалбата твърдения са неоснователни, предвид което същата следва да бъде оставена без уважение.

„Енерджи Съплай“ ЕООД е претендирал възлагането на направените в производството пред КЗК разноски. Предвид неоснователността на подадената жалба, на основание чл. 217, ал.1 от ЗОП, искането следва да бъде оставено без уважение.

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

Р Е Ш И:

1. ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ жалбата на „Енерджи Съплай“ ЕООД срещу Решение № ЗСВ-2203/15.03.2018г. на Командира на Сухопътните войски за класиране на участниците и определяне на изпълнител в процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на електрическа енергия и координатор на балансираща група при условията на либерализиран пазар”. Процедурата е открита с Решение № ЗСВ - 316 от дата 12.01.2018 г.

2. ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на „Енерджи Съплай“ ЕООД за възлагане на направените 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