

РЕШЕНИЕ

№ 1761

гр. София, 14.03.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 25 състав,
в публично заседание на 19.11.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Боряна Петкова

при участието на секретаря Мая Миланова и при участието на прокурора Димитров, като разгледа дело номер **7587** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на глава единадесета от Административно-процесуалния кодекс (АПК) във вр. с чл.122л от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

Ищецът [фирма], ЕИК[ЕИК], представляван от Т. Б. - член на Съвета на директорите, моли съда да постанови решение, с което ответникът МИНИСТЕРСТВО НА ЗДРАВЕОПАЗВАНЕТО да бъде осъден да му заплати сумата 280767.64 лева - обезщетение за имуществени вреди, претърпени вследствие на нарушения при провеждане на процедура и сключване на договор за обществена поръчка, от които:

- 10366.78 лева, представляващи разходи за участие в процедурата по възлагане на обществена поръчка и разходи по оспорване на решенията на министъра на здравеопазването пред Комисията за защита на конкуренцията (К.) и

- 270400.86 лева пропуснати ползи от неключени договори за позициите, за които дружеството е предложило най-ниската цена, в сравнение с другите допуснати до класиране участници, подали оферти за същите позиции, ведно с дължимите лихви от датата на пораждане на задължението до подаване на исковата молба и лихвите до окончателно изплащане на задължението. Претендира да му бъдат възстановени направените разноски по водене на делото пред настоящата инстанция, съгласно приложен списък.

Ответникът – МИНИСТЕРСТВО НА ЗДРАВЕОПАЗВАНЕТО (МЗ), представлявано от министъра, ОСПОРВА иска изцяло, по основание и размер и моли съда да го остави без уважение. Представя писмени бележки по същество на спора. Не

претендира за разноски.

Прокуратурата на РБългария, представлявана от прокурор Димитров от Софийска градска прокуратура (СПП), дава заключение за основателност на иска в предявения размер.

СЪДЪТ, след като обсъди доводите на страните и събраните доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

С Решение №РД-17-742/22.11.2006г. министърът на здравеопазването е открил процедура за възлагане на обществена поръчка за доставка на лекарства по Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредба №34/25.11.2005г. за реда за заплащане от републиканския бюджет на лечението на български граждани за заболявания извън обхвата на задължителното здравно осигуряване за 2007г. (Наредба №34/2005г., л.13-16). На основание чл.28 ЗОП министърът е одобрил и документацията за участие в откритата процедура за възлагане на обществена поръчка (л.10-12), в т.ч.: Обявление за обществена поръчка; Предмет на поръчката – количествена спецификация, крайни получатели, общи условия; Техническа спецификация; Образец на оферта с указания за подготовката ѝ; Проект за договор за възлагане на обществена поръчка и Типови образци на декларации (л.17-70).

В тази процедура ищецът [фирма] е подал три оферти съответно с № 26-01-420/28.12.2006г., № 26-01-454/28.12.2006г. и №26-01-457/28.12.2006г., за доставка на лекарства по обособени позиции, сред които и процесните 3.2., 8.17., 8.18., 8.61. и 8.72.

На свое заседание, проведено на 11.01.2007г., комисията по провеждане на процедурата за възлагане на обществената поръчка е взела решение за отстраняване на [фирма] от участие, на основание чл.69, ал.1, т.1 и т.3 ЗОП (л.71-93).

С Решения №РД-17-27/12.01.2007г. (л.94,95), №РД-17-21/12.01.2007г. (л.108,109), №РД-17-23/12.01.2007г. (л.106,107), №РД-17-31/12.01.2007г. (л.100,101) и №РД-17-29/12.01.2007г. (л.104,105) министърът на здравеопазването е определил класираните на първо място кандидати по позиции съответно 3.2., 8.17., 8.18., 8.61. и 8.72 и е обявил „Търговска лига национален аптекен център” за отстранен участник.

С Решение №140/08.03.2007г. (л.112-120) Комисията за защита на конкуренцията (К.) е отменила Решение №РД-17-27/12.01.2007г. и е установила nezakoносъобразност на останалите Решения №РД-17-21/12.01.2007г., №РД-17-23/12.01.2007г., №РД-17-31/12.01.2007г. и №РД-17-29/12.01.2007г. с които министърът на здравеопазването е обявил класирането и е определил изпълнителите на обществена поръчка с предмет: Доставка на лекарства по Приложение №1 към чл.2, ал.1 на Наредба №34/2005г. Актът на К. е потвърден с Решение №7784/10.07.2007г. на Върховния административен съд, състав на Четвърто отделение по адм. дело №3541/2007г.

За установяване на релевантни за спора факти по делото са приети относими писмени доказателства, които ще бъдат коментирани при формиране на правните изводи: Договор за доставка на лекарства № РД-17-206/20.02.2007г. (л.126-136); Договор за доставка на лекарства № РД-17-113/02.02.2007г. (л.137-151); Договор за доставка на лекарства № РД-17-221/01.03.2007г. (л.152-162); Договор за доставка на лекарства № РД-17-159/12.02.2007г. (л.163-174); Договор за доставка на лекарства № РД-17-200/16.02.2007г. (л.196-136); Договор от 01.03.2006г. за покупко-продажба на лекарствени продукти (л.218-221); Договор №1001/ 01.01.2007г. (л.222-241); Фактура

№731569/1 от 26.01.2007г. (л.242-246); Фактура №2007/994731 от 05.01.2007г. (л.247); Кредитно писмо от 31.07.2007г. (л.248-250); Финансови оферти за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: Доставка на лекарства по Приложение №1 към чл.2, ал.1 на Наредба №34/25.11.2005г. за реда за заплащане от републиканския бюджет на лечението на български граждани за заболявания извън обхвата на задължителното здравно осигуряване за 2007г. (л.294-305); Заявки – разпределение (л.345-380).

За изясняване на делото от фактическа страна е приета съдебно-счетоводна експертиза (ССЕ), както и комплексна съдебно-оценителна експертиза (С.) с основно и допълнително заключение, които не са оспорени от страните и съдът кредитира по делото като обективно и компетентно дадени и които ще обсъди при формиране на правните изводи.

При така установените факти, съдът приема от правна страна следното:

Искът е ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМ за разглеждане в настоящото производство, доколкото се претендира вредите да са настъпили от незаконосъобразни административни актове, който са били отменени по съответния ред с влязло в сила решение на К., а ответникът е пасивно легитимирана страна по претенцията.

Съгласно чл.122л ЗОП (редакцията ДВ, бр.52/2010г.) всяко заинтересовано лице може да претендира обезщетение за вреди, претърпени вследствие на нарушения при провеждане на процедура и сключване на договор за обществена поръчка, при условията на чл.203, ал.1, чл.204, ал.1, ал.3 и ал.4 и чл.205 АПК. В приложимата норма на чл.203, ал.1 АПК изрично е установено, че исковете за обезщетения за вреди, причинени на граждани или юридически лица (ЮЛ) от незаконосъобразни актове, действия или бездействие на административни органи и длъжностни лица, се разглеждат по реда на тази глава. Предвид препратката на чл.203, ал.1 към Глава единадесета на АПК настоящият състав приема, че на основание ал.2 на същата норма за неуредените въпроси на имуществената отговорност следва да се прилагат разпоредбите на Закона за отговорността на държавата и общините за вреди (ЗОДОВ), респективно на гражданските закони (§1 от Заключителните разпоредби на ЗОДОВ). Следователно искът по чл.122л ЗОП във вр. с глава XI АПК е граждански и се основава на фактическия състав на непозволеното увреждане: наличие на незаконосъобразен акт, действия и/или бездействие на административен орган или длъжностно лице; реално причинена вреда с имуществен характер, която от своя страна да е в причинна връзка с незаконосъобразните актове, действия и/или бездействие – т.е. да е тяхна пряка и непосредствена последица.

Настоящият решаващ състав намира за ЧАСТИЧНО ОСНОВАТЕЛЕН иска за обезщетение в размер на 270400.86 лева - пропуснати ползи от неключени договори за позициите, за които дружеството е предложило най-ниската цена.

В процесния случай е безспорно установено наличието на първата предпоставка от фактическия състав на непозволеното увреждане – недействителни административни актове: Решения на министъра на здравеопазването №РД-17-27/12.01.2007г., №РД-17-21/12.01.2007г., №РД-17-23/12.01.2007г., №РД-17-31/12.01.2007г. и №РД-17-29/12.01.2007г., които са били отменени.

ЗОП не дава легално определение на понятието „вреда“, поради което и същото следва да се приема в общия му смисъл на чл.51, ал.1 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД), респективно чл.4 ЗОДОВ, а именно всички претърпени загуби и

пропуснати ползи които са пряка и непосредствена последица от увреждането. В тази връзка неоснователни са доводите на ответника, изложени в писмените му бележки по същество на спора, че отговорността по чл.122л ЗОП изключва репарирание на пропуснати ползи вследствие на нарушения при провеждане на процедура и сключване на договор за обществена поръчка. Подобно тълкуване е необосновано и неподкрепено от правната и житейска логика и би обезсмислило изобщо института на обезвреждането по ЗОП.

Съдът приема разбирането, че пропуснатата полза по смисъла на чл.4 ЗОДОВ във вр. с чл.51, ал.1 ЗЗД, представлява осуетяване на възможността за реално увеличаване на имуществото на едно лице, в резултат от незаконосъобразния акт, действия или бездействие на администрацията. Установяването на размера на вредите съставляващи пропуснати ползи се основава на конкретни факти по делото от които може да се направи логически обоснован извод за предполагаемото развитие на имуществените работи на увреденото лице при нормално развитие на обстоятелствата.

Не е спорно между страните и това се установява от приетите по делото: Документация за участие в открита процедура за възлагане на обществена поръчка; т.IV.2.1. от Обявление за обществена поръчка изх. № 26-02-32/22.11.2006г. и Протокол от 11.01.2007г. на комисията по провеждане на процедурата, че единственият критерий за оценка на офертите за всяка от обособените позиции е „най-ниска цена“.

Безспорно се установява със събраните писмени доказателства и обстоятелството, че Министерството на здравеопазването е сключило договори с класираните на първо място кандидати в процедурата за възлагане на обществена поръчка за доставка на лекарства за 2007г. по позиции 3.2., 8.17., 8.18., 8.61. и 8.72, които договори са били изпълнени.

От приетите по делото Договори за доставка на лекарства за 2007г. се установяват следните релевантни за спора факти: 1) По договор №РД-17-113/ 02.02.2007г. – за обособена позиция 3.2., изпълнителят [фирма] се е задължил за доставя на МЗ лекарствен продукт I. CALCITRIOL (международно, непатентно наименование), (Rocaltrol – търговско наименование, caps. 0.25 mcg x 100) – до 87500 mcg, при цена за 1 mcg – 1.493 лева без данък добавена стойност (ДДС) и цена за една опаковка 37.33 лева без ДДС.; 2) По договор №РД-17-221/ 01.03.2007г. – за обособена позиция 8.17. изпълнителят [фирма] се е задължил за доставя на МЗ лекарствен продукт I. CYPROTERON (Cyproteron Acetate tabl. 50 mg x 100) – до 40000000 mg, при цена за единица лекарствено вещество по I. – 0.0160 лева без ДДС и цена за една опаковка 80.00 лева без ДДС.; 3) По договор №РД-17-206/20.02.2007г. - за обособена позиция 8.18., изпълнителят [фирма] се е задължил за доставя на МЗ лекарство I. CYTARABINE (Alexan 50 mg/ml – 20 ml) – до 8 000 000 mg, при цена за единица лекарствено вещество по I. – 0.0202 лева без ДДС и цена за една опаковка 2.03 лева без ДДС; 4) По договор №РД-17-200/16.02.2007г. – за обособена позиция 8.61., изпълнителят [фирма] се е задължил да доставя на МЗ лекарство I. Аналози на гонадотропин релизинг хормон (Triptorelin Decapeptyl D. 3.75 mg + solv. x 1) – до 135000 D., при цена за единица лекарствено вещество по I. – 4.3332 лева/D. без ДДС и цена за една опаковка 121.33 лева без ДДС; 5) По договор №РД-17-159/12.02.2007г. – за обособена позиция 8.72, изпълнителят [фирма] се е задължил за доставя на МЗ лекарство I. PAMIDRONIC ACID mg (Aredia 30 mg + solv. x 2) – до 56250 mg, при

цена за единица лекарствено вещество по I. – 3.8500 лева без ДДС и цена за една опаковка 231.00 лева без ДДС.

За установяване на твърдените от ищеца факти по делото са приети писмени доказателства - Финансови оферти за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка по процесните позиции 3.2., 8.17., 8.18., 8.61. и 8.72, които не са били оспорени от ответника в дадения с Протоколно определение на съда от 11.02.2010г., срок. Цитираните финансови оферти са частни документи и доколкото тяхната автентичност не е оспорена, последните се ползват с формална доказателствена сила по отношение на направеното в тях изявление. С приетите финансови оферти съдът приема за установени следните факти: а) за обособена позиция 3.2 (лекарствен продукт по I. Calcitriol) ищецът е предложил цена за единица лекарствено вещество по I. – 1.49300 лева, без ДДС.; б) за обособена позиция 8.17 (лекарствен продукт по I. Cypoteron) ищецът е предложил цена за единица лекарствено вещество по I. – 0.0160 лева без ДДС.; в) за обособена позиция 8.18 (лекарствен продукт по I. Cytarabine) ищецът е предложил цена за 1 mg – 0.020 лева без ДДС.; г) за обособена позиция 8.61. (Аналози на гонадотропин релизинг хормон) ищецът е предложил лекарствен продукт Buserelin с цена за единица вещество D. – 4.00 лева без ДДС и д) за обособена позиция 8.72 (лекарствен продукт по I. Pamidronic Acid) ищецът е предложил цена за единица лекарствено вещество по I. – 2.80667 лева без ДДС.

При тези факти следва да се приеме, че предлаганата от ищеца цена по позиции 8.18., 8.61. и 8.72 е по-ниска от цената, предложена от класираните на първо място участници на която са били сключени договорите за доставка на лекарства за 2007г. и равна на цената, предложена от класираните на първо място участници на която са били сключени договорите за доставка по позиции 3.2. и 8.17.

Съгласно условията на обществената поръчка Комисията класира допуснатите до разглеждане оферти по възходящ ред, въз основа на предложената от тях единична цена за лекарствен продукт, като първият, предложил най-ниска цена се определя за изпълнител на обществената поръчка. Участниците, предложили еднакви цени, до трети знак след десетичната запетая се класират заедно на първо място, като квотите се разпределят в съотношение 75:25 в полза на по-ниската цена. От обясненията на вещото лице П., дадени в съдебно заседание на 03.06.2010г., както и от комплексната С. се установява, че практиката на МЗ по аналогични обществени поръчки за доставка на скъпоструващи лекарства от предходни години е участниците, предложили еднакви цени до последния знак след десетичната запетая, да бъдат класирани заедно на първо място, като квотите се разпределят в съотношение 50:50.

Въз основа на тези факти съдът прави логическо заключение, че при нормално, естествено развитие на процеса ищецът е следвало да бъде класиран на първо място, като предложил най-ниска цена, по позиции 8.18., 8.61. и 8.72. и заедно на първо място с [фирма] и с [фирма], съответно по обособени позиции 3.2. и 8.17., и да реализира приходи от доставката на лекарствени продукти. Следователно незаконосъобразното му отстраняване от участие в процедурата по възлагане на обществена поръчка за тези позиции е непосредствената причина тези доходи да не се реализират.

В конкретния случай съдът приема, че пропуснатата полза се явява нереализирана печалба поради неосъществени сделки по покупко-продажби, до размера на действително извършените доставки на лекарства за 2007г., установен с приетите и неоспорени по делото Заявки – разпределение и от Допълнителното заключение на

комплексната С.. Съдът приема, че пропуснатата полза се изчислява без ДДС, поради следното: Съгласно чл. 162, ал.2, т.1 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс (ДОПК), вземанията за данъци са публични държавни вземания и следователно кредитор за тези вземания може да бъде само държавата. В чл.68 от Закона за данък върху добавената стойност (ЗДДС) е дадена дефиниция на правото на данъчен кредит и са посочени хипотезите, при които то възниква. В конкретния случай право на данъчен кредит би възникнало за ищеца, ако беше осъществил облагаема доставка на стоки, при което е начислил ДДС. Без наличие на доставка право на данъчен кредит не може да възникне, тъй като това представлява правото на получателя на стока или услуга да приспадне заплатения за стоката или услугата ДДС, при извършване на последваща доставка с тях. Това право възниква поради същността на ДДС като данък върху потреблението, който следва да бъде платен от крайния потребител на стоката или услугата. Тъй като в процесния случай ищецът нито е получил, нито е осъществил последваща доставка за него не възниква и право на данъчен кредит, респективно ДДС не следва да бъде включено при определяне на размера на пропуснатите ползи.

Предвид горното съдът възприема вариант III от Таблицата към т.V „Заключителна част” от допълнителното заключение на С., където размерът на пропуснатите ползи е определен като разлика *между офертната цена* за единица лекарствено вещество по I. без ДДС, след приспадане на разходите за единица продукт, *и цената на придобиване без ДДС*, умножена по действително изпълнените количества за 2007г., като така полученият резултат по позиции 3.2. и 8.17 е разделен на две, поради напълно идентичните оферти (пр. за позиция 3.2: $[(1.493 - 0.1\%) - 1.3887] \times (72875 : 2) = 3746.14$ лева). Така съдът определя размер на пропуснатите ползи:

- по позиция 3.2. – 3 746.14 лева;
- по позиция 8.17 – 29 915.13 лева;
- по позиция 8.18 – 0.00 лева (разликата между офертната цена и цената на придобиване, установена от ищеца е отрицателна величина);
- по позиция 8.61 – 10 260.00 лева и
- по позиция 8.72 – 47 701.86 лева

или **ОБЩО пропуснати ползи от нереализирани доставки:** 91623.13 лева (деветдесет и една хиляди шестотин двадесет и три и 0.13 лева).

Съдът намира за НЕОСНОВАТЕЛЕН иска за обезщетение, в размер на 10 366.78 лева, представляващи претърпени загуби от извършени разходи за участие в процедурата по възлагане на обществена поръчка и разходи по оспорване на решенията на министъра на здравеопазването пред К., тъй като извършването на тези разходи не се намира в причинно следствена връзка с отменените незаконосъобразни актове.

Съгласно изричното условие на процесната процедура за възлагане на обществена поръчка – разходите, свързани с изготвянето и подаването на офертите са за сметка на участника и възложителят не участва в тези разходи, *независимо от начина на провеждане и изхода на процедурата*. Направените за участието разходи са последица от решение на управителните органи на дружеството и не са извършени вследствие отменените решения на министъра на здравеопазването за отстраняването на [фирма] от участие в процедурата, т.е. не са пряка и непосредствена

последица от тези актове.

Съдът приема, че разноските, направени в хода на производството по оспорване на решенията на ответника пред К., също не са пряка и непосредствена последица от административния акт, а последица от упражненото право на защита и следователно те нямат характер на претърпени вреди по смисъла на чл.1, ал.1 ЗОДОВ. Към момента на постановяване на Решение №140/08.03.2007г. на К. в ЗОП няма разпореда, която да урежда отговорността за разноси в това производството и правомощие на Комисията да се произнесе по такова искане. След като не е имало норма, която да предвижда присъждане на направени разноси за защита в производство пред К., за законодателя те не представляват основание за вид отговорност, какъвто аналогичен случай са разноските за производство по Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН) и Тълкувателно решение №2/03.06.2009г. по т.д. №7/2008г. на Общото събрание на ВАС.

Съдът намира за НЕОСНОВАТЕЛНА акцесорната претенция за присъждане на лихви върху уважената част от иска, като недоказана по основание и размер. От една страна ищецът не е посочил началния момент от който претендира мораторна лихва върху стойността на пропуснатите ползи до предявяване на исковата молба, тъй като не е установил датата на възникване на задължението, още повече че се касае за периодично плащане. От друга страна не е установен размерът на дължимите лихви които ищецът претендира от датата на завеждане на исковата молба до окончателното им изплащане.

Предвид изхода на правния спор, на ищеца следва да бъдат възстановени направените разноси по водене на делото, до размера на уважената част от иска (32.63%) или общо 4217.5 (четири хиляди двеста и седемнадесет лева и 0.50) лева – за държавна такса и възнаграждения за вещи лица.

Така мотивиран и на основание чл.203 АПК, АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С. - град, Второ отделение, 25 състав,

РЕШИ

ОСЪЖДА МИНИСТЕРСТВОТО НА ЗДРАВЕОПАЗВАНЕТО, представлявано от министъра, с адрес – 1000 С., пл. „Света Неделя” №5, да заплати на [фирма], ЕИК[ЕИК], с адрес на управление – 1172 С., бул. „Г. М. Димитров” №1, обезщетение за претърпени имуществени вреди в размер на 91623.13 (деветдесет и една хиляди шестотин двадесет и три и 0.13) лева. **ОТХВЪРЛЯ** иска на [фирма] в останалата му част до пълния предявен размер от 280767.64 (двеста и осемдесет хиляди седемстотин шестдесет и седем и 0.64) лева.

ОСЪЖДА МИНИСТЕРСТВОТО НА ЗДРАВЕОПАЗВАНЕТО, представлявано от министъра, с адрес – 1000 С., пл. „Света Неделя” №5, да заплати на [фирма], ЕИК[ЕИК], с адрес на управление – 1172 С., бул. „Г. М. Димитров” №1, сумата

от 4217.5 (четири хиляди двеста и седемнадесет лева и 0.50) лева разноси по адм. дело №7587/2011г.

Решението може да се обжалва пред Върховния административен съд на РБългария, с касационна жалба, в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ

Боряна Петкова