

# РЕШЕНИЕ

№ 7358

София, 16.05.2019

## В ИМЕТО НА НАРОДА

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

**ПРЕДСЕДАТЕЛ:**МАРИНИКА ЧЕРНЕВА

**ЧЛЕНОВЕ:**ДИАНА ГЪРБАТОВА

ДОБРИНКА АНДРЕЕВА

при секретар Татяна Щерева

и с участието

на прокурора Маринела Тотева

изслуша

докладваното

от съдията ДОБРИНКА АНДРЕЕВА

по адм. дело № 2725/2019. 📄

Производството е по реда на чл. 208 във връзка с чл. 132, ал. 2, т. 8 от АПК във връзка с чл. 216, ал. 1 и ал. 5 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/.

Образувано е по касационна жалба на "АЕЦ Козлодуй" ЕАД, със седалище гр. Козлодуй ,подадена чрез законния представител-изпълнителният директор на "АЕЦ Козлодуй" ЕАД, против решение № 141/31.01.2019 г., постановено обединена преписка КЗК-1065/1100/2018 г. на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК), в частта,с която по жалба на "ЦБА Асет Мениджмънт" АД със седалище гр. Дебелец е отменено негово решение № ЗОП-Р-220 от 02.11.2018г. за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Отпечатване и предоставяне на ваучери за храна".

В касационната жалба са релевирани доводи за неправилност на обжалваното решение като постановено в

нарушение на материалния закон и необоснованост - отменителни основания по смисъла на чл. 209, т. 3 от АПК, приложим на основание чл. 216, ал. 6 от ЗОП. Касационният жалбоподател твърди, че КЗК допуснала нарушения на материалния закон и постановила необоснован акт, като неправилно приела, че е допуснал в качеството на възложител твърдяната от оспорващото дружество неяснота за потенциалните участници в какъв срок следва да бъдат сключени договорите с поне три търговски вериги на територията на страната и една търговска верига в района на община Козлодуй- дали след датата на сключване на договора за обществената поръчка или към момента на подаване на офертата, с оглед изискването на т. 3.2.2.8 и това на т. 3.2.2.9. от Документацията. С доводи, изведени от чл. 67 ,ал.6 от ЗОП, с жалбата са инвокирани твърдения за неправилност на изводите на КЗК досежно информацията в Част IV: Критерии за подбор, буква В: "Технически и професионални способности", т. 16 от ЕЕДОП и счита, че няма противоречие и неяснота в документацията и в обявлението за обществената поръчка на кой етап от развитието на процедурата следва да се представи списъкът с изпълнени услуги. По съображения, че КЗК не е взела предвид горните факти и в обжалваното решение неправилно , "незадълбочено и по внушение на жалбоподателя" приела, че са налице допуснати от възложителя нарушения на ЗОП , въпреки че липсвало основание за извод за незаконосъобразност на неговото решение, а „за своето КЗК била сигурна в отмяната“, предвид изложеното в мотивите на л.9 от него. Моли Върховния административен съд да отмени обжалваното решение на КЗК. Претендира присъждане на разноски. В откритото съдебно заседание на ВАС, чрез процесуалния си представител -юрк. Луканова поддържа жалбата. Ответникът - Комисия за защита на конкуренцията не

изпраща представител и не изразява становища по подадената касационна жалба.

Ответната страна – "ЦБА Асет Мениджмънт" АД-също.

Ответната страна - "Идънред България" АД, със седалище гр. София, чрез процесуалния си представител адв. Драгиев и в писмена защита, оспорва касационната жалба като неоснователна, излага доводи за законосъобразност на обжалваното решение и моли то да бъде оставено в сила. Исква присъждане на разноски за защита пред ВАС.

Участвалият в настоящото производство прокурор от Върховната административна прокуратура дава мотивирано заключение за неоснователност на касационната жалба. Намира, че КЗК правилно е отменила като незаконосъобразно обжалваното решение на възложителя, тъй като при преценка на релевантните за случая факти и съответните текстове по ЗОП, за него се установява наличие на предпоставки, определящи го за незаконосъобразно и обосноваващи приложимост на основанието чл. 215, ал. 2, т. 2 от ЗОП за неговата отмяна. Най-напред счита за правилен извода на КЗК, че по изискването за определен брой сключени договори с „големи търговски вериги“ в т. 3.2.2.8 е посочено, че операторът трябва да има сключени договор с поне три търговски вериги на територията на страната и една търговска верига, разположена в района на община Козлодуй, които да са валидни за срока на договора, без конкретно поставен срок, в който тези договори да бъдат сключени, за разлика от условието на т.3.2.2.9., където изрично е посочен едномесечен срок след сключване на договора, по който начин се създава неяснота за потенциалните участници в какъв срок следва да бъдат сключени договорите- дали след датата на сключване на договора за обществената поръчка или към момента на подаване на офертата. Счита и за правилно приетото от КЗК, че възложителят е изискал предоставяне на доказателства

относно сключени действащи договори под формата на списък при подаване на техническото предложение от участниците в процедурата, което представлява „скрит“ критерий за подбор на участниците по смисъла на чл. 59 от ЗОП, който в нарушение на чл. 59, ал. 5 от ЗОП не е посочен като такъв в обявлението. Преценява, че в обжалваното решение на КЗК не са допуснати нарушения, които да обуславят неговата отмяна. Предлага процесното решение на КЗК да бъде оставено в сила.

Касационната жалба е подадена в преклузивния срок по чл. 216, ал. 1 ЗОП и от надлежна страна, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество, е неоснователна.

Производството пред КЗК е по реда на глава двадесет и седма - чл. 196 и следващите от ЗОП. Образувано е по жалба на ЦБА Асет Мениджмънт" АД / и на -"Идънред България" АД/, против решение № ЗОП-Р-220 от 02.11.2018 г. на Изпълнителния директор на "АЕЦ Козлодуй" ЕАД, в качеството му на възложител, за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка с посочения по-горе предмет. В нея дружеството-жалбоподател твърдяло, че административният акт, с който е открита обществената поръчка е незаконосъобразен, предвид т. 3.2.2.9 от Техническото задание - че операторът е длъжен в едномесечен срок след сключване на договора да има сключени договори с търговски обекти по смисъла на чл. 2, ал. 2 от Наредба 7 на МТСП и МФ от 09.07.2003 г., но подобен срок в т. 3.2.2.8, уреждаща задължение операторът да има сключен договор с поне една търговска верига, разположена в района на община Козлодуй, не е налице, което водело до неяснота в условията. Обосновало и довод, че при тълкуването на двете условия се стига до извод, че след като в т. 3.2.2.8 не е поставен срок след сключване на договора, то условието следва да е изпълнено при подаване на

офертата, но пък това изискване – за определен брой сключени договори с големи търговски вериги е "скрит" критерий за подбор по смисъла на чл. 59 от ЗОП, поради което потенциалните участници не са наясно как ще бъдат допускани в процедурата.

КЗК преценила жалбата за допустима и я разгледала по същество.

Обсъдила наведените от дружеството доводи и приела, че е осъществено твърдяното с жалбата нарушение на материалноправни норми.

От писмените доказателства в приложената административна преписка Комисията за защита на конкуренцията установила, че с оспореното решение възложителят открил "открита" по вид процедура за възлагане на обществена поръчка с посочения по-горе предмет. По отношение на първото спорно обстоятелство установила, че в раздел III. т. 1.3. "Технически и професионални възможности" от документацията възложителят посочил, че участниците в процедурата трябва да имат опит през последните три години, считано до датата на подаване на офертата, в изпълнението на услуги, с предмет, идентичен или сходен с този на поръчката, и да имат доказателство за извършената услуга, като трябва да имат изпълнени минимум една дейност/услуга, която да е с идентичен или сходен с предмета на обществената поръчка, за последните 3 години от датата на подаване на офертата и в случаите на чл. 67, ал. 6 от ЗОП изискването се доказва с представяне на Списък на услугите, които са идентични или сходни с предмета на настоящата обществена поръчка, изпълнени от тях, през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, с посочване на стойностите, датите и получателите, заедно с доказателство за извършената услуга. Констатира, че в документацията за обществената поръчка - в т. 1 на техническото задание като предмет на дейността е посочено

ежемесечното отпечатване и предоставяне на ваучери за храна, предназначени за работниците и служителите на "АЕЦ Козлодуй" ЕАД, като в техническото предложение-съгласно т. II. 2.4. , част от това предложение е Списък с населените места на територията на община Козлодуй (гр. Козлодуй, с. Хърлец, с. Гложене, с. Крива Бара и с. Бутан) и районите на общини Оряхово, Мизия, Лом, Хайредин, Кнежа, Б. С., Враца и населените места на териториите на общините им, в които е задължително да има сключен договор с поне един търговски обект.

По основния за спора въпрос установила, че в т. 3.2.2. от техническото задание са изброени изискванията към оператора, като съгласно т. 3.2.2.8 от него: "Операторът трябва да има сключени договори с поне три търговски вериги, установени на територията на страната (Например: "Била", "Фантастико", "СВА", "Лидл", "Кауфланд" и др. или еквивалентни на тях), които да са валидни за срока на договора и операторът трябва да има сключен договор с поне една търговска верига, разположена в района на община Козлодуй, който да е валиден за срока на договора, но според т. 3.2.2.9 от техническото задание: "Операторът се задължава в едномесечен срок след сключване на договора да има сключени договори с търговски обекти по смисъла на чл. 2, ал. 2 от Наредба № 7 на МТСП и МФ от 09.07.2003 г. на територията на населените места на община Козлодуй (гр. Козлодуй, с. Хърлец, с. Гложене, с. Крива Бара и с. Бутан) и районите на общини Оряхово, Мизия, Лом, Хайредин, Кнежа, Б. С., Враца и населените места на териториите на общините им, които да са валидни за срока на договора."

С оглед на горното приела, че са осъществени нарушения на материалноправни норми, защото пипсва конкретно поставен срок, в който тези договори следва да бъдат сключени, по който начин се създава неяснота за потенциалните участници в какъв срок следва да бъдат

сключени договорите- дали след датата на сключване на договора за обществената поръчка или към момента на подаване на офертата. От друга страна приела, че изискванията на т. 3.2.2.8. и т. 3.2.2.9, съпоставени с т. II. 2.4 от образеца на оферта по същността си представляват критерии за подбор, тъй като представляват минимални изисквания за допустимост на оферта и ограничават възможността на участниците да подадат оферта, което е "скрит" критерий за подбор по смисъла на чл. 59 от ЗОП, но в нарушение на чл. 59, ал. 5 от ЗОП непосочен като такъв в обявлението.

По тези съображения отменила решението на възложителя за откриване на възлагателната процедура.

Решението на Комисията за защита на конкуренцията – в обжалваната му част, е правилно. При постановяването му не са допуснати нарушенията, релевирани с настоящата жалба на касатора, предвид следното:

Доводите за незаконосъобразност на решението на КЗК не са съобразени с анализа на т. 3.2.2.9 и т. 3.2.2.8 от техническото задание/л.20 от папка приложение №1/ досежно изискването за определен брой сключени договори с големи търговски вериги. Този извод следва от текста на т. 3.2.2. от техническото задание ,където са посочени изискванията към оператора, и конкретно т. 3.2.2.8, че операторът трябва да има сключени договори с поне три търговски вериги, установени на територията на страната , които да са валидни за срока на договора и трябва да има сключен договор с поне една търговска верига в района на община Козлодуй, който да е валиден за срока на договора, но т. 3.2.2.9. от техническото задание изисква операторът - в едномесечен срок след сключване на договора да има сключени договори с търговски обекти по смисъла на чл. 2, ал. 2 от Наредба № 7 на МТСП и МФ от 09.07.2003 г. на територията на населените места на община Козлодуй и районите на общини Оряхово, Мизия, Лом, Хайредин, Кнежа, Враца и населените места на

териториите на общините им, които да са валидни за срока на договора". Наред с горното, съгласно т. II. 2.4 от образеца на оферта- част от техническото предложение в документацията, участникът следва да представи списък с населените места на територията на община Козлодуй и районите на общини Оряхово, Мизия, Лом, Хайредин, Кнежа, Враца и населените места на териториите на общините им, в които е задължително да има сключен договор с поне един търговски обект, което изискване -относно този списък /като част от техническото предложение/ фигурира и в указанията за подготовка на офертата за участие към документацията /л.54 от папка приложение №1/.

С оглед изложеното по-горе, обоснован е изводът на КЗК, че в изискването на т. 3.2.2.8 е посочено, че операторът трябва да има сключени договор с поне три търговски вериги на територията на страната и една търговска верига в района на община Козлодуй, които да са валидни за срока на договора, но няма конкретно поставен срок, в който тези договори следва да бъдат сключени, за разлика от условието на т. 3.2.2.9., където изрично е посочен едномесечен срок след сключване на договора. Затова е правилен решаващият извод на органа по преразглеждане, че така възниква неяснота за потенциалните участници в какъв срок следва да бъдат сключени договорите- дали след датата на сключване на договора за обществената поръчка или към момента на подаване на офертата. Наред с горното- видно от образеца на офертата и от указанията за подготовка на офертата, от участниците се изисква при подаване на офертата, като част от техническото предложение да представят Списък с населените места на територията на община Козлодуй и районите на общини Оряхово, Мизия, Лом, Хайредин, Кнежа, Враца и населените места на териториите на общините им, в които е задължително да има сключен договор с поне един търговски обект, което води до извод, че договорите с



търговски обекти следва да са сключени към момента на подаване на офертата, но това пък противоречи на изискването по т. 3.2.2.9 от техническото задание, което е нов извод за създадена неяснота относно изискванията и условията на поръчката, ограничаваща участието на стопанските субекти. Затова не е налице това отменително основание, а възражението в противоположния смисъл не намира опора в закона.

Тази неяснота, противно на твърдяното от касатора, не може да бъде преодоляна чрез предоставяне на разяснение от възложителя по чл. 33, ал. 1 от ЗОП, тъй като би довело до промяна в условията на първоначално обявената обществена поръчка.

По следващия довод в настоящата жалба следва да се посочи и че изискванията на т. 3.2.2.8. и т. 3.2.2.9 от документацията, съпоставени с това на т. II. 2.4 от образеца на оферта действително представляват критерии за подбор, който в нарушение на чл. 59, ал. 5 от ЗОП не е посочен като такъв в обявлението.

Така и в решение № 2382 от 22.02.2018 г. по адм. д. № 14528/2017 г., IV отд. на ВАС по идентичен случай.

Неоснователно и последното твърдение в касационната жалба - че КЗК била „сигурна в отмяната на своето решение“, защото обсъждайки на л.9 от мотивите „евентуална отмяна на настоящото решение“, е имала предвид това на възложителя, комуто е дала указание, а именно - процесното изискване / към участниците да имат сключени договори с търговски обекти/ да бъде поставено към техническото предложение, като документ, в който в декларативен вид участниците да заявят готовност - след сключване на договора за обществената поръчка, но преди започване на изпълнението, да сключат договори с търговски обекти, за да не стигне до нарушение на Наредба № 7 от 9.07.2003 г. за условията и реда за издаване и отнемане на разрешение за

извършване на дейност като оператор на ваучери за храна и осъществяване дейност като оператор.

Противно на твърдяното в настоящата жалба, изводът за наличие на нарушение е законосъобразен и съобразен с практиката на ВАС по идентични казуси. Нито едно от останалите твърдения в тази връзка не обслужва тезата за наличие на отменително основание поради нарушение на материалния закон.

Обобщеното твърдение, че КЗК необосновано приела оспорения административен акт за откриване на обществената поръчка за незаконосъобразен, въпреки че отговаря на изискванията и духа на ЗОП, е неоснователно.

По изложените съображения настоящият съдебен състав преценява като неоснователни всички възражения на касационния жалбоподател. Намира за законосъобразни и обосновани правните изводи на КЗК, изведени въз основа на обективно установени фактически обстоятелства. В обжалваното решение на КЗК не са допуснати нарушения, които да обуславят неговата отмяна, поради което жалбата против постановеното решение, като неоснователна, следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора и с оглед чл. 143, ал. 4 от АПК, вр. с чл. 228 АПК, вр. с чл. 216, ал. 6 ЗОП, направеното искане от процесуалния представител на касатора за разноски по делото е неоснователно и следва да бъде оставено без уважение.

С оглед чл. 143, ал. 3 от АПК, вр. с чл. 228 АПК, вр. с чл. 216, ал. 6 ЗОП, своевременно заявеното от процесуалния представител на ответната страна искане за разноски пред ВАС е основателно и доказано за сумата от 4693,99 лв., съобразно данните от адв. пълномощно, приложено на л.85 от делото и фактура на л.86. Съдът съобрази възражението по чл. 78, ал. 5 ГПК, вр. с чл. 144 АПК и действителната фактическа и правна сложност на делото, поради което намира, че в случая касаторът следва да бъде осъден да му заплати разноски не в пълния поискан, а в редуциран размер, а именно 1500 лева, а за останалата сума искането следва да бъде оставено без уважение

Водим от горното и на основание чл. 216, ал. 5 ЗОП, от ЗОП, Върховният административен съд, Четвърто отделение,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА решение № 141/31.01.2019 г., постановено обединена преписка КЗК-1065/1100/2018 г. на Комисията за защита на конкуренцията.

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на "АЕЦ Козлодуй" ЕАД, със седалище гр. Козлодуй, чрез изпълнителния директор, за присъждане на разноски по делото.

ОСЪЖДА "АЕЦ Козлодуй" ЕАД, със седалище гр. Козлодуй, чрез изпълнителния директор,, да заплати на „Идънред България“ АД, със седалище гр. София, чрез управителя, сумата 1500/ хиляда и петстотин/ лева, представляваща

адвокатско възнаграждение за настоящата инстанция.

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на "Идънред България" АД, със седалище гр. София за заплащане на разноси за настоящото производство за сумата над 1500/ хиляда и петстотин/ лева .

Решението е окончателно.