

РЕШЕНИЕ

№ 4880

София, 16.04.2021

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в съдебно заседание на петнадесети март две хиляди и двадесет и първа година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ТАТЯНА ХИНОВА


ЧЛЕНОВЕ: ТОДОР ПЕТКОВ

ЛЮБОМИРА МОТОВА

при секретар
на прокурора

Ирена Асенова
Милена Беремска

и с участието
изслуша
докладваното

от съдията
по адм. дело № 1818/2021. 

ТОДОР ПЕТКОВ

Производството пред Върховния административен съд (ВАС) е по реда на чл.208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във чл. 216 от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

Образувано е по две касационни жалби, съответно от "Т. архитекти" ЕООД, гр. София чрез процесуални представители адв. Е. Д. от САК и адв. А. А. от САК, и от "Атек – ВД" ЕООД чрез процесуален представител адв. П. А. от САК, против Решение № 30 от 14.01.2021 г. на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) по преписка, вх. № КЗК-802/12.11.2020 г., с което по жалба от консорциум "Архитектурно бюро Авангард" ООД – Мердж Студио" ЕООД е в т.1 ОТМЕНЯ Решение № 10-00-2489/15.10.2020 г. на кмета на община Стара Загора, за класиране на участниците по процедура от вида "Конкурс за проект" за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Открит конкурс за идеен проект за многофункционална спортна зала в УПИ I спорт, атракции, озеленяване, рекреация, кв. 334 а, гр. Стара Загора", открита с Решение № 10-00-2953 от дата 30.12.2019 г. на възложителя; в т.2. ВРЪЩА преписката на възложителя с указание за прекратяване на процедурата; в т.3 ОСТАВЯ без разглеждане искането за налагане на временна мярка "спиране на процедурата"; в т.4. ВЪЗЛАГА на община Стара Загора да заплати на "Архитектурно бюро Авангард" ООД и "Мердж студио" ЕООД, в качеството им на участници в консорциум "Архитектурно бюро Авангард" ООД – "Мердж студио" ЕООД, разноски в размер на 850 (осемстотин и петдесет) лв. и в т.5. ОСТАВЯ без уважение искането на кмета на община Стара Загора за възлагане на разноски.

В жалбата на "Т. архитекти" ЕООД и допълнително чрез процесуален представител в съдебно заседание обстоятелствено са релевирани доводи за неправилност на обжалваното решение в частта му по т. 2 от диспозитива поради нарушение на материалния закон и необоснованост – отменителни основания по чл.209, т.3 АПК. Основно се твърди, че КЗК неправилно е постановила връщане за прекратяване на процедурата, тъй като дори и ад има конфликт на интереси, то той се отнася само за две дружества – класираните на първо и четвърто място, съответно участниците "Атек – ВД" ЕООД и "Десет архитекти" ЕООД и следва последиците (с отстраняването им в хипотезите на чл.54, ал.1 , т.7 ЗОП) да бъдат само за тях, а не и за останалите добросъвестни участници, сред които и "Т. архитекти" ЕООД. По тези и други съображения, претендира решението да бъде отменено в оспорената част и преписката да бъде върната на възложителя за отстраняване на посочените две дружества и ново класиране сред останалите. Претендира разноски.

В жалбата на "Атек – ВД" ЕООД и допълнително чрез процесуален представител в съдебно заседание обстоятелствено са релевирани доводи за неправилност на обжалваното решение поради нарушение на материалния закон, съществено нарушение на съдопроизводствените правила и необоснованост – отменителни основания по чл.209, т.3 АПК. Основно се твърди, че КЗК не е аргументирала с конкретни фактически основания извода си за наличие на конфликт на интереси по см. на §2, т.21 от ДР ЗОП във вр. с чл. 54 ЗПКОНПИ на "Атек – ВД" ЕООД и "Десет архитекти" ЕООД с членовете на журито проф. д-р инж. И. М., проф. д-р арх. И. Д. и проф. д. н. арх. Б. К.. По тези и други съображения претендира решението да бъде отменено. Претендира разноски.

Ответникът – КОНСОРЦИУМ "АРХИТЕКТУРНО БЮРО АВАНГАРД" ООД - "МЕРДЖ СТУДИО" ЕООД – чрез процесуален представител адв. П. и архитект Б. Б. - един от управителите релевира доводи за неоснователност на жалбите, развити и в писмено становище.

Ответникът – КМЕТ НА ОБЩИНА СТАРА ЗАГОРА не ангажира становище по жалбите.

Ответникът – "АТМ" ЕООД представляван от И. М. - управител релевира доводи, че касационна жалбата на "Т. АРХИТЕКТИ" ЕООД е основателна, а на "Атек – ВД" ЕООД - неоснователна.

Ответникът – "ДЕСЕТ АРХИТЕКТИ" ЕООД не ангажира становище по жалбите.

Ответникът – "АРХИТЕКТ К." ЕООД не ангажира становище по жалбите.

Ответникът – "ПРОАРХ" АД не ангажира становище по жалбите.

Ответникът – "АДА - АГЕНЦИЯ ДИЗАЙН И АРХИТЕКТУРА" АД не ангажира становище по жалбите.

Ответникът – "ТЕРЕЗ АРХИТЕКТИ" ЕООД не ангажира становище по жалбите.

Ответникът – "АБОЛЕОН" ЕООД не ангажира становище по жалбите. Представителят на Върховна административна прокуратура дава мотивирано заключение за неоснователност на касационните жалби. Върховният административен съд, в настоящия състав на IV-то отделение като съобрази наведените касационни основания и в двете жалби, доводите на страните във връзка с тях, събраните по делото доказателства и извърши проверка за валидност, допустимост и съответствие на обжалваното решение с материалния закон – ЗОП, установи следното:

Касационните жалби са подадени от надлежни страни и в срока по чл. 216, ал. 1 от ЗОП, поради което всяка една от тях е процесуално допустима. Разгледани поотделно и по същество, всяка една от тях е основателна, както следва:

Установи се, че с Решение номер 10-00-2953 от 30.12.2019 г. на кмета на община Стара Загора – публичен възложител е открита процедура от вида "Конкурс за проект" за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Открит конкурс за идеен проект за многофункционална спортна зала в УПИ I спорт, атракции, озеленяване, рекреация кв. 334 а, гр. Стара Загора". С решението са одобрени обявлението за оповестяване откриването на процедура и документацията към обществената поръчка. Там е посочено, че "Настоящият конкурс се провежда в съответствие с разпоредбите на чл. 20, ал. 1, т. 5, чл. 80 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), чл. 82 от ППЗОП. Конкурсът е открит и на основание чл. 80, ал. 5 от ЗОП в него могат да представят проекти всички заинтересовани лица. Конкурсът за проект е определен като конкурс с присъждане на награди, съгласно чл. 80, ал. 2 от ЗОП. За участниците в процедурата не трябва да са налице основанията за отстраняване, посочени в чл. 54, ал. 1, т. 1, т. 2, т. 3, т. 4, т. 5, т. 6 и т. 7 от ЗОП и чл. 55, ал. 1 от ЗОП. * Забележка: Основанията по чл. 54, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 7 от ЗОП се отнасят за:

а/ лицата, които представляват участника и лицата, които са членове на негови управителни и надзорни органи, съгласно регистъра, в който е вписан участникът, ако има такъв, или документите, удостоверяващи правосубектността му. Когато в състава на тези органи участва юридическо лице, основанията се отнасят за физическите лица, които го представляват съгласно регистъра, в който е вписано юридическото лице, ако има такъв, или документите, удостоверяващи правосубектността му ;

б/ когато участникът, или юридическо лице в състава на негов контролен или управителен орган се представлява от физическо лице по пълномощие, основанията по чл. 54, ал. 1, т. 1, 2 и 7 се отнасят и за това физическо лице.

В конкурса не могат да участват:

- лицата, взели участие в изготвянето на конкурсната програма.
- длъжностните лица по чл. 90, ал. 1 от ППЗОП, членовете на журито, резервните им членове, както и свързаните с тях лица съгласно Търговския закон и/или Закона за предотвратяване и разкриване на конфликт за интереси;
- лицата, намиращи се в трудови или служебни отношения с възложителя или с член на техническата комисия и журито;
- лицата, лишени от проектантска правоспособност;
- външен експерт, участвал в изработването на конкурсната програма, не може да участва в процедурата самостоятелно или в обединение с други лица като участник, член на обединение-участник, подизпълнител, или чрез свързани лица, освен ако документите, в чието изработване е участвал са променени така, че не предоставят на участника информация, която му дава предимство пред останалите участници в процедурата;
- лицата по чл. 54 и чл. 55 от ЗОП

2. От участие в конкурса се отстраняват и проекти на:

- участници, за които обстоятелствата по т. 1. са станали известни или са възникнали по времето на провеждането на конкурса;
- участници, които не са представили изискуемите съгласно настоящата документация и техническото задание документи или са представили документи, които не отговарят на изискванията на същите;

Най-малко 14 дни преди крайния срок за получаване на конкурсните проекти възложителят обявява поименно лицата, номинирани за членове на журито и за резервни членове, ако не са посочени в обявлението. Всеки заинтересован от участие в конкурса за проект може да подава до възложителя писмено мотивирано възражение срещу номиниран член на журито и срещу резервен член, с когото е в отношения, които пораждат конфликт на интереси, в 3-дневен срок от обявяване на номинираните лица. Когато възраженията са подадени в срока по чл. 86, ал. 2 от ППЗОП и са основателни, в 3-дневен срок възложителят заменя съответното лице, номинирано за член на журито или за резервен член. Окончателният поименен състав на журито и на резервните членове се обявява най-късно до крайния срок за получаване на конкурсните проекти.

Възложителят назначава жури със заповед, в която определя: 1. поименния състав и лицето, определено за председател; Членовете на журито декларират писмено, че не е налице конфликт на интереси с участниците съгласно чл. 88, ал. 3 от ППЗОП. Резултатите от оценяването и класирането се обявяват на публично заседание, на което имат право да присъстват участниците в процедурата или техни упълномощени представители, както и представители на средствата за масово осведомяване. На заседанието се отваря и пликът по чл. 90, ал. 5 от

ППЗОП и се съобщават имената на участниците, чиито проекти са класирани. След приключване на работата си журито изготвя доклад."

С обявление изх. № 10-11-3322/16.02.2020 г. вр. чл. 86, ал. 1 ППЗОП са оповестени номинациите за състав на журито, както следва:

председател: Проф. д-р инж. И. М. – ректор на Университет по архитектура, строителство и геодезия, и членове:

1. Проф. д-р арх. И. Д. – ръководител катедра "Жилищни сгради" в Университет по архитектура, строителство и геодезия;
2. Проф. д. н. арх. Б. К. - Представител на Камара на архитектите в България, Ръководител на катедра "Обществени сгради" в УАСГ;
3. Арх. Б. Х. – представител на Съюза на архитектите в България;
4. К. Ч. – заместник-кмет "Общинска собственост, стопанска политика и спортни дейности"
5. Арх. В. Г. – Главен архитект на община Стара Загора
6. М. Б. – началник отдел "Обществени поръчки" – Юрист – служител в община Стара Загора;

Резервни членове: ... С обявление изх. № 10-11-4831/30.04.2020 г. във вр. чл. 86, ал. 3 ППЗОП е обявен окончателният състав на журито, в който няма изменения. Обявлението е публикувано в Профила на купувача на 30.04.2020 г. Със Заповед № 10-00-1279/04.05.2020 г. на кмета на община Стара Загора е назначено жури в същия състав като първоначално обявения.

Съгласно Обявление изх. № 10-11-6843/19.06.2020 г. възложителят съобщава, че на основание чл. 91, ал. 3 ППЗОП, на 24.06.2020 г. в 11: 00 ч. в мултифункционалната зала в сградата на областната администрация ще се проведе публично заседание на жури, назначено за разглеждане и оценяване на представените проекти. На заседанието ще бъдат обявени резултатите от оценяването и класирането на представените проекти и ще се съобщят имената на участниците, чиито проекти са класирани. На 24.06.2019 г. в 11: 00 часа в зала в сградата на Областна администрация: гр. Стара Загора, бул. "Цар Симеон Велики" № 108 е проведено публично заседание на журито. Председателят на журито е обявил резултатите от оценяването и класирането на представените проекти на основание чл. 91, ал. 3 от ППЗОП:

- Участникът "А"1 получава комплексната оценка 56, 50, т.
- Участникът "Б"2 получава комплексната оценка 79, 78, т.
- Участникът "В"3 получава комплексната оценка 88, 61, т.
- Участникът "Г"4 получава комплексната оценка 70, 46, т.
- Участникът "Д"5 получава комплексната оценка 84, 71, т.
- Участникът "Е" 6 получава комплексната оценка 59, 10, т.
- Участникът "Ж"7 получава комплексната оценка 64, 46 т.
- Участникът "З"8 получава комплексната оценка 72, 85, т.
- Участникът "И"9 получава комплексната оценка 68, 21, т.

Участникът "Й"10 получава комплексната оценка 83, 79, т.

Участникът "К"11 получава комплексната оценка 60, 26, т.

Участникът "Л"12 получава комплексната оценка 74, 52, т.

Участникът "М"13 получава комплексната оценка 72, 79, т.

След това председателят на журито е отворил плика по чл. 90, ал. 5 от ППЗОП и е съобщил имената на участниците и отредените им номера от списъка, съдържащ се в плика. Впоследствие е издадено Решение № 10-00-2489/15.10.2020 г. на кмета на община Стара Загора, като е взета предвид работата на журито и са класирани участниците, както следва: първо място "Атек – ВД", гр. София /"В"3/, второ място "Т. архитекти" ЕООД, гр. София /"Д"5/, трето място "АТМ" ЕООД, гр. София /"Й"10/, четвърто място "Десет архитекти" ЕООД, гр. София /"Б"2/ и т.н., на седмо място Консорциум "Архитектурно бюро Авангард" ООД – Мердж студио" ЕООД, гр. Стара Загора /"М"13/ и т.н. до десето място. Посочени са наградите за първите трима и отстранените участници.

Решението на възложителя е обжалвано пред КЗК от „Архитектурно бюро Авангард“ ООД – "Мердж Студио" ЕООД с основен довод, че членовете на журито проф. д-р инж. И. М. – ректор на Университета по архитектура, строителство и геодезия (УАСГ), проф. д-р арх. И. Д. – ръководител катедра "Жилищни сгради" в УАСГ и проф. д. н. арх. Б. К. – ръководител катедра "Обществени сгради" в УАСГ, са в конфликт на интереси с участника "Атек – ВД" ЕООД чийто едноличен собственик и управител е проф. д-р арх. В. И., който в същото време преподава в УАСГ и е един от 16-те членове на Ректорския съвет на УАСГ, член на Факултетски съвет на Архитектурен факултет, член на Академичен съвет, председател на Общо събрание на Архитектурен факултет, както и с участника "Десет архитекти" ЕООД, чийто едноличен собственик и управител арх. И. П., който е асистент в УАСГ.

В протеклото производство, КЗК е проучила обстоятелствата по жалбата и я е приела за основателна. Прието е, че съгласно чл. 86, ал. 1 ППЗОП най-малко 14 дни преди крайния срок за получаване на конкурсните проекти възложителят обявява поименно лицата, номинирани за членове на журито и за резервни членове, ако не са посочени в обявлението, съгл. 2 на същия член всеки заинтересован от участие в конкурса за проект може да подава до възложителя писмено мотивирано възражение срещу номиниран член на журито и срещу резервен член, с когото е в отношения, които пораждат конфликт на интереси, в 3-дневен срок от обявяване на номинираните лица, което не е сторено от "Атек – ВД", гр. София и "Десет архитекти" ЕООД, за които управители е бил налице конфликт на интереси по см. на §2, т.21 от ДР ЗОП във вр. с чл. 54 ЗПКОНПИ.

Съобразено е, че съгл. чл. 90, ал. 1 ППЗОП преди разглеждането на конкурсните проекти от журито се осигурява тяхната анонимност от

длъжностни лица, определени от възложителя. Според ал. 4 и 5 на този член (в относимата редакция – преди 01.04.2020 г.) за всеки конкурсен проект се определя уникален номер. Длъжностните лица съставят списък на уникалните номера и на съответстващите им имена на участниците. Списъкът се съхранява от длъжностните лица до обявяване класирането на проектите. Съгласно чл. 91, ал. 3 ППЗОП в приложимата редакция, резултатите от оценяването и класирането се обявяват на публично заседание. Едва на това заседание се съобщават имената на участниците, чиито проекти са класиран, когато е моментът, в който по закон членовете на журито са узнали имената на участниците и биха могли да преценят дали се намират с тях в конфликт на интереси.

Прието е, че в случая горепосочените трима членове на журито имат интерес, който може да води до облага по дефиницията, дадена в чл. 54 ЗПКОНПИ и за който може да се приеме, че влияе на тяхната безпристрастност и независимост. Дефиницията е доста обширна и неизчерпваща възможните хипотези. Облагата не е единствено доход – тя може да се изразява в помощ, глас, подкрепа или влияние, предимство, получаване на или обещание за работа, длъжност, дар, награда и т. н. КЗК е преценила, че „проф. д-р инж. И. М., проф. д-р арх. И. Д. и проф. д. н. арх. Б. К., от една страна, и проф. д-р арх. В. И. – законен представител на „Атек – ВД“ ЕООД, и ас. арх. И. П. – законен представител на „Десет архитекти“ ЕООД, са не просто представители на една високо специализирана съсловна общност – тази на архитектите. Всички те заемат преподавателски длъжности в УАСГ, като един от тях е ректор, други трима са професори – ръководители на катедри, а арх. П. е асистент. Обединява ги не само познатство помежду им, а и определени съвместни професионални ангажименти – участие в дейността на университета и неговите колективни органи за управление – общо събрание и академичен съвет – чл. 24 от Закона за висшето образование. КЗК счита, че в тази връзка за тях е налице интерес от взаимопомощ. При това положение би могло да се приеме, че интересът да си помагат един другиму би могъл да повлияе на безпристрастността и независимостта на членовете на журито при възлагане на обществената поръчка.... От морална гледна точка също е неприемливо в процедура по възлагане на обществена поръчка експерти да оценяват проектите на други експерти в същата област, които освен това се явяват техни колеги по служба. При това трябва да се съобрази, че членовете на журито са подписали декларациите за липса на конфликт на интереси с участниците в конкурса за проект на 04.06.2020 г., а са узнали кои са тези участници едва на публичното заседание, проведено на 24.06.2020 г. – т. 6, 7 и 8 от фактите. Иначе казано, тези декларации са преждевременно дадени и като такива КЗК счита, че нямат правна стойност.”

В хипотезите на чл. 54, ал. 1, т. 7 ЗОП: Възложителят отстранява от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка кандидат или участник, когато е налице конфликт на интереси, който не може да бъде отстранен, ал. 2 на посочения член изрично пояснява, че основанието по т. 7 се отнася за лицата, които представляват участника или кандидата и за членовете на неговите управителни и надзорни органи, КЗК е приела, че съобразно „чл. 51, ал. 8 – 11 ППЗОП всеки член на комисията по ал. 1 е длъжен да си направи самоотвод, когато установи, че е възникнал конфликт на интереси, съответно възложителят е длъжен да отстрани член на комисията, за когото установи, че е налице конфликт на интереси с кандидат или с участник, и да определи нов член. Действията на отстранения член, свързани с разглеждане на заявленията за участие и/или офертите и с оценяване на предложенията на участниците, не се вземат предвид и се извършват от новия член. резервните членове на журито е трябвало да повторят всички действия на отстранените членове по разглеждане и оценка на всички проекти, а не само тези на "Атек – ВД" ЕООД и "Десет архитекти" ЕООД. Не се знае какви оценки щяха да поставят и как това щеше да се отрази върху крайното класиране. КЗК намира, че с оглед спецификата на процедурата, доколкото проектите вече не са анонимни и доколкото има съмнения за обективността на журито, е твърде късно преписката да бъде върната с указания за нова оценка на проектите от страна на трима нови членове на журито. Горното обуславя отмяна на процесното решение в неговата цялост. Това от своя страна е предпоставка за прекратяване на процедурата.”

Решението на КЗК е неправилно, тъй като неправилно е тълкуван и приложени относимите материално-правни норми, изводите на КЗК в тази връзка не съответстват на действителното фактическо и правно положение като са допуснати пороци при установяването на фактите и при извличането на правните им последици, поради което решението е и необосновано.

Спорът понастоящем е изключително правен и се отнася главно и относно дали е налице установения от КЗК конфликт на интереси между конкретни членове на журито и конкретни участници в конкурса, поради което преюдициално ще бъде разгледана жалбата на "Атек – ВД" ЕООД, а след това жалбата на „Т. архитекти“ ЕООД, гр. София, тъй като повдигнатия с нея спор е в зависимост от спора по главния факт.

По жалбата на "Атек – ВД" ЕООД:

Не се спори, че към момента на оценяването в конкурса от една страна членовете на журито проф. д-р инж. И. М. е ректор на Университета по архитектура, строителство и геодезия (УАСГ), проф. д-р арх. И. Д. е ръководител катедра "Жилищни сгради" в УАСГ и проф. д. н. арх. Б. К. е ръководител катедра "Обществени сгради" в УАСГ, а от друга - проф. д-р арх. В. И. като управител на участника "Атек – ВД" ЕООД е преподавател в УАСГ и е един от 16-те членове на Ректорския съвет на УАСГ, член на Факултетски съвет на Архитектурен факултет, член на Академичен съвет, председател на Общо събрание на Архитектурен факултет, а арх. И. П. като управител на участника "Десет архитекти" ЕООД е асистент в УАСГ. Не се спори и че тези лица са в колегиални отношения и се познават. Тези безспорни факти следва да се отделят от спорните и да се преценят в хипотезите на относимите нормативни текстове релевантни за законосъобразното провеждане на процесната обществена поръчка.

Съгл. §2, т.21 от ДР ЗОП "Конфликт на интереси" е налице, когато възложителят, негови служители или наети от него лица извън неговата структура, които участват в подготовката или възлагането на обществената поръчка или могат да повлияят на резултата от нея, имат интерес, който може да води до облага по смисъла на чл. 54 от Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество (ЗПКОНПИ) и за който би могло да се приеме, че влияе на тяхната безпристрастност и независимост във връзка с възлагането на обществената поръчка. Съгласно чл. 54 ЗПКОНПИ „Облага е всеки доход в пари или в имущество, включително придобиване на дялове или акции, както и предоставяне, прехвърляне или отказ от права, получаване на стоки или услуги безплатно или на цени, по-ниски от пазарните, получаване на привилегия или почести, помощ, глас, подкрепа или влияние, предимство, получаване на или обещание за работа, длъжност, дар, награда или обещание за избягване на загуба, отговорност, санкция или друго неблагоприятно събитие. чл. 54, ал.1, т.7 ЗОП императивно повелява, че „Възложителят отстранява от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка кандидат или участник, когато: е налице конфликт на интереси, който не може да бъде отстранен.“ Нормата предполага, че възложителя може да стори това във всеки един момент, когато установи обстоятелства за това.

В случая след като съгл. чл.86, ал.1 ППЗОП (в приложимата редакция) публично е обявил поименно състава на журито най-малко 14 дни преди крайния срок за получаване на конкурсните проекти и съгл. ал.2 всеки заинтересован от участие в конкурса за проект може да подава до възложителя писмено мотивирано възражение срещу номиниран член на журито и срещу резервен член, с когото е в отношения, които пораждат конфликт на интереси, в 3-дневен срок от обявяване на номинираните лица . Никой от участниците не подал такива възражения, поради което към този момент за възложителя не е възникнало задължение да заменя член на жури или да отстранява участник.

Впоследствие журито е извършило оценяване на проектите на участниците в условията на анонимност по чл.90 , ал.1 ППЗОП, тъй като всеки проект е бил означен надлежно от съответните длъжностни лица с уникален номер (буква и цифра) и за членовете на журито е било невъзможно да знаят кой проект на кой участник поименно съответства. След извършеното оценяване по чл.91, ал.1 ППЗОП с протокол от 04.06.2020г. и класиране по чл.91, ал.3 ППЗОП, и впоследствие с протокол от 24.06.2020 г. в присъствие на представители на участниците е отворен плика с имената на участниците, които тогава са съпоставени с буквено-цифровото означение на проектите. Това именно е момента, в който членовете на журито са узнали имената на участниците и това е момента, в който ако член на журито прецени, че е в конфликт на интереси, е следвало да го декларира пред възложителя. Очевидно никой от членовете не е преценил, че са налице такива обстоятелства. След това процедурата е продължила и приключила с решение на възложителя. От значение по спора е обстоятелството, че след извършеното анонимно оценяване всички последващи действия на комисията не са били свързани с него и не са били в състояние да го променят по какъвто и да е било начин. Ако е имало конфликт на интереси, той следва да е съществувал и да се установява към този момент, в който евентуално е можел да повлияе на безпристрастността на журито като цяло и в частност на споменатите трима членове от УАСГ, а не впоследствие, както се вменява в мотивите на КЗК.

За съвпадение на нарушението по чл. 54, ал.1, т.7 ЗОП е необходимо да се изясни доколко с проф. д-р инж. И. М. е ректор на УАСГ, проф. д-р арх. И. Д. е ръководител катедра "Жилищни сгради" в УАСГ и проф. д. н. арх. Б. К. е ръководител катедра "Обществени сгради" в УАСГ са във взаимен конфликт на интереси с управителите на двете дружества в качеството им на преподавател в УАСГ и другия на асистент в УАСГ по смисъла на легалната дефиниция 2, т.21 от ДР ЗОП, т.е. имат интерес, който може да води до облага по смисъла на чл. 54 от Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество. И двете цитирани норми към които се отнася конкретният казус, предвид бланкетния им характер, посочени като правно основание, от чието наличие се извежда упражненото субективно материално право, е било необходимо КЗК да изложи конкретни фактическите обстоятелства, които е квалифицирал като материалноправни предпоставки, субсумирани в цитирания законов текст. В случая единствено е посочено, че „ ги обединява не само познатство помежду им, а и определени съвместни професионални ангажименти – участие в дейността на университета и неговите колективни органи за управление – общо събрание и академичен съвет – чл. 24 от Закона за висшето образование, ... за тях е налице интерес от взаимопомощ,... би могло да се приеме, че интересът да си помагат един другиму би могъл да повлияе на безпристрастността и независимостта на членовете на журито при възлагане на обществената поръчка. От морална гледна точка също е неприемливо в процедура по възлагане на обществена поръчка експерти да оценяват проектите на други експерти в същата област, които освен това се явяват техни колеги по служба.“

Тези изводи са абстрактни и не са подкрепени с никакви конкретни обективни обстоятелства от които безспорно, еднозначно и категорично да се установи, че колегиалните им взаимоотношения са повлияли и биха могли да повлияят на безпристрастността и обективността на журито, още повече като се има предвид че оценяването е извършено в условията на анонимност и участниците не са били известни на журито, а от друга страна да се наведат някакви данни за евентуална облага по см. на чл.54 ЗПКОНПИ за визираните трима членове на журито. Не е установено, че при съпоставяне на класирането с имената на участниците, че тримата членове на журито са знаели, че проф. д-р арх. В. И. е управител на участника "Атек – ВД" ЕООД, а арх. И. П. е управител на участника "Десет архитекти" ЕООД. Но дори да се предположи, че са знаели тези предположения следва да са обосновани с конкретни факти и обстоятелства, което да доказват възможността за получаване на облага от това. С други думи настоящия състав приема, че единствено факта на колегиални отношения между членове на журито и участници, чиито имена са им станали известни едва след класирането, не е достатъчен сам по себе си да обоснове конфликт на интереси по смисъла на цитираните по-горе норми, а е следвало да бъде обоснован с обективни данни, което не е сторено.

В случая не се установява облага от нематериален характер, доколкото не е създадено привилегировано положение за участник в конкурса спрямо други. Според практиката на Съда на Европейския съюз (СЕС), понятието "конфликт на интереси" е обективно понятие, което за да бъде характеризирано подлежи на доказване дали лицето, заемащо висша публична длъжност е оказало влияние при провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка, както и дали съществува реална опасност от възникване на практики, които могат да нарушат конкуренцията между оферентите (вж. в този смисъл Решение на Съда от 10 юли 2001 г. по дело Ismeri Europa/Сметна палата, С-315/99 Р, Recueil, стр. I-5281, точки 44—48; Решение на Съда по дело Fabricom, точка 114 по-горе, точки 33—36, Решение на Съда от 19 май 2009 г. по дело Assitur, С-538/07, Сборник, стр. I-4219, точки 26—30 и Решение на Съда от 23 декември 2009 г. по

дело Serrantoni и Consorzio stabile edili, C-376/08, Сборник, стр. I-12169, точки 39—40).

Неправилен спрямо приложимото право и житейската логика е извода, че „в процедура по възлагане на обществена поръчка експерти да оценяват проектите на други експерти в същата област“.

Възложителят в Документацията за участие изрично е инкорпорирал нормативното изискване от чл.88, ал.1 ППЗОП, а именно в „Журито се състои от нечетен брой членове. Когато от участниците в конкурса се изисква определена професионална квалификация или правоспособност, най-малко една трета от членовете на журито трябва да имат същата или еквивалентна квалификация или правоспособност. Членове на журито могат да са и външни лица.“ Това изискване е изпълнено, като в седемчленното жури петима имат същата квалификация, а именно архитекти. Съвсем оправдано е в професионален и житейски смисъл в конкурс специалисти от една област да оценяват други специалисти в същата област. Така например съдии оценяват съдии в конкурс за повишаване в длъжност, лекари със съответна специалност оценяват лекари кандидатстващи за тази специалност, инженери ще оценяват инженери и т.н.

Необоснован е извода, че оценяването е извършено необективно и пристрастно на още едно основание. Видно от индивидуалните оценителни листи за всеки участник, попълнени от всеки един член на журито, оценките на първите трима (подлежащи на награждаване), а и на останалите участници са близки, т.е. не само първите трима членове от журито са давали съответни оценки на първите трима участници, но и останалите членове на журито, за които не се твърди конфликт на интереси са давали сходни на тях оценки, като отделните участници са оценявани по сравнително сходен начин. Обратно на доводите на КЗК, ако за първите трима от журито е имало конфликт на интереси, остава открит въпроса как тогава са класирани на второ място участник, чийто управител не е от УАСГ и защо участника "Десет архитекти" ЕООД (за който се твърди също конфликт на интереси) е класиран на четвърто място, а не е измежду първите три награждавани места. Всички тези обстоятелства водят до горния извод, че за да се твърди конфликт на интереси следва да са налице конкретни данни и обосновано предположение за получаване на облага в конкретната ситуация. Ето защо изводът на КЗК, че възложителят не е доказал законосъобразността на правните си действия, обективирани в акта е неправилен и не следва да бъде споделен. Това обуславя отмяна на решението и при наличните доказателства спора по основателността на жалбата вх. № ВХР-1879/30.10.2020 г. от консорциум "Архитектурно бюро Авангард" ООД – Мердж Студио" ЕООД, срещу Решение № 10-00-2489/15.10.2020 г. на кмета на община Стара Загора следва да бъде решен по същество като поради неоснователността на наведените основания за незаконосъобразност на решението на възложителя, същата следва да бъде отхвърлена.

Решението на КЗК следва да бъде отменено изцяло, тъй като е необоснован е и извода, че „с оглед спецификата на процедурата, доколкото проектите вече не са анонимни и доколкото има съмнения за обективността на журито, е твърде късно преписката да бъде върната с указания за нова оценка на проектите от страна на трима нови членове на журито. Горното обуславя отмяна на процесното решение в неговата цялост. Това от своя страна е предпоставка за прекратяване на процедурата.“ В случая ако беше установен конфликт на интереси на спорните трима членове на журито с двама участници в процедурата, преписката следваше да бъде върната на възложителя за отстраняване на тези участници в хипотезата на чл. 54, ал.1, т.7 ЗОП, след което да се извърши ново класиране с останалите участници, независимо че са станали известни имената им. Последното не би могло да повлияе на вече извършено оценяване от компетентно жури, за чиято компетентност никой не е възразявал.

Тези съображения касаят претенцията и доводите в жалбата „Т. архитекти" ЕООД, гр. София и при този изход на спора не са необходими допълнителни съображения.

При този изход на делото съобразно чл. 143, ал. 4 АПК са основателни претенциите на касаторите за присъждане на направени разноски в настоящето производство съответно от „Т. архитекти" ЕООД в размер на 850 лева и от "Атек – ВД" ЕООД в размер на 3250 лева, които следва да им бъдат заплатени от ответника "Архитектурно бюро Авангард" ООД – Мердж Студио" ЕООД.

Воден от горното и на основание чл. 222, ал. 1 във вр. чл. 221, ал. 2, пр. II АПК, Върховният административен съд - Четвърто отделение,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 30 от 14.01.2021 г. на Комисията за защита на конкуренцията по преписка, вх. № КЗК-802/12.11.2020 г.и вместо това постановява:

ОТХВЪРЛЯ жалба вх. № ВХР-1879/30.10.2020 г. от консорциум "Архитектурно бюро Авангард" ООД – Мердж Студио" ЕООД, срещу Решение № 10-00-2489/15.10.2020 г. на кмета на община Стара Загора, за класиране на участниците по процедура от вида "Конкурс за проект" за възлагане на обществена поръчка с предмет: "Открит конкурс за идеен проект за многофункционална спортна зала в УПИ I спорт, атракции, озеленяване, рекреация, кв. 334 а, гр. Стара Загора", открита с Решение № 10-00-2953 от дата 30.12.2019 г. на възложителя.

ОСЪЖДА КОНСОРЦИУМ "АРХИТЕКТУРНО БЮРО АВАНГАРД" ООД – "МЕРДЖ СТУДИО" ЕООД със седалище и адрес на управление: гр. Стара Загора, п. к. 1606, бул. "Славянски" № 47, ет. 2, офис 18 с участници "Архитектурно бюро Авангард" ООД, ЕИК[ЕИК] и "Мердж студио" ЕООД, ЕИК[ЕИК] да заплати на "Т. АРХИТЕКТИ" ЕООД с ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: гр. София, п. к. 1527, р-н Оборище, ул. "Стара планина" № 31-33, ет. 2, офис 3-4 сумата от 850 (словом осемстотин и петдесет) лева разноски по делото.

ОСЪЖДА КОНСОРЦИУМ "АРХИТЕКТУРНО БЮРО АВАНГАРД" ООД – "МЕРДЖ СТУДИО" ЕООД със седалище и адрес на управление: гр. Стара Загора, п. к. 1606, бул. "Славянски" № 47, ет. 2, офис 18 с участници "Архитектурно бюро Авангард" ООД, ЕИК[ЕИК] и "Мердж студио" ЕООД, ЕИК[ЕИК] да заплати на "АТЕК – ВД" ЕООД с ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление: гр. София, п. к. 1799,[жк], [адрес] сумата от 3250 (словом три хиляди двеста и петдесет) лева разноски по делото.

Решението е окончателно.