

РЕШЕНИЕ

№ 6076
София, 22.04.2019

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в съдебно заседание на втори април две хиляди и деветнадесета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ:
ЧЛЕНОВЕ:

НИНА ДОКТОРОВА
РУМЯНА МОНОВА
КРАСИМИР КЪНЧЕВ

при секретар
на прокурора
от съдията
по адм. дело № 1937/2019. 📄

Татяна Щерева
Малина Ачкаканова
РУМЯНА МОНОВА

и с участието
изслуша докладваното

Производството е по реда на чл.216 от Закона за обществените поръчки/ЗОП/ вр. с чл.208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по две касационни жалби:

1. Първата е подадена от ДЗЗД "Чех Груп", гр.Велико Търново, представлявано от Н. Георгиев и процесуален представител срещу решение №55 от 17.01.2019г. на Комисията за защита на конкуренцията/КЗК/ по преписка №КЗК-1016/1034 по описа за 2018г., с което е отхвърлена жалбата на дружеството срещу Решение № Л-4448/18.10.2018 г. на началник отдел „Финансово-ресурсно осигуряване“ на ГД „Изпълнение на наказанията“ за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на хранителни продукти на едро за нуждите на териториалните служби на ГДИН за период от 48 месеца“. Твърди, че решението на КЗК е неправилно поради нарушение на материалния закон, съществено нарушение на процесуалните правила и необоснованост. Развива подробни доводи в касационната жалба и иска да се отмени посоченото решение на КЗК и да присъдят разноските за настоящето производство.

2. Втората е подадена от ЕТ "Фантастика 95-Г. Цанков",

представявано от управителя Г. Цанков и процесуален представител срещу същото решение на КЗК №55 от 17.01.2019г. на Комисията за защита на конкуренцията/КЗК/ по преписка №КЗК-1016/1034 по описа за 2018г., с което е отхвърлена жалбата на търговеца срещу Решение № Л-4448/18.10.2018 г. на началник отдел „Финансово-ресурсно осигуряване“ на ГД „Изпълнение на наказанията“ за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на хранителни продукти на едро за нуждите на териториалните служби на ГДИН за период от 48 месеца“. Посочва се неправилност на решението на КЗК като постановено в нарушение на материалния закон и необоснованост. Излагат се подробни доводи в касационната жалба. Искане за отмяна на решението на КЗК и присъждане на разноските за тази инстанция.

Главен директор на ГД "Изпълнение на наказанията" оспорва жалбата на ДЗЗД "Чех Груп" с подробно становище от 15.03.2019г., представено по делото. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение за тази инстанция.

Представителят на Върховна административна прокуратура дава заключение за неоснователност и на двете жалби. Върховен административен съд, четвърто отделение като взе предвид разпоредбата на чл.218 и сл. от АПК, приема за установено следното:

1. Първата касационната жалба е допустима като подадена в срок и от надлежна страна, разгледана по същество е неоснователна. За да остави без уважение жалбата на ДЗЗД „Чех груп“ срещу Решение № Л-4448/18.10.2018 г. на началник отдел „Финансово-ресурсно осигуряване“ на ГД „Изпълнение на наказанията“ за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на хранителни продукти на едро за нуждите на териториалните служби на ГДИН за период от 48 месеца“, КЗК е приела оплакванията в жалбата за неоснователни. Решението е правилно.

Съгласно чл. 63, ал. 1 от ЗОП възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че участниците разполагат с необходимите ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Съгласно чл. 63, ал. 1, т. 10 от ЗОП възложителят може да изисква от участника да прилага системи за управление на качеството, а в ал. 3 е записано,

че възложителят може да проверява техническите способности на участника и възможностите за осигуряване на качеството. В случая се касае за доставка на хранителни продукти на едро и в съответствие с чл. 64, ал. 1, т. 10, и ал. 3 възложителят е включил като изискване от участника да има внедрена система за управление на безопасността на храните по стандарт EN ISO 22000:2005 или еквивалент с обхват предмета на поръчката – доставка на хранителни продукти. Видно от начина на изписване на поставения критерий за подбор, с посочването на оспорвания стандарт изрично е добавен и изразът „или еквивалент“, с оглед на което е несъстоятелен доводът на жалбоподателя, че посредством същия се изисква неотменно съответствие единствено със стандарт EN ISO 22000:2005. Като допълнение към изложеното следва да се поясни обстоятелството, че предметът на поръчката е доставка на хранителни продукти, поради което е обосновано правото на възложителя да поиска от участниците да докажат прилагането на система за управление на безопасността им, наред с прилагането на система за управление на качеството, още повече, че адресатите на доставките на хранителните продукти, при наличие на определено неизпълнение или некачествено осъществяване на предмета на поръчка, нямат алтернативна възможност за осигуряване на прехрана. В случая предметът на поръчката попада в обхвата на Закона за храните - чл.1, ал.1 от него. Разпоредбата на чл. 18, ал. 1 задължава търговците на храни да внедряват, прилагат и поддържат система за управление на безопасността на храните или система за анализ на опасностите в критични контролни точки. Понятието „система за управление на безопасността на храните“ е легално дефинирано в § 1, т. 56 от ДР на ЗХ и включва съответствие на изискванията на БДС ISO 22 000. Стандартът е приложим за всички организации, които произвеждат или търгуват с храни и които желаят да внедрят системи, гарантиращи постоянно предоставяне на безопасни продукти. При наличието на специалната уредба на предмета на доставката, оспореното изискване на възложителя по никакъв начин не е налице противоречие със ЗОП за установяване техническите способности на участниците в процедурата.

Само за пълнота на изложението, по тези напълно аналогични оплаквания, ВАС вече е имал възможността да вземе становище с

решени №14435 от 28.11.2017г., постановено по адм.дело №9331 по описа за 2017г. на Върховен административен съд. Съобразно утвърдената с решението за откриване документация за участие в процедурата, за удостоверяване на технически и професионални способности се изисква участникът да е изпълнил минимум 1 (една) доставка с предмет и обем, идентичен или сходен с този на поръчката, за последните три години от датата на подаване на офертата. Уточнено е, че под сходен предмет се разбира „доставка на хранителни продукти на едро като тези, включени в предмета на обществената поръчка“, а под сходен обем се разбира „обем, съответстващ на една втора от прогнозните количества на хранителните продукти, съгласно количествата, посочени в описанието на обществената поръчка“. С Разяснение № 10888/05.11.2018 г. възложителят е предоставил конкретен отговор на поставен въпрос във връзка с така заложения критерий за подбор, като посредством него не е променил или допълнил последния. Уточнил е, че доставката следва да включва „хранителни продукти от всички хранителни групи, включени в предмета на поръчката“, което съответства на предоставената в документацията за участие дефиниция на сходен предмет и по-конкретно на израза „като тези, включени в предмета на поръчката“. Изложеното се отнася и до обема на извършената доставка. Тълкуването на жалбоподателя не кореспондира с изискването на възложителя. Доколкото в първоначално зададените условия за специфичен опит, е заложено минимум една доставка, с даденото разяснение за една или повече доставки възложителят не е внесъл изменения в първоначално зададената информация. Колкото до направеното уточнение „Забележка: Всички количества на хранителни продукти от документацията за обществената поръчка, посочени в литри, бройки и кутии са приравнени на килограм“, същото е направено с цел предоставяне на конкретен отговор на поставен въпрос с цел улесняване на участниците при изготвяне на офертите и не внася изменения в съдържащите се в документацията за участие прогнозни количества, както и не залага допълнителни изисквания към потенциалните участници в процедурата. Възложителят е предоставил изчерпателен отговор при спазване изискванията на закона.

Предлагането на ефективни мерки за недопускане на риска, не могат да гарантират напълно, че разглежданият риск няма да настъпи, което предполага и предлагане на мерки за преодоляване на негативните последици от настъпването му. Именно и в този смисъл е съдържаща се дефиниция на „ефективни мерки“ в документацията (т. 3.3.3 от фактичката обстановка). Неоснователно е твърдението за извършено нарушение на чл. 49, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП при изготвяне на техническата спецификация за хранителен продукт хляб „Добруджа“ и хляб „Типов“. В конкретния случай не е налице нарушаване на законови разпоредби, доколкото по отношение на хранителните продукти хляб „Добруджа“ и хляб „Типов“ е споменат типа брашно, посредством посочването на неговия цифров код. Типът брашно се обуславя от различното пепелно съдържание - процентът пепел, който остава след изпичане на брашното. Той се представя, като код, имащ различни цифрови стойности в различните държави. Това обяснява изписването на кода в техническата спецификация (напр. – брашно „тип 500“ е бяло пшенично брашно, а брашно „тип 1150“ е типово пшенично брашно и тези брашна притежават определени хранителни свойства и различно пепелно съдържание). В този смисъл, посочването на конкретния тип брашно, без по отношение на него да бъде употребен изразът „или еквивалентен“, по никакъв начин не нарушава принципите на конкуренция или равнопоставеност на участниците. По отношение на твърдението, че в документацията за участие при залагане на изискването „Транспортирането на продуктите от животински произход да се извърши с транспортни средства, регистрирани за превоз на храни, съгласно изискванията на чл. 245 и чл. 246 от ЗВМД“ възложителят не е съобразил, че Законът за ветеринарномедицинската дейност има още две изменения, които засягат чл. 246, следва да се посочи, че действително при цитиране на ЗВМД като последна редакция е посочено ДВ, бр. 58/18.07.2017 г. Изложеното обаче не накърнява правата и интересите на потенциалните участници в процедурата, нито води до незаконосъобразни изисквания в документацията. С последващите изменения и допълнения на чл. 246 от ЗВМД (ДВ. Бр. 17/2018 г. в сила от 23.02.2018 г.) се внася единствено изменение и допълнение в начина на подаване на заявлението за регистрация, което няма отношение към поставеното минимално изискване за наличие на

регистрация на транспортните средства в ОДБХ. Неоснователно е твърдението в жалбата за неяснота относно заложения в раздел III от документацията срок за изпълнение на доставките и графика за периодичност на доставките. Съобразно раздел III „Доставките ще се извършват не по-късно от един работен дни от получаване на заявката от упълномощеното от възложителя лице“, като доколкото липсва допълнителна конкретизация следва, че срокът за доставка тече от деня следващ денят на събитието - получаването на заявката съобразно чл. 72 от ЗЗД. В случая не е налице неяснота във волята на възложителя относно срока за доставка, като наличието на разминаване при изписването на „1 (един) работен“ и „дни“ по своя характер съставлява техническа грешка. Периодичността на доставките за различните хранителни продукти, както е определена не противоречи и не изключва необходимостта от предварителна заявка и срок за нейното изпълнение. Периодичността указва честотата на доставките – веднъж седмично, два пъти седмично, два пъти месечно и т.н. и има информативен характер за потенциалните участници в процедурата. Но посредством заявката се конкретизират видовете и количествата на необходимите хранителни продукти, които следва да се доставят в срок от един работен ден от нейното получаване при спазване на съдържащата се в графика периодичност. В тази връзка е неоснователно е и твърдението за противоречие между чл. 5, ал. 5 от проекта на договор и раздел III „Срок на изпълнение на доставките“ от документацията. От тълкуването на цитирания текст от чл. 5, ал. 5 на проекта на договора за обществената поръчка се установява, че за възложителя е налице забрана да прави промени в заявката 24 часа преди самата доставката, т.е. задължението в конкретния случай не обвързва дадения участник в обществената поръчка – потенциален изпълнител, а възложителя.

По отношение на твърдяната неяснота относно заплащането на извършените доставки, с оглед чл. 3, ал. 1 и ал. 2 от проекта на договор, следва да се вземе предвид, че съгласно чл. 231, ал. 1 от ЗОП възложителите са длъжни да прилагат стандартизираните изисквания и документи, публикувани от АОП, като същите могат да не прилагат цитираното изискване, когато това произтича от естеството на поръчката, но са длъжни да посочат писмени мотиви,

които се прилагат към досието на обществената поръчка (ал.2). При извършена служебно проверка на интернет страницата на Агенцията за обществени поръчки, КЗК установи, че на същата са публикувани одобрени от министъра на финансите стандартизирани образци на договори и специализирани клаузи към договори за възлагане на обществени поръчки за някои често възлагани доставки и услуги, в това число и договор за доставка на хранителни продукти. Образците са задължителни за прилагане от възложителите, с изключение на случаите по чл. 231, ал. 5 от ЗОП. От Стандартизирания образец на договор за доставка на храни, публикуван в АОП, може да се заключи, че плащането ще се извършва в 30-дневен срок от кумулативното представяне на двустранно подписан документ, удостоверяващ приемането на стоката и фактурата в счетоводството на съответната териториална служба. Двустранно подписаният документ може да е протокол за доставка, търговски документ, стокова разписка или друг съотносителен документ.

Неоснователно е и твърдяното относно заложеното в чл. 11, (1.1) частично освобождаване на гаранцията в проекта на договор. По смисъла на чл. 231, ал. 1 от ЗОП възложителите са длъжни да прилагат стандартизираните изисквания и документи, публикувани от АОП. Оспорваната е включена в стандартизирания образец на договора, публикуван от АОП, който е задължителен за прилагане от възложителите. Също така клаузата е в унисон с разпоредбата на чл. 111, ал. 10 от ЗОП, съгласно която когато договорът за обществена поръчка се изпълнява на етапи, възложителят включва в проекта на договор клауза за частично освобождаване на гаранциите, съответно на изпълнената част от предмета на обществената поръчка. Относно удостоверяването на съответствието на чуждестранни лица със заложения критерий за подбор „Годност за упражняване на професионална дейност“. Съобразно чл. 12, ал. 1 от Закона за храните, производство и търговия с храни в страната се извършва само в обекти, регистрирани по реда на закона, които отговарят на определени условия. С оглед разпоредбата на чл. 60, ал. 1 от ЗОП на етап подаване на оферти възложителят е допуснал възможността чуждестранните икономически оператори да могат да са вписани в аналогични регистри, съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени, като в част „Доказване“ възложителят

изрично е записал, че за доказване на съответствието с това изискване участникът, определен за изпълнител, представя заверено копие на Удостоверение за регистрация по чл. 12 от Закона за храните. Също така изрично е конкретизирано, че на основание чл. 112, ал. 1, т. 4 от ЗОП чуждестранните лица представят удостоверение за регистриран обект по чл. 12 от ЗХ за съответните групи храни преди сключване на договор за обществена поръчка. Възложителят е предвидил изисквания в съответствие с разпоредбите на ЗОП, като същевременно са спазени специфичните изисквания на законодателството в сферата на храните и по-конкретно чл. 12 от Закона за храните. Неоснователни е оплакването за изискването за минимум десет броя транспортни средства за доставка на хранителните продукти от неживотински продукти, както и шест броя специализирани транспортни средства, регистрирани за превоз на храни, съобразно изискванията на чл. 246, ал. 1 от ЗВМД, накърнява интересите на чуждестранните участници, доколкото налага последните да регистрират транспортни средства по реда на ЗВМД преди да знаят дали ще спечелят поръчката. В конкретния случай, при залагане на оспорваните критерии за подбор, възложителят е използвал израза „да разполага“, т.е. не е поставил изискване потенциалният участник в процедурата да е собственик на специализираните транспортни средства. Напротив, за потенциалните участници в процедурата, включително и за чуждестранните такива е налице възможността да използват собствени, наети или на разположение на друго правно основание специализирани транспортни средства, регистрирани за превоз на храни, съобразно законовите изисквания, които обаче трябва да са на тяхно разположение. Същевременно, за всеки един участник в процедурата, независимо от неговата националност, е налице правната възможност да използва и капацитета на трети лица, независимо от правната връзка между тях, по отношение на доказване на съответствие с критериите, свързани с икономическото и финансовото състояние, техническите способности и професионалната компетентност.

2. Втората касационна жалба е допустима като подадена в срок и от надлежна страна, разгледана по същество е неоснователна. За да отхвърли жалбата на ЕТ „Фантастика-Г. Цанков“КЗК е приела, че

са неоснователни твърденията за немотивираност на решението за откриване на процедурата във връзка с неразделянето му на отделни позиции.

Разпоредбата на чл. 46, ал. 1 от ЗОП предвижда, че когато възложителят реши, че не е целесъобразно разделянето на обществената поръчка на обособени позиции, в решението за откриване на процедурата възложителят посочва причините за това. Съгласно чл. 196, ал. 2 от ЗОП не подлежат на обжалване решенията за откриване на обществената поръчка в частта, относно мотивите за невъзможността за разделяне предмета на поръчката на обособени позиции. Следователно, решението за разделяне на поръчката на позиции е решение по целесъобразност, което не подлежи на контрол за законосъобразност в производство пред КЗК. Единственото изискване, което следва да спази възложителят е да изложи причините и да се мотивира защо предметът на поръчката да не се разделя на отделни обособени позиции. В конкретния случай предмет на поръчката е доставка на хранителни продукти на едро за нуждите на териториалните служби на ГДИН за период от 48 месеца. На доставка подлежат 72 вида хранителни продукти, като в раздел IV.6 от решението за откриване са изложени мотиви във връзка с неразделянето на обществената поръчка на обособени позиции в съответствие с чл. 46, ал. 1 от ЗОП. В случая възложителят е мотивирал решението си с обстоятелството, че всички стоки, обект на доставка, са необходими на възложителя за приготвяне на храна за нуждите на лишените от свобода лица, като разделянето на поръчката на позиции ще създаде реален риск от сключване на договор за възлагане само за някои от хранителните продукти, което поради еднаквото предназначение на всички стоки – за приготвяне на готова храна, ще доведе до невъзможност да се организира пълноценно хранене в посочените места за лишаване на свобода. Задължението да се осигурява издръжката на лицата, лишени от свобода, като това предопределя и нуждата ѝ от непрекъсваеми доставки на разнообразни хранителни продукти, необходими за изхранването на тези лица.

Решението на КЗК в тази част е правилно. Не са допуснати твърдяните от касатора нарушения на материалния закон и е налице обосноваване на акта на КЗК. Пред настоящата инстанция се повтарят оплакванията,

които вече са били разгледани подробно от КЗК и на които е отговорено и се споделят от настоящия състав. Решението на възложителя е мотивирано по отношение разделянето на предмета на отделни позиции и не следва да бъде отменено на това основание. Актът на КЗК следва да бъде оставен в сила. На ГД "Изпълнение на наказанията" се следват разноски юристконсултско възнаграждение за всеки касатора следва да заплати по 100 лв. По изложените съображения и на основание чл.221 ал.2 от АПК, Върховен административен съд, четвърто отделение

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА решение №55 от 17.01.2019г. на Комисията за защита на конкуренцията/КЗК/ по преписка №КЗК-1016/1034 по описа за 2018г.

ОСЪЖДА ДЗЗД "Чех Груп", гр.Велико Търново, представлявано от Н. Георгиев И ЕТ "Фантастика 95-Г. Цанков", представлявано от управителя Г. Цанков ДА ЗАПЛАТИ на ГД "Изпълнение на наказанията" разноски за тази инстанция всеки по 100 лв., представляващи юристконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО не подлежи на обжалване.