

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№ 597

София, 15.01.2013

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в закрито заседание на четиринадесети януари две хиляди и тринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: АДЕЛИНА КОВАЧЕВА

ЧЛЕНОВЕ: КРЕМЕНА ХАРАЛАНОВА
БИСЕРКА ЦАНЕВА

при секретар
на прокурора
от председателя **АДЕЛИНА КОВАЧЕВА**
по адм. дело № 277/2013. □

и с участието
изслуша докладваното

Производството е по реда на чл.229, ал.1, т.2 от АПК във връзка с чл.122ж, ал.2 от ЗОП.

Образувано е по частна жалба, подадена от кмета на община Шумен проив определение № 1353 от 20.11.2012 година по преписка № КЗК-1038/2012 година на Комисия за защита на конкуренцията в частта му, в която на общината са възложени разноси в размер на 1500 лева за адвокатско възнаграждение, направени от "Грийн Марк" ООД със седалище в град Варна. Прави доводи за допуснати нарушения на закона, изразяващи се в липса на доказателства за действително плащане на възнаграждението, както и за неговата прекомерност.

Комисия за защита на конкуренцията не взема отношение по частната жалба.

Ответната страна - "Грийн Марк" ООД изразява писмено становище за неоснователност на частната жалба.

Частната жалба е подадена от надлежна страна в срока по чл.122ж, ал.2 във връзка с чл.121а, ал.7 от ЗОП и е процесуално допустима, а разгледана по същество е основателна.

Основното производство пред КЗК е по реда на чл.120 и следващите от ЗОП. Образувано е по жалба от "Грийн Марк" ООД против решение № ЗОП 18-01 от 10.09.2012 година на кмета на община Шумен за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка. В хода на образуваното производство, възложителят е постановил ново решение № ЗОП 18-04 от

26.10.2012 година, с което е приел възраженията на жалбоподателя за основателни. Приложил е нормата на чл.39, ал. 1, т.6 от ЗОП и е прекратил откритата процедура.

При тези данни по преписката, КЗК е преценила, че вече е отпаднал правният интерес на търговското дружество да обжалва акта за откриване на процедурата, поради което образуваното производство подлежи на прекратяване. Обсъдила е направеното искане от жалбоподателя за присъждане на направените по производството разноски. В тази връзка е съобщила, че те са направени по вина на възложителя, поради което страната има право да ги получи. КЗК е приложила нормата на чл.122г, ал.9 от ЗОП и е възложила сумата 850 лева - държавна такса за образуване на производство пред нея и 1500 лева - претендирано адвокатско възнаграждение - или общо 2350 лева. Така постановеното определение е неправилно в частта му, в която е възложено адвокатското възнаграждение.

Видно от данните по преписката, претенцията за присъждане на направените разноски е направена още в жалбата. Към нея са приложени справка за разходите и договор за правна помощ в оригинал за доказване на заплатеното адвокатско възнаграждение. В договора е вписана заплатена сума от 1500 лева. Той обаче не е подписан от представител на дружеството-жалбоподател. Поради това и не може да се счита, като редовно писмено доказателства за платеното адвокатско възнаграждение. След като дружеството не е установило с писмени доказателства сключването на договор за правна защита и съдействие, то направени разноски за заплащане на адвокатско възнаграждение по този договор не се доказват и съответно не подлежат на възлагане. Като не е съобщила тези обстоятелства по делото, КЗК е постановила неправилно определение в тази му част. Същото ще следва да се отмени и искането за присъждане на разноските за това възнаграждение, направено от жалбоподателя, следва да се остави без уважение.

Водим от гореизложеното, Върховният административен съд, четвърто отделение

ОПРЕДЕЛИ:

ОТМЕНЯ определение № 1353 от 20.11.2012 година по преписка № КЗК-1038/2012 година на Комисия за защита на конкуренцията в частта му, в която са възложени на община Шумен разноски в полза на "Грийн Марк" ООД в размер на 1500 лева - адвокатско възнаграждение за процесуално представителство пред

Комисия за защита на конкуренцията и вместо него
ПОСТАНОВЯВА:

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на "Гийн Марк" ООД
да му се заплатят от община Шумен разноските за адвокатско
възнаграждение в размер на 1500 лева.

ОПРЕДЕЛЕНИЕТО е окончателно.

Вярно с оригинала,
секретар:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/ Аделина Ковачева
ЧЛЕНОВЕ: /п/ Кремена Хараланова
/п/ Бисерка Цанева

А.К.

РЕШЕНИЕ

№ 11046
София, 22.07.2013

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в съдебно заседание на десети юли две хиляди и тринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: МАРИНИКА ЧЕРНЕВА
ЧЛЕНОВЕ: ДИАНА ГЪРБАТОВА
БИСЕРКА ЦАНЕВА

при секретар Лиляна Железарова
на прокурора Никола Невенчин
от съдията БИСЕРКА ЦАНЕВА
по адм. дело № 6413/2013. □

и с участието
изслуша докладваното

Производството пред тричленен състав на Върховния административен съд (ВАС) е по реда на чл.122е от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

Образувано е по постъпилата касационна жалба от "Геострой" АД, седалище и адрес на управление: град София, представлявано от изпълнителния директор Владимир Цолов Вутов; "Пътна компания" АД, гр. Бургас, представлявано от изпълнителния директор Здравко Стоянов Георгиев и "Водоканалстрой" ООД, гр. Бургас, представлявано от управителя Димитър Щерионов Костов, всичките партньори в създаденото Обединение „Пътна компания - Геострой - Водоканалстрой” със седалище и адрес на управление на Обединението: гр. Бургас, представлявани от адв. Толева, съд. Адрес: гр. София, против Решение № 400 от 16.04.2013 год. на Комисия за защита на конкуренцията по преписка № КЗК-257/2013 година. Представляващите Обединението - участник в откритата процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Изграждане и въвеждане в експлоатация на обект „Канализационна мрежа” към строеж „Канализационна система с ПСОВ, с. Тенево, Община Тунджа”, открита с Решение № 0382/10.04.2012 год. от кмета на Община Тунджа, изразяват недоволство от посоченото решение на КЗК, с което е оставена без уважение жалбата им срещу Заповед № РД-0193/19.02.2013 год. на

кмета на Община Тунджа за прекратяване на открита процедура. Считат, че решението на КЗК е незаконосъобразно, неправилно поради нарушение на материалния закон и съществено нарушение на съдопроизводствените правила, и необосновано. В жалбата са развити обстойни аргументи, касаещи пороците на решението на възложителя и се заявява, че като е потвърдила административен акт с тези пороци, КЗК се е произнесла с неправилно решение, което следва да се отмени и вместо него постанови друго с отмяна на оспореното решение на възложителя като незаконосъобразно. Претендират се разносните по настоящото производство, както и разносните по производството пред КЗК. В открито съдебно заседание пред ВАС пълномощника поддържа жалбата и моли да бъде уважена.

Ответникът - Кмет на Община Тунджа, не взема становище по жалбата.

Ответникът - Комисия за защита на конкуренцията (КЗК), гр. София, не взема отношение по жалбата.

Представителят на Върховна административна прокуратура изразява становище за неоснователност на касационната жалба.

Настоящият състав на Върховният административен съд, четвърто отделение намира жалбата за процесуално допустима, като подадена от надлежна страна и в срока по чл.122е, ал.1 ЗОП, а разгледана по същество, тя е основателна, по следните съображения:

Административното производство е започнало с постъпила жалба от страна на Обединение „Пътна Компания - Геоострой - Водоканалстрой“ в Комисия за защита на конкуренцията, по която е образувана преписка № КЗК-257/14.03.2013 год., срещу Заповед № РД-0193/19.02.2013 год. на кмета на община Тунджа за прекратяване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Изграждане и въвеждане в експлоатация на обект „Канализационна мрежа“ към обект „Канализационна система с ПОСВ, с. Тенево, община Тунджа“, открита с Решение № РД-0382 /10.04.2012 год. на възложителя.

Със Заповед № РД-0885/06.08.2012 год. на основание чл.73, ал.1 и ал.2 от ЗОП във връзка с чл.69, ал.1, т.3 от ЗОП и протоколите от работата на комисията за провеждане на процедурата, кметът на община Тунджа отстранява от участие в процедурата всички участници, подали оферти, в това число и Обединение „Пътна компания - Геоострой - Водоканалстрой“ с мотива, че в приложение № 2 към предлагана цена по образец № 4 -2 не са изписани и посочени единичните цени на видове работи от Количествената сметка към проекта както следва: монтаж зазем пояс готов изкоп ШИ на поцинк 40/4; набиване колове за

заземяване 36x63x6 2.5 м; измерване специф. съпротивление на почвата - 8чч; измерване на контура на защитно заземлени Е-8чч; проверка наличие вериги м/у зазем. и зазем. Елементи - 8чч/ до 3 обр.; Доставка диелектрично килимче и др. Също така към техническо предложение Образец № 3 за изпълнение на поръчката са били приложени каталози и декларации за съответствие с продукт „РЕ-HD- шахти с търговска марка INTEROL, предназначени за изграждане на извънсградни мрежи за канализация. В количествено стойностна сметка - обобщена, Приложение Образец № 4-1 към предлагана цена не е било спазено изискването улични РШ за кръгли канали да са изпълнени от пролипропилен, така както се изиска в техническите спецификации и разяснение изх. № 9100-84/27.04.2012 год., отговор 3.

Със Заповед № РД-0885/06.08.2012 год. възложителят е прекратил процедурата за възлагане на обществената поръчка на основание чл.39, ал.1, т.2 от ЗОП с мотива, че нито една от представените оферти не отговаря на предварително обявените условия.

По жалби на трима участници - „Станилов“ ЕООД, Обединение „Пътна компания - Геоострой - Водоканалстрой“ и Обединение „ДСК Тенево“, в КЗК е било образувано производство КЗК № 858/875/878/2012 год., срещу Заповед № РД-0885/06.08.2012 год. на кмета на община Тунджа за прекратяване на процедура за възлагане на обществената поръчка с предмет: „Изграждане и въвеждане в експлоатация на обект: „Канализационна мрежа“ към строеж „Канализационна система с ПОСВ“, с. Тенево, Община Тунджа“.

С Решение № 1078/25.09.2012 год. КЗК оставя без уважение и трите жалби.

ВАС с Решение № 922/18.01.2013 год. отменя Решение № 1078/25.09.2012 год. на КЗК в частта с която жалбата на Обединение „Пътна компания - Геоострой - Водоканалстрой“ е оставена без уважение и вместо него постановява: Отменя Заповед № РД-0885/06.08.2012 год. на възложителя, в частта ѝ относно отстраняване на цитирания участник и връща преписката на възложителя за процедиране съгласно дадените указания. Изложени са мотивите, че участникът Обединение „Пътна компания - Геоострой - Водоканалстрой“ незаконосъобразно е бил отстранен от по - нататъшно участие в процедурата, тъй като офертата му е отговаряла на предварително обявените условия.

В Протокол № 6/12.12.2013 год., комисията за разглеждане, оценка и класиране на офертите е обективирала действията си по изпълнение на дадените от ВАС указания. Посочено е, че Обединение „Пътна компания - Геоострой - Водоканалстрой“ е

удължило срока на валидност на офертата и банковата гаранция. Комисията е извършила оценяване на ценовото предложение и комплексна оценка. Участникът е получил 92 т. и е класиран на първо място.

Съгласно Решение № 922/18.01.2013 год. на ВАС и представен протокол № 6/12.02.2013 год. на Комисията, кметът на Община Тунджа, на основание чл.38, ал.5, във връзка с чл.39, ал.2, т.2 от ЗОП, издава Заповед № РД-0193/19.02.2013 год. за прекратяване на откритата процедура, тъй като офертата на Обединение „Пътна компания - Геоострой - Водоканалстрой” е единствената отговаряща на предварително обявените условия на възложителя.

За да остави без уважение подадената жалба, КЗК е приела, че всички изложени в нея твърдения са неоснователни. На първо място е посочила, че в решението на възложителя са изложени мотиви за постановяване на административния акт - правното основание за прекратяване на процедурата е чл.39, ал.2, т.2 от ЗОП, която норма е с диспозитивен характер. Законодателят е предоставил възможност на възложителите да преценят с оглед конкретните обстоятелства дали да се възползват от правото им да прекратят обществените поръчки, докато разпоредбата на чл.39, ал.1 от ЗОП изчерпателно е въвела случаите, когато възложителите са длъжни винаги при наличието им да прекратят обществените поръчки. КЗК не е възприела възражението на жалбоподателя, че възложителят е трябвало да посочи с какво точно приемането на конкретната оферта и избора на точно този изпълнител ще наруши някой от принципите, установени в чл.2 от ЗОП и е посочила, че възложителят не е задължен да излага други допълнителни мотиви, аргументиращи защо се е възползвал от възможността да прекрати процедурата. Извършвайки указаното действие възложителят се е изправил пред хипотезата на наличие на само една оферта, отговаряща на предварително обявените му условия и в рамките на своята оперативна самостоятелност е избрал правната възможност на чл.39, ал.2, т.2 от ЗОП. При наличието на само една оферта, отговаряща на предварително обявените условия за провеждането на обществената поръчка, възложителят е приел за целесъобразно да прекрати процедурата за възлагане на обществената поръчка, а не да я финализира със сключване на договор с единствения допуснат участник, отговарящ на неговите условия. КЗК не е споделила и изложеното от жалбоподателя мнение, че обжалваното решение на възложителя в указаната му част е в противоречие с решението на ВАС. На последно място КЗК е констатирала, че в решението за прекратяване на обществената поръчка се съдържат всички

лимитативно изброени в закона реквизити, като е посочено и правното и фактическо основание за издаването му, както и е налице позоваване на в Глава XI от ЗОП, т.е. извършена е препратка към законовите текстове, в които са уредени въпросите относно обжалването на индивидуални административни органи, издавани по реда на ЗОП, следователно обжалваният административен акт отговаря изцяло на изискванията за форма, визирани в чл.59, ал.2 от АПК и чл.73, ал.1 и ал.2 от ЗОП.

Така постановеното от КЗК решение се налага да бъде отменено поради следните съображения:

С Решение № 922/18.01.2013 год., в производство по реда на чл. 122е от Закона за обществените поръчки, тричленен състав на Върховният административен съд отменя Решение № 1078/25.09.2012 год. на КЗК в частта с която жалбата на Обединение „Пътна компания - Геоострой - Водоканалстрой” е оставена без уважение и вместо него отменя Заповед № РД-0885/06.08.2012 год. на възложителя, в частта ѝ относно отстраняване на цитирания участник и връща преписката на възложителя за процедиране съгласно дадените указания. Изложени са мотивите, че участникът Обединение „Пътна компания - Геоострой - Водоканалстрой” незаконосъобразно е бил отстранен от по - нататъшно участие в процедурата, тъй като офертата му е отговаряла на предварително обявените условия. Съдебният състав е дал указания за продължаването на процедурата, като е посочил от кой точно момент и независимо от обстоятелството, че при така дадените указания за съда е било ясно, че остава само един участник в процедурата, не е дал указание за прекратяване на обществената поръчка.

Разпоредбата на чл.39 от ЗОП предвижда няколко хипотези за прекратяване на процедурата. Не се спори, че в ал.1 са посочени основанията, при наличие на които възложителят е длъжен да прекрати процедурата, тоест нормата е императивна и административният орган действа при условията на обвързана компетентност, а в ал.2 са уредени случаите, при които възложителят действа при условията на оперативна самостоятелност предвид диспозитивния характер на правната норма. Самият текст на чл.39, ал.2 ЗОП съдържа две точки: според т.1 възложителят може да прекрати процедурата с мотивирано решение, когато е подадена само една оферта или заявление за участие, а според т.2 - когато има само един кандидат или участник, който отговаря на изискванията по чл.47 - 53а, или само една оферта отговаря на предварително обявените условия от възложителя. Вижда се, че в т.2 на ал.2 на чл.39 ЗОП също има две различни хипотези предвид използвания от законодателя съюз

„или“. Административният орган има правото да извърши собствена преценка на обстоятелствата, но тогава е длъжен да изложи свои мотиви в издавания административен акт, различни от мотивите на назначената от него конкурсна комисия. В конкретния случай възложителят е посочил, че в процедурата има само един участник, който отговаря на изискванията, а именно Обединение „Пътна компания - Геострой - Водоканалстрой“. Посочил е още, че целта на Закона за обществените поръчки е осигуряване на ефективност при разходването на бюджетните и извънбюджетни средства при съобразяване с регламентираните в чл.2 от ЗОП принципи, а принципът за свободна и лоялна конкуренция при възлагането на обществените поръчки не може да бъде спазен, когато до класиране на офертите е допуснат само един участник, тъй като е налице само една оферта, отговаряща на предварително обявените условия. Избирането на изпълнител на единствената оферта, отговаряща на условията в документацията е явен показател за липсата на конкурентна среда. Както се вижда, възложителят се е позовал и на двете различни хипотези в т.2 на ал.2 на чл.39 ЗОП, посочвайки в акта, че има само един участник, който отговаря на изискванията, и само една оферта, която отговаря на предварително обявените условия.

Действително по принцип субективната преценка на възложителя дали да продължи процедурата или да я прекрати при наличие на хипотезите на чл.39, ал.2 от ЗОП е предоставена на възложителя като правна възможност в рамките на оперативната му самостоятелност, но и целесъобразността подлежи на съдебен контрол 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 този смисъл е освен т.12 от Постановление на Пленума на Върховния съд № 4 от 22.09.1976 год. по гр. дело № 3/1976 год., което не е загубило сила, също и разпоредбата на чл.169 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

В конкретния случай изложените мотиви за прекратяване по-скоро навеждат на извода, че при наличие на хипотеза за един останал участник или останала само една оферта, възложителят не извършва преценка, а задължително прекратява процедурата. Волята на законодателя обаче е ясно изразена - изрично са изброени случаите в ЗОП, при които се преценява и тези, при които не се преценява, именно защото хипотезите са посочени в закона. Фактът, че няма конкуренция на участници и оферти не е основание за задължително прекратяване на процедурата, а общите фрази за нарушаване на принципите на ЗОП за свободна и

лоялна конкуренция не могат да се използват за мотиви за прекратяване на процесната обществена поръчка. Ако оставането само на един участник е толкова обществено опасно и финансово неизгодно, систематическото място на тази хипотеза е трябвало да бъде предвидена от законодателя в ал.1, а не в ал.2 на чл.39 от ЗОП. По-скоро липсата на конкурентна среда е относима към хипотезата на т.1 на ал.2 на чл.39 ЗОП, при която изначално няма други оферти, освен една единствена, отколкото в хипотезата, при която има подадени оферти, но по независещи от участника причини, е останала само една. В конкретния случай конкуренцията на участници и оферти е вече реализирана.

Освен изложеното до тук, следва да се отбележи, че КЗК погрешно е посочила, че решението на възложителя е мотивирано съгласно изискванията за форма, визирани в чл.73, ал.1 и ал.2 от ЗОП, защото обжалваният пред нея административен акт се отнася за прекратяване на процедурата и е издаден на основание чл.39, ал.2, т.2 от ЗОП, а не на основание чл.73 от ЗОП.

КЗК не е отчела, нито изложила каквито и да е аргументи относно вътрешната противоречивост на акта на Възложителя. Посочените фактически основания в заповедта за прекратяване не съответстват на сочените правни основания за приемане на това решение. Твърдението за наличие само на една оферта не отговаря и на истината, предвид че в процедурата участие са взели общо 13 участника, които са представили оферти, а не е била налична само една единствена оферта. Вътрешното несъответствие между изложените от Възложителя факти и сочената правна норма създава неяснота относно конкретните причини за приемането на Заповедта. Предвид, че актовете на Възложителите, както и цялата процедура по ЗОП са строго формални, то Възложителят е длъжен да положи дължимата грижа и усилия, за да постанови акт, който да е надлежно обоснован както от правна, така и от фактическа страна, като противоречието между сочените правни и фактически основания води до липса на обосновка въобще. Последното е в нарушение на нормата на чл.39, ал.2 на ЗОП и е самостоятелно основание за отмяна на Заповедта, съответно и на Решението на КЗК поради неправилното приложение на материалния закон и необоснованост.

ЗОП има за задача да създаде правни гаранции за развитието на свободна и лоялна конкуренция, т.е. да бъде осигурена възможност на всички правни субекти да участват в процедурите и състезанието между тях да протече на база на обективни пазарни критерии. От там нататък колко участника ще заявят участие и ще бъдат класирани вече е фактически въпрос, което обаче не означава, че априори наличието на един участник

води до колизия с принципа за свободна и лоялна конкуренция, съответно до незаконосъобразност на процедурата. Дори и при това развитие на процедурата същата продължава да бъде законосъобразна, като Възложителят не се освобождава от задължението си да даде конкретни и ясни мотиви (различни от горните) относно причините за избора си дали да прекрати процедурата или да обяви за изпълнител класирания участник.

Твърденията на Възложителя за липса на конкуренция, които са потвърдени и от КЗК при постановяване на Решението, не отговарят на действителните факти и обстоятелства от развитието на процедурата, тъй като към момента на постановяване на обжалваната заповед конкуренцията вече е била фактически реализирана. Така от приложените Протоколи за работата на Комисията се установява, че в конкретната процедура са подали оферти и участвали общо 13 участника. Възложителят е запознат в детайли с всички тези оферти и то във всичките им части, тъй като ги е отворил и е прегледал подробно както съдържащите се данни от Плик 1, така и тези от Плик 2 (Техническото предложение) и Плик 3 (Предлаганата цена). След извършването на тези прегледи, включително и ценовите предложения, Възложителят в своето първоначално решение е преценил, че всички участници следва да бъдат отстранени от участие в процедурата и същата да бъде прекратена. След обжалване това решение бе отменено от ВАС поради неговата незаконосъобразност и необоснованост (Решение № 922/18.01.2013 год. по адм. дело № 13432/2012 год.). Видно от съдържанието на Протокол № 6 от работата на комисията, при връщането на преписката на техническото предложение на доверителите ми в частта по показател П2 са дадени само 32 точки, изчислени по методиката за П2 - Оценка на показателя при отчитане на най - краткия предложен от другите участници срок за изпълнение на СМР, вместо отчитане само на предложения от доверителите ми срок и даване на максималната оценка от 40 точки. Това сравняване на офертите на участниците е потвърдено и от КЗК, но контролният орган счита, че след като не са сравнявани и ценовите предложения, то конкуренция не може да бъде реализирана. Този извод на КЗК е неправилен, тъй като в конкретния случай не е важен факта коя част от офертата е сравнявана, а самият факт на сравняването, който сам по себе си говори за осъществена конкуренция. Още повече, че фактически Възложителят е бил наясно и с ценовите предложения на участниците, всяко от които е било отворено и анализирано при постановяване на първото решение за прекратяване на поръчката. Възложителят е извършвал сравнение между офертата на жалбоподателя и останалите оферти, т.е. не отговарят на истината

твърденията в заповедта, че критерият за оценка е практически неприложим поради невъзможност за съпоставяне на различните оферти и липса на конкуренция.

Неправилни са изводите на КЗК, че твърденията на Възложителя, че финансирането на процедурата със средства от ЕС налага на по-силно основание спазване на принципа за свободна и лоялна конкуренция, са относими към случая и обосновават неговото решение за прекратяване на поръчката. Тези твърдения на Възложителя са неотнوسими и говорят единствено за неправилното му разбиране и тълкуване на закона и неговите цели. Източника на финансиране на поръчката (било от средства на общността или държавни средства на Българската държава) в случая не би следвало да има каквото и да е значение за Възложителя при прилагането на принципа на чл.2, т.2 от ЗОП. Това е така, тъй като и при прилагането на принципа за свободна и лоялна конкуренция следва да се държи сметка и за останалите принципи на чл.2 ЗОП (за публичност и прозрачност на процедурите и за равнопоставеност и недопускане на дискриминация). Съответно Възложителят следва да прилага еднакво принципа за свободна и лоялна конкуренция както в процедурите финансирани от ЕС, така и тези, финансирани от държавния бюджет. Това, че финансирането е със средства от ЕС не означава, че Възложителят следва задължително да прекрати процедурата по поръчката, нито го задължава да следи за нейната законосъобразност и прилагане на принципите на ЗОП в по-голяма степен отколкото при финансирането и от държавния бюджет. Същевременно това финансиране не следва да се отразява по никакъв начин и на реалното реализиране на конкуренцията, нито на принципите за свободна и лоялна конкуренция. Следователно тези аргументи не са относими към изискването на закона за мотивираност на акта за прекратяване на поръчката, поради което и възприемането им от КЗК е неправилно.

Неоснователни са възраженията в жалбата, касаещи липсата на спазване на законовата форма. Действително в Заповедта на Възложителя не е посочено изрично пред кой орган и в какъв срок същата може да се обжалва, но това не следва да се счита за порок на заповедта, тъй като жалбата е подадена в срок пред надлежния орган, посочена е Глава XI от ЗОП, т.е. извършена е препратка към законовите текстове, в които са уредени въпросите относно обжалването на индивидуални административни органи, издавани по реда на ЗОП, следователно обжалваният административен акт отговаря изцяло на изискванията за форма, визирани в чл.59, ал.2 от АПК и чл.73, ал.1 и ал.2 от ЗОП.

Обжалването пред ВАС решение на КЗК ще трябва да бъде

отменено и вместо него постановено друго, с което Заповед № РД-0193/19.02.2013 год. на кмета на община Тунджа за прекратяване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Изграждане и въвеждане в експлоатация на обект „Канализационна мрежа“ към обект „Канализационна система с ПОСВ, с. Тенево, община Тунджа“, открита с Решение № РД-0382 /10.04.2012 год. на възложителя, да бъде отменено, а преписката върната на административния орган за продължаване на процедурата от последното законосъобразно действие - класирането на участника и определянето на изпълнител на процесната обществена поръчка.

Воден от горното, Върховният административен съд - Четвърто отделение,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 400 от 16.04.2013 год. на Комисия за защита на конкуренцията по преписка № КЗК-257/2013 година и вместо него **ПОСТАНОВЯВА:**

ОТМЕНЯ Заповед № РД-0193/19.02.2013 год. на кмета на община Тунджа за прекратяване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Изграждане и въвеждане в експлоатация на обект „Канализационна мрежа“ към обект „Канализационна система с ПОСВ, с. Тенево, община Тунджа“, открита с Решение № РД-0382 /10.04.2012 год. на възложителя.

ВРЪЩА преписката на възложителя за продължаване на процедурата съобразно с указанията, дадени в настоящото решение, което е окончателно.

**Вярно с оригинала,
секретар:**

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/ Мариника Чернева
ЧЛЕНОВЕ: /п/ Диана Гърбатова
/п/ Бисерка Цанева

Б.Ц.

РЕШЕНИЕ

№ 15440
София, 21.11.2013

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в съдебно заседание на единадесети ноември две хиляди и тринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: РУМЯНА МОНОВА
ЧЛЕНОВЕ: ГАЛИНА МАТЕЙСКА
ТОДОР ПЕТКОВ

при секретар
на прокурора
от съдията
по адм. дело № 11729/2013. 

Илиана Илиева
Никола Невенчин
ТОДОР ПЕТКОВ

и с участието
изслуша докладваното

Производството пред Върховния административен съд е по реда на чл.208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във чл. 122е от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

Образувано е по касационна жалба от Консорциум "Надежда ВИ и Автомагистрали ЧМ" създадено с договор за консорциум от 12.11.2012 г. между "Надежда Ви и Сие" ООД и "Автомагистрали Черно море" АД, със адрес: гр. София, ул."Позитано"№ 15, офис 16 против Решение № 927 от 24.07.2013 г. на КЗК по преписка, вх. № КЗК-762/1.07.2013 г., с което е оставена без уважение жалбата на консорциума против Решение № 71/27.05.2013 г. на изпълнителния директор на "Мини Марица - Изток" ЕАД за прекратяване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Изкопаване, транспортиране и насипване с автосамосвали на 2 000 000 м3 откритка от I-во насипищно стъпало на вътрешното насипище на рудник "Трояново- 1", за нуждите на рудник "Трояново - север" през 2013 г.", открита с Решение № 164/28.09.2012 г. на възложителя.

Обстоятелствено са релевирани доводи, че решението е постановено в нарушение с материалния закон, при съществени нарушения на съдопроизводствените правила и е необосновано – отменителни основания по чл.209, т.3 от АПК. Основно се твърди , че не са били налице визираните от възложителя фактически и

правни основания за прекратяване на процедурата, което нарушение неправилно е санирано от КЗК. По тези и други съображения в писмени бележки моли решението на КЗК да бъде отменено.

Ответникът – Комисия за защита на конкуренцията не ангажира становище по касационната жалба.

Ответникът – изпълнителния директор на "Мини Марица - Изток" ЕАД чрез процесуален представител в писмено становище релевира доводи за неоснователност на касационната жалба.

Представителят на Върховна административна прокуратура дава мотивирано заключение за неоснователност на касационната жалба.

Като прецени наведените касационни основания, доводите на страните във връзка с тях и данните по делото, Върховният административен съд, четвърто отделение, намира касационната жалба като подадена от надлежна страна в законоустановения в чл. 122е, ал. 1 от ЗОП 14-дневен срок от съобщаване на решението, е процесуално допустима. Разгледана по същество е неоснователна по следните съображения:

Неоснователен е довода, че Възложителя преди да прекрати процедурата е следвало, но не е отменил решението за избор на изпълнител. В т. IV. 2) от Решение № 71/27.05.2013 г. на изпълнителния директор на „Мини Марица - Изток“ ЕАД гр. Раднево, съвсем е записано, че на основание Решение по т. 4.17 от Протокол № 8 - 2013 г. от 22.05.2013 г. на СД на „ММИ“ ЕАД, изпълнителния директор отменя Решение за избор на изпълнител № 854/06.03.2013 г., като са описани и подробно мотивите за това действие.

Неоснователно е възражението, че КЗК не е допуснала релевантни по преписката писмени доказателства, с които да бъдат установени важни обстоятелства, като бизнес план на „ММИ“ ЕАД, протокол от управителния орган, приложение № 12 към бизнес плана и др. В жалбата до КЗК е направено искане само да се назначи съдебно -счетоводна експертиза, но не и да се събират допълнителни доказателства, нито се представят такива, с което е преклудирана възможността за това предвид чл. 122а, ал.8 ЗОП „Страните са длъжни да представят всичките си доказателства най-късно в деня преди заседанието по разглеждане на жалбата“. Независимо от това, с писмо с изх. № ИС - 818/762/02.07.2013 г. до „Мини Марица - Изток“ ЕАД, КЗК е поискала същите документи от Възложителя, които са надлежно заверени от дружеството и изпратени на комисията.

По съществото на спора: В хипотезата на чл. 39 (1) т. 5 от

ЗОП е предвидена възможност за възложителя да прекрати процедурата при наличието на две алтернативни (а не четири кумулативни както се сочи в жалбата) предпоставки: първата е отпадане на необходимостта от провеждане на процедурата в следствие на осъществена промяна в обстоятелствата, а втората е поради съществена промяна на обстоятелствата, включително невъзможност да се осигури финансиране за изпълнение на поръчката.

Общото и за двете отделни хипотези е това, да е станало по причини, които възложителят не е могъл да предвиди. Съгласно чл. 38 от ЗОП, процедурата по възлагане на обществена поръчка завършва със сключване на договор с определения за изпълнител или с решение за прекратяването ѝ. Разпоредбата на чл. 39, ал. 1, т. 5 от ЗОП задължава възложителя да прекрати процедура за възлагане на обществена поръчка с мотивирано решение, когато отпадне необходимостта от провеждане на процедурата 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. При провеждане на процедурата за възлагане на обжалваната обществена поръчка е възникнала хипотезата на чл. 39, ал. 1, т. 5 от ЗОП, предложение второ, а именно съществена промяна на обстоятелствата, включително да се осигури финансиране за изпълнението на поръчката и това е станало по причини, които възложителя не е могъл да предвиди.

Цитираните от жалбоподателя решения на ВАС са постановени при предишни редакции на ЗОП, поради това цитираната съдебна практика от жалбоподателя не е актуална към момента на издаване на оспорения административен акт съобразно приложимия материален закон (арг. от чл. 142, ал.1 ЗОП).

Възражението, че възложителя изрично е посочил в обжалваното решение, че поръчката ще е предмет на повторно възлагане е некоректно, тъй като в точка IV. 5) от Решението за прекратяване е записано „Поръчката може да бъде предмет на повторно публикуване“. Съобразно чл. 39 , ал.6 от ЗОП в правомощията на възложителя е „...да открие нова процедура за възлагане на обществена поръчка със същия предмет само ако решението за прекратяване е влязло в сила.

В жалбата са наведени редица доводи относно наличието на финансови възможности у възложителя, като се твърди, че въпреки намаления добив на въглища в „Мини Марица -Изток“ ЕАД, това не било основание за прекратяване на процесната обществена

поръчка, а от друга страна „Мини Марица -Изток" ЕАД не полагала необходимите усилия да събира вземанията от длъжниците си и др. обуславящи възможността у възложителя да финансира обществената поръчка.

Тези доводи са неоснователни, тъй като е преценката на финансовите възможности за финансиране на определена обществена поръчка от една страна е в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя да градира приоритетите си, но във всички случаи прекратяването от възложителя на обществена поръчка, по която вече има класиран участник следва да стане единствено при наличието на правните и фактически основания за това, а именно с мотивирано по см. на чл.39 ЗОП решение.

В случаите по чл. 39, ал.1, т.5 ЗОП, към които се отнася конкретният казус, предвид бланкетния характер на разпоредбата, посочена като правно основание, от чието наличие се извежда упражненото субективно материално право, е необходимо органът да изложи и фактическите обстоятелства, които е квалифицирал като материалноправни предпоставки, субсумирани в цитирания законов текст. Посочването на фактически основания позволява да бъде извършена преценка на законосъобразността на упражненото право на едностранно прекратяване на обществената поръчка. Излагането на релевантните факти и обстоятелства от органа е следвало и е извършено при издаване на административния акт, с което е изпълнено изискването за мотивиране при прилагане на бланкетна правна норма като условие за неговата законосъобразност.

В тази връзка по преписката са представени справка за вземания по фактури за въглища към 31.05.2013 г., отчет за реализираните количества лигнитни въглища от трите рудника на дружеството, разшифровка на разчетените разходи за елемента „Външни услуги" на „Мини Марица - Изток" ЕАД за 2012 г. както и писмо с изх. № 26-М-98-08.04.2013 г. на Министъра на МИЕТ, за съкращаване на разходите. Освен това, във връзка с кризисната ситуация в „Мини Марица-изток" ЕАД, породена от понижената натовареност на топлоелектрическите централи и съответно занижените заявки на лигнитни въглища към тях, в началото на месец март е създаден консултативен съвет от ръководители и експерти във въгледобивното дружество, с участието и на председателите на двата синдиката ФСО „Подкрепа" и ДСО на КНСБ. След анализ на текущото състояние са взети решения относно оптимизиране на разходите за суровини и материали, електроенергия, горива, външни услуги и превоз на персонал за месец април, по-ефективно управление на материалните запаси,

преразглеждане и оптимизиране на ремонтната програма в частта за ремонт чрез възлагане, запазване числеността на персонала, оптимизиране режима на работа за месеците март и април.

С решение, обективизирано в протокол № 8-2013/22.05.2013 година, т.4.17, Съветът на директорите на „Мини Марица-изток“ Б АД на основание чл.39, ал.1, т.5 от ЗОП е решил да прекрати процедурата, обосновано с невъзможност да се осигури финансиране за изпълнение на поръчката по причини, които възложителят не е могъл да предвиди. В тази връзка се посочва, че поради понижената натовареност на топлоелектрическите централи в комплекса „Марица Изток“ и занижените заявки за въглища към тях и наличието на просрочени задължения за предадени въглища от страна на електрическите централи, е налице безпрецедентна кризисна ситуация за „Мини Марица Изток“ ЕАД, която продължава и в момента. За стабилизиране на дружеството, ръководството предприема мерки за редуциране на разходите за издръжка, както цялостно свиване на всички разходи в дружеството.

На 08.04.2013 г. в „Мини Марица Изток“ ЕАД е получено писмо с вх. № 26 - М -98 от Министъра на икономиката, енергетиката и туризма, съгласно което разходите на дружеството следва да бъдат разчетени при заложен добив от 22 000 000 тона въглища. В резултат на предприетите конкретни мерки за редуциране на разходите, на 09.04.2013 г. е утвърден списък на процедурите, които следва да бъдат прекратени. Списъкът съдържа 42 процедури, като въпросната се намира под № 30 в същия, което е безспорно доказателство, че не се прекратява само процесната процедура и това прекратяване не е самоцелно, а е необходимо и важно за финансовата стабилност на дружеството. Освен това от началото на 2013 г. добивите и реализираните въглища са с около 40 % по - малко от заложените в бизнес плана, което сериозно се отразява върху приходите на дружеството.

Поради тези и други посочени в решението за прекратяване причини се е наложил извода, че процедурата не може да се финализира при условията, при които е обявена и с решение на Изпълнителния директор № 71 от 27.05.2013 г. е отменено предходно решение за избор на изпълнител, а процедурата за възлагане на обществена поръчка с предмет „Изкопаване, транспортиране и насипване с автосамосвали на 2 000 000 м3 откритка от I - во насипищно стъпало на вътрешно насищище на рудник „Трояново -1“, за нуждите на рудник „Трояново - север“ през 2013 г.“ реф. № 160 / 2012 г. - ЗОП, е прекратена.

Тъй като административното правоотношение се

индивидуализира освен със съдържанието и страните си, и с правопораждащия го юридически факт, посочването на фактически основания в акта в конкретната хипотеза позволява да бъде идентифицирана волята на административния орган относно упражненото субективно потестативно право, както и да бъде извършена последваща проверка за съществуването му, т. е. проверка за материалната законосъобразност на акта. Ето защо изводът на КЗК, че възложителят като е обосновал невъзможността за финансиране с понижена натовареност на топлоелектрическите централи в комплекса „Марица изток“ и занижените заявки за въглища към тях, свикания спешен консултативен съвет за излизане от кризата и взетите от него решения, както и писмото от Министъра на икономиката, енергетиката и туризма, за свиване на разходите в дружеството, е доказал законосъобразността на правните си действия, обективирани в акта е правилен и следва да бъде споделен.

Възраженията на жалбоподателя по съществото на спора са неоснователни - сочените касационно-отменителни основания не са налице. Напротив – изводите на КЗК са основани върху подробно обсъждане и преценка на всички доказателства като е съобразена спецификата на обществената поръчка и правилно са тълкувани и приложени относимите правни норми от материалния закон, релевантни за правилното прекратяване на процедурата.

Наведените доводи в жалбата в подкрепа на касационните оплаквания са по-скоро по отношение правилното приложение на материалния закон и по съществото си приповтарят доводите и оплакванията в жалбата пред КЗК, които обосновано и правилно са обсъдени, а понастоящем не се подкрепят с доказателства или доводи, които да обосновават наведените отменителни основания.

В хода на тези разсъждения, последица от преценката на доказателствата в съпоставка с наведените в жалбата доводи, Върховният административен съд в настоящия си състав приема, че не са налице отменителни основания, поради което решението на КЗК като правилно, валидно и допустимо следва да бъде оставено в сила.

При този изход на спора и съобразно чл.143, ал. 3 АПК пред настоящата инстанция, на ответника “Мини Марица - Изток” ЕАД следва да бъдат присъдени своевременно поисканите в настоящото касационно производство разноси за юрисконсултско възнаграждение, които на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК във връзка с чл. 144 от АПК и чл. 8 във връзка с чл. 7, ал. 1, т. 4 от Наредба № 1 от 9.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения възлизат на 300 лева.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2 АПК във вр. чл. 122е, ал. 2 и 3 от ЗОП, Върховният административен съд - четвърто отделение

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 927 от 24.07.2013 г. на КЗК по преписка, вх. № КЗК-762/1.07.2013 г.

ОСЪЖДА "Надежда ВИ и Сие" ООД с ЕИК: 200384147, със седалище и адрес на управление: гр. София, ул."Позитано"№ 15, офис 16 и "Автомагистрали Черно море" АД с ЕИК: 127001597, със седалище и адрес на управление: гр. Шумен, ул."Алеко Константинов"№ 8. Представител на дружеството е Димо Христов Димов като участници в Консорциум "Надежда ВИ и Автомагистрали ЧМ" да заплатят на "Мини Марица - Изток" ЕАД, гр. Раднево, разноски по делото пред КЗК и ВАС в общ размер на 300 (триста) лева за юрисконсултско възнаграждение.

Решението е окончателно.

**Вярно с оригинала,
секретар:**

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/ Румяна Монова
ЧЛЕНОВЕ: /п/ Галина Матейска
/п/ Тодор Петков

т.п.

РЕШЕНИЕ

№ 3911
София, 20.03.2014

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в съдебно заседание на пети март две хиляди и четиринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ДИАНА ГЪРБАТОВА

ЧЛЕНОВЕ: МАРИО ДИМИТРОВ

ДОБРИНКА АНДРЕЕВА

при секретар Милена Ценова
на прокурора Лилия Маринова
от председателя ДИАНА ГЪРБАТОВА
по адм. дело № 292/2014. □

и с участието
изслуша докладваното

Производството е по реда на чл. 122е от Закона за обществените поръчки /ЗОП/.

Образувано е по касационна жалба на УМБАЛ "Свети Иван Рилски" ЕАД, гр. София, с изпълнителен директор на болницата д-р Дечо Дечев, подадена против решение № 1585 от 27.11.2013 г., постановено от Комисията за защита на конкуренцията по преписка № КЗК-1323/2013 г. С жалбата, в съдебно заседание чрез упълномощен адв. Стойчева и с писмена защита се оспорват изводите на Комисията и се твърди, че в решението за откриване на процедурата, в обявлението и в документацията за участие възложителят е поставил условие ценовите предложения за изпълнение на поръчката да не надвишават прогнозната стойност в размер на 500000 лв. без ДДС. В съдебно заседание и с писмена защита касаторът се позовава на влязло в сила решение 215/05.11.2013г. за прекратяване на процесната възлагателна процедура и претендира присъждане на направените по делото разноски.

Ответникът - Комисия за защита на конкуренцията /КЗК/ не изразява становище по касационната жалба.

Ответникът - "Прохелт" ЕООД, гр. София, с управител Георги Куков, оспорва касационната жалба чрез упълномощен адв. Андреевска, която с писмена молба-становище и с писмени

бележки моли Върховния административен съд да потвърди изцяло обжалваното решение на КЗК, като правилно и законосъобразно. Претендира присъждане на разноските по делото.

Заинтересованата страна - "Инфомед България" ЕООД, гр. София, с управител Дора Атанасова, не заявява становище по касационната жалба.

Представителят на Върховна административна прокуратура дава заключение за обезсилване на обжалваното решение на КЗК, защото решението за прекратяване на процедурата по възлагане на обществената поръчка е влязло в сила, ако не е обжалвано до 20.11.2013 г. и то следва да се прецени съгласно нормата на чл. 142, ал.2 от АПК - същото е постановено и е влязло в сила преди издаване на решението на КЗК.

Като прецени доводите на страните и данните по делото, Върховният административен съд, четвърто отделение, намира касационната жалба за ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА - подадена от надлежна страна в срока, визиран в чл. 122е, ал. 1 от ЗОП.

По съществото на касационната жалба настоящият съдебен състав счита следното:

С обжалваното решение № 1585 от 27.11.2013 г. е отменено като незаконосъобразно решение № 189/10.10.2013 г. на изпълнителния директор на УМБАЛ "СВ. ИВАН РИЛСКИ" ЕАД, гр. София за класиране на участниците и определяне на изпълнител на обществена поръчка с предмет: "Доставка на навигационна система за черепно-мозъчна хирургия за нуждите на УМБАЛ "СВ. ИВАН РИЛСКИ" ЕАД", открита с решение № 140/19.08.2013 г. и преписката е върната на възложителя за продължаване на процедурата на етап разглеждане на документите в плик № 3 при спазване на мотивите, изложени в решението. Със същото решение е възложено на УМБАЛ "СВ. ИВАН РИЛСКИ" ЕАД, гр. София да заплати на "Прохелт" ЕООД направените по производството разноски в размер на 2450 лв., включващи държавна такса - 1700 лв. и адвокатско възнаграждение - 750 лв. За да достигне до този резултат КЗК се е позовала на чл. 122г, ал. 1, т. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 122г, ал. 2 от ЗОП, и на чл. 122г, ал. 9 от ЗОП и е приела, че незаконосъобразно на първо място е класиран и избран за изпълнител на поръчката участникът "Инфомед България" ЕООД, гр. София, чиято оферта не отговаря на предварително разписаните условия от възложителя, което е самостоятелно основание за отмяна на опороченото решение № 189/10.10.2013 г. на възложителя. Органът по преразглеждането е преценил, че възложителят е определил за изпълнител участник,

който е превишил обявената стойност на поръчката с повече от 129 700 лева без ДДС, с което е ограничил възможността на останалите потенциални участници да участват равнопоставено в поръчката, които е можело да предложат цени между 500 000 лв. без ДДС и оферирания от избрания изпълнител цена, възлизаща на 629 700 лв. без ДДС.

В хода на касационното производство са представени писмени доказателства, допустими по реда на чл. 219, ал. 1 от АПК, от които е видно, че с последващо решение № 215 от 05.11.2013г. възложителят е прекратил процесната възлагателна процедура, като в т. IV.1) и т. IV.2) от това решение е вписано правно основание - чл. 39, ал. 1, т.5 от ЗОП и са посочани мотиви: "Поради невъзможност да се осигури финансиране за изпълнението на поръчката по причини, които възложителят не е могъл да предвиди". От приложените към горепосоченото решение документи е видно, че същото е публикувано на сайта на АОП на 05.11.2013г. и участниците в процедурата - "Инфомед България" ЕООД и "Прохелт" ЕООД надлежно са уведомени за горепосоченото решение на 06.11.2013г., на която дата и двамата участника са получили преписи от решението за прекратяване на процедурата. От приетото като доказателство по настоящото дело писмо изх. № изр.343/18.02.2014г., подписано от главния секретар на КЗК се установява по безспорен начин, че до 17.02.2014г. не е постъпила жалба в Комисията против решение № 215 от 05.11.2013г. на изпълнителния директор на УМБАЛ "Свети Иван Рилски" ЕАД. Това означава, че визираното прекратително решение е влязло в сила след изтичане на законния 14 - дневен срок за обжалване, тоест на дата 20.11.2013г. При това положение съдът счита, че към момента на постановяване от страна на КЗК на обжалваното решение на 27.11.2013 г., възлагателната процедура вече е била прекратена с влязло в сила решение. От тук следва изводът, че органът по преразглеждането недопустимо се е произнесъл по жалба с несъществуващ предмет и при липса на правен интерес за жалбоподателя от отмяна на атакуваното предходно решение № 189/10.10.2013 г. Това обстоятелство налага обезсилване на обжалваното решение, постановено от КЗК и прекратяване на процеса.

С оглед изхода на спора и естеството на производството, решаващият съдебен състав намира, че претенциите на касационния жалбоподател и на ответника "Прохелт" ЕООД за присъждане на направените по делото разноски следва да се оставят без уважение, защото разпоредбите на чл. 143 от АПК не регламентират присъждане на разноски в хипотезата на

обезсилване на решение на горепосоченото правно основание.

На основание на горното и на чл. 122е, ал. 1 и ал. 3 от ЗОП във връзка с чл. 221, ал. 3 от АПК, Върховният административен съд, четвърто отделение

РЕШИ:

ОБЕЗСИЛВА РЕШЕНИЕ № 1585 от 27.11.2013 г., постановено от Комисията за защита на конкуренцията по преписка № КЗК-1323/2013 г. и ПРЕКРАТЯВА производството, образувано по жалбата на "Прохелт" ЕООД, гр. София.

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на УМБАЛ "Свети Иван Рилски" ЕАД, гр. София за присъждане на разносните по делото.

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на "Прохелт" ЕООД, гр. София за присъждане на разносните по делото.

РЕШЕНИЕТО е окончателно.

Вярно с оригинала,
секретар:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/ Диана Гърбатова

ЧЛЕНОВЕ: /п/ Марио Димитров

/п/ Добринка Андреева

д.г.

РЕШЕНИЕ

№ 3685
София, 17.03.2014

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в съдебно заседание на десети март две хиляди и четиринадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: МАРИНИКА ЧЕРНЕВА
ЧЛЕНОВЕ: ГАЛИНА МАТЕЙСКА
ТОДОР ПЕТКОВ

при секретар Илиана Илиева
на прокурора Динка Коларска
от съдията ТОДОР ПЕТКОВ
по адм. дело № 1629/2014. □

и с участието
изслуша докладваното

Производството пред Върховния административен съд е по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във чл. 122е от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

Образувано е по касационна жалба от Министерство на образованието и науката чрез процесуален представител юриск.Йовчев против Решение № 1688 от 18.12.2013 г. на Комисия за защита на конкуренцията (КЗК) по преписка, вх. № КЗК-1417/27.11.2013 г., с което е отменено Решение № Р 01-160 от 01.11.2013 г. на Министъра на образованието и науката за прекратяване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Консултантски услуги за изпълнение на проект "Усъвършенстване на политиката за развитие на науката и научните изследвания", в частта по обособена позиция № 1 "Извършване на оценка на въздействието на нормативната уредба и стратегическите документи, свързани с провеждането на политика в областта на научните изследвания" и обособена позиция № 2 "Изпълнение на мерки за информация и публичност", открита с Решение № Р01-99 от 10.06.2013 г. и преписката е върната на възложителя за продължаване на процедурата на етап - повторно разглеждане и класиране на офертите на участниците, в съответствие с изискванията на закона и дадените задължителни указания в мотивите на настоящото решение. Възложени са му и разноски.

Обстоятелствено в жалбата са релевирани доводи, че решението е постановено в нарушение с материалния закон, при съществени нарушения на съдопроизводствените правила и е необосновано - отменителни основания по чл. 209, т. 3 от АПК. Основно се твърди, че не са били налице визираните от възложителя фактически и правни основания за прекратяване на процедурата, което нарушение неправилно е санирано от КЗК. По тези и други съображения

моли решението на КЗК да бъде отменено.

Ответникът - Комисия за защита на конкуренцията не ангажира становище по касационната жалба.

Ответникът – Обединение "Капацитет за бъдещето" с участници Софийски университет "Свети Климент Охридски" и "Агенция Стратегма" ООД, чрез процесуален представител адв.Кюмюрджиев релевира доводи за неоснователност на касационната жалба.

Представителят на Върховна административна прокуратура дава мотивирано заключение за основателност на касационната жалба поради това, че обективно с оглед графика за изпълнение на поръчката и условията по договора за финансиране, в рамките на този срок изпълнението на поръчката не би могло да бъде финансирано. Продължителността на процедурата до приключването и с влязло в сила решение за класиране на участниците не е могла да бъде предвидена от възложителя, предвид датата на откриването ѝ. Налице са фактическите предпоставки по чл.39, ал.1, т.5 от ЗОП за прекратяване на процедурата. Решението на възложителя е мотивирано и следва да бъде оставено в сила. Предлага да се отмени решението на КЗК и вместо него се постанови друго решение по същество, с което жалбата да се отхвърли.

Като прецени наведените касационни основания, доводите на страните във връзка с тях и данните по делото, Върховният административен съд, четвърто отделение, намира касационната жалба като подадена от надлежна страна в законоустановения в чл. 122е, ал. 1 от ЗОП 14-дневен срок от съобщаване на решението, е процесуално допустима.

Разгледана по същество е неоснователна по следните съображения:

С Решение Р 01-160 от 01.11.2013 г., възложителят на основание чл. 39, ал. 1, т. 5 от ЗОП е прекратил процедурата за възлагане на обществената поръчка, открита с Решение Р01-99 от 10.06.2013 г., като мотивите за това подробно е изложил в

Раздел IV. 2) от решението. Основно е посочено, че е отпаднала необходимостта от провеждане на процедурата в резултат на съществена промяна в обстоятелствата, която се изразявала във факта, че според техническото предложение на класирания от комисията на първо място участник по първа обособена позиция на процедурата, периодът, който му е необходим за извършване на оценка на въздействието на нормативната уредба и стратегическите документи, свързани с провеждането на политика в областта на науката и научните изследвания, е седем календарни месеца. До 05.04.2014 г., когато приключва изпълнението на проект "Усъвършенстване на политиката за развитие на науката и научните изследвания", финансиран от ОП "Административен капацитет ", остават по- малко от шест календарни месеца и е невъзможно в рамките на проекта да се изпълни услугата при предложения в техническото предложение на участника интензитет, а изменението му на този етап би представлявало нарушение на чл. 41, ал. 2 от ЗОП.

С обжалваното понастоящем решение КЗК е приела, че не са налице нито една от двете хипотези по чл. 39, ал. 1, т. 5 от ЗОП. Относно сроковете за приключване на възлагателната процедура е прието, че изложението в решението на възложителя обстоятелства не са от такъв вид и характер, които „не е могъл да предвиди“ по смисъла на законовия текст още повече, че несъответствието на сроковете в линейния график в офертата на Обединение

"Капацитет за бъдещето", не може да се приеме за обстоятелство, което възложителят не е могъл да предвиди, тъй като същото е настъпило именно поради забавянето на процедурата. Относно финансирането на проекта в хипотезата на невъзможност да бъде спазен крайният срок за изпълнение на предмета на обществената поръчка е прието като обстоятелство, което възложителят не само, че могъл, но е и трябвало да предвиди.

По отношение контролът по реда на чл. 36а, ал. 1 ЗОП, обективиран в доклад на главния секретар на МОН до Министъра на образованието и науката (№ 802-343 от 28.10.2013 г.), КЗК е приел за основателно възражението, че е извършен извън указаните предели на визираната разпоредба, тъй като обхваща обстоятелства и факти, които не се съдържат като описание в протоколите на комисията за провеждане на процедурата. Прието е, че възложителят ако е считал, че липсата на описание на сроковете за изпълнение на дейностите от предмета на обществената поръчка в линейните графици на участниците представлява празнота в съдържанието на съставените от комисията протоколи, то е следвало да даде писмени указания на помощния си орган в тази насока - да бъде извършено такова описание, а не да изтъква обстоятелства и факти от офертите на участниците, като основание за прекратяване на процедурата, които не са описани в същите.

По съществото на спора: В хипотезата на чл. 39, ал. 1 т. 5 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 в следствие на осъществена промяна в обстоятелствата, а втората е поради съществена промяна на обстоятелствата, включително невъзможност да се осигури финансиране за изпълнение на поръчката.

Общото и за двете отделни хипотези е това, да е станало по причини, които възложителят не е могъл да предвиди. Съгласно чл. 38 от ЗОП, процедурата по възлагане на обществена поръчка завършва със сключване на договор с определения за изпълнител или с решение за прекратяването ѝ. Разпоредбата на чл. 39, ал. 1, т. 5 от ЗОП задължава възложителя да прекрати процедура за възлагане на обществена поръчка с мотивирано решение, когато отпадне необходимостта от провеждане на процедурата 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. При провеждане на процедурата за възлагане на обжалваната обществена поръчка е възникнала хипотезата на чл. 39, ал. 1, т. 5 от ЗОП, предложение второ, а именно съществена промяна на обстоятелствата, включително да се осигури финансиране за изпълнението на поръчката и това е станало по причини, които възложителят не е могъл да предвиди.

В жалбата са наведени редица доводи относно липсата на финансови възможности у възложителя с оглед крайните срокове за приключване на проекта, което е достатъчно основание за прекратяване на процесната обществена поръчка.

Вярно е, че преценката на финансовите възможности за финансиране на определена обществена поръчка от една страна е в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя да градира приоритетите си, но във всички случаи прекратяването от възложителя на обществена поръчка, по която вече има класиран участник следва да стане единствено при

наличието на правните и фактически основания за това, а именно с мотивирано по см. на чл. 39 ЗОП решение.

В случаите по чл. 39, ал. 1, т. 5 ЗОП, към които се отнася конкретният казус, предвид бланкетния характер на разпоредбата, посочена като правно основание, от чието наличие се извежда упражненото субективно материално право, е необходимо органът (възложителят) да изложи и фактическите обстоятелства, които е квалифицирал като материалноправни предпоставки, подведени към цитирания законов текст. Посочването на фактически основания позволява да бъде извършена преценка на законосъобразността на упражненото право на едностранно прекратяване на обществената поръчка. Излагането на релевантните факти и обстоятелства от органа е следвало и е извършено при издаване на административния акт, с което е изпълнено изискването за мотивиране при прилагане на бланкетна правна норма като условие за неговата законосъобразност.

В тази връзка възможностите и евентуалните затруднения за финансиране са били известни на възложителя или е било възможно при добра грижа да бъдат предвидени от момента на откриване на процедурата, включително и чрез залагане на изискванията по изпълнението ѝ в полза на възложителя по такъв начин, че да дадат възможност за законосъобразното приключване на процедурата. Във всички случаи затрудненията на възложителя след като законосъобразно е приключила процедурата с класиране на участниците, не трябва необосновано да е във вреда на класирания на първо място участник, за когото е предвидена защитата чрез императивните изисквания по чл. 39 от ЗОП.

Тъй като административното правоотношение се индивидуализира освен със съдържанието и страните си, и с правопораждащия го юридически факт, посочването на фактически основания в акта в конкретната хипотеза позволява да бъде идентифицирана волята на административния орган относно упражненото субективно потестативно право, както и да бъде извършена последваща проверка за съществуването му, т. е. проверка за материалната законосъобразност на акта. Ето защо изводът на КЗК, че възложителят като е обосновал невъзможността за финансиране не е доказал законосъобразността на правните си действия, обективирани в акта, е правилен и следва да бъде споделен.

Възраженията на жалбоподателя по съществото на спора са неоснователни - сочените касационно-отменителни основания не са налице. Напротив - изводите на КЗК са основани върху подробно обсъждане и преценка на всички доказателства като е съобразена спецификата на обществената поръчка и правилно са тълкувани и приложени относимите правни норми от материалния закон, релевантни за правилното прекратяване на процедурата.

Наведените доводи в жалбата в подкрепа на касационните оплаквания са по-скоро по отношение правилното приложение на материалния закон и по съществото си приповтарят доводите и оплакванията в жалбата пред КЗК, които обосновано и правилно са обсъдени, а понастоящем не се подкрепят с доказателства или доводи, които да обосновават наведените отменителни основания.

В хода на тези разсъждения, последица от преценката на доказателствата в съпоставка с наведените в жалбата доводи, Върховният административен съд в настоящия си състав приема, че не са налице

отменителни основания, поради което решението на КЗК като правилно, валидно и допустимо следва да бъде оставено в сила.

При този изход на спора и съобразно чл. 143, ал. 3 АПК пред настоящата инстанция, на ответника Обединение "Капацитет за бъдещето" с участници Софийски университет "Свети Климент Охридски" и "Агенция Стратегма" ООД следва да бъдат присъдени своевременно поисканите в настоящото касационно производство и доказано направени разноски за адвокатска защита и представителство в размер на 1200 лева.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2 АПК във вр. чл. 122е, ал. 2 и 3 от ЗОП, Върховният административен съд - четвърто отделение

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 1688 от 18.12.2013 г. на Комисия за защита на конкуренцията по преписка, вх. № КЗК-1417/27.11.2013 г.

ОСЪЖДА Министерство на образованието и науката, с административен адрес: гр. София, бул. "Княз Александър Дондуков" № 2А, да заплати на Обединение "Капацитет за бъдещето" с участници Софийски университет "Свети Климент Охридски" и "Агенция Стратегма" ООД направените по производството разноски, в размер на 1200 (хиляда и двеста) лева, представляващи разноски правна помощ.

Решението е окончателно.

**Вярно с оригинала,
секретар:**

ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/ Мариника Чернева
ЧЛЕНОВЕ: /п/ Галина Матейска
/п/ Тодор Петков

т.п.

