

ПРАВНО – ИКОНОМИЧЕСКО СТАНОВИЩЕ

СТОЛИЧНА ОБЩИНА
„МЕТРОПОЛИТЕН“ ЕАД

ДО
СТОЯН БРАТОВЕВ
ИЗПЪЛНИТЕЛЕН ДИРЕКТОР
НА „МЕТРОПОЛИТЕН“ ЕАД
ГР. СОФИЯ

2014/01/02.06.1

I. ФАКТИЧЕСКА ОБСТАНОВКА

1. Кратко описание на случая.

В процедура за проектиране и изпълнение на строителство на първия етап от Проекта за разширение на метрото в София, трета метролиния (уникален номер в РОП 00423-2014-0004) е поставено квалификационно условие за наличие на опит в проектирането и строителството с минимално изискване за един договор за проектиране и минимум един договор за строителство на работи от подобен характер и сложност, както и препоръки за добро изпълнение на тези договори. Оферта за една от обособените позиции подава обединение, в състава на което участва италианска компания, която, черпейки аргументи от действащите в Италия нормативни актове и договор за наем на бизнес клон, се позовава на опита и референциите на трето лице.

2. Задача на експертизата

Задачата на експертизата е да се изрази становище относно това дали оценителната комисията, на база представените доказателства и предвид действащите към датата на решението за откриване на процедурата национални и общностни нормативни актове, може да приеме, че италианската компания - част от обединението - участник, респективно самото обединение, може да докаже съответствие с критерия за подбор като се позове на референциите и опита на друга компанията.

3. Фактическа обстановка.

С Решение №РД-12-067 от 28.03.2014 г. на изпълнителния директор на „Метрополитен“ ЕАД е открита процедура за възлагане на обществена поръчка за строителство с предмет проектирането и изпълнението на първия етап от

Проекта за разширение на метрото в София, трета метролиния с трасе което обхваща подземния участък от км. 4+950 до км. 11+966,34 със следното трасе: бул. "Владимир Вазов", ул. "Професор Милко Бичев", бул. "Евлоги и Христо Георгиеви", "Орлов мост", бул. "Васил Левски", бул. "Патриарх Евтимий", бул. "Прага", ул. Георги Софийски", Медицинска академия/Медицински комплекс - университетски комплекс, кръстовището на бул. "България" и бул. "Иван Гешов", ул. "Кюстендил", кв. Красно село - ул. "Житница" (уникален номер в РОП 00423-2014-0004). Общата дължина на участъка е 7016,34м. По трасето се предвиждат за изграждане 7 бр. метростанции. Поръчката е разделена на четири, обособени позиции: • Обособена позиция 1: Участък от км. 11+966,34 (стартова шахта на ТПМ) до км. 8+996,69 (край на МС 11) с 2 бр. метростанции • Обособена позиция 2: Участък от км. 8+996,69 (край на МС 11) до км. 6+561,05 (край на МС 8) с 3 бр. метростанции • Обособена позиция № 3: Участък от км. 6+561,05 (край на МС 8) до км. 4+950 с 2 бр. метростанции и тунелен участък • Обособена позиция № 4: Тунелен участък изпълняван с тунелно-пробивна машина (ТПМ) от км. 11+966,34 (стартова шахта) до км. 5+248,57 (изходна шахта). Посочената процедура се провежда при условията на §115, ал. 1 от ПЗР на ЗИДЗОП, т.е. открита е и се провежда при спазване на ЗОП преди промените, в сила от 01.07.2014 г.

В Поле III.2.3 от обявлението за обществена поръчка и в Том 1, раздел IV, т.4а от документацията за участие, на основание Член 51, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП са заложили минимално изискване за наличие на опит в проектирането и строителството на работи от подобен характер и сложност като тези от настоящия Проект. За доказване на този опит участниците трябва да представят минимум един договор за проектиране и минимум един договор за строителство на работи от подобен характер и сложност, както и препоръки за добро изпълнение на тези договори. В обявлението и в документацията е посочено, че когато участникът е обединение, минималните изисквания трябва да бъдат изпълнени общо от партньорите в обединението.

Самата документация е преминала предварителен контрол и от страна на Управляващия орган (Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията, Дирекция „координация на програми и проекти“) и от страна на Агенцията по обществените поръчки.

За обособена позиция №4 е подадена оферта от „МЕТРО СОФИЯ 2015“ ДЗЗД, в което съдружник е италианското дружество СЕЛИ Оверсис СПА (S.E.L.I. Overseas S.p.A.). За доказване на опит в проектирането и строителството, същото е представило договори, придружени с препоръки, за дружество S.E.L.I.

Societa Esecuzione Lavori Idraulici S.p.A. Последното не е член на обединение "МЕТРО СОФИЯ 2015" ДЗЗД.

За да се изрази становище по въпроса, предмет на настоящата експертиза, следва да се изясни дали S.E.L.I. Overseas S.p.A., като член на обединение - участник в настоящата процедурата за възлагане на обществена поръчка отговаря на поставените от възложителя минимални изисквания (критерии за подбор) за квалификация и опит.

II. АНАЛИЗ

В офертата си и допълнително предоставените документи, участникът твърди, че на 30.12.2013г., в резултат на реорганизация на S.E.L.I. Societa Esecuzione Lavori Idraulici S.p.A. (S.E.L.I. S.p.A.), наборът от материални и нематериални активи, характеризиращи „Техническо звено/звено за строителство, работни площадки и управление на търговската мрежа“ на SELI /наричано „Звено за тунелно строителство“/ е прехвърлено чрез предоставянето на обичайната му дейност на новоучреденото S.E.L.I.Constructions S.r.l., изцяло собственост на компанията S.E.L.I. S.p.A.

Преобразуването се изразява в отделяне на бизнес звено от компанията в ново дружество S.E.L.I. Constructions S.r.l. Твърди се, че на същото са прехвърлени нематериалните активи на дружеството, в т.ч. техническо и инженерно ноу-хау, добра търговска репутация от изпълнени в миналото договори. Като основна цел на отделянето е посочено текущото изпълнение на незавършени проекти на компанията S.E.L.I. S.p.A. за нейни неевропейски клиенти.

Самата новосъздадена компания S.E.L.I.Constructions S.r.l., НЕ Е УЧАСТНИК в горепосочената процедура за възлагане на обществена по смисъла на парг. 1, т. 33 от ДР на ЗОП.

По отношение осъществяването на операцията по твърдяното търговско преобразуване на част от търговското предприятие (S.E.L.I. S.p.A.) и извършеното прехвърляне на съответните права и задължения на новоучреденото S.E.L.I.Constructions S.r.l., участникът не е предоставил доказателства, за следното:

- въз основа на кои нормативни актове е извършено преобразуването;

- одобрено ли е преобразуването от съответен държавен орган (и необходимо ли е това);
- одобрено ли е преобразуването от кредиторите;
- вписано ли е действието по преобразуване;
- какви са правата и задълженията на преобразуващото се дружество, които са преминали върху новоучреденото дружество.

Съответната информация и доказателства не са предоставени в първоначалната оферта (плик 1), нито в последващо предоставените документи по реда на чл. 68, ал. 9 и ал. 11 от ЗОП.

Считаме, че горепосочените данни по отношение на образуването на S.E.L.I. Constructions S.r.l., чрез отделяне от S.E.L.I. S.p.A. няма пряко отношение към удостоверяване на приложимите изисквания на горепосочения участник в процедурата, а именно „МЕТРО СОФИЯ 2015“ ДЗЗД, поради обстоятелството, че само по себе си предприятието S.E.L.I. Constructions S.r.l., НЕ Е участник в процедурата.

Горните твърдения, относими към извършено преобразуване, чрез отделяне, не са подкрепени с достатъчни и безспорни доказателства - нито по отношение на естеството на трансформацията и правните способности, режими и процедури за нейното реализиране, нито за обема на прехвърлените права, както и спрямо възможността в рамките на преобразуването (прехвърлянето на бизнес клон) да се реализират нови проекти на европейски клиенти и самото предоставяне на квалификация и опит на основното дружество S.E.L.I. S.p.A.

По никакъв начин не става ясно дали при структурната трансформация по прехвърляне на бизнес клон е спазен приложимия национален ред (в случая, италианското законодателство), уреждащ тази материя и респективно какъв е обема и характеристиките на извършеното преобразуване.

Относно идентифициране на личното състояние на самостоятелното предприятие S.E.L.I. Overseas S.p.A., част от участника – обединение „МЕТРО СОФИЯ 2015“ ДЗЗД, следва да се отбележи, че в офертата си и допълнително предоставените документи, участникът S.E.L.I. Overseas S.p.A, твърди, че на 05.02.2014г., е наел бизнес клона на предприятието S.E.L.I. Constructions S.r.l. чрез подписването на Договор за наем/ стр.3, т.к и чл.2 и цел на стр.3 от договора

за наем/. Посочено е, че самото дружество наемател S.E.L.I. Overseas S.p.A. е собственост на дружествата GrandiLavoriFincosit с 51 % от акциите и на S.E.L.I. Constructions S.r.l. с 49 % от акциите.

Участникът в обединение „МЕТРО СОФИЯ 2015” ДЗЗД - S.E.L.I. Overseas S.p.A. посочва, че приложимият националният закон въз основа на който е извършено предоставянето под наем на бизнес клон от цялото предприятие S.E.L.I. Constructions S.r.l. е Закона за договорите за обществено строителство в Италия (D.P.R. № 207/2010), прилагащ Законодателен декрет № 163/2006 и приведен в съответствие с директивите на Европейската общност 2004/17/ЕО и 2014/18/ЕО.

Твърди се, че посочения нормативния акт предвижда, че в случай на сключване на договор за наем на бизнес (отдаване под наем на звено на бизнеса), лизингополучателят да се възползва от квалификацията притежавани от наемодателя, ако договорът за наем е за срок от поне три години. Според мотивите на италианската компания, в Декрет на Президента на Републиката №207 от 05.10.2010 г. се предвижда, че “в случай на сливане или друга операция, свързана с прехвърлянето на предприятието или негов клон, новият субект може да използва квалификационните реквизити, собственост на предприятието, така както са му дадени. В случай на наемане на предприятието, наемателят може да ползва реквизитите, притежавани от предприятието наемодател, ако договорът за наем е за не по-малко от 3 години.”

В предоставените на възложителя извадки от приложимото италианско законодателство не се изяснява какъв е подхода в случаите когато под наем се предоставя не цяло предприятие, а единствено бизнес клон от същото. Също така не е изяснен правния статут на т. нар. бизнес клон.

Също така не са предоставени доказателства, че предоставения на възложителя договор за наем на бизнес клон е сключен със срок от не по-малко от 3 години. Действително в чл.6 на предоставения договор за наем, на стр.5 е посочено, че „този договор ще трае 36 месеца”, но от една страна не са предоставени данни от кога договорът влиза в сила, както и получено ли е необходимото „разрешение на лицата отговорни по процедурата за споразумяване с Seli с кредиторите или одобряване на самата процедура”, която се очаква да се „обсъди със SO и SC на по-късен етап (наричан за краткост „обсъждане с бизнес клон”), за да се изпълни бизнес споразумението”. Липсата на доказателства относно тези ключови моменти от предоставения договор не предоставят на възложителя разумна увереност, че представения договор за наем

е приложим спрямо търсения от него ефект за доказване на квалификационен опит на участник в процедурата за възлагане на обществена поръчка.

По отношение на квалификацията и опита в точка 5 на чл. 2 от предоставения договор за наем са споменати подобни термини (квалификация и опит), но същите са изрично насочени спрямо контекста на неевропейските клиенти на „предприятието – майка“, което не се простира спрямо нововъзникналото предприятие и/или отдадения бизнес клон от същото под наем, т.е. разглежда се хипотеза на несамостоятелен "бизнес клон" към предприятие - майка.

Липсват доказателства относно наличието на квалификация и опит във нововъзникналото и самостоятелно предприятие S.E.L.I. Overseas S.p.A.

Самият договор за наем не съдържа безспорни доказателства, относно квалификацията и опита на наетия бизнес клон, нито относно валидността на клаузите му – напр. на стр. 2 най-долу се говори за "разрешение от лицата, отговорни по процедурата по споразумяването....", подобно одобрение не е предоставено. Също така съгласно чл. 6 от договора за наем не става ясно от кога влиза в сила договора за наем, съгласно клаузата договорът влиза в сила когато S.E.L.I. Overseas S.p.A. стане притежание на S.E.L.I. Constructions S.r.L., което изобщо не кореспондира със смисъла и предмета на договора, като не е приложен и протокол, удостоверяващ момента / датата на стартиране на самия договор за наем, респективно за съответствието на предоставения договор за наем с Декрета на Президента на Републиката №207 от 05.10.2010 г.

В потвърждение на обстоятелството, че чрез предоставения договор за наем не се удовлетворяват критериите за подбор е и наличието в същия на клаузи за автоматично прекратяване, като самия и определения срок от три години е определен под условие. Освен всичко друго, обект на лизинг са описаните договори - т. нар. "предоставени" или "във фаза на предоставяне", т.е. не е безспорно доказано, че са изпълнени изисквания на цитирания от участника Декрет на Президента на Републиката №207 от 05.10.2010 г., относно срока за наем на предприятие (отделно от това както вече посочихме не става ясно дали нормата е приложима към бизнес клонове, част от друго предприятие).

Текущата икономическа цел на предоставения договор за наем (напр. чл. 7 от същия) очевидно е изпълнението на вече сключени или вече оферирани договори с неевропейски клиенти. Не е предоставен друг предмет, нито други доказателства, че договора е влязъл в сила, нито гаранции по срока, за който е сключен, а в самият договор за наем е налице една неуточнена договорна връзка,

поставена в зависимост от одобрението на кредиторите на Дружеството майка. Прекратяването на тази договорна връзка също е поставено в зависимост от волята на тези представители на кредиторите, в този смисъл не е доказано прехвърлянето на квалификацията и опита на основното дружество спрямо участника в настоящата обществена поръчка, не е доказан обема на договора за наем, нито, че целта му е удостоверяване на квалификация, а не единствено изпълнение на вече поети и в процес на поемане договори.

Освен изложеното и с цел осигуряване на ичерпателност на настоящия анализ трябва да се отбележи, че в приложимото национално и общностно законодателство, а именно Закона за обществените поръчки, Директива 2004/18/ЕО и в новоприетата Директива 2014/24/ЕС, не се предвижда хипотеза, чрез която участник – член на обединение, явяващ се самостоятелно предприятие (юридическо лице), а именно S.E.L.I. Overseas да използва, квалификацията и опита на трето лице а именно S.E.L.I. S.p.A., чрез наемане на бизнес клон на друго юридическо лице (S.E.L.I. Constructions S.r.l.).

Принципната постановка при използване на ресурс на трето лице, предполага ползването на ресурсите на други физически или юридически лица. Под “ресурси” следва да се разбират активи (техника, механизация, сгради, земи и т.н), както и персонал, но не и оборот, брой изпълнени договори, респ. строителства/доставки/услуги и т.н. Причината за това е, че с реализирания общ и/или специализиран оборот и опита чрез изпълнено сходно или еднакво строителство, участникът доказва конкретно своите собствени възможности, резултати за минал период и приложим опит, като същите не са пряко необходими за реализиране предмета на договора.

В случаите когато участника реши да ползва ресурси на други лица е необходимо да докаже, че ще има тези изрично посочени от него (като вид, характер и обем) ресурс на свое разположение за целия срок на изпълнение на поръчката. Това може да стане чрез представяне на декларации, договори за отдаване под наем на техника, сгради или съоръжения, граждански договори, както и с всеки друг документ, който възложителят приеме за подходящ. В този смисъл е и приложимата разпоредба на чл. 51а, ал. 1 (Нов - ДВ, бр. 37 от 2006 г., в сила от 01.07.2006 г.) от ЗОП (в приложимата му редакция), съгласно която участник може да използва ресурсите на други физически или юридически лица при изпълнение на поръчката, при условие че докаже, че ще има **НА СВОЕ РАЗПОЛОЖЕНИЕ** тези ресурси.

Сходен е и текста на новата приложима норма на чл. 51а. (Нов - ДВ, бр. 37 от 2006 г., в сила от 01.07.2006 г., изм. - ДВ, бр. 40 от 2014 г., в сила от 01.07.2014 г.). Съгласно изречение второ на разпоредбата при подаване на офертата си, участникът трябва да представи доказателства, че при изпълнението на поръчката ще има **НА РАЗПОЛОЖЕНИЕ** ресурсите на третите лица, т.е. закона де факто поставя изискването и тежестта на доказването спрямо ресурси, чрез които ще се изпълнява фактически обществената поръчка, а не към такива които по същество са били реализирани в миналото и имат отношение към годността на участника да управлява договори за строителство в подобни обеми (в конкретния случай). Предоставянето на ресурс следва да се обективира по отношение материалността му и фактическото му предоставяне от третото лице на участника с цел същия пряко да извършва дейности (да изпълнява) по поръчката и да постигне търсения краен резултат по договора за обществена поръчка.

В този смисъл са и разпоредбите на действащата към момента на откриване на процедурата Директива 2014/24/ЕС. Съгласно Член 63 от Директивата която икономически оператор иска да използва капацитета на други субекти при изпълнение на дадена поръчка, той доказва на възлагащия орган, **ЧЕ ЩЕ РАЗПОЛАГА С НЕОБХОДИМИТЕ РЕСУРСИ**, например като представя доказателство за поетия от посочените субекти ангажимент за тази цел.

Освен изложеното за правилното анализиране на приложимите правни норми следва да се отбележи, че Директива 2014/24/ЕС, въвежда и допълнително изискване, което е и пряко приложимо в случая и по-конкретно Член 63 от същата. Съгласно текста на разпоредбата по отношение на критериите, свързани с образованието и професионалната квалификация, посочени в част II, буква е) от приложение XII, или със съответния професионален опит, икономическите оператори могат обаче да използват капацитета на други субекти само когато последните (третите лица) ще изпълняват строителството или услугите, за които е необходим този капацитет.

Съгласно текстовете на директивата, ако чрез трето лице (в случая S.E.L.I. Spa) се търси обезпечаване на минимално изискване за професионален опит (в случая опит от извършено строителство), то самото трето лице трябва да изпълни тази част от обществената поръчка, за която конкретно се твърди опит, а именно строителни и монтажните работи по общо изграждане на тунели, шахти и подлези

В случая участника S.E.L.I. Overseas, с правния си статут на самостоятелно предприятие (юридическо лице), както и съвместно с други

членове на обединението – участник, НЕ Е предоставил към офертата си, доказателство, че е реализирал успешно еднакво или сходно строителство съгласно влезлите в сила условия на възложителя. Липсва и каквото и да е доказателство, че предоставящото ресурса лице, а именно дружество S.E.L.I. Spa ще изпълнява пряко дейностите по строителство (каквото изискване поставя Член 63 Директива 2014/24/ЕС в същата правна хипотеза).

II. ЕКСПЕРТНО ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Предвид изложените правни и фактически аргументи относно несъответствието на участника - обединение "МЕТРО СОФИЯ 2015" ДЗЗД, изразяваме нашето експертно мнение, че съгласно предоставените ни и проверени от нас документи, считаме, че участника не удовлетворява поставените от възложителя минимални изисквания по чл. 25, ал. 2, т. 6 във връзка с чл. 51, ал. 1, т. 2 от ЗОП, т.е. не се доказва изискуемия опит от изпълнение на сходни или еднакви дейности.

Изготвили:

1. адв. ЛИЛЯНА ЗОРТЕВА, юрист, сертифициран експерт по обществени поръчки

[чл. 2 от ЗЗПА]

2. ИВАЙЛО СТОЯНОВ, гл. секретар на Националното сдружение на експертите по обществени поръчки в Република България, вещо лице, клас „Съдебно-икономическа експертиза“, вписан в Списъка на специалистите, утвърдени за вещи лица от комисията по чл. 401, ал. 1 от ЗСВ, съдебен район на СГС (бр. 47/2010 г. на ДВ). Вписан с УНЕ ВЕ-1397/20.05.2015 г. в Списъка по чл.19, ал.2, т.8 от ЗОП на външни експерти към АОП

[чл. 2 от ЗЗПА]

гр. София

02.06.2015 година