

АСОЦИАЦИЯ „ПРОЗРАЧНОСТ БЕЗ ГРАНИЦИ”

Независим граждански мониторинг на обществена поръчка с предмет:
„Извършване на строителни и монтажни работи в дома за медико-социални грижи за деца в гр. Перник”

Обособена позиция №5 от обществена поръчка за „Извършване на Строително монтажни работи в домове за медико-социални грижи за деца”, състояща се от 8 обособени позиции по проект BG161PO001/1.1.-08.2010/014 “Преструктуриране на домове за медико-социални грижи за деца от 0-3 г., неразделна част от СРИП на Министерството на здравеопазването”

ПРЕДВАРИТЕЛЕН ДОКЛАД

ОТ ПРОВЕРКА ОТНОСНО ИЗПЪЛНЕНИЕТО НА

**Договор BG161PO001-1.1-08-00001-9-016 РД-17-12/08.01.2013 г.
с предмет „Извършване на строителни и монтажни работи в
дома за медико-социални грижи за деца в гр. Перник”**

юли 2013 година

София

ПРЕДВАРИТЕЛЕН ДОКЛАД

От проверка относно изпълнението на Договор BG161PO001-1.1-08-00001-9-016 РД-17-12/08.01.2013 г. с предмет „Извършване на строителни и монтажни работи в дома за медико-социални грижи за деца в гр. Перник”

I. ВЪВЕДЕНИЕ. АНАЛИЗИРАНИ ДОКУМЕНТИ

Настоящият анализ е изготвен въз основа на проверка на място, извършена на 18 юли 2013 година, като част от мониторинг на последния етап от процеса на възлагане и изпълнение на обществената поръчка за извършване на строителни и монтажни работи в дома за медико-социални грижи за деца в гр. Перник – изпълнението на сключения вече договор за възлагане на обществена поръчка между Министерството на здравеопазването, в качеството му на Възложител, и ДЗЗД „Консорциум Техноком“, в качеството му на Изпълнител на проекта.

Целта на наблюдението на Асоциация „Прозрачност без граници” е да съдейства за повишаване на прозрачността, отчетността и доверието към процеса на възлагане на обществени поръчки в публичния сектор при осъществяването на сделки в България, реализирани с публични средства, имащи значим обществен, финансов или социален характер. Основен инструмент, чрез който се извършва наблюдението, е Пактът за почтеност при обществените поръчки, разработен от Асоциацията, сключен с Възложителя – Министерство на здравеопазването, по който с подадено заявление се е присъединил и Изпълнителят на Проекта. Пактът регламентира правила за независимо гражданско наблюдение, включващо достъп до документи, свързани с участието на страните в процедурата с оглед наблюдение спазването на принципите за равни възможности за осъществяване на стопанска дейност, прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация, както и възможност за извършване на наблюдение на изпълнението на сключения договор за изпълнение на обществената поръчка, какъвто предмет има настоящия доклад.

В тази връзка, на 18 юли 2013 година представители и експерти към Асоциация „Прозрачност без граници“ бяха допуснати от Изпълнителя на място да направят оглед на изпълнението на строително-монтажните работи в дома за медико-социални грижи за деца в гр. Перник, а също така и проведеха среща – интервю с представителя на Изпълнителя относно етапа на изпълнение на строително-монтажните работи, напредъка и проблемите, възникнали в хода на изпълнение на договора за възлагане на обществена поръчка.

Настоящият доклад се основава на:

- I) Констатациите на експертния екип на наблюдателя от извършената проверка на място;
- II) Информация, предоставена от Изпълнителя в рамките на проведена работна среща и извършено интервю с официалния представител на Изпълнителя;
- III) Представени документи, както следва:

а. Договор за възлагане на обществена поръчка BG161PO001-1.1-08-00001-9-016 РД-17-12/08.01.2013 г., сключен на 08. 01. 2013 г. между МЗ и ДЗЗД „Консорциум Техноком“;

б. Протокол за приемане на извършени СМР № 1 от 02. 04. 2013 г., ведно с Подробни количествени сметки;

с. Протокол за приемане на извършени СМР № 2 от 30. 05. 2013 г., ведно с Подробни количествени сметки;

д. Актове - Образец № 12 за установяване на всички видове СМР, подлежащи на закриване, удостоверяващи, че са изпълнени изискванията на Проекта;

е. Писмо от Изпълнителя до Възложителя с вх. № ОППР – 14-13/27. 02. 2013г.;

ф. документи, предоставени на независимия наблюдател в предходни фази от реализация на Проекта.

Предвид тези факти, констатациите, оценките и изводите в настоящия доклад имат предварителен характер¹.

II. КРАТКО ПРЕДСТАВЯНЕ НА ОСНОВНИТЕ ЗАДЪЛЖЕНИЯ НА СТРАНИТЕ ПО ДОГОВОРА

За целите на настоящия доклад ще бъдат представени накратко основните задължения на страните по Договора, свързани с изпълнението на Проекта.

Основното задължение на Изпълнителя по Договора, регламентирано в чл. 1 (1), е да извърши всички строителни, монтажни и инсталационни работи (СМР) до въвеждане в експлоатация на Дома за медико-социални грижи за деца в гр. Перник. Срещу изпълнение на това си задължение Изпълнителят има вземане за цената на СМР общо в размер на 603 235,06 лв. с ДДС.

Стойността на СМР е изчислена съгласно Количествено-стойностната сметка, представляваща Приложение № 4 към Договора, която пък от своя страна базира на Техническите спецификации за обособена позиция № 5 в Документацията за участие, изготвена от Възложителя.

Съгласно условията на Договора цената, дължима от Възложителя на Изпълнителя, следва да бъде платена по следния начин: 10 % авансово в срок от 60 дни от откриване на строителната площадка, междинни плащания в размер на 70 % в срок от 60 дни от подписване на констативен протокол – образец № 19 между Възложителя, Изпълнителя и Строителния надзор за действително извършени работи и представяне на Количествено-стойностна сметка и фактура, издадена от Възложителя, отразяваща съответните приспадания на платения до този момент аванс, а остатъкът в срок от 60 дни след издаване на разрешение за ползване на обекта.

¹ След получаването на допълнителни документи от Възложителя, експертният екип ще изработи окончателен доклад от проверката на място, извършена на 18 юли 2013 г. В тази връзка следва да се подчертае необходимостта от получаване на информация относно допълнения и изменения в проекта въз основа на предписания от Регионална служба „Пожарна и аварийна безопасност“ и други документи, свързани с изменения в документацията относно изпълнението на договора.

Изпълнителят следва да извърши СМР в рамките на срок от 8 (осем) месеца от датата на подписване на договора, т.е. до 8-ми септември 2013г., освен ако срокът не бъде продължен по взаимно съгласие на страните или при наличие на непреодолима сила и/или непредвидени обстоятелства.

Освен това, с оглед на срочното изпълнение на задълженията на Изпълнителя по Договора, Възложителят се задължава при подписването на Договора да предостави на Изпълнителя пълна проектна документация за реализацията на Проекта, въз основа на която е издадено разрешението за строеж. При наличие на дефекти в чертежите и останалата проектна документация Изпълнителят е длъжен незабавно да уведоми Възложителя, както и своевременно да го уведоми в случай на възникване на проблеми, които възникват във връзка с изпълнението на Договора или биха могли да доведат до увеличаването на цената му.

III. ХОД НА РЕАЛИЗАЦИЯТА НА ПРОЕКТА. ТРУДНОСТИ, ВЪЗНИКНАЛИ В ХОДА НА ИЗПЪЛНЕНИЕ НА СТРОИТЕЛСТВОТО И ЕВЕНТУАЛНИТЕ ПРАВНИ ПОСЛЕДИЦИ, СВЪРЗАНИ С ТЯХ

1. Ход на реализация на Проекта

От предоставените данни от Изпълнителя следва, че строежът е започнал законосъобразно с откриването на строителна площадка², както и вследствие на това, Възложителят е платил на Изпълнителя в предвидения в Договора срок – първата вноска по плащането на цената по Договора в размер на 10 % от нея под формата на авансово плащане.

С Протоколи за приемане на извършени СМР № 1 от 02. 04. 2013 г. и № 2 от 30. 05. 2013 г. са извършени строителни, монтажни и инсталационни работи на обща стойност 237 878,40 съгласно данните, съдържащи се в Протокол № 2.

Изпълнителят информира, че Възложителят е извършил междинни плащания въз основа на подписани Констативни протоколи №1 и №2, с което е изпълнена разпоредбата на чл. 6 (1) т. 2 от Договора.

От предоставената информация от страна на представител на Изпълнителя се изяснява, че вследствие на възникнали препятствия в хода на строителството, към настоящия момент всички СМР дейности практически са преустановени. По обясненията на Изпълнителя препятствията са възникнали поради предписания от страна на държавни контролни институции (Регионална служба „Пожарна и аварийна безопасност”), които са издадени след обявяването на обществената поръчка и, съответно, не са отразени в документацията за поръчката. За констатирания проблем Изпълнителят е информирал Възложителя с писмо през месец февруари 2013 година, на което не е получен отговор и, съответно – към датата на проверката не са предприети действия за решаване на повдигнатите въпроси.

² Изпълнителят ни информира, че строителната площадка е открита въз основа на Протокол - Образец №2, съобразно законовите изисквания и срока, предвиден в договора.

2. Несъответствие на инвестиционния проект със заложените Количествено-стойностни сметки и необходимост от допълващо проектиране в резултат на предписания на РСПАБ

От Писмо на Изпълнителя до Възложителя с вх. № ОППР – 14-13/27. 02. 2013 г. става видно, че ДЗЗД „Консорциум Техноком“ още на ранния етап на строителството е уведомил Министерство на здравеопазването относно наличие на несъответствия между зададените стойности в Количествено-стойностните сметки и тези, посочени в чертежите, предоставени от Възложителя.

От горепосоченото писмо не може ясно да се направи изводът, дали подобни видове строително-монтажни и инсталационни дейности не съществуват във въпросните количествено-стойностни сметки или пък същите са посочени в тях, но в по-малък обем. За пример би могло да послужи направата на вароциментова мазилка в общ размер от 350 кв. м. съгласно предоставените чертежи, а в документацията същата е в размер от 104,42 кв. м. В писмото Изпълнителят предлага на Възложителя да поеме допълнителните и разходи във връзка с посочените несъответствия за своя сметка, без да претендира за тях обезщетение от Възложителя.

По-същественият въпрос, по повод на който Изпълнителят се обръща за съдействие към Възложителя, е свързан със следния проблем: след съгласуване на проектите с Регионалната служба „Пожарна и аварийна безопасност“ е извършено допълнително проектиране, което налага извършването на дейности, които не са отразени в количествените сметки по договора³. Регионалната служба „Пожарна и аварийна безопасност“ е предписала изграждането на две евакуационни стълби, монтаж на друга по вид пожароустойчива дограма, изкопни и други работи, свързани с оформянето на основите на сградата. Предписанието на РСПАБ е наложило необходимост от допълнително изменение на инвестиционния проект, което е извършено след обявяването на обществената поръчка и съответно – не е намерило отражение в количествено-стойностните сметки в документацията.

В допълнение към това, в писмото Изпълнителят информира, че съществува и неяснота как ще се осъществи външното електрическо захранване на сградата, както и дали Възложителят е предприел съответните мерки за съгласуване на този въпрос с електроснабдителното дружество.

С оглед на това, че въпросните дейности представляват сериозно увеличаване на разходите, Изпълнителя използва повода да уведоми Възложителя съгласно чл. 13 от Договора за тези нововъзникнали обстоятелства след сключването му, които биха могли да оскъпят реализацията на Проекта и че същите не биха могли да бъдат поети от Изпълнителя. Изпълнителят счита, че тези дейности не могат да са в негова тежест, тъй като не са настъпили вследствие на виновното му поведение.

В писмото Изпълнителят е подчертал, че при възникналите усложнения, същият не би могъл да спази срока за изпълнение на договора от 8 месеца след сключването му, поради факта, че без извършването на въпросните СМР строежът не би могъл да бъде завършен, а обектът въведен в експлоатация.

³ Изпълнителят информира, че неизпълнението на предписанието на РСПАБ впоследствие може да даде основание за санкция от страна на РСПАБ - неодобрение на извършените дейности поради неспазване на законовите изисквания и на издаденото предписание.

Към етапа на извършване на проверката (18 юли 2013 г.) Изпълнителят не е получил отговор на изпратеното до Възложителя писмо, като съответно – Министерство на здравеопазването не е изразило ясно позиция и не е посочило начин за решаване на поставените от Изпълнителя проблеми.

Също така, не е известно дали Възложителят в качеството си на възложител на строеж съгласно Закона за устройство на територията е направил запитване за съгласуване до електроснабдителното дружество, осигуряващо електрозахранването на дома, по отношение на външното електрозахранване на обекта.

3. Възможни правни последици за страните

3.1. Липса на непреодолима сила и/или непредвидени обстоятелства

Съгласно чл. 45 от Договора непредвидени обстоятелства са тези, които нито една от страните не би могла да предвиди при сключването на Договора, които не зависят от волята на страните и правещи невъзможно изпълнението на условията по Договора.

Според условията на Документацията за участие в т. 2.5, подточка 3 се съдържа изявление на Възложителя, че „инвестиционните проекти по всички части са одобрени от всички необходими инстанции и са заплатени изискуемите държавни такси“. Въпреки това, от текста на техническата спецификация на обособена позиция № 5, която е предмет на Договора, е видно, че проектирането все още не е завършено към датата на предоставяне на Документацията за участие.

От горното става ясно, че всъщност Възложителят, в стремежа си да спазва всички срокове, свързани с усвояването на финансирането по Оперативна програма „Регионално развитие“ 2007-2013 г., е възложил изпълнението на обособена позиция №5, като не е успял да получи одобрението на инвестиционните проекти, необходими за издаването на разрешение за строеж и реализацията на Проекта.

С оглед на горното, бихме могли да направим извода, че в случая не би могло да се касае за непредвидени от Възложителя обстоятелства, тъй като процесът на одобряване на инвестиционните проекти е изцяло задължение на Възложителя съгласно клаузите на Договора и съдържанието на Документация за участие, като същият е изцяло извън контрола на Изпълнителя. Налице е дори фактът, че Възложителят е направил изявление в Техническите характеристики, част от Документацията за участие, че всички инвестиционни проекти са надлежно съгласувани и одобрени от компетентните органи и снабдителни дружества.

3.2. Възможни правни последици за Страните вследствие на увеличаване на цената по Договора

От предоставената от Изпълнителя информация и писмото му до Възложителя е видно, че Проектът не би могъл да бъде реализиран без увеличаване на разходите за извършване на СМР от страна на Изпълнителя, тъй като същите се очакват да бъдат в значителен размер и последният не би имал никакъв стопански интерес от реализирането на Проекта.

Съгласно разпоредбите на Закона за обществените поръчки (ЗОП) принципно страните по сключен договор за обществена поръчка не могат да го изменят, променяйки част от съществените му уговорки, например цената. По отношение на увеличаване на цената изключения се допускат единствено в случай на увеличаване на разходите за изпълнение на сключен договор за обществена поръчка, когато същите се дължат на приемане на нормативен акт или на увеличаване на нормативно определени цени. Ако Изпълнителят няма вина за новонастъпили обстоятелства, които пречат изпълнението на договора от страна на Възложителя, съгласно чл. 43, ал. 2 от ЗОП, същият следва да го прекрати, заплащайки обезщетение за всички вреди, претърпени от Изпълнителя.

С оглед на тази твърде рестриктивна и императивна уредба на възможностите за увеличаване на цената по договора с размера на разходите, които не са били предвидени в количествено-стойностните сметки при сключването му, възникналият по изпълнение на договора проблем би могъл да намери законосъобразното си решение в две посоки: (а) прекратяване на Договора от страна на Възложителя или Изпълнителя и заплащане на обезщетение за всички нанесени вреди на Изпълнителя или (б) търсене на правни способи за удължаването на сроковете под договора и изменение на дължимата по договора от Изпълнителя цена.

а) Прекратяване на Договора

Прекратяване на договора от страна на Възложителя

Както бе споменато и по-горе, съгласно чл. 43, ал. 4 от ЗОП при създадите се обстоятелства Възложителят би могъл да прекрати едностранно Договора, заплащайки всички вреди, претърпени от Изпълнителя. Тази разпоредба би следвало да намери приложение посредством прилагането на режима за едностранно прекратяване от страна на Възложителя и съдържаща се в чл. 53 (2) от Договора, т.е. предвиденото в Договора писмено предизвестие от един месец би следвало да бъде спазено и при прекратяване съгласно чл. 43, ал. 4 от ЗОП. В тази връзка, се поставя и въпросът, дали предвиденото във въпросната клауза за прекратяване заплащане от страна на Възложителя на всички дължими на Изпълнителя до този момент суми, както и неустойка в размер на 3% върху разликата на общата цена на Договора и стойността на извършените до този момент СМР всъщност представлява таван на отговорността на Възложителя.

Въпросната клауза не ограничава по никакъв начин размера на средствата, които следва да бъдат платени на Изпълнителя при неизпълнение на задълженията му, а по-скоро би следвало да се интерпретира в смисъла на чл. 43, ал. 4 от ЗОП, както и на чл. 92, ал. 1, изр. 2 от ЗЗД, даващо възможност кредиторът да търси обезщетение за вреди, които са вследствие на виновното поведение на другата страна, в случай, че същото надхвърля размера на уговорената договорна неустойка. На практика, в настоящия случай това означава, че при евентуално прекратяване на Договора, Изпълнителят би могъл да търси обезщетение за вредите, обхващащи всички претърпени загуби, както и пропуснатите ползи, в това число тези, настъпили от невъзможността да планира ефективно разпределението на техническите си и персонални ресурси поради забавянето в изпълнението на Договора и неяснотата дали същото ще продължи или договорът ще бъде прекратен.

Прекратяване на Договора от страна на Изпълнителя

Изпълнителят също би могъл да прекрати Договора, дори и да не е налице изрична клауза в този смисъл в Договора съгласно общите правила за неизпълнение на задълженията на Възложителя по Договора. Същото би могло да бъде обосновано с продължаващата вече месеци невъзможност Изпълнителят да завърши предвидените в Договора СМР, както и да получи полагащото му се възнаграждение за тях. В подобен случай, ДЗЗД „Консорциум Техноком“ ЕООД би могъл да прекрати едностранно договора с предизвестие, даващо разумен срок за Възложителя, да внесе яснота относно техническото задание, което следва да бъде изпълнено от Изпълнителя. При евентуално прекратяване Изпълнителят би могъл също така да претендира обезщетение за претърпените вреди, в обема, споменат по-горе.

С оглед императивните правила на чл. 43 от ЗОП и определението на ЗОП като специален закон, считаме, че същият не може да иска изменение на цената по договора по реда на чл. 307 от Търговския закон.

б) Възможности за изменение на цената по Договора

Друг възможен вариант за Възложителя би могло да бъде евентуално изменение на цената по договора, както и допълване на количествено-стойностните сметки, във връзка с възникналите извънредни разходи, неотразени в предоставения проект на Изпълнителя при сключването на Договора, като Изпълнителят бъде компенсирал за разходите, свързани с увеличаването на допълнителните СМР.

Този вариант страда от недостатъка, че чл. 43 принципно изключва възможността цената по Договора да бъде увеличена вследствие на възникване на допълнителни разходи за Изпълнителя, освен ако те не се дължат на увеличаване на нормативно определени цени или приемането на нормативен акт.

Въпреки тези твърде ограничени възможности за изменение на цената по Договора при спазване на законовите изисквания, съществува малка възможност за изменение на същата, тъй като създадена се ситуация с дадени предписания от държавен орган, би следвало да бъде приравнена на тази, при която цената на договор за обществена поръчка би могла да бъде изменена вследствие на промени от нормативен характер, ако изменението отразява точно разликата, възникнала вследствие на промяната съгласно чл. 43, ал.2, т. 4 от ЗОП. Тази теза би могла да бъде подкрепена и с аргумента, че забраните за увеличаване на цената по договори за обществени поръчки са въведени с цел избягването на злоупотреби от страните по договора, освен такива, които не биха могли да бъдат предвидени от страните при сключването му, какъвто е и настоящият случай с предписанията, дадени от РСПАБ.

Не на последно място, следва да се отбележи, че подобно увеличение следва да бъде обсъдено и съгласувано и с Управляващия орган на ОП “Регионално развитие”, осигуряващо финансирането на Проекта.

IV. ИЗВОДИ И ПРЕПОРЪКИ

В заключение следва да се посочи, че изпълнението на Договора е сериозно препятствано по причини, които не са в сферата на влияние на Изпълнителя и поради

това не могат да бъдат квалифицирани като резултат от неговото поведение. Видно от фактите, както и съдържащата се информация в Документацията за участие е, че Възложителят не е осигурил навреме одобрение на инвестиционните проекти от всички компетентни органи и съгласувателни дружества, поради което заложената изначално в Документацията за участие и Договора количествено-стойностна сметка не отговаря в съществено на окончателно одобрените проекти, по които следва да бъде извършено строителството.

При така създалата се ситуация, изход от нея би могъл да бъде намерен или в прекратяването на Договора от някоя от Страните или в търсене на възможност за увеличаване на неговата цена посредством съставянето на нова количествено-стойностна сметка, включваща работите, предвидени в предписанията на РСПАБ – Перник. Всички останали възможности за прекратяване на Договора нито биха били изгодни за Възложителя, нито отговарят на голямата социална необходимост за реализиране на Проекта.

В тази връзка, препоръката на експертния екип на наблюдателя е следната:

Незабавно и без отсрочка да бъде проведена среща между представители на Възложителя, Изпълнителя и Управляващия орган на ОП „Регионално развитие“ за постигане на решение на създалите се проблеми.

Необходимо е установяването на ефективен тристранен диалог и намирането на решение с участието на всички страни, за да може да постигнат и търсеният социален ефект от реализирането на Проекта – децата, нуждаещи се от медико-социални грижи на територията на гр. Перник да получат нов дом, съответстващ на техните потребности.

С оглед избягването на опасността от пропиляване на публични средства (тази възможност съществува при избора на вариант на прекратяване на Договора) би било удачно да се обсъди вариант за решение за увеличаване на цената по Договора. Въпреки формалните нормативни ограничения за увеличаване на цената по Договора, този вариант би бил единственият от полза за всички участници: Възложителят не би бил принуден да плаща обезщетение на Изпълнителя, Изпълнителят може да получи възнаграждението си в пълен размер за извършените СМР.