

РЕШЕНИЕ

№ 1517

гр. София, 11.03.2014 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 26 състав,
в публично заседание на 12.02.2014 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Мирослава Керимова

при участието на секретаря Мая Георгиева, като разгледа дело номер **11218** по описа за **2013** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следв. от АПК.

Образувано е по жалба на [фирма] [населено място] срещу заповед № СО – РД – 09 – 08 – 55/25.07.2013г та кмета на СО за утвърждаване на класиране на участници и определяне на участника спечелил конкурс № 18 – СО – 2011 по позиция 1.1 – обект 1 за отдаване под наем на части от имоти публична държавна собственост – парк Г. М., район С. за поставяне на преместваеми обекти и атракционни съоръжения. Претендира се незаконосъобразност на обжалваната заповед на следните основания: На първо място се претендират допуснати съществени процесуални нарушения от помощния орган и състоящи се в това, че назначената със заповед № РД – 09 – 08 – 67/14.06.2012г на кмета на СО комисия е провела и приключила конкурса на 14.06.2012г, а е съставила Протокол № СО – РД – 09 – 08 – 67 /1/ за оценка на офертите на допуснатите до участие кандидати на дата 27.06.2013г, тоест една година след приключване на конкурса, като по този начин се претендира грубо нарушаване на определения срок по чл. 41 ал.1 от Наредбата за условията и реда за провеждане на търгове и конкурси на СОС, както и нарушаване на основни принципи на административното производство като – издаване на административните актове за целите на закона /чл. 4 ал.2 от АПК/; достъпност, публичност и прозрачност /чл. 12 от АПК/; последователност и предвидимост /чл. 13 от АПК/. Обжалваната заповед от своя страна също била издадена повече от година след приключване на конкурса – 25.07.2013г. На следващо място се претендира, че са допуснати груби процесуални нарушения доколкото комисията не е отстранила от участие двама кандидати, които

са свързани лица – [фирма] и [фирма] , като по този начин била нарушена разпоредбата на чл. 40 ал.2 от сочената погоре наредба. И на последно място се прави възражение, че при извършеното оценяване на кандидатите критериите и методиката за оценка не са приложени еднакво спрямо всички участници както и че изначално са заложили критерии за оценка, които са предпоставка за непрозрачно и субективно провеждане на конкурса, без да става ясно при оценяване по даден показател как комисията определя точките в рамките на същия. Прави се извод, че като резултат от така одобрената конкурса документация и методика, се е стигнало до резултат да спечели след повече от година търга участник, който е предложил най-малко инвестиции. Въвеждат се и допълнителни общи възражения за допуснати съществени процесуални нарушения, свързани с нарушаване на правото на участие и на защита. Прави се искане за отмяна на оспорвания акт. Претендират се разноси по делото.

В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от адв. К., която поддържа жалбата на изложените в нея основания.

Ответникът, кметът на СО, се представлява от юрк. Ж., която оспорва жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение на жалбоподателя. По същество представя писмени бележки, като оспорва възраженията на жалбоподателя. По отношение на сроковете за издаване на протокола на помощния орган – комисията – твърди, че няма нормативен акт, който да регламентира такъв срок. Предвидения 3-дневен срок в наредбата за издаване на заповедта на кмета не бил преклузивен. Оспорват се и останалите възражения за допуснати от комисията съществени процесуални нарушения, като оспорването е общо и се заявява, че са спазени изискванията на конкурсната документация и на Наредбата за провеждане на конкурса, без да се прави конкретен анализ на приложимите норми спрямо конкретните факти.

Заинтересованата страна, [фирма], не се представлява.

СГП, уведомена за производството по делото, не прави искане за конституиране като страна и не изпраща представител.

АССГ в настоящия съдебен състав, при извършена служебна проверка за допустимост на оспорването, приема жалбата за допустима като подадена в срок, от активно процесуално легитимирана страна, срещу акт, който подлежи на съдебен контрол за законосъобразност пред настоящия съд и съдебен състав. Предмет на контрол за законосъобразност в настоящото производство е заповед № СО - РД – 09 – 08 - 55/25.07.2013г на кмета на СО, с която на основание чл. 41 ал.2 от Наредба за условията и реда за провеждане на търгове и конкурси и чл. 44 ал.1 т. 1 и ал. 2 от ЗМСМА е обявено класиране на участниците в открития конкурс № 18 – СО – 2011 за позиция 1.1 обект 1 за отдаване под наем на части от имоти публична общинска собственост – парк Г. М., район С. за поставяне на преместваеми обекти и атракционни съоръжения по приложената схема, като на първо място със заповедта е класирано [фирма]. Чл. 41 ал.2 от Наредба за условията и реда за провеждане на търгове и конкурси в СО определя компетентността на кмета на СО, съответно кмета на района да издаде заповед, с която да утвърди класирането в резултата на извършен

конкурс, като определи и спечелилия конкурса кандидат. Същата заповед има характер на индивидуален административен акт и подлежи на съдебен контрол за законосъобразност по реда на АПК пред АС по седалище на органа издал заповедта. По делото са ангажирани доказателства от страна на ответника за датата на връчване на оспорената заповед на жалбоподателя, като на л. 71 е представена страница, видно от която заповедта е връчена на дружеството жалбоподател на 29.07.2013г. Жалбата срещу тази заповед е подадена на 12.08.2013г, като съдът приема, че същата е в рамките на преклузивния 14-дневен срок по АПК. Дружеството жалбоподател [фирма] е участник в конкурса, класиран с обжалваната заповед на второ място и същият има правен интерес да оспорва заповедта за одобреното класиране.

След анализ на събраните по делото писмени доказателствени средства, и като взе предвид становищата на страните, АССГ приема за установено следното от фактическа и правна страна:

На л. 15 по делото е представено и прието като доказателство решение № 223 /14.04.2011г на СОС за провеждане на конкурси за отдаване под наем на имоти – публична общинска собственост за поставяне на преместваеми обекти и атракционни съоръжения, съгласно одобрени план-схеми. Решението на СОС е взето на основание чл. 14 ал.2, ал.7 и ал.8 от ЗОС, чл. 17 от Наредбата за реда за придобиване, управление и разпореждане с общинско имущество, чл. 1 т.2, чл. 4, ал.3 и чл. 30 ал.1 от Наредбата за условията за провеждане на търгове и конкурси и чл. 21 ал.1 т.8 от ЗМСМА. С решението се възлага на кмета на СО да проведе публично оповестени конкурси за отдаване под наем за срок от пет години на части от недвижими имоти – публична общинска собственост, в съответствие с одобрени от СОС план-схеми за поставяне на преместваеми обекти и атракционни съоръжения. Решението по т. 6 включва и парк Г. М. , като е посочен и А. от 2002г на район С., надлежно вписан в Службата по вписванията. С решението се определя и началната месечна наемна цена за провеждане на конкурса. Със същото решение се определя внасяне на конкурсната документация за съгласуване в определени ПК при СОС; възлага се на кмета да издаде заповеди за откриване на процедурите; както и да представи доклад за състоянието на обектите по т. 1 от решението на СОС.

Въз основа на това решение на СОС, кметът на СО издава заповед № РД – 09 – 08 – 41/02.04.2012г, с която нарежда да се открие процедура за провеждане на публично оповестен конкурс за отдаване под наем на части от имоти – публична общинска собственост за срок от пет години в съответствие с одобрена план – схема за поставяне на преместваеми обекти на територията на парк „Г. М.”. Като позиция 1.1. в заповедта е определен Сезонен търговски обект със зона за маси за консумация на открито: обект №1 - сезонен търговски обект със зона за маси за консумация на открито – покрита площ 6 .00 кв.м. – начална цена 42.00лв; открита площ 30 кв.м. Съгласно текста на заповедта, за откритата площ да се заплаща такса по чл. 30 от Наредбата за определяне и администриране на местни такси и цени на услуги, предоставяни от СО. Заповедта е кмета е издадена на основание чл. 30 ал. 1, чл. 31 ал. 1 и ал.2 от Наредбата за условията и реда за провеждане на търгове и конкурси.

При извършена анализ на процедурата по провеждане на процесния конкурс до този

етап, съдът приема, че същата е спазена. Съгласно чл. 30 ал.1 от посочената погоре наредба на СОС за търговете и конкурсите, конкурси по чл. 1, т. 2 и т. 3 се провеждат след решение на СОС и заповед на кмета на СО. Чл. 1 т.2 посочва именно възможността за приложение на същата наредба по отношение на процедурите по отдаване под наем на части от имоти – публична общинска собственост. Съгласно чл. 31 ал.1 от наредбата за конкурсите, Кметът на СО открива процедурата по провеждането на конкурса със заповед, която съдържа 1. описание на имота или вещите - предмет на конкурса; 2. начална конкурсна цена 3. място за закупуване на конкурсната документация; 4. срок за подаване на оферти. Процесната заповед съдържа така определените нормативно реквизити, като включва и място за закупуване на конкурсната документация и срок за подаване на офертите.

По преписката е приложена и одобрената и съгласувана конкурсна документация . Чл. 32 от Наредбата за търговете и конкурсите регламентира нормативно съдържанието на конкурсната документация. Формално процесната конкурсна документация съдържа нормативно определеното съдържание по наредбата. Доколкото от страна на жалбоподателя се прави възражение за заложили още на това ниво критерии за оценка, които водят до нееднакво третиране на участниците, съдът ще постави на обсъждане същите в контекста на анализа на извършеното от комисията оценяване и класиране на кандидатите подолу.

По отношение на извършеното разгласяване на конкурса, съдът приема следното: Съгласно разпоредбата на чл. 34 от Наредбата за конкурсите /съкратено/, конкурсът се обявява най-малко тридесет дни преди датата на провеждане му в електронната страница на СО, в един национален ежедневник, както и на видно място в сградата на СО и в сградата на съответната районна администрация. Ал. 2 регламентира задължителното съдържание на съобщението. На л. 57 по делото е представено единствено копие от публикувано ел. съобщение на страницата на СО, като липсват доказателства за изпълнение на останалите кумулативни начини за разгласяване на съобщението, предвидени в нормативния акт. Съдът е дал указания на органа във връзка с разпределението на доказателствената тежест в процеса, като в тежест на органа е да докаже спазване на процедурата по разгласяване на конкурса. Възражение в тази насока е направено и в жалбата на дружеството, като в писмени бележки юрк. Ж. възражава срещу същото оспорване, без обаче в действителност да ангажира доказателства за спазване на изискването на чл. 34 от Наредбата за конкурсите, като както съдът констатира погоре, оспорването е общо, без да се позовава на конкретни факти, въз основа на доказателствата по преписката. Следва да се постави въпроса обаче доколко това нарушение на процедурата от органа е съществено, тъй като жалбата е подадена от лице, което е уведомено за конкурса, същото е закупило в срок конкурсната документация и е взело участие в процурата по провеждане на конкурса. В тази насока, АССГ в настоящия съдебен състав приема, че не следва да се третира допуснатото нарушение по чл. 34 от Наредбата за конкурсите като съществено нарушаващо правата на фирмата жалбоподател и представляващо самостоятелно основание за отмяна на оспорваната заповед.

Чл. 35 ал.1 от Наредбата за конкурсите задължава кмета на общината да издаде нарочна заповед, с която да назначи комисия за провеждане на конкурса. На л. 58 по

делото е представено копие от заповед № РД – 09 – 08 – 67/14.06.2012г на кмета на СО, с която последният на основание чл. 35 от Наредбата назначава конкурсна комисия в състав по заповедта със задача на 14.06.2012г в 15.00ч да проведе процедура за отдаване под наем, като разгледа, оцени и класира подадените до 17.00ч на 11.05.2012г оферти за конкурс № 18 – СО – 2011 за отдаване под наем на части от имоти – публична общинска собственост - парк Г. М., район С. за поставяне на преместваеми обекти по приложената схема за срок от 5 години и представи протокол за резултатите от конкурса. По отношение на валидността и съдържанието на тази заповед, съдът приема, че същата е издадена в деня на провеждане на конкурса, съдържа нормативно определеното съдържание. Съгласно сочената наредба, комисията за провеждане на конкурса следва да се състои от 5 до 7 членове, като в случая са определени председател и 6 членове. По отношение на състава на комисията, съдът приема, че при определяне на същия не са допуснати съществени процесуални нарушения относно задължителните членове.

Конкурсът е проведен на посочената дата и място, от определената с нарочната заповед на кмета на СО комисия, като същата е отразила извършените от нея действия по отваряне на предложенията, разглеждане на офертите, оценка за допустимост на участниците, оценка и класиране на офертите на допуснатите участници в нарочен протокол, приет като доказателство на л. 60-65 по делото. Въз основа на този протокол и решението на комисията е издадена и оспорваната заповед на кмета на СО за класиране на участниците.

Съдът ще извърши анализ на извършената оценка и класиране от страна на комисията в контекста на обсъждане от правна страна на законосъобразността на оспорвания акт:

Съдът приема, че издадената от кмета на СО заповед № СО - РД – 09 – 08 - 55/25.07.2013г, с която на основание чл. 41 ал.2 от Наредба за условията и реда за провеждане на търгове и конкурси и чл. 44 ал.1 т. 1 и ал. 2 от ЗМСМА е обявено класиране на участниците в открития конкурс № 18 – СО – 2011 за позиция 1.1 обект 1 за отдаване под наем на части от имоти публична общинска собственост – парк Г. М., район С. за поставяне на преместваеми обекти и атракционни съоръжения по приложената схема, като на първо място със заповедта е класирано [фирма] е валиден административен акт, издаден от компетентен орган във валидна писмена форма. Чл. 41 ал.2 от Наредба за условията и реда за провеждане на търгове и конкурси в СО определя компетентността на кмета на СО, съответно кмета на района да издаде заповед, с която да утвърди класирането в резултата на извършен конкурс, като определи и спечелилия конкурса кандидат. Същата заповед има характер на индивидуален административен акт и подлежи на съдебен контрол за законосъобразност по реда на АПК пред АС по седалище на органа издал заповедта. Доколкото заповедта е в писмена форма, подписана от органа издател, изведена с № и дата през деловодната система на администрацията при органа – издател, съдът приема, че същата е валиден административен акт и не се откриват пороци, които да я определят като нищожен административен акт.

По отношение на процедурата по издаване на заповедта и правилното приложение на материалния закон, съдът констатира следното: Формално заповедта е издадена при

спазване на основните точки по провеждане на процедурата по отдаване под наем на част от имот – публична общинска собственост, като са реализирани отделните етапи на производството от компетентните за това органи. Основни и съществени процесуални нарушения обаче са допуснати от комисията, определена със заповед на кмета на СО за провеждане на конкурса, като помощен орган, като същите според съда в настоящия съдебен състав на АССГ са дотолкова съществени, че обосновават извод за незаконосъобразност на цялата процедура по провеждане на конкурса както следва:

На първо място, в действителност не става ясно, защо след като конкурсът е реализиран на 14.06.2012г, протоколът от провеждане на конкурса е от 27.06.2013г, повече от година след провеждане на същия. При подробен прочит на текста на протокола, съдът не може да установи на кои дни комисията е провеждала заседания след първата дата 14.06.2012г, в какъв състав, в каква обстановка и пр. Вписана е единствено първоначалната дата и час – 14.06.2012г от 15.00ч, но видно от изписаните данни, комисията е събирала доказателства от м. 07. 2012г , като не е видно от текста на протокола обаче от датата на съставяне на същия – 27.06.2013г на кои дати са свиквани допълнителни заседания на комисията, в какъв състав са се провеждали същите, кога и в какъв състав е извършена оценка на предложенията и е извършено класиране на участниците. В тази насока съдът споделя възраженията на жалбоподателя в жалбата. Ако цялата процедура по оценка и класиране на кандидатите е извършена на 14.06.2012г, то липсва мотивирано изложение какво е наложило съставяне на протокола от членовете на комисията на 27.06.2013г , повече от година след провеждане на конкурса. Ако процедурата по конкурса е продължила и в други дни и часове , с последващи заседания на комисията, липсват отбелязвания в протокола на комисията относно така извършените действия. Протоколът на комисията е официален удостоверяващ документ на орган в състав по нарочна заповед, като той удостоверява извършените от органа действия като последователност и вид. Така съставения от комисията протокол на л. 60 по делото не дава възможност на съда да установи законосъобразността на извършените от комисията действия, тъй като съдържанието на същия е лаконично; изписани са стъпки извършени в рамките на един ден /тъй като е посочена една дата/, без мотиви за изводите на комисията, което в действителност и предвид съставяне на протокола от работата на комисията година след провеждане на конкурса, води до извод за липса на прозрачност на работата на комисията и допуснати съществени процесуални нарушения, свързани на първо място с нарушаване на основни принципи на административното производство като достъпност, публичност, прозрачност и предвидимост.

На следващо място , съдът не констатира да са налице основания за недопускане на лицето, спечелило търга до участие в търга съгласно критерии за допускане на участници, уредени в конкурсната документация.

По отношение на извършената оценка на участниците, съдът констатира следното: В раздел Х от одобрената конкурсна документация се съдържа раздел: Класиране на участниците в конкурса, като в същия са определени и критериите за класиране и оценка на офертите. Видно от така заложените критерии, същите са два основни: 1.1. размер на наемната месечна цена и 1.2. концепция за развитие на обекта. При извършена служебна проверка и във връзка с възраженията на жалбоподателя, съдът констатира, че още при одобряване на критериите за оценка са допуснати нарушения, които дава възможност на комисията да налага точки до максимален брой в рамките на един показател, без да е изяснено в рамките на така определените точки по този показател кои са критериите, които налагат определяне на един или друг брой точки /10,15,20 или 40 например/. Основният проблем в случая касае показател

1.2., третиращ концепцията за развитие на обекта. От страна на ответника се прави възражение, че съдът нямал правомощие да упражнява контрол за законосъобразност върху така определения критерий, тъй като определянето на такъв бил в рамките на оперативната самостоятелност на органа. Съдът споделя частично това възражение: Съдът не осъществява контрол върху залагането на този критерий. Правомощие на органа по провеждане на конкурса е да определи критерии за класиране на участниците. Съдът извършва контрол за законосъобразност единствено върху това, дали в рамките на така заложения от органа критерий са регламентирани правила за оценка по този критерий, които поставят участниците при равни условия на участие и които не дават възможност на комисията субективно и безпринципно да определя оценки по критерия при нарушаване на права и интереси на участниците. В тази насока по критерий т.1.2 съдът констатира следното: Органът е посочил какво следва да представлява концепцията за развитие на обекта, като е определил общ брой точки по този показател. Липсват обаче първоначално заложените обективни критерии в рамките на тези 50 т. по този показател за определяне на точки различни от максимума брой такива. Определената формула за изчисляване на точките по т. 1.2. всъщност дава начин за изчисляване на точките въз основа на средноаритметичната стойност на оценките на членовете на комисията /формулата е елементарна, като множителят и знаменателят под дробната черта се съкращават, като точките на участника остават средноаритметичната стойност на оценките на членовете на комисията/. Не е ясно обаче кои са критериите в рамките на този показател, които дават възможност да се определи един или друг брой точки, както и каква е тяхната тежест при определянето на точките. Според съда, обективно заложените критерии за оценка по даден показател следва да съдържат разбивка на отделни точни критерии спрямо всички, като следва да е определена и тежест на всеки критерий в рамките на показателя с оглед правилното определяне на точки в рамките на общия брой максимум. В случая такива критерии по отделния показател липсват, като липсва и определена тежест на същите, ако се приеме, че при обясненията на това какво представлява концепцията за развитие, са заложените някакви критерии за оценка. Оттук съдът извежда, че дадените точки по определен показател са като цифра за участника, без да е аргументирано как е определена тази цифра и то не като средноаритметично от цифрите на отделните членове на комисията, а като точки в рамките на критерия с оглед покриване на определени изисквания и тежест на критерии за оценка. Друг е въпросът, че в процесното решение на комисията, отразено в така съставения протокол и допълнителни таблици към него липсват каквито и да било мотиви за така определените точки като оценка на участниците. Липсата на мотиви за оценка на помощния орган винаги представлява съществено процесуално нарушение, основание за отмяна на оспорвания акт на това основание.

Предвид гореизложеното, АССГ в настоящия съдебен състав приема, че оспорваната заповед на кмета на СО дори и да е валиден административен акт, постановен от компетентен орган и във валидна писмена форма, се явява незаконосъобразен административен акт, поради постановяването ѝ в процедура, реализирани при допуснати съществени процесуални нарушения, свързани на първо място с липса на обективни критерии за оценка на участниците по отделни показатели с конкретна тежест на всеки критерий, които да дават възможност на комисията при оценяване да не допуска субективна оценка основана на лична преценка. На следващо място, самата комисия при оценка на кандидатите не е посочила мотиви за определяне на точките на кандидатите по критерии като формулата на средноаритметична оценка от точките на всеки от членовете на комисията /по 1.2./ не води до промяна на този извод, тъй като липсват мотиви за поставените точки от всеки от членовете на комисията. И на последно място, при непрозрачност и при нарушаване на принципите на предвидимост, достъпност и публичност са проведени заседанията на комисията във връзка с нейната работа, като в така съставения протокол за работата на комисията не са отразени всички стъпки във връзка с дейността на същата, а ако отразените са всички извършени такива, стои въпроса

защо след като заседанието на комисията е проведено на 14.06.2012г, е съставен протокол за работата на комисията повече от година по-късно. Липсата на преклузивен регламентиран срок за приключване на работата на комисията в никакъв случай не означава, че същата може да продължи работата си безкрайно във времето, тъй като основен принцип на правото е, че след като липсват специални срокове в нарочни производства, следва да се прилагат общите такива.

Горното е основание за отмяна на оспорваната заповед на кмета на СО, като предвид изхода на делото, на жалбоподателя се дължат разноски в размер на държавна такса и заплатено адвокатско възнаграждение. По отношение на направеното възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение, съдът констатира следното: По делото е представено пълномощно от жалбоподателя, видно от което, договорена сума за адвокатско възнаграждение за адв. К. възлиза на 1680лв, като са ангажирани писмени доказателства – л. 10 и л. 11 по делото за заплащане на така уговорената сума. Свободно право на страните по договор за правна защита и съдействие е да уговорят размера на адвокатското възнаграждение. ГПК обаче, приложен субсидиално на основание чл. 144 от АПК, дава правомощие на ответната страна да претендира прекомерност на адвокатското възнаграждение на другата страна, като при такова възражение, съдът следва да направи преценка относно фактическата и правна сложност на делото. В действителност, делото се проведе в едно съдебно заседание, като освен административната преписка, страните не поискаха събиране на други доказателства по спора. От друга страна обаче спорът касае процедура по конкурс като подготовката за оспорването и процесуалното представителство по такъв спор изисква детайлно познаване на цялата преписка по провеждане на конкурса. Анализът на фактическата и правна сложност на спора дава правомощие на съда да намали размера на уговореното адвокатско възнаграждение, който според съда обаче не следва да бъде намален под трикратния размер на минималното адвокатско възнаграждение за този вид дела в размер на 450лв. На съда е известно ТР на ВКС във връзка с действието на Тарифата в частта относно този трикратен размер, но приема, че в случая фактическата и правна сложност на делото не дава на съда правомощие да намали размера на адвокатското възнаграждение под този от 450лв.

Воден от горното и на основание чл. 172 ал.2 от АПК АССГ в настоящия съдебен състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на [фирма] [населено място] заповед № СО – РД – 09 – 08 – 55/25.07.2013г на кмета на СО за утвърждаване на класиране на участници и определяне на участника спечелил конкурс № 18 – СО – 2011 по позиция 1.1 – обект 1 за отдаване под наем на части и от имоти публична държавна собственост – парк Г. М., район С. за поставяне на преместваеми обекти и атракционни съоръжения.

ОСЪЖДА Столична община да заплати на [фирма] [населено място] разноски по делото в размер на 500лв, от които 50лв държавна такса и 450лв адвокатско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване пред ВАС на РБългария в 14дневен срок от съобщението до страните за постановяването му.

Препис от решението да се изпрати на страните по делото.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:

