

# РЕШЕНИЕ

№ 2382

София, 22.02.2018

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение**, в съдебно заседание на тридесет и първи януари две хиляди и осемнадесета година в състав:

**ПРЕДСЕДАТЕЛ:** ДИАНА ГЪРБАТОВА

**ЧЛЕНОВЕ:** МАРИО ДИМИТРОВ

СВЕТОСЛАВ СЛАВОВ

при секретар  
на прокурора

Десислава Александрова  
Даниела Божкова

и с участието  
изслуша  
докладваното

от председателя **ДИАНА ГЪРБАТОВА**  
по адм. дело № 14528/2017. 📄

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

Образувано е по касационна жалба на изпълнителния директор на [фирма], със седалище и адрес на правление в [населено място], подадена против решение № 1325 от 16.11.2017 г., постановено от Комисия за защита на конкуренцията /КЗК, Комисията/ по преписка № КЗК-870/2017 г. С жалбата и в съдебно заседание чрез упълномощен юрисконсулт А. се релевират касационни основания по смисъла на чл. 209, т. 2 и т.3 от АПК. Според касационния жалбоподател решението е недопустимо, тъй като е постановено по жалба на лице, което няма правен интерес да обжалва решението на възложителя и КЗК не е изяснила дали оспорващият има качество на заинтересовано лице, тъй като жалбоподателят е представил самостоятелна оферта, като се е съобразил с изискванията на възложителя. Касаторът твърди и неправилност на решението, като оспорва изводите на Комисията във връзка с установените нарушения при откриване на процесната възлагателна процедура. Моли Върховния административен съд да отмени обжалваното решение и да отхвърли жалбата на оспорващото дружество, като претендира юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът - Комисия за защита на конкуренцията не изразява становище по касационната жалба.

Ответникът - [фирма], със седалище и адрес на управление в [населено място], оспорва касационната жалба чрез упълномощен адв. С., която в съдебно заседание и с писмена защита пледира за оставяне в сила обжалваното решение, като допустимо, законосъобразно и правилно постановено. Заявява искане за присъждане на направените по делото разноски - адвокатско възнаграждение с приложен списък на разноските.

Представителят на Върховна административна прокуратура дава мотивирано заключение за допустимост и неоснователност на касационната жалба, защото [фирма] отговаря на легалната дефиниция в § 2, т. 14 ДР на ЗОП за "заинтересовано лице". Според участващия по делото прокурор целта на ваучерите за храна като средство за замяна, посредством което ползвателите получават храна и хранителни продукти срещу номиналната стойност на ваучерите, е да се предостави на една безплатна социална придобивка, която обаче не е обвързана с други финансови условия като намаляване на цената на стоките в търговските обекти за храни чрез заплащане на по-ниска цена от касовия бон при пазаруване с ваучери за храна. С оглед на това правилно КЗК е приела, че е налице неравнопоставеност на участниците в процедурата и показател П1 "Процент отстъпка от стойността на касовия бон при заплащане с ваучер при пазаруване на хранителни продукти и готови храни в големи търговски вериги, чрез предложена клиентска карта за отстъпка", е в противоречие с разпоредбата на чл. 70, ал. 5 от ЗОП. Операторът няма такива задължения съгласно Наредба № 7 и те не следва да му се вменяват, с оглед разрешителния режим и спецификите на осъществяваната дейност.

Като прецени доводите на страните и данните по делото, Върховният административен съд, четвърто отделение, намира касационната жалба на изпълнителния директор на [фирма] за ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА - подадена от надлежна страна в законния срок, визиран в чл. 216, ал. 1 от ЗОП.

Разгледана по същество касационната жалба е НЕОСНОВАТЕЛНА по следните съображения:

С обжалваното решение № 1325 от 16.11.2017 г. е отменено като незаконосъобразно решение № ЗОП-Р-172/24.08.2017 г. на изпълнителния директор на [фирма] за откриване на открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Отпечатване и предоставяне на ваучери за храна"; възложено е на [фирма], [населено място] да заплати на [фирма], [населено място] направените разноски в производството пред КЗК в размер на 5 500 лв. (пет хиляди и петстотин

лева); оставено е без уважение искането на [фирма], [населено място] за възлагане на направените в производството пред КЗК разности. За да достигне до този резултат Комисията се е позовала на нормите на чл. 215, ал. 2, т. 2 от ЗОП и чл. 217, ал. 1 от ЗОП и е приела, че е сезирана с жалба с вх. № ВХР - 2021/25.09.2017 г., подадена от [фирма], която съдържа множество оплаквания, две от които са преценени като основателни. КЗК се е произнесла по възраженето на възложителя за недопустимост на оспорването и е счела жалбата на [фирма] за допустима. По отношение твърдението на първоинстанционния жалбоподател срещу поставянето на показатели за оценяване наличието на договаряне на отстъпка с "големите търговски вериги", КЗК е преценила, че с така формулираните показатели се ограничава конкуренцията и се нарушава равнопоставеността на участниците в процесната процедура, както и те са в несъответствие с изискванията на Наредба № 7 от 09.07.2003 г. за условията и реда за издаване и отнемане на разрешение за извършване на дейност като оператор на ваучери за храна и осъществяване на дейност като оператор, издадена от МТСП и МФ. Комисията е счела за основателно и оплакването на жалбоподателя против изискването на възложителя за представяне на доказателства за определен брой сключени договори с "големи търговски вериги" при подаване на техническото предложение от участник в процедурата, което представлява "скрит" критерий за подбор на участници по смисъла на чл. 59 от ЗОП, който в нарушение на чл. 59, ал. 5 от ЗОП не е посочен като такъв, с оглед на което за участниците в процедурата не е ясно и как ще бъдат допускани и оценявани, в случай, че не са предоставили списък с договори или са предоставили по-малък брой договори. По тези съображения КЗК е отменила процесното решение № ЗОП-Р-172/24.08.2017 г. на изпълнителния директор на [фирма] за откриване на открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Отпечатване и предоставяне на ваучери за храна".

Според настоящия съдебен състав обжалваното решение е валидно и допустимо постановено. В касационната жалба се поддържа становище за недопустимост на жалбата, подадена от [фирма] и за необсъждане от КЗК на наличието на правен интерес от оспорването и качеството на жалбоподателя на "заинтересовано лице" по смисъла на ЗОП. Така развитото възражение е неоснователно, защото от мотивите на обжалваното решение е видно, че Комисията подробно е обсъдила релевираното и в първоинстанционното производство възражение в същия смисъл от страна на възложителя. Съдът споделя становището на КЗК, че по силата на § 2, т. 14 от ДР на ЗОП "заинтересовано лице" е

всяко лице, което има или е имало интерес от получаването на определена обществена поръчка и на което е нанесена или може да бъде нанесена вреда от твърдяното нарушение. От приложеното към делото извлечение от търговския регистър относно актуалното фирмено състояние на [фирма] е видно, че предметът на дейност на дружеството съответства на предмета на обявената обществена поръчка, както и съответства на нормата на чл. 10, ал. 1 от ЗОП, според която участник в процедура за възлагане на обществена поръчка може да бъде всяко българско или чуждестранно физическо или юридическо лице или техни обединения, както и всяко друго образувание, което има право да изпълнява строителство, доставки или услуги съгласно законодателството на държавата, в която то е установено. От тук следва обосноваването извод, че визираното дружество е потенциален участник в процесната възлагателна процедура. В касационната жалба се твърди, че първоинстанционният жалбоподател е представил самостоятелна оферта и с това е приел изискванията на възложителя, като същият е счел, че отговаря на тези изисквания. Тези доводи на касатора налагат заключение, че в случая [фирма] е не само потенциален, но и реален участник в процедурата за възлагане на обществената поръчка, съобразно легалното определение за "заинтересован участник", дадено от законодателя в текста на § 2, т.13 от ДР на ЗОП. Съдът намира, че КЗК правилно е преценила като неоснователно възражението на възложителя, че жалбоподателят е изчерпал получената индивидуална квота до края на 2017 г., поради което предвид забраната в чл. 11, ал. 1, т. 4 от Наредбата, той не би могъл да бъде изпълнител по нов договор за отпечатване и предоставяне на ваучери за храна. Комисията се е позовала на официална информация на Министерството на финансите, според която броят на оставащите индивидуални квоти до изчерпване на общата годишна квота за 2017 г. е 0 (нула) и са изчерпани всички индивидуални квоти, с оглед на което нито един оператор на ваучери за храна не би могъл да сключи нов договор през 2017г., но не така стои въпросът за 2018г., когато ще се приключи възлагателната процедура и ще се сключи договор за изпълнение на процесната обществена поръчка.

Обжалваното решение е правилно и при постановяването му не са осъществени нарушения, съставляващи касационни основания, които изискват неговата отмяна. Въз основа на цялостно изяснена фактическа и правна обстановка, след задълбочено обсъждане аргументите на страните и правнорелевантните факти, органът по преразглеждането е произнесъл законосъобразно решение, което следва да остане в сила. Това е така, защото КЗК точно е констатирала, че с решение № ЗОП-Р-172/24.08.2017 г. изпълнителният директор на [фирма] е открил "открита" по вид процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Отпечатване и предоставяне на ваучери за храна", с което решение са одобрени Обявлението за поръчката и документацията за участие в процедурата. Относно техническото предложение е зададено изискване към организацията на работа по време на изпълнение на поръчката - описва се процеса на работа при изпълнение на поръчката от получаване на заявката до получаване на ваучерите; начин на комплектоване на ваучерите, вкл. и на клиентските карти за отстъпка (ако има такива) - посочва се как ще се комплектоват ваучерите,

как ще се получават, разпределението на ваучерите; представят се и по един образец на ваучерите с купюри от по 1, 2, 5, 10 и 20 лв., комплектовани за раздаване, както и клиентски карти за отстъпка (ако се предлагат отстъпки); списък с търговските обекти, които приемат отпечатаните от участника ваучери за храна, като минимум три са големи търговски вериги в страната и минимум една голяма търговска верига е в региона на [населено място], като в списъка се посочват и обектите, които ще предлагат отстъпки от стойността на касовия бон при заплащане с ваучери със съответната отстъпка; предлагани отстъпки и брой обекти, предлагащи отстъпка - посочва се процента отстъпка за различните видове търговски вериги, както и броя обекти предлагащи над 2% отстъпка, съгласно приложния образец. В "Техническо задание" от документацията за участие в процедурата е вписано следното: Предмет на дейността - ежемесечно отпечатване и предоставяне на ваучери за храна, предназначени за работниците и служителите на [фирма], работещи в среда на йонизиращи лъчения, по чл. 285 от КТ и чл. 55 на Колективния трудов договор при спазване на изискванията на Наредба № 11 от 21.12.2005 г. и за работниците и служителите на [фирма], работещи извън среда на йонизиращи лъчения, на основание чл. 294 от КТ. В утвърдената Методика за определяне на комплексната оценка на офертите в процедурата от документацията са посочени показателите за оценка на офертата и относителната им тежест в комплексната оценка. В показателя П1 - Процент отстъпка от стойността на касовия бон при заплащане с ваучер при пазаруване на хранителни продукти и готови храни в големи търговски вериги, чрез предложена клиентска карта за отстъпка с относителна тежест на този показател - 50%. Горепосоченият показател се формира от следните подпоказатели: П 1.1 - Процент отстъпка от стойността на касовия бон при заплащане с ваучер при пазаруване на хранителни продукти и готови храни в голяма търговска верига, разположена в района на [община], чрез предложена клиентска карта за отстъпка - 20%; П 1.2. - Процент отстъпка от стойността на касовия бон при заплащане с ваучер при пазаруване на хранителни продукти и готови храни в голяма търговска верига в страната, чрез предложена клиентска карта за отстъпка - 10%; П 1.3. - Процент отстъпка от стойността на касовия бон при заплащане с ваучер при пазаруване на хранителни продукти и готови храни в голяма търговска верига в страната, чрез предложена клиентска карта за отстъпка - 10%; П 1.4. - Процент отстъпка от стойността на касовия бон при заплащане с ваучер при пазаруване на хранителни продукти и готови храни в голяма търговска верига в страната, чрез предложена клиентска карта за отстъпка - 10%. При тези вярно установени факти, КЗК е извела обосновани правни изводи. В конкретния случай в одобрената от възложителя методика за оценка на офертите е избран критерият за възлагане по чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП - "оптимално съотношение качество/цена" и комплексната оценка /КО/ се формира от технически показатели (П1 - 50 % и П2 - 40 %) с обща тежест 90 % и финансов показател П3 (П3 - Стойност на услугата за 1 месец за отпечатване и предоставяне на заявените ваучери за храна) с тежест в КО - 10 %. Следователно възложителят е придал най-голяма тежест в комплексната оценка на показател П1 - тежест 50 %, който е разделен на 4 подпоказателя, в които се присъждат 0 точки при 0 % отстъпка и по 10 точки за всеки процент отстъпка, фиксиран от възложителя от 1 % до 10 %, т. е. от 10 до 100 т., като 100 т. са максималният брой точки по четирите подпоказателя. Съдът споделя становището на Комисията, че така формулираният показател П1 - "Процент отстъпка от стойността на касовия бон при заплащане с ваучер при пазаруване на хранителни продукти и готови храни в големи търговски вериги, чрез предложена клиентска карта за отстъпка" е зададен от възложителя в нарушение на разпоредбата на чл. 70, ал. 5 от ЗОП, тъй като не е свързан с предмета на поръчката. В нормата чл. 2, ал. 2 от приложимата Наредба №7 от 09.07.2003 г. е предвидено, че предоставяните ваучери за храна са средство за замяна, посредством което ползвателите получават храна и хранителни продукти срещу номиналната стойност на ваучерите в ресторанти, заведения за бързо обслужване, както и в обекти за търговия с храни, включително магазини за хранителни стоки, супермаркети, хипермаркети и др., осъществяващи дейност в съответствие с изискванията на Закона за храните. Във визираната наредба е регламентирано, че операторите на ваучерите за храна предоставят на две различни групи потребители два различни вида услуги, свързани с ваучерите за храна, които издават: 1/ услуги по отпечатване и предоставяне на ваучери за храна на работодатели; 2/ услуги по осребряване на ваучери за храна, предадени от търговски обекти. Така описаните услуги имат различно съдържание и функционално предназначение. Възнаграждението на операторите на ваучери за храна от работодателите следва да покрива направените разходи по отпечатването, докато това, което е получено от доставчиците следва да покрива разходите за осребряване, което систематично следва от нормите на Наредба № 7 от 09.07.2003 г., в която е посочено кои разходи на оператора на ваучери за храна се заплащат от работодателя /чл. 13, ал. 2 - заплащане на номиналната стойност и възнаграждението по отпечатване на ваучерите за храна/ и кои от търговските обекти - доставчици /чл. 15, ал. 3 - размер на възнаграждението на оператора за предоставените услуги по осребряване на ваучерите за храна/. КЗК се е позовала на приложено към преписката Указание на МФ за счетоводното отчитане, представяне и данъчно третиране на механизма на предоставяне на ваучерите за храна, въз основа на което е формирала законосъобразно заключение, че в конкретния предмет на настоящата обществената поръчка: "Отпечатване и предоставяне на ваучери за храна", не попада дейността по договаряне с обекти за търговия с храни на отстъпка от стойността на касовия бон при пазаруване с ваучери за храна, като се акцентира върху обстоятелството, че търговските обекти плащат на операторите на ваучери възнаграждение за осребряване на ваучерите за храна или комисионна, която се плаща за осигурения оборот, който идва от пазаруването в магазините. От значение е обстоятелството, че в чл. 16, т. 4 от Наредба № 7 от 09.07.2003 г. изрично е регламентирано, че доставчиците, които са сключили договор за обслужване на ползватели с оператор, са длъжни да прилагат изискванията и ограниченията, предвидени в тази наредба и в договора с оператора, при приемане на отпечатаните от оператора ваучери за храна, включително да продават храни и хранителни стоки по цени, обявени в съответния търговски обект, без да включват надценка или да коригират цените с размера на възнаграждението, дължимо на оператора. КЗК правилно е преценила, че при поставянето на показателя за оценка П1 /с четирите подпоказателя/ участниците в процедурата не могат да разчитат на своите технически възможности за изпълнение предмета на услугата, а им се задават допълнителни задължения извън нормативно установените за дейността им като оператори на ваучери, а именно: да преговарят с големите търговски вериги за договаряне на процент отстъпка, по-възможност по-висок от този, който ще бъде предложен на техните конкуренти и да зависят от чужда воля, въз основа на която да изготвят своята оферта, което ще

доведе до нарушаване принципите на равнопоставеността на участниците и свободната конкуренция, прогласени в чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП.

По отношение на второто основание за отмяна на атакувания акт на възложителя, настоящият съдебен състав счита, че обжалваното решение на Комисията също е законосъобразно и при установяването му от страна на КЗК не са допуснати нарушения и противоречия с приложимия материален закон. Точно е констатирано, че в Раздел III. 1.3. "Технически професионални възможности" от обявлението за поръчката, като критерий за подбор е поставено минимално изискване участникът да има изпълнени минимум една дейност/услуга, която да е са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, за последните 3 години от датата на подаване на офертата (под "идентични или сходни с предмета на поръчката" се разбира отпечатване и предоставяне/доставка на ваучери за храна, като няма изискване за сключени договори с големи търговски вериги, от което следва, че такъв критерий за подбор не е поставен от възложителя. От друга страна обаче в съдържанието на "Указания за подготовка на офертата" от документацията за участие е предвидено, че участникът следва да посочи в част IV "Критерии за подбор", буква "В" на ЕЕДОП за техническите и професионални способности по чл. 64, ал. 1 и ал. 3 от ЗОП, посочени от възложителя в обявлението за обществена поръчка, а именно: 2.1.1.1. участникът изпълнявал ли е дейности/услуги, които да са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, за последните 3 години от датата на подаване на офертата ...; 2.1.1.2. участникът има ли сключени действащи договори минимум с три големи търговски вериги в страната, както и има ли сключен действащ договор с минимум един обект/магазин от голяма търговска верига в региона на [населено място], в които да могат да се реализират представените ваучери за храна. Следователно в конкретната хипотеза възложителят е изискал предоставяне на този вид информация относно сключени действащи договори, като възложителят очевидно го е задал като критерий за подбор, но съществено не е предвидил като санкция за неизпълнението на това условие - отстраняване от участие в процедурата, поради което КЗК правилно е счела, че е налице празнина в документацията за участие в процедурата. Съдът намира за законосъобразно становището на Комисията, че поставеното от възложителя изискване за представяне на доказателства за определен брой сключени договори с "големи търговски вериги" при подаване на техническото предложение от участник в процедурата, съставлява "скрит" критерий за подбор на участници по смисъла на чл. 59 от ЗОП, който в нарушение на чл. 59, ал. 5 от ЗОП не е посочен като такъв. При това положение е изведен верен и обоснован извод, че включването на изискуемото посочване на договори в ЕЕДОП, IV "Критерии за подбор", буква "В" е незаконосъобразно от една страна поради това, че такъв критерий за подбор не фигурира в изрично изброените в разпоредбата на чл. 63, ал. 1 от ЗОП, а от друга страна - предвид правнорелевантното обстоятелство, че няма поле в ЕЕДОП, в което да може надлежно да се попълни такава информация.

По изложените съображения решаващият съдебен състав намира, че обжалваното решение не страда от инвокираните с касационната жалба пороци - отменителни основания по смисъла на чл. 209, т. 2 и т. 3 от АПК във връзка с чл. 216, ал. 6 от ЗОП.

С оглед изхода на спора претенцията на касационния жалбоподател за присъждане на разноски се оставя без уважение. По отношение заявеното искане от [фирма] за присъждане на направените по делото разноски, представляващи адвокатско възнаграждение, съдът счита на основание чл. 143 от АПК, че то следва да бъде уважено в претендирания размер - 739,28 лв., който е доказан с приложена фактура за извършено плащане към представения списък на разноските. Неоснователно е възражението на представителя на касатора за прекомерност на адвокатското възнаграждение, тъй като визирият по-горе размер съответства на действителната фактическа и правна сложност на спора.

На основание на горното и на чл. 216 от ЗОП във връзка с чл. 221, ал. 2, предложение първо от АПК, Върховният административен съд, четвърто отделение,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА РЕШЕНИЕ № 1325 от 16.11.2017 г., постановено от Комисията за защита на конкуренцията, по преписка № КЗК-870/2017 г.

ОСЪЖДА [фирма], със седалище и адрес на управление в [населено място], [адрес], да заплати на [фирма], със седалище и адрес на управление в [населено място], [адрес], направените разноски, представляващи договорено и заплатено адвокатско възнаграждение в размер на 739,28 лв. /седемстотин тридесет и девет лева и двадесет и осем стотинки/.

РЕШЕНИЕТО е окончателно.