

**Решение № 3891 от 05.04.2016 г. по адм. д. № 2296/2016 на Върховния
административен съд**

Чл. 122е, ал. 1 ЗОП

Чл. 57, ал. 1 ЗОП

Чл. 57, ал. 2 ЗОП

Чл. 57, ал. 2, т. 3 ЗОП

Чл. 68, ал. 4 ЗОП

Чл. 68, ал. 5 ЗОП

Чл. 69, ал. 1, т. 4 ЗОП

Чл. 73, ал. 1 ЗОП

Чл. 73, ал. 2 ЗОП

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в съдебно заседание на двадесет и втори март в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: МАРИНИКА ЧЕРНЕВА

ЧЛЕНОВЕ: АДЕЛИНА КОВАЧЕВА

БИСЕРКА ЦАНЕВА и с участието на прокурора Никола Невенчин изслуша докладваното от председателя МАРИНИКА ЧЕРНЕВА по адм. дело № 2296/2016.

Производството е по чл.122е, ал.1 от ЗОП.

Образувано е жалба, подадена от „Салко” ООД, гр. Кърджали, представлявано от управителя Сали Касим Местан против Решение № 17/20.01.2016 год., постановено по преписка № КЗК–694/09.12.2015 год. на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК), с което е оставена без уважение жалбата на дружеството против жалба с вх. № ВХР-2023/03.12.2015 год. подадена от „Салко” ООД срещу Решение № 789/25.11.2015 год. на директора на Държавна психиатрична болница /ДПБ/ - Кърджали за класиране и определяне на изпълнител по обществена поръчка с предмет: „Доставка на хранителни продукти по обособени позиции за нуждите на ДПБ – Кърджали”, с което жалбоподателят е отстранен от участие, на основание чл.69, ал.1, т.4 от ЗОП, тъй като офертата му по обособени позиции от № 1 до 8 включително не отговаряла на изискванията на чл.57 ал.2 от ЗОП. В жалбата са развити доводи за неправилност и необоснованост на изводите на КЗК, съответно за неправилно приложение на материалния закон, като се иска отмяна на решението и съдът да даде задължителни указания за връщане на преписката на органа, за продължаване на процедурата за възлагане на процесната обществена поръчка от последното законосъобразно действие. Сочи се, че КЗК безкритично е възприела констатациите на конкурсната комисия за прозрачност на пликите, което е нарушение на чл.57, ал.2, т.3 от ЗОП. Представените пликове са били изработени от плътна бяла хартия, предлагани в търговската мрежа. Приемайки обратното, КЗК е формирала грешен фактически извод, довел и до неправилно приложение на закона - чл.69, ал.1, т.4, във вр. с чл.57, ал.2, т.3 от ЗОП.

Ответната КЗК не взема становище по жалбата.

Ответникът - "държавна психиатрична болница" Кърджали, представлявана от директора д-р Белин Илчев, също не изразява становище по жалбата.

Заинтересованата страна – ЕТ "Роси – Роса Овчарова", гр. София, представлявано от Роса Асенова Овчарова, чрез юрисконсулт Овчарова изразява становище за оспорване на жалбата и претендира потвърждаване на решението на КЗК.

Върховният административен съд, в настоящия състав на четвърто отделение, след като прецени данните по делото, приема за установено следното:

Жалбата е подадена от надлежна страна и в срока по чл.122е, ал.1 от ЗОП, поради което е процесуално допустима. Разгледана по същество е неоснователна.

Производството пред КЗК е по реда на чл.120 и сл. от ЗОП. Образувано е по жалба, подадена от настоящия жалбоподател, против решението на възложителя за класиране на участниците и определяне на изпълнител в проведената процедура за възлагане на обществена поръчка, с цитирания по-горе предмет, с което жалбоподателят е отстранен от участие по обособени позиции от № 1 до 8 включително. Твърденията в жалбата са били, че решението е незаконосъобразно и участникът неправилно е отстранен, тъй като пликите са били бели, плътни, непрозрачни и запечатани. Поставянето на цената в непрозрачен плик има за цел да се гарантира невъзможността предложението да се прочете от комисията преди оценката по другите показатели.

От писмените доказателства в приложената административна преписка, КЗК е приела за установено, че процедурата за възлагане на процесната обществена поръчка е открита с Решение № 559 от 20.07.2015 год. на възложителя с предмет: „Доставка на хранителни продукти по обособени позиции за нуждите на ДПБ – Кърджали”. С Решението за откриване на процедурата са били одобрени обявлението и документацията за участие в процедурата. В „Съдържание на офертата” от документацията за участие е било посочено, че офертата се състои от три части поставени в три отделни плика: Плик №1 с надпис „Документи за подбор”, в който се поставят документите отнасящи се до критериите за подбор на участниците или кандидатите; Плик №2 с надпис „Предложение за изпълнение на поръчката”, в който се поставят документите, свързани с изпълнението на поръчката, съобразно избора от възложителя критерии и посочените в документацията изисквания; Плик №3 с надпис „Предлагана цена”, който съдържа ценовото предложение на участника. Когато участник подава оферта за повече от една обособена позиция, пликите № 2 и № 3 се представят за всяка от позициите по отделно / ако участник участва по три обособени позиции ще представи плик № 1 – 1 брой, плик № 2 – 3 броя и плик № 3 – 3 броя - за всяка обособена позиция поотделно/. Пликите № 2 - „Предложение за изпълнение на поръчката” и Плик № 3 - „Предлагана цена”, когато са повече от един не се поставят в общи пликите, а се поставят в насипно състояние в общия плик.

В протокол № 1 на назначената по процедурата комисията от заседание проведено на 18.08.2015 год. са били извършени действията по реда на чл.68, ал.4 и 5 от ЗОП. В т.4 от протокола по отношение на офертата на „Салко” ООД, Кърджали е било констатирано, че офертата съдържа един прозрачен, запечатан плик – плик № 1 „Документи за подбор”, осем прозрачни, запечатани пликите - плик № 2 „Предложение за изпълнение на поръчката” и осем прозрачни, запечатани пликите - плик № 3 „Предлагана цена”. Всички членове на комисията са положили подписите си върху Пликите № 3 „Предлагана цена”, № 2 „Предложение за изпълнение на поръчката” и № 1 „Документи за подбор“ на този участник. Представителите на ЕТ „Роси – Роса Овчарова”, гр. Кърджали и „Хлебопроизводство – Кърджали” ООД са подписали само Пликите № 3 „Предлагана цена”. Пликите с надпис: „Предложение за изпълнение на поръчката” и „Документи за подбор“ не са били отворени, респ. документите в тях са били оставени без по-нататъшно разглеждане, тъй като представянето на прозрачни пликите се явява пряко нарушение на задължителните изисквания на чл.57, ал.2 на ЗОП относно физическия показател „прозрачност“ на пликите от офертата по смисъла на чл.57, ал.1 на ЗОП. Поради установеното на основание чл.69, ал.1, т.4 от ЗОП комисията е взела решение за отстраняване от процедурата участника „Салко” ООД,

Кърджали, който е представил оферта, която не отговаря на изискванията на чл.57, ал.2 на ЗОП.

Работата на назначената по процедурата комисия е завършила с Протокол № 4. В т. IV от документа е посочено, че сравнението и оценката на ценовите оферти и общата оценка на допуснатите до оценка на ценовите оферти участници е извършено съгласно утвърдената методика за оценка по обща стойност на обособените позиции и отразено в Приложение № 2, което е приложено към протокола и е неразделна част от него.

От въпросното приложение № 2 става ясно, че по всички осем обособени позиции на първо място е класиран участника ЕТ „Роси – Роса Овчарова”. В края протокола се съдържа утвърждаване от възложителя като посочената дата е 24.11.2015 год.

С Решение № 789/25.11.2015 год., на основание чл.73, ал.1 и ал.2 от ЗОП и отразените резултати в протоколите на комисията, назначена със Заповед № 602 от 18.08.2015 год. на Директора на ДПБ-Кърджали е обявено класирането по процедурата. В т. III от решението са посочени отстранените участници: „Салко” ЕООД, Кърджали - на основание чл.69, ал.1, т.4 от ЗОП. Мотивите за отстраняване са свързани с обстоятелството, че участникът е представил оферта, която съдържа: един прозрачен, запечатан плик – плик №1 „Документи за подбор”, осем прозрачни, запечатани пликове - плик №2 „Предложение за изпълнение на поръчката” и осем прозрачни, запечатани пликове - плик №3 „Предлагана цена”. Представянето на прозрачни пликове се явява пряко нарушение на задължителните изисквания на чл.57, ал.2 от ЗОП относно физическия показател „прозрачност“ на пликите от офертата по смисъла на чл. 57, ал. 1 от ЗОП;

Жалбоподателят е оспорил издаденото Решение № 789/25.11.2015 год. пред КЗК, която е постановила атакуваното пред настоящата инстанция решение, с което е потвърдила, че жалбоподателят „Салко” ООД е отстранен от по-нататъшно участие в процедурата на основание чл.69, ал.1, т.4 от ЗОП.

Пред настоящата инстанция дружеството отново излага същите твърдения в касационната си жалба, подобни на тези, изложени пред КЗК. Разпоредбата на чл.69, ал.1, т.4 ЗОП е самостоятелно основание за отстраняване на оферта, която не отговаря на изискванията на чл.57, ал.2 ЗОП. Анализът на тази норма показва, че на отстраняване подлежи оферта, която не съдържа три отделни запечатани, непрозрачни и надписани плика: плик № 1 с надпис „Документи за подбор”; плик № 2 с надпис „Предложение за изпълнение на поръчката” и плик № 3 с надпис „Предлагана цена” с ценовото предложение на участника, като за всеки е определено съдържанието на документите, които се поставят в тях. Нарушение на императивното изискване на закона е налице и в хипотеза, при която участникът при представяне на офертата е представил запечатани прозрачни които и да е от съответните плик № 1, 2 и 3, доколкото по този начин е създал предпоставки за узнаване на съответните документи на етап, предхождащ отварянето на съответната част от офертата. В случая неспазването на разпоредбата по отношение на прозрачността на пликите е съществено и поради това, че по отношение на плик № 3 законодателната воля е да се препятства и най-малката възможност за предварително узнаване на съдържанието на цялото или на части от ценовото предложение на даден участник, което би могло да повлияе върху класирането на участниците, като цяло. В тази връзка, по смисъла на текста на чл.57, ал.2 от ЗОП, за да бъде отстранен участник от по-нататъшно участие в процедурата е достатъчно пликите да позволяват разпознаването на графични знаци, като не е задължително да бъде прочетено точно съдържанието се в тях. В случая се касае до формално нарушение на материалния закон от страна на съответния участник,

което от своя страна е съществено, доколкото представлява самостоятелно основание за отстраняване от процедурата по смисъла на чл.69, ал.1 т.4 от ЗОП. Следва да се изтъкне, че непрозрачен, по смисъла на чл.57, ал.2 от ЗОП е този плик, който при нормални условия и употреба не позволява през него да прозират графични знаци, които могат да бъдат прочетени и евентуално да се стигне до предварително узнаване на неговото съдържание. Възможността да бъдат визуализирани графични знаци, при обичайни условия, без пликът да бъде излаган на пряка светлина, е достатъчна предпоставка, за да се приеме, че е нарушено императивното изискване за непрозрачност. С оглед на това, подадените прозрачни плика, съответно № 1 и 3, нарушават императивните изисквания на чл.57, ал.2 от ЗОП, поради което участникът законосъобразно е отстранен от участие в процедурата. По отношение на плик № 2 не е налице прозрачност, но това обстоятелство само по себе си не може да санира допуснатото от участника нарушение на чл.57, ал.2 от ЗОП. Чисто хронологично действията по реда на чл.68, ал.4 от ЗОП предвиждат задължението на комисията да отвори офертите по реда на тяхното постъпване, като в този момент се извършва и подписването на плик № 3 от страна на членовете на комисията и конкурентен участник. От съдържанието на протокола е видно, че при отварянето на офертите комисията правилно е констатирала, че представените пликове № 3 на участника „Салко” ООД са прозрачни, и направената в последствие неправилна констатация за прозрачност на плик № 2 е несъществена, доколкото от една страна вече е установен порок на плик № 3 и от друга е налице прозрачен плик № 1.

От съдържанието на Протокол № 4 е видно, че работата на назначената по процедурата комисия е приключила на 24.11.2015 год. Възложителят е одобрил протокола и е издал мотивирано решение за класиране на участниците на 25.11.2015 год., поради което следва да се заключи, че нормативно установения 5 –дневен срок заложен в нормата на чл.73, ал.1 от ЗОП е спазен.

Така постановеното решение е правилно и следва да бъде потвърдено.

Понастоящем в жалбата се повдига същото оплакване, което вече е разгледано от КЗК, сега под формата на възражения за необоснованост на изводите на комисията. Възражава се, че КЗК изцяло е възприела констатациите на конкурсната комисия, които са неправилни, тъй като в протокола не е отразено какво се вижда през плика, от което може да се узнае съдържанието на офертата.

Възражението не може да бъде възприето. В протокола на конкурсната комисия е отразена констатация, че пликът е прозрачен, което е напълно достатъчно. Нормата на чл.57, ал.2, т.3 от ЗОП не е резултативна и не изисква да е настъпил резултата - узнаване на част или цялото съдържание на офертата, за да се приеме, че е налице нарушение. Достатъчно е да съществува възможността за узнаване на съдържанието на цялото или части от ценовото предложение. Без всякакво значение е дали комисията или друг участник са обективирали по някакъв начин узнаването и узнатата информация или са злоупотребили с нея. Що се касае до самата констатация за прозрачността на плика, фактът следва да се приеме за установен. Протоколът на конкурсната комисия по своето съдържание е официален свидетелстващ документ, който не е оспорен от жалбоподателя. Същият се ползва с материална доказателствена сила. Освен това, от приложените по делото документи на жалбоподателя се установява, че през пликовете без всякакво усилие може да се прочете съдържанието на една от страниците на количествено-стойностната сметка, по образца в табличен вид, в която са посочени и стойности на работите. Налице е нарушение на чл.57, ал.2, т.3 от ЗОП и извод в тази връзка както на административния орган, така и на КЗК е напълно обоснован, с оглед данните по делото, съответно правилно е приложен и законът.

Несъстоятелно е възражението, че пликът е изработен от плътна бяла хартия, като в търговската мрежа не се предлагат други по-плътни пликове. Не могат да се вземат предвид субективните причини, довели до ненамиране на непрозрачен плик в търговската мрежа. Освен това недоказано е както твърдението, че на пазара не се предлагат други непрозрачни пликове, така и това, че и други участници са използвали идентични пликове за ценовите си предложения, но не са отстранени.

Не са налице сочените в жалбата нарушения и решението като правилно и законосъобразно следва да бъде потвърдено.

По изложените съображения, Върховният административен съд, четвърто отделение **РЕШИ:**

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 17/20.01.2016 год., постановено по преписка № КЗК–694/09.12.2015 год. на Комисията за защита на конкуренцията.