

РЕШЕНИЕ

№ 6791

София, 05.06.2020

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Четвърто отделение, в съдебно заседание на седми май две хиляди и двадесета година в състав:

**ПРЕДСЕДАТЕЛ:МАРИНИКА ЧЕРНЕВА
ЧЛЕНОВЕ:КРЕМЕНА ХАРАЛАНОВА
МИРА РАЙЧЕВА**

при секретар
на прокурора
от съдията

Мариета Ангелова
Маринела Тотева
МИРА РАЙЧЕВА

и с участието
изслуша докладваното

по адм. дело № 14199/2019. 📄

Производството е по реда на чл. 208 и сл.от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 178 от Закона за концесиите (ЗК).

Образувано е по три касационни жалби срещу различни части от решение № 1222 от 14.11.2019 г. по преписка № КЗК - 687/722/723/736/2019 г., на Комисията за защита на конкуренцията (КЗК или Комисията).

Първата касационна жалба е подадена от Консорциум "Витоша", с участници "МАГ Оувърсийз Инвестмънтс" Лтд. и „Би Си И Джи Ай Кънстракшън (Великобритания)" Лтд., чрез пълномощниците адв. З. Нго и адв. Кьосев, срещу горепосоченото решение в частта му по т.2, с която е оставена без уважение жалбата му срещу Решение № РК-5 от 17.07.2019 г. на Министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията за определяне за концесионер на „Гражданско летище за обществено ползване София" – публична държавна собственост участника Консорциум "Соф Кънект", класиран на първо място от Комисията за провеждане на процедурата за определяне на концесионер, назначена с Решение № РК-2 от 05.07.2018г. на концедента. В касационната жалба и впоследствие в съдебни заседания чрез процесуалните представители са релевирани доводи, че решението е неправилно, поради съществени нарушения на съдопроизводствените правила, нарушения на материалния закон и необоснованост - отменителни основания по чл.209,т.3 АПК. Отправя се искане за отмяна на акта в съответната неблагоприятна за касатора част и връщане на преписката на концедента за продължаване на процедурата по възлагане на концесия от етап разглеждане, оценка и класиране на офертите със задължителни указания по прилагането на закона. Претендират се разноски, сторени пред КЗК и настоящата съдебна инстанция. Пълномощникът адв. Нго противопоставя възражение за прекомерност на претендираните адвокатски хонорари от всички останали страни по делото. Досежно разноските, претендирани от Консорциум "Соф кънект", намира, че неоснователно се иска присъждане на възнаграждение за повече от един адвокат, като се заявяват няколко хонорара за едно и също дело. Касационните жалбоподатели- "МАГ Оувърсийз Инвестмънтс" Лтд. и „Би Си И Джи Ай Кънстракшън (Великобритания)" Лтд., участници в Консорциум "Витоша" , чрез своите пълномощници, отправят искане за отмяна на Решение № РК-5 от 17.07.2019 г. на Министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията по съображенията, развити в касационната жалба на Консорциум "Витоша", и допълнително поддържани в съдебни заседания.

Втората касационна жалба е подадена от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., с участници "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ. и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., чрез процесуалните представители адв. Иванова и адв. Спасов срещу горепосоченото решение на КЗК, в частта му по т.3, с която е оставена без уважение жалбата му срещу акта на концедента. Касаторът счита, че Решението на КЗК е незаконосъобразно, тъй като е постановено в резултат на съществени процесуални нарушения, противоречи на материалния закони и е необосновано. Допълнително развитите доводи в жалбата се поддържат от процесуалните представители в съдебни заседания. Отправя искане за отмяна на акта в съответната неблагоприятна за него част и връщане на преписката на концедента за продължаване на процедурата по възлагане на концесия от етап разглеждане, оценка и класиране на офертите със задължителни указания по прилагането на закона. В писмен отговор, депозиран на 31.01.2020г., излага допълнително подробни съображения за

основателност на жалбите на Консорциум "Витоша" и "Фрапорт България" ЕАД в частите им, с които се оспорва решението на КЗК за потвърждаване класирането на Консорциум "Соф Кънект" и определянето му за концесионер, както и за неоснователност на същите в частите им, в които се поддържат доводи за незаконосъобразност на акта на КЗК за потвърждаване на неговото класиране. В с.з. на 07.05.2020г. от двамата пълномощници са представени писмени бележки. Претендират се разноски пред КЗК и ВАС. Прави се и възражение за прекомерност на претендираните разноски от Консорциум "Соф Кънект", по-конкретно се възражава срещу претендираното възнаграждение от 13 000 евро за оспорване искането на страната за отправяне на преюдициално запитване, което не съставлява самостоятелно производство и за него не се дължат самостоятелни разноски.

Касационните жалбоподатели- "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш.- участници в Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., чрез процесуалните представители адв. Иванова и адв. Спасов, поддържат аналогични доводи, възражения и искания.

Третата касационна жалба е подадена от "Фрапорт България" ЕАД, чрез пълномощниците адв. Симеонов и адв. Вишанин, срещу т. 1 от решение № 1222 от 14.11.2019 г. по преписка № КЗК - 687/722/723/736/2019 г., на КЗК, с която е оставена без уважение жалбата на дружеството срещу решението на Министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията. В касационната жалба се поддържа, че обжалваното решение е неправилно поради съществени нарушения на съдопроизводствените правила, нарушения на материалния закон и необоснованост - отменителни основания по чл.209,т.3 АПК. Вместо да постанови този незаконосъобразен резултат, КЗК е следвало да отмени решението за възлагане и да върне на концедента преписката със задължителни указания по прилагането на закона съгласно оплакванията на "Фрапорт България" ЕАД, направени пред КЗК.

Представена е молба - становище от 06.03.2020г. с приложени писмени доказателства. Оплакванията се поддържат в съдебно заседание от адв. Симеонов и адв. Вишанин, като някои от доводите по същество са допълнително писмено развити в депозирано писмено становище от 07.05.2020г. по съществото на спора. Претендират се сторените разноски пред КЗК и настоящата инстанция.

Ответникът - Министърът на транспорта, информационните технологии и съобщенията, чрез процесуалния си представител юрк. Стоянова, в депозираните три броя писмени становища, постъпили в съда на 24.01.2020г., както и в съдебно заседание чрез посочения упълномощен представител, оспорва касационните жалби и отправя искане същите да бъдат отхвърлени като неоснователни.

Ответникът- Консорциум „ССБ София Еърпорт Джей Ви“, с участници „ССБ Зауервайн и Шефер Бау“ АГ и „ЕРГ Инсаат Санайй ве Тикарет“ А.С. , не е изразил становище по съществото на спора. „ССБ Зауервайн и Шефер Бау“ АГ и „ЕРГ Инсаат Санайй ве Тикарет“ А.С. , като участници в консорциума, също не са изразили становище по основателността на касационните жалби.

Ответникът- Консорциум „Соф Кънект“, с участници „Меридиам Инфрастръкчър Юрп III“ СЛП, „Меридиам Инвестмънтс“ САС , „Меридиам Ийстърн Юрп Инвестмънтс“ САС и „Страбаг“ АГ участник в Консорциум „СОФ Кънект“, чрез процесуалните си се представлява от адв. Тодоров, адв. Минев и адв. Тенев, оспорва касационните жалби и отправя искане същите да бъдат отхвърлени като неоснователни. В писмен отговор по делото от 23.01.2020г. излага подробни съображения конкретно по отношение твърдяната неоснователност на всяка една от трите жалби. Допълнително акцентира върху някои от основните спорни моменти по делото в депозираните писмени бележки от адв. Тодоров и адв. Минев. Претендира разноски пред настоящата инстанция.

Ответниците - „Меридиам Инфрастръкчър Юрп III“ СЛП, „Меридиам Инвестмънтс“ САС , „Меридиам Ийстърн Юрп Инвестмънтс“ САС и „Страбаг“ АГ - участници в Консорциум „Соф Кънект“,чрез процесуалните представители адв. Тодоров, адв. Минев и адв. Тенев, поддържат аналогични доводи, възражения и искания.

Представителят на Върховната административна прокуратура дава мотивирано заключение за неоснователност на касационните жалби. Счита решението на КЗК за правилно и законосъобразно, поради което предлага да бъде оставено в сила.

Настоящият състав на Върховния административен съд, четвърто отделение, намира касационните жалби за процесуално допустими. Те са подадени от надлежни страни, в срока по чл.178, ал.1 ЗК и са срещу неблагоприятната за всеки за всеки от касаторите част от обжалваното решение на Комисията за защита на конкуренцията.

По съществото на спора съдът намира за установено следното:

С Решение № РК-1/02.07.2018г. на на Министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията е открита процедура за възлагане на концесия за: строителство на обект "Гражданско летище за обществено ползване- София"- публична държавна собственост, възложена от на Министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията. В обявлението за концесия е посочено, че тя е от смесен вид /на основание чл.10, ал.1 от ЗК ще бъде определена като концесия за строителство/, чийто предмет включва:

а/ изпълнение на строителство по чл.7, ал.2 от ЗК- построяване на Терминал 3 до десетата година от срока на концесията и др. съгласно документацията за концесията;

б/ предоставяне на услуги, свързани с експлоатацията на летище, с цел осигуряване на неговото ползване от въздушни превозвачи съгласно чл.8, ал.1 и ал.2 от ЗК вр. т.4 от приложение № 2 към ЗК. Предвид правните основания, на концесионера е възложено: а/изпълнение на строителство и свързаното с това право да експлоатира строежа при поемане на оперативния и строителния риск, включително правото на получаването на приходите на услугите, предоставяни чрез строежа, и/или от извършване на друга търговска дейност със строежа; и б/ предоставяне на услуги, свързани с

управлението и експлоатацията на летището, заедно с правото на експлоатация на тези услуги, включително правото на получаване на приходите от извършването на тези услуги, при поемане на оперативния риск.

Съгласно цитираното по-горе решение и на основание чл.80, ал.1 от ЗК е назначена комисия за провеждане на процедурата за определяне на концесионер, която е разгледала и оценила офертите по процесната концесия. След като е допуснала до оценяване офертите на всички участници, комисията на концедента е оценила обвързващото предложение и предложението, от които се състои офертата на съответния участник /чл.88, ал.1 ЗК/, а също и приложените към тях образци и документи, въз основа на което е извършила следното класиране на участниците:

1. На първо място: участникът Консорциум "Соф Кънект" с 86.12 т.;

2. На второ място: участникът Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., с 80.31 т.;

3. На трето място: участникът "Фрапорт България" ЕАД с 80.19 т.;

4. На четвърто място: участникът Консорциум "Витоша" със 78.42т.;

5. На пето място: участникът Консорциум "ССБ София Еърпорт Джей Ви" със 66.15т.

Действията на комисията във връзка с оценяването на обвързващите предложения и предложенията са подробно описани в Протокол № 130 по чл.104, ал.1 от ЗК, неразделна част от който са и листовите за оценяване на участниците, а въз основа на мотивираното решение на комисията, с Решение РК № 5/17.07.2019г. на Министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията, за концесионер е определен Консорциум "Соф кънект".

Производство пред КЗК първоначално е образувано по преписка № 687/2019г. във връзка с постъпила жалба от "Фрапорт България" ЕАД срещу горепосоченото решение. Впоследствие, срещу същия акт са постъпили още три жалби, съответно от Консорциум "Витоша", Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш и Консорциум „ССБ София Еърпорт Джей Ви“, по които са били образувани производства с №№ КЗК-722/2019г, КЗК-723/2019г. и КЗК-736/2019г., като с протоколно определение № ПРЗ-1115 от заседание, проведено на 26.09.2019г. на основание чл.163 от ЗК вр. чл.162, ал.3 от АПК, КЗК е обединила преписка № КЗК-687/2019г. с преписки КЗК-722/2019г, КЗК-723/2019г. и КЗК-736/2019г., като новата преписка се води под № КЗК - 687/722/723/736/2019 г. С Решение от 14.11.2019г. по горепосочената преписка, КЗК е оставила без уважение и четирите жалби. В мотивите на решението е описана изключително подробно установената като относима за правилното решаване на спора фактическа обстановка, след което Комисията е изложила формираните правни изводи, като възприетият подход е установените факти да бъдат разглеждани последователно през призмата на оплакванията във всяка една от жалбите. Настоящият състав намира за подходящо изложението в съдебния акт да следва структурирането на изводите от КЗК /разглеждане на оплакванията по жалбоподатели/, още повече, че в мотивите на акта се правят определени препратки към вече изложени относими изводи, чиято логика също би било удачно да бъде следвана. Въпреки тази генерална отправна позиция, и като констатира, че в Раздел II от касационната си жалба Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш поддържа оплакване за толкова радикално процесуално нарушение, а именно противоречие на акта на КЗК с правото на Европейския съюз, което, ако бъде установено, би направило безпредметно произнасянето по съществото на спора, съдът приема, че следва да разгледа същото преди да е пристъпил към разглеждане на останалите оплаквания на касаторите. Към това оплакване за липса на достъп до правосъдие и справедлив съдебен процес, всъщност, се е присъединил и "Фрапорт България" ЕАД, видно от изложеното в т.3.2. от писмения му отговор на касационната жалба на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. Същността на оплакването се състои в следното:

Касаторът Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. поддържа, че Директива на Съвета 89/665/ЕИО от 21 декември 1989 година относно координирането на законите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагане на обществени поръчки за доставки и строителство, изрично посочена като приложима и спрямо концесиите, изисква наличието на гаранции за прозрачност и недискриминация, както и ефективни правни средства за защита в случай на нарушения на правото на Съюза в областта на обществените поръчки, или на национални норми, транспониращи това право. Като се позовава на параграф 2 от Допълнителните разпоредби към ЗК, касаторът сочи, че този закон транспонира разпоредбите на Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014г. за възлагане на договори за концесия и посочената по-горе Директива 89/665/ЕИО, поради което разпоредбите му следва да бъдат тълкувани в духа на целите, поставени от тези две директиви. С изложеното се обосновава твърдението, че нормата на чл.169, ал.1 ЗК следва да бъде тълкувана в съответствие с тези изисквания, поради което и ако съдът изобщо приеме, че същата въвежда каквото и да било ограничения относно предмета на проверката на оспорения акт, то тя би могла да преклудира единствено тези оплаквания за нарушение, фактите във връзка с които са могли да бъдат установени въз основа на мотивите в обжалваното решение на концедента.

Касаторът счита, че в подкрепа на изложеното разбиране е тълкуването, което СЕС с Определение от 14 февруари 2019 година е дал по повод на преюдициално запитване по дело С-54/18 (Определение от 14 февруари 2019г, Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa Sociale Onlus срещу Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo и Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, С-54/18, ECLI:EU:C:2019:118) , с което е поискано да се установи дали член 1, параграфи 1 и 2 от Директива 89/665/ЕИО във връзка с член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз трябва да се

тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна уредба като разглежданата в главното производство, която предвижда, че жалбите срещу решенията на възлагащите органи за допускане до участие или за изключване от участие в процедурите за обществени поръчки трябва да се предявят в преклузивен срок от 30 дни, считано от съобщаването им на заинтересованите лица. СЕС е постановил, че това е допустимо, при положение, че така съобщените решения са надлежно мотивирани, като се придружават от обобщение на основанията и причините за приемането им, за да се гарантира, че заинтересованите лица са се запознали или са могли да се запознаят с нарушението на правото на Съюза, което твърдят, че е налице.

Основавайки се на така цитираното определение на СЕС, касаторът поддържа, че по аргумент от противното, когато решението на концедента и протокола на комисията не са надлежно мотивирани и заинтересованите страни не са в състояние да узнаят определени факти и обстоятелства /в случая свързани с основанията за изключване на спечелилия участник и такива, отнасящи се до оценка на офертата му/, то тогава е недопустимо да бъде преклудирано правото им да се позовават на извършеното нарушение в срока за обжалване. В подкрепа на така застъпената теза е релевирана и поранна практика на Съда, в която се приема, че Директива 89/665/ЕИО трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска предвидена в националното право норма, определяща преклузивни срокове, да се прилага така, че на оферент да бъде отказан достъп до обжалване на незаконосъобразно решение, при положение, че по същество той е могъл да се запознае с тази незаконосъобразност едва след изтичане на преклузивния срок (в този смисъл решения от 27 февруари 2003г., *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, т.60 и от 11 октомври 2007 г., *Lammerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, т.59-61 и 64). В посочения контекст касаторът поддържа, че не му е била осигурена такава възможност за ефективна защита, тъй като не е разполагал с необходимата информация, за да се запознае с незаконосъобразността на оспорения акт при подаване на първоначално депозираната жалба.

Настоящият състав намира, че произнасянето по оплакването за противоречие на акта на КЗК с правото на ЕС следва да бъде извършено съвместно с произнасянето по поддържаните възражения за допуснати процесуални нарушения при приложението на чл.169, ал.1 ЗК, доколкото през призмата на Европейското право се оспорва преценката на КЗК за обхвата на дължимия контрол за законосъобразност на мотивите на концедента. При съобразяване с последното, по-долу ще бъдат разгледани оплакванията по реда на тяхното систематизирано изложение.

Съгласно постоянната съдебна практика преклузивният срок е съвместим с принципа на ефективност независимо от обстоятелството, че изтичането на такъв срок може поради своето естество да възпрепятства засегнатите лица да защитят частично или напълно правата си (вж. по-конкретно решения от 16 май 2000 г., *Preston* и др., C-78/98, EU:C:2000:247, т. 34, от 18 септември 2003 г., *Pflucke*, C-125/01, EU:C:2003:477, т. 35, и от 8 септември 2011 г., *Q-Beef* и *Bosschaert*, C-89/10 и C-96/10, EU:C:2011:555, т. 36). Така, определянето на разумни преклузивни срокове за предявяване на иск или подаване на жалба принципно отговаря на изискването за ефективност, доколкото то представлява приложение на общия принцип на правна сигурност (вж. Решение от 10 юли 1997 г., *Palmisani*, C-261/95, EU:C:1997:351, т. 28, Решение по дело *Preston* и др., посочено по-горе, т. 33, Решение от 24 септември 2002 г., *Grundig Italiana*, C-255/00, ECLI:EU:C:2002:525, т.34, както и Решение от 12 февруари 2008 г., *Kempter*, C-2/06, EU:C:2008:78, т.58). Всъщност такива срокове не могат да направят невъзможно или изключително трудно упражняването на правата, предоставени от правото на Съюза (вж. посочените по-горе Решение по дело *Grundig Italiana*, т.34, Решение по дело *Kempter*, т.58 и Решение от 29 октомври 2009г. *Pontin*, EU:C:2009:666 т.48). При това условие държавите членки могат свободно да предвиждат срокове с по-малка или по-голяма продължителност (вж. Решение от 17 юни 2004 г. *Recheio – Cash & Carry*, C-30/02, ECLI:EU:C:2004:373, т.20). По отношение на преклузивните срокове Съдът е приел също, че държавите членки трябва да установят в националната си правна уредба, която попада в приложното поле на съюзното право, срокове в зависимост, по-конкретно, от значимостта за заинтересованите лица на решенията, които следва да се приемат, от сложността на приложимите производства и законодателство, от броя на лицата, които могат да бъдат засегнати, и от другите публични или частни интереси, които трябва да се вземат предвид (вж. Решение по дело C-63/08, *Pontin*, т.48).

В контекста на посочената съдебна практика следва да се подчертае, че приложимата в разглеждания случай Директива 89/665/ЕИО, която е транспонирана в ЗК, конкретно чл.2а от нея, поставя изискване всяка държава-членка да гарантира, че решението за възлагане ще бъде съобщено на всеки участник, „придружено с обобщение на съответните причини“. Така, само съобщаване, което има така очертаните параметри, би позволило на засегнатите лица да защитят частично или напълно правата си. Директивата не изисква предоставянето на цялата налична информация и подробна аргументация, така, както същата се разбира от касатора, за да може да се счете, че на участника е осигурена възможност от ефективна защита на концедента. Основателно Консорциум "Соф кьнект" твърди, че горното е съобразено от българския законодател при приемането на ЗК и е намерило отражение при транспонирането на Директива 89/665/ЕИО в разпоредбите на чл.116, ал.2 и чл.119, ал.2 ЗК. Разпоредбата на чл.116, ал.2 ЗК изисква в крайния акт на концедента да бъдат конкретизирани техническите и функционалните изисквания, финансово икономическите изисквания и правните изисквания в съответствие с офертата на участника, определен за концесионер, и именно това са изрично предвидените законови изисквания към мотивите на решението на концедента. От своя страна, чл.119, ал.2 от ЗК предписва, че към уведомяването за решението за определяне на концесионер се прилага протокола на комисията за отваряне на предложенията, разглеждане и оценяване на офертите и класиране на участниците. Налага се извод, че за да упражни надлежно правото си на жалба,

участникът в концесионната процедура следва да бъде запознат с горепосочените обстоятелства, съответно- да е получил крайния акт на концедента и визириания протокол. Съдът намира, че Директивата не предвижда страните, които оспорват решение за възлагане, да получат достъп до цялата налична информация, за да упражнят правото си на защита. В този смисъл е и съдебната практика, която я тълкува.

Не може да бъде споделено виждането на касатора, че последователно отстояваната позиция от СЕС е в обратния смисъл. Това е така, тъй като именно в споменатото по- горе определение по дело С-54/18 СЕС, както и всъщност в останалата цитирана от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш съдебна практика, СЕС е приел, че процесуалните преклузии са допустими, ако съобщените решения са надлежно мотивирани, като се придружават от обобщение на основанията и причините за приемането им. В този случай, според СЕС, може да се счете, че заинтересованите лица са се запознали или са могли да се запознаят с нарушението на правото на Съюза, което твърдят, че е налице, съответно- надлежно да упражнят своите процесуални права. В тази връзка съдът намира, че несъмнено решението на концедента съдържа такова обобщение на основанията, позволяващо на заинтересован участник да упражни своето право на жалба. По тези съображения настоящият състав счита, че участниците Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш и "Фрапорт България" ЕАД не са били лишени от ефективна защита срещу акта на концедента в очертанията, в които Директивата и националното законодателство предписват осигуряването на това право и в този смисъл не е налице твърдяното нарушение на Европейското законодателство. Тук следва да бъде подчертано следното:

Протокол № 130 съдържа пълна информация за дейността на комисията по допускане на подадените оферти до оценяване, включително и на офертите на Консорциум „Соф Кънект“, „Фрапорт България“ ЕАД и Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., както и обосноваване на оценката на всяка оферта в съответствие с одобрената Методика за оценка. Поддържаните в противната насока възражения са неоснователни, поради следното: В него са документирани детайлно всички следващи по- долу действия: отварянето на Обвързващото предложение в закрито заседание /чл.100 ЗК/; отварянето на Предложението в закрито заседание /чл.101, ал.1 ЗК/; проверката и констатирането на съответствие с формалните изисквания за изготвяне и представяне на Предложението /съгласно чл.101, ал.2 във вр. с чл.88, ал.2 ЗК и Образец А от Част 3 /Предложение/ на Приложение 3 /Съдържание на Заявленията и Офертите/ на Документацията за концесията; поискването и получаването на разяснения относно предоставени разработки и информация и относно приложени в офертата документи /съгласно чл.101, ал.4 и 5 от ЗК/; преценката и допускането до оценяване на офертата /съгласно чл.102, ал.1 и 2 ЗК/; проверка на съответствието по същество с изискванията, заложи в Документацията за концесията и в ЗК /съгласно т.8.7. (а) от Документацията за концесията, в т.ч. съответствието на Предложението и Обвързващото предложение с изискванията на чл.88 ЗК и с изискванията, определени в Документацията за концесията /съгласно чл.101, ал.2, т.1 от ЗК/ и съответствието на включените в офертата предложения по критериите за възлагане и на финансово- икономическия модел с критериите за възлагане /съгласно чл.101, ал.2, т.2 ЗК/. Описаното съдържание на Протокола по чл.104, ал.1 ЗК изключва основателността на оплакването /в тази част поддържано и от Консорциум "Витоша"/, че нито установяванията и констатациите в същия, нито листовите за оценяване, посочват подробно в какво се състои конкретно извършената от страна на комисията за концесията оценъчна дейност. От Протокол № 130 може ясно да бъде установена дейността на комисията по допускане на подадените оферти до оценяване, както и по обосноваване на оценката на всяка оферта в съответствие с одобрената методика за оценка. Съдът намира, че по отношение на класирания на първо място участник са изложени подробни мотиви /на стр.22-25 от Протокол № 130/, като са обсъдени Обвързващото предложение и Предложението /финансовото предложение, както и техническото предложение/ на Консорциум „Соф кънект“. От съществено значение е също, че Протокол № 130 препраща /на стр.25/ към листовите за оценяване на техническите предложения, които представляват неразделна част от Протокол № 130, в които са изложени мотиви за оценката на всеки компонент на техническото предложение на Консорциум "Соф кънект". По тези съображения настоящият състав намира, че в съвкупност мотивите, изложени в точка първа от Решение № 5, както и приобщените към тях съображения на комисията, изложени в Протокол № 130, и приложените към него листове за оценяване, са достатъчно основание да се приеме, че Решението е мотивиран административен акт по смисъла на закона и съдебната практика.

Систематично свързано с обсъденото по- горе оплакване е и поддържаното от двамата касаторите- Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш и Консорциум "Витоша", възражение за неправилното приложение на чл.169, ал.1 ЗК от страна на КЗК. Тези касатори поддържат, че решението на КЗК да не разгледа допълнително релевираните възражения в техни молби от 14.11.19г. представлява отказ от изпълнение на вменените й функции да осъществи ефективен контрол за законосъобразност върху решението на концедента, тъй като Комисията „изкуствено разграничава“ подадената от Консорциума жалба /въз основа на известните му към онзи момент факти/ и уточненията към тази жалба, направени в резултат на предвиденото в закона запознаване с административната преписка. Според касаторите, КЗК ограничава правото на защита и справедлив процес, в резултат на погрешното си разбиране за обхвата на контрола за законосъобразност на оспорения акт на концедента.

Отговор на въпроса налице ли е отказ от страна на КЗК да извърши дължимия контрол за законосъобразност по отношение на акта на концедента не може да бъде даден преди да бъде изяснено какво включва този контрол. Преди всичко следва да бъде посочено, че развитото се производство

пред КЗК е предмет на специална уредба в ЗК, по отношение на него са установени особени правила, като съгласно чл.163 ЗК само по отношение на неуредените въпроси относно обжалването се предвижда прилагането на глава десета от АПК. С оглед на това, съдът приема, че твърде общото твърдение за нарушение от страна на КЗК на чл.146 от АПК не може да бъде споделено. Нещо повече, разпоредбите на чл.158, ал.2, т.5, чл.169, ал.1 и чл.173, ал.6 от ЗК определят по ясен и недвусмислен начин предмета на допустимия контрол. Производството по разглеждане на жалбите от КЗК е уредено в чл.168 и сл. от ЗК и включва проучване на преписката от работен екип, като обхваща обстоятелствата по жалбата /чл.169 ЗК/. В производството по оспорване на административни актове на възложителя пред КЗК, предметът на спора е определен и лимитиран до контрол за законосъобразност, по посочените съгласно чл. 158, ал. 2, т. 5 ЗК в жалбата нарушения, само относно които КЗК може да извършва проучване и да се произнесе с решение по същество.

Всъщност, двамата касатори принципно не оспорват, че обхватът на дължимата проверка е лимитиран. Те, обаче, считат, че са били налице основания за изключване на друг участник /на Консорциум "Соф Кънект"- по твърдения на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш и на последния- по твърдения на "Фрапорт България" ЕАД/, като конкретно твърдят нарушено право на защита доколкото се оспорва възможността от Протокол 130 на помощната комисия да се разбере, например, дали по отношение на членовете на друг участник и неговите подизпълнители са налице основания за изключване. Все според техните твърдения, едва след запознаване с преписката при КЗК, за което са имали изключително малко време от няколко дни, те са били в състояние да формулират допълнително оплакванията си. В тази връзка още считат, че е следвало да им бъде предоставен достъп до цялата преписка още в деня на изпращането ѝ в КЗК, тъй като в чл.170, ал.4 ЗК е уреден изрично крайния срок за запознаване с доказателствата по преписката, но не и началния момент за достъп.

От една страна, твърденията са в разрез с данните по делото, тъй като напр. се установява, че още в жалбите до КЗК са се съдържали оплаквания за наличие на обстоятелства съответно за изключване от участие на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш и Консорциум "Соф Кънект", които са разгледани от КЗК. От друга страна, видно от Протокол № 130 на комисията за провеждане на процедурата за определяне на концесионер, в заседание, проведено на 09.05.19г., в изпълнение на чл.100, ал.3 ЗК, обвързващите предложения на участниците в процедурата са изчетени от член на комисията и са подписани на всяка страница от нейн член и от изявили желание представители на участници в процедурата. При прочитане на обвързващите предложения са изчетени и членовете на консорциумите, както и съответните трети лица и/или подизпълнители, ако такива са посочени в офертата на участника. Законът не предписва задължение на участниците да се изпраща препис от Протокол № 129, обективиращ действията на комисията по допускане на участниците, като в съответствие с разпоредбата на чл.100, ал.3 от ЗК са спазени изискванията на закона за публичност и прозрачност на процедурата. Изложеното налага извод, че касаторите не са били възпрепятствани да упражнят своевременно правото си на жалба, тъй като в изпълнение на изискванията за публичност и прозрачност са изпълнени от страна на комисията за провеждане на процедурата. Като не е разгледала тези оплаквания, които са въведени за първи път в писмените бележки на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш и "Фрапорт България" ЕАД, депозириани на 14.11.2019г., КЗК е приложила правилно чл.169, ал.1 ЗК. Комисията е осигурила и предвидения от закона достъп на страните до преписката, така както същият е разписан в разпоредбите на чл.170, ал.3 и 4 ЗК, а тезата, че достъп е следвало да бъде осигурен във всеки един момент от постъпването на преписката в КЗК не намира опора в закона.

Дори и разгледани по същество, въведените за първи път оплаквания с писмените бележки на "Фрапорт България" ЕАД и Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш, са неоснователни.

Неоснователно тези двама касатори поддържат, че летищните такси на Консорциум "Соф Кънект" не са изчислени в съответствие с приложимата регулаторна рамка, а прогнозите за растеж са крайно неразумни. Съдът намира, че тезата им се основава на техните собствени интерпретации на Директива 2009/12/ЕО, Политиката на ICAO за летищните и аеронавигационните такси (Дос 9082) и Наръчника на ICAO за летищна икономика (Дос 9562). Следва да се подчертае, че видно от Раздел 2.2.9.b- Финансов план- приходи от летищни такси, изчисленията във Финансовия модел на Консорциум Соф Кънект на разходната база за авиационни дейности са направени за всяка година от срока на концесията, т.е. за всеки отделен регулаторен период, като се разделени между регулирани и нерегулирани дейности. Неоснователно също "Фрапорт България" ЕАД счита, че класираният на първо място участник е нарушил изискванията на документацията за концесията при попълването на поверителната информация, свързана с подизпълнителите. В допълнителната молба от 14.11.2019г. на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш също са релевириани допуснати нарушения във връзка с попълването на Образец Г "Поверителна информация" от страна на Консорциум "Соф кънект" и Консорциум "Витоша", които систематично попадат в настоящия контекст. Те също са неоснователни. Разпоредбата на Клауза 5.8. (с) от Документацията за концесията следва да бъде тълкувана в смисъл, че въпросът относно забраната за определяне на поверителност на информацията е относим само и единствено по отношение на предложенията по критериите за възлагане. Посочената от касатора информация не попада нито в критериите за възлагане, нито е част от предложението или от обвързващото предложение, а се отнася до части на Заявлението. В този смисъл е и разпоредбата на чл.88, ал.6, изр. второ от ЗК. Нещо повече, СЕС е последователен по отношение на разбирането си, че при обжалване на решение на възлагащ орган, принципът на

състезателност не включва правото на неограничен и абсолютен достъп на страните до цялата информация относно съответната процедура за възлагане, която е предоставена на органа, отговорен за обжалването. Напротив, това право на достъп трябва да бъде претеглено спрямо правото на другите икономически оператори на защита на поверителната им информация и търговските им тайни. В този смисъл е и Съображение 60 от Директива 2014/23/ЕС на ЕП и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия, както и член 28 „Поверителност“.

Не намира опора в Документацията за концесията оплакването на "Фрапорт България" ЕАД, че концедентът е третиран Консорциум "Соф кънект" по-благоприятно, тъй като представените данни в Образец F на консорциума не били данни на трето лице или институция. Разпоредбата на Клауза 3 /a/, /iv/ от Част 1 /Заявление/ от Приложение 3, предписва, че „За доказване на съответствие на участника с горните изисквания, всеки от участниците трябва да представи документ във формата на Образец F /Опит в експлоатация на летища/, надлежно попълнен за всеки от проектите, представени от участника като доказателство. Във връзка с всеки от проектите, за които се предоставя горепосочения документ, участниците трябва да приложат удостоверение, получено от съответния собственик/възложител, удостоверяващо съдържанието на Образец F /Опит в експлоатация на летища/, /Удостоверение за проект на летище/. Изложеното по-горе предполага подписващият Удостоверението за проект за летище да бъде лицето, чрез което се доказва оперативния опит на участника, когато то е и собственик на съответния обект/проект, в случая Летище Мюнхен.

Не се споделя и оплакването, че Финансовият план на Консорциум "Соф кънект" не е в съответствие с Международните стандарти за финансово отчитане. Твърдението се основава на разбиране на "Фрапорт България" ЕАД относно „съвременните норми на проектиране“ и как следва финансовият модел на Консорциум "Соф Кънект" да бъде съответен на тях, което, обаче, не е подкрепено от каквито и да било конкретни аргументи. Неоснователно е още и твърдението, че Техническото предложение на Консорциум "Соф кънект" не съответства на Минималните технически изисквания /МТИ/, визирани в категория D, Активи- "Всички сгради", точка 1, раздел b,c,d, и е както и категория F /Спомагателни сгради и съоръжения/, Активи- "Комплекс карго терминал и спедитори", раздел е от Приложение 5 от Документацията. Освен, че се касае за твърдения, които касаят въпроси от сферата на оперативната самостоятелност на концедента и КЗК няма правомощие да се произнася по тях, следва да се отбележи, че за да обоснове доводите си "Фрапорт България" ЕАД използва изрази като "не е представена информация", "не е ясно", без да сочи конкретна разпоредба от документацията, която да доказва тезата му, че се изисква именно такова ниво на детайлност и обстоятелственост, каквито са описани от него. Това разбиране обосновано е споделяно и от Консорциум "Соф Кънект" в писмения му отговор по касационната жалба на "Фрапорт България" ЕАД. Съдът намира, че разделите и категориите от МТИ не изискват това, което се твърди, че е липсващо или че не е ясно в техническото предложение на Консорциум "Соф Кънект".

Аналогични изводи за неоснователност се налагат при обсъждането на последните две оплаквания на "Фрапорт България" ЕАД, за първи път заявени с допълнителните писмени молби. Изцяло в противоречие с клауза 6.5., б. б от Документацията е твърдението, че изискването от комисията на концедента на превод на български език на докладите на одиторите за заверка на финансови отчети за последните 3 години съставлява по-неблагоприятно третиране от това на Консорциум "Соф Кънект". Не кореспондира с данните по делото и оплакването, поддържано и от двамата касатори, че класираният на първо място участник не е представил достатъчни гаранции за осигуряване на компетентен ключов персонал. След изискване на разяснения, видно и от съдържанието на Протокол № 129, помощната комисия е констатирала, че участникът отговаря на изискванията за техническите способности. Доводите, че Консорциум "Соф Кънект" не е успял да отстрани визираните несъответствия, макар и изключително обстойно мотивирани, са изцяло несъответни на данните по делото.

Неоснователни са доводите на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.Ей и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш за допуснати нарушения в техническото предложение на "Фрапорт България" ЕАД относно летищните такси. От Методиката следва, че доколкото техническите предложения се оценяват според тяхната вътрешна съгласуваност, само по себе си увеличението на летищните такси не означава, че техническото предложение задължително следва да получи по-малко точки. Целта на концесията е балансирано повишаване на цялостното качество на услугата, а не непременно поддържане на ниски летищни такси. Неоснователно се твърди от този касатор, че доводите за допуснати нарушения в техническото предложение на Консорциум "Соф кънект" на МТИ, не са обсъдени. Същите са обсъдени, за което мотиви ще бъдат изложени в съответната част на настоящото изложение. Що се отнася до възраженията на касатора срещу оценките на техническите предложения на "Фрапорт България" ЕАД и Консорциум "Витоша", то се касае за преценка по целесъобразност, а не по законосъобразност, като, отново, тезата ще бъде подробно развита по-долу.

След обсъждане на възраженията на тримата касатори, приети от КЗК като попадащи в обхвата на проучването, КЗК се е произнесла в обстойни мотиви. Формирала е изводите си въз основа на правилно установена фактическа обстановка, което е довело до постановяване на обосновано решение, при правилно приложение на материалния закон. Конкретните съображения на съда за това са следните.

I. По касационната жалба на „Фрапорт България“ ЕАД:

„Фрапорт България“ ЕАД твърди, че макар в жалбата си до КЗК да е въвел оплакването, че Европейската банка за възстановяване и развитие /ЕБВР/ е съветвала концедента във връзка с концесията в качеството си на акционер в „Меридиам ийстърн юрп инвестмънтс“ С.А.С.- водещ член на

Консорциум „Соф кънект“, КЗК не е дала обоснован отговор на възражението му за наличие на конфликт на интереси. За да защити тезата, че ЕБВР е акционер с участие 80% в капитала на в „Меридиам Ийстърн Юръп Инвестмънтс“ С.А.С., касаторът се позовава на приложени към касационната жалба разпечатки и извлечения, сред които: разпечатка от съобщение за пресата от 29.07.2019г. на Летище Мюнхен, в което е посочено, че „Меридиам осъществява дейност в България в сътрудничество с ЕБВР“; извлечение от годишните финансови отчети на ЕБВР за 2018г., в които се сочи, че банката притежава 25% дялово участие в „Меридиам Инфраструкчър Ийстърн Юръп; извлечение от базата данни на Инфрафрейшън, видно от което ЕБВР е ограничено отговорен съдружник в „Меридиам Инфраструкчър Юръп III СЛП“ със стойност на дела от 100 млн. евро, а последният, от своя страна, е член на Консорциум „Соф кънект“. Налице е конфликт на интереси по смисъла на § 1, т.8 от ДР на ЗК, който е следвало да доведе до отстраняване на Консорциум „Соф кънект“ от процедурата по възлагане на концесията, на основание чл.60, ал.3, т.1 ЗК, но КЗК необосновано и незаконосъобразно е достигнала до различен извод.

Оплакването правилно е обсъдено като недоказано от КЗК. Съгласно Образец А: Заявление, т.13.

Структура и участие в капитала на Участника, или в случай на Консорциум, на всички негови членове, за участника в консорциума „Меридиам Ийстърн Юръп Инвестмънтс“ С.А.С. е посочено, че 80% е акционерното участие на Меридиам Инфраструкчър Юръп III СЛП и 20% е акционерното участие на Меридиам Инфраструкчър Ийстърн Юръп IIIБ СЛП, поради което и на това основание безпредметно се явява обсъждането на основание за изключване на Соф кънект по чл.60, ал.3, т.1 ЗК.

Оплакването се явява неоснователно и по още едно съображение, което следва да бъде изтъкнато в допълнение към мотивите на КЗК: Касаторът всъщност не твърди наличие на "конфликт на интереси" по отношение на концедента или негови служители, в съответствие с определението за "конфликт на интереси", така, както е дадено в чл.35 от Директива 2014/23/ЕС и в §1, т.8 от ДР на ЗК, а случая наличието или отсъствието му подлежи на изследване при съобразяване на легалната дефиниция, съдържаща се в § 1, т.8 от ДР на ЗК. Според нея, „конфликт на интереси“ е наличието на частен интерес от възлагането на концесията по смисъла на Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество /ЗПКОНПИ/ за концедента, служители на концедента или други лица, които участват в организирането и провеждането на процедурата за определяне на концесионер или могат да повлияят на резултата от нея. Така, с оглед конкретиката на настоящия казус и предвид визираната легална дефиниция на ЗК, подлежат на преценка следните обстоятелства:

- дали ли е частен интерес от възлагането на концесията по смисъла на ЗПКОНПИ
- този частен интерес установен ли е по отношение на концедента, служители на концедента или други лица, които

=или участват в организирането и провеждането на процедурата за определяне на концесионер

=или могат да повлияят на резултата от нея.

Видно от елементите от фактическия състав на нормата на §1, т.8 от ДР на ЗК, законодателят е свързал иманентно понятието „конфликт на интереси“ с наличието на частен интерес по смисъла на ЗПКОНПИ, поради което е необходимо да бъде извършен преглед на относимата законодателна уредба: чл.52, чл.53 и 54 от ЗПКОНПИ. Съдът намира, че съвместното тълкуване и разбиране на приложимите норми от двата закона /ЗК и ЗПКОНПИ/ налага извода, че конфликт на интереси може да възникне само за физическо лице, но не и за юридически лица, т.е. не за ЕБВР, а за физически лица- членове на нейния екип, доколкото при установената от закона дефиниция за частен интерес, се касае за облага в личен план от материален характер. Дори и при възприета теза за наличие на косвена свързаност между ЕБВР и Консорциум „Соф Кънект“, недоказано остава кое лице от ЕБВР е могло да повлияе или е повлияло на резултата от процедурата, за да е дали този елемент от състава на § 1, т.8 от ДР на ЗК. Този извод по никакъв начин не се променя от обстоятелството, че в обосновката за концесията е посочено, че са осъществени подготвителни действия и са изготвени технически, финансово-икономически, правен и т.н. анализи, които са в изпълнение на Договор за консултантски услуги, сключен на 25.10.2017г. между Министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията, като клиент/възложител и Международната финансова корпорация, част от групата на Световната банка, като изпълнител, в партньорство с ЕБВР. Това е така, тъй като във всички случаи конфликтът на интереси трябва да бъде доказан, а това в разглеждания случай не е сторено. Като доказателство за наличието на такъв конфликт на интереси както пред Комисията, така и понастоящем в касационните жалби, се сочи единствено обстоятелството, че ЕБВР, която е била включена в организацията и провеждането на процедурата, като инвеститор в „Меридиам Ийстърн Юръп Инвестмънтс“ С.А.С., има интерес последният да получи концесията.

В заключение по този аспект от спора съдът намира за необходимо да подчертае следното: Въпросът за наличие или не на "конфликт на интереси" по отношение на участник в процедурата следва да бъде преценяван внимателно, непреднамерено и без да бъде търсена възможност да бъде изключен участник от процедурата, без да са дали основания за това. Тази теза, застъпена и в писменото становище на концедента, отразява последователното разбиране на СЕС в тази насока и се споделя напълно от настоящия състав /в този смисъл Решение по дело по дело Т-415/10 Nexans France срещу Европейско съвместно предприятие за „ITER“ и развитието на термоядрената енергия, т.116 и т.117; Решение на Съда по дело Fabricom, точка 114, точки 33—36, Решение на Съда от 19 май 2009 г. по дело Assitur, C-538/07, точки 26—30 и Решение на Съда от 23 декември 2009 г. по дело Serrantoni и Consorzio stabile edili, C-376/08, Сборник, точки 39 и 40). Представените писмени доказателства в подкрепа на релевираното оплакване са неотнесими към спора.

Следващото оплакване на Фрапорт се свежда до твърдения за липса на яснота какви ресурси ще

предостави третото лице летищен оператор на Консорциум „Соф Кънект“. Според него КЗК е игнорира обстоятелството, че макар „Флугхафен Мюнхен ГмбХ“ да е посочен като трето лице летищен оператор, на практика такава роля щяло да има „Мюнхен еърпорт интернешънъл ГмбХ“, което дружество не отговаря на изискванията съгласно Приложение 3, част 1: Заявление, т.3, б. „а“ от Документацията за концесията. Оплакването е неоснователно. При съобразяване с изискванията на документацията, КЗК е установила, че в попълнения Образец А: Заявление, Консорциум „Соф кънект“ е посочил като трето лице „Флугхафен Мюнхен“ ГмбХ; приложен е и образец F- Опит в експлоатация на летища, от който се установява, че немското дружество от 12.10.1949г. е собственик и летищен оператор на Летище Мюнхен; за всяка година /2013-2018/ е деклариран общ годишен трафик на пътници, надвишаващ неколккратно минимално определения такъв от 10 000 000 пътници годишно; в изпълнение на изискванията на документацията, към Образец F е приложено удостоверение за проект за летище, в което „Флугхафен Мюнхен“ ГмбХ изрично е потвърдило съдържанието на декларирания опит в експлоатацията на летища. При тези данни, обоснован се явява изводът на КЗК, че класираният на първо място участник отговаря на поставеното минимално условие към техническите способности на участниците за оперативен опит, чрез третото лице „Флугхафен Мюнхен“ ГмбХ. Налице е изрично волеизявление, от страна на „Флугхафен Мюнхен“ ГмбХ, материализирано в договор, сключен между „Флугхафен Мюнхен“ ГмбХ и „Меридиам Ийстърн Юрп Инвестмънтс“ САС, водещ член на Консорциум „Соф кънект“, че последният ще може да се ползва от и да разчита на ресурсите на дружеството, в качеството му на трето лице. В реда на изложените мотиви, основателно в становището на концедента по жалбата на този касатор се поддържа, че е изопачено твърдението, че макар и формално „Флугхафен Мюнхен“ ГмбХ да е посочено като трето лице летищен оператор, то тази роля на практика ще играе „Мюнхен еърпорт интернешънъл ГмбХ“, тъй като опитът не се доказва чрез последното дружество.

В касационната жалба се възразява и срещу неправилното разбиране на Комисията за значимостта на обстоятелството, че мажоритарният непряк участник „Меридиам Ийстърн Юрп Инвестмънтс САС“ ще бъде ликвидирани почти 15 години преди изтичането на концесията. Според касатора този факт е следвало да бъде съобразен от концедента при оценката на Техническото предложение на Консорциум „Соф Кънект“ и по- конкретно при оценката на Общата стратегия /Р1/ и Бизнес плана /Р.2.1./ и техническото предложение на този участник да не се оценява с максималния брой точки. И в тази акувана част изводите на КЗК са правилни. Преди всичко, следва да се подчертае, че оплакването не касае водещия член на консорциума „Меридиам Ийстърн Юрп Инвестмънтс САС“, а акционер в последния- „Меридиам Инфраструкчър Юрп III СЛП, по отношение на когото се твърди, че след като е учреден със срок до 10.04.2041г., то било напълно обосновано да се очаква, че и интересът на този Консорциум „Соф Кънект“ ще бъде именно максимизиране на печалбата от концесията до 2041г., а не успешното развитие на Летище София след 2041г. Съдът не споделя становището на касатора, че последното обстоятелство накърнява баланса между обществен и частния интерес, който ЗК прокламира при възлагането на концесиите в чл.2, ал.1 и ал.2. Тезата е и изначално несъстоятелна, тъй като, както е посочено и в мотивите на обжалваното решение, видно от приложеното Извлечение Kbis- „Извлечение от основното вписване в търговския и дружествен регистър“ за „Меридиам Ийстърн Юрп Инвестмънтс САС“, като срок на юридическото лице е вписана датата 2116г. В допълнение към изложеното от Комисията следва да се посочи още, че нито в Документацията за концесията /Образец А: Заявление/, нито в ЗК се съдържат изисквания към членовете на консорциумите- участници, да са учредени за неопределен срок. По аргумент за по- силното основание това обстоятелство би следвало да бъде отнесено и към членовете на членовете на консорциумите.

Следващата група оплаквания са срещу решението на КЗК в частта, с която е приета за неоснователна жалбата на "Фрапорт България" ЕАД срещу класирането на второ място на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. Касае се за две основни оплаквания, които ще бъдат разгледани по- долу по реда на тяхното релевиране:
Първото оплакване се основава на твърдението, че Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. предвижда да изведе от експлоатация Терминал 1, незабавно след началото на срока на концесията и преди въвеждане в експлоатация на Терминал 3, което не съответства на Категория С. Съществуващ Терминал 1 от Приложение №5 към документацията /МТИ/. Според жалбоподателя, такава част от съдържанието на офертата на участника, налага извод, че същата, на основание чл.102, ал.2, т.2 и 3 ЗК, не съответства на изискванията към Техническото предложение и не е следвало да бъде оценявана. Касаторът посочва още, че макар КЗК да е обсъдила клауза 25.3. от проекта за концесионен договор, тя не е взела Предвид Приложение № 5 Минимални технически изисквания към Документацията за концесията в частта на Категория С. Съществуващ Терминал 1, където изрично е записано, че Терминал 1 на Летище София се извежда от експлоатация след въвеждане на планирания Терминал 3 на Летище София. Оплакването е неоснователно. КЗК е разгледала съгласувано посочените текстове от проекта на концесионен договор и на документацията за концесията и обосновано е приела, че твърдяното нарушение не е налице. Всъщност, твърденията на жалбоподателя за игнориране на Минималните технически изисквания от Документацията при формирането на изводите на Комисията, се опровергават от самите мотиви на обжалваното решение, които сочат към това, че се касае за превратно интерпретиране на офертата на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. На основание чл.101, ал.4 от ЗК, комисията на концедента е отправила изрично запитване до последния във връзка с предвидждането Терминал 1 да бъде затворен веднага и необходимостта от разяснения как сегашния Терминал 2 ще поеме веднага целия допълнителен трафик от Терминал 1, на което участникът е отговорил, че

предвижда разширяване на капацитета на Терминал 2, след което ще бъде осъществено плавно затваряне на Терминал 1. Самият участник е насочил за справка към Раздел 5.3. от Идеиния план за развитие /Етапи и времеви график за реализация на Идеиния план за развитие/, където е отразено, че „Терминал 1 ще бъде затворен след разширението на Терминал 2“.

Касаторът обосновава твърди, че е налице вътрешна несъвместимост между предвиждането на Идеиният план за развитие на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. за закриване на Терминал 1 през 2022г., когато ще започне да функционира увеличения капацитет на Терминал 2, и Приложение 5: МТИ, С. Съществуващ терминал 1/ Спиране от експлоатация, Изискване 5, от Документацията, според което Терминал 1 трябва да бъде изведен от експлоатация след пускане на Терминал 3. И това е така, защото запазването на сградата на Терминал 1 не би могло да бъде самоцел на концедента, а има смисъл единствено с оглед крайната му цел да гарантира необходимия капацитет. От анализа на посоченото в документацията по концесията, Приложение № 5, Категория С, Сгради, т.1, разгледано съвместно с Категория С, Спиране от експлоатация, т.5, се установява, че концедентът е изискал осигуряване и поддържане на достатъчен капацитет за очакваното търсене на въздушен трафик. Както е посочил Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. в своя отговор по жалбата на "Фрапорт България" ЕАД, минималният ресурс, с който тази цел би могла да бъде постигната, е запазването на съществуващия Терминал 1 /до пускане в експлоатация на Терминал 3/, но същата цел може да бъде постигната с разширението на Терминал 2, предложено от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., поради което и изводът на КЗК, че не е налице противоречие с МТИ, е правилен. Отделно от това, изводите на КЗК следва да бъдат потвърдени и на още едно основание, което ще бъде мотивирано подробно по- долу: За да получи 0 точки по компонента Идеен план за развитие, а това като резултат да доведе до отхвърляне на офертата на участника, Идеиният план за развитие следва да не отговаря в своята пълнота на всички изисквания за неговото съдържание и на правната уредба, какъвто не е разглежданият случай.

Второто оплакване на "Фрапорт България" ЕАД по разглеждания аспект от спора са съответно, че Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. е направил предварителен анализ на ключовите показатели за изпълнението и е предвидил, че построяването на нова писта не е необходимо, което съставлява нарушение на Изискване № 5. Потенциал за нова писта от Категория В. Зони за кацане и излитане на Приложение № 18 към Документацията за концесията-МТИ, и на клауза 18.6. /Втора писта/ Приложение № 6 КПИ- Измерване на изпълнението/; с горното, според жалбоподателя, се нарушава принципа на равнопоставеност в чл.4, ал.1 ЗК, защото изграждането на втора писта, ако се окаже, че е необходимо, би имало огромно финансово отражение върху концесионера. В реда на изложеното се поддържа, че Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. предвижда изграждане на Терминал 3 на място, което според Комисията по чл.80, ал.1 ЗК не е подходящо, тъй като е в близост до бивша кариера и без извършване на хидрогеоложки анализ, а последното би оскъпило и забавило строителството. Правилно КЗК е обсъдила горните възражения като неоснователни. Обоснован е изводът, че в жалбата не са посочени конкретни аргументи срещу разработките на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. по компоненти Идеен план за развитие, Бизнес план и по План за прогнози на трафика, ЕBITDA и капиталовите разходи. Както е приела и КЗК, от данните по делото действително се установява, че участникът единствено е преповторил изводите на комисията на концедента, мотивирайки съответната оценка. Правилна е преценката, че комисията за провеждане на процедурата е спазила стриктно предвидените в Документацията изисквания, критерии и методика. В листа за оценяване предложението на консорциума комисията на концедента е изложила мотиви за поставената оценка, които съответстват на Методиката. Съдът споделя разбирането на КЗК, че е недопустимо да бъдат пререшавани въпроси от компетентността на помощния орган и, при изземване на правомощията му, КЗК да се произнася по целесъобразност. Съдът намира, че Комисията е достигнала до законосъобразния извод, че техническото предложение на класирания на второ място участник е оценено по показателите, утвърдени в методиката, оценяването е извършено съобразно предвидените критерии към нея, присъдените оценки са надлежно мотивирани, а мотивите са адекватни и относими към изискванията от методиката. В тази връзка релевираното несъгласие с изводите на помощния орган досежно изграждането на втора писта и изграждането на Терминал 3, така, както са предвидени в Техническото предложение на участника, правилно не е обсъждано по същество от КЗК, тъй като по този начин биха били иззети функциите на помощната комисия и нейната компетентност. Подходът на Комисията е и изцяло съответен с установената съдебна практика на ВАС.

II. По касационната жалба на Консорциум „Витоша“:

1.Процесуални нарушения.

Според касатора, при произнасянето си КЗК е допуснала съществени процесуални нарушения, които са обобщени в шест подточки, като първите четири от които се изразяват в следното: 1/ не са обсъдени всички възражения и доводи, посочени в жалбата на Консорциум „Витоша“, като Комисията е възприела единствено аргументите на концедента; 2. не е обсъдила всички събрани в преписката доказателства, които са относими към възраженията, посочени в жалбата; 3. не е съобразила, че по същество концедентът не е изложил ясни, конкретни и логически обосновани мотиви за решението си за определяне на концесионер, а само се е позовал на мотивите от дейността на назначената от него комисия. В реда на изложеното жалбоподателят поддържа още, че Протоколът по чл.104, ал.1 ЗК, както

и листовите за оценяване на Консорциум „Соф кънект“ и „Фрапорт България“ ЕАД не посочват конкретно в какво се състои извършената дейност от страна на комисията по оценяването. Счита, че доколкото мотивите, послужили за обосноваване на оценката на техническите предложения на Консорциум "Соф Кънект" и "Фрапорт България" ЕАД със 100 т. са изцяло бланкетни. Четвъртото от така обособената група оплаквания се свежда до това, че КЗК необосновано е игнорирала възражението му, че класираният на първо място участник всъщност е следвало да бъде отстранен от участие /алтернативно следвало е да му се присъдят по- малък брой точки/, но помощният орган не е дал отговор на въпроса защо участникът следва да бъде допуснат до участие; по отношение на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. са били налице основания за присъждане на нула точки на някои от компонентите, а не единствено за определяне на по- нисък резултат, но това също е пренебрегнато от КЗК в постановения от нея акт. Оплакванията са неоснователни. Установява се, че за да постанови обжалваното решение, концедентът е възприел изцяло мотивите на комисията за провеждане на процедурата относно класирания на първо място участник. Това обстоятелство превратно се интерпретира от касатора като едностранчиво произнасяне от страна на концедента, което незаконосъобразно не е отчетено от КЗК. Съображения за наличието на подробно изложени мотиви бяха изложени по- горе в настоящия съдебен акт. Приобщаването на мотивите на комисията за провеждане на процедурата, изложени в междинни актове, каквито са Протокол № 130, неговите приложения и свързаните актове, предхождащи обжалваното решение, към собствените мотиви на концедента, е законосъобразно и в унисон с установената съдебна практика и ТР № 16/1975 на ОСГК на ВС. Касаторът твърди, че необосновано КЗК е игнорирала довода му, че комисията на концедента не е мотивирала становището си, че "Фрапорт България" ЕАД и Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. следва да бъдат допуснати до оценяване, но и това оплакване е неоснователно. КЗК правилно е приела, че за комисията на концедента не е било налице нормативно разписано задължение за подробна аргументация на извода, че офертите на участниците подлежат на оценка. Касаторът е прав в това, че е налице нормативно установено задължение за помощната комисия служебно да следи за наличие на основание за изключване, но неоснователно поддържа, че КЗК е дължала произнасяне по правилността на извода на комисията на концедента защо по отношение на спечелилия участник не са налице основания за изключване. В тази връзка изцяло правилен се явява изводът, че след като в протокола се съдържат достатъчно констатации за съответствие, обосноваващи тезата, че офертата на Консорциум "Соф Кънект" /съответно и другите допуснати участници/ отговаря на поставените в документацията изисквания, то няма как да се приеме, че преценката за липса на обстоятелства, водещи до отстраняването на участника, е немотивирана. В подкрепа на тази теза е и разпоредбата на чл.40, пар.1 от Директива 2014/123/ЕС. По смисъла на Директивата, мотивирането е задължително само при „отхвърляне“ на оферта, а съотнесено към процесния случай- по отношение на офертите, които се оценяват с по- малко точки, и това разбиране обосновано е застъпено от концедента в становището му до КЗК. Оплакванията на касатора срещу дадените оценки на офертите на Консорциум "Соф Кънект", Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. и „Фрапорт България“ ЕАД, ще бъдат разгледани по- долу при обсъждане на твърденията му за необоснованост и неправилно приложение на материалния закон. В касационната жалба се поддържа оплакване за незаконосъобразен отказ от страна на Комисията да уважи доказателствени искания, относими към спора. Установява се, че КЗК е оставила без уважение искането на Консорциум "Витоша" за назначаването на техническа експертиза, която да провери дали спрямо съдържанието на представените документи от кандидати са извършвани манипулации и дали са налице данни за тяхното компрометиране по отношение на електронния подпис, авторството и съдържанието. Правилно е искането е отхвърлено с мотива, че, от една страна, не е формулирано конкретно несъответствие, а, от друга, налице е изрично произнасяне на комисията на концедента, че участниците са се съобразили с изискванията за форма при представяне на офертите си. Както е приела и КЗК, жалбоподателят не твърди, че някой от участниците Консорциум "Соф кънект", "Фрапорт България" ЕАД или Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. не е представил офертата си в установената от документацията и закона форма, но желае повторно осъществяване на пълната проверка, която е осъществена от помощния орган и е материализирана в Протокол № 130. Протоколът по чл.104, ал.1 ЗК е официален свидетелстващ документ и следователно се ползва с материална доказателствена сила по отношение на съдържащите се в него констатации, включително и действията на помощната комисия относно извършената проверка на електронните носители от офертите на участниците.

2. Необоснованост и нарушение на материалния закон.

Касаторът навежда общи оплаквания за необоснованост на изводите на КЗК, че едни и същи съображения могат да бъдат изложени за всяко предложение, което се оценява с еднакъв брой точки. Твърди, че излагането на идентични съображения при различни икономически, финансови и технически параметри на всяка от офертите, поражда основателни съмнения досежно прозрачността на оценяването. Касаторът изразява несъгласие с възприетата от КЗК концепция, че е „логично и обосновано за предложенията, които отговарят на всички изисквания и получават максимален брой точки, комисията да изложи едни и същи съображения, които да отразяват пълното съответствие на офертите с поставените условия“. Съдът счита, че действително горната формулировка в мотивите на КЗК не е прецизна и поради това, погледната извън съответния правен и фактически контекст, може да породи превратни интерпретации, но същината на съдържащия се в нея извод е верен, като следва да

бъдат направени следните уточнения: Разпоредбата на чл.68, ал.3 от ЗК признава на концедента оперативна самостоятелност да изготви и одобри такава методика за оценка, каквато прецени, с оглед на особеностите на предмета и вида на дадена концесия. В случая приложимата Методика за оценка се съдържа в Част 3 /Критерии за оценка на офертите и за Възлагане/ от Приложение 4 и включва формула за определяне на общата оценка на предложението на всеки участник /на стр.154 от Документацията/, която от своя страна включва следните компоненти: а/ оценка на финансовото предложение и б/ оценка на техническото предложение, която се определя чрез прилагане на одобрената от концедента матрица за оценяване. Съгласно Документацията, във формулата за изчисляване на общата оценка на офертите, относителната тежест на финансовото предложение е 55%, а на техническото предложение е 45%. Чрез прилагане на горепосочената формула, процесната концесия следва да бъде възложена на участника, подал предложението с най- висока обща оценка от двата критерия: за цена и за качество. Оценяването на финансовото предложение /за годишното концесионно възнаграждение/ на всеки участник се извършва чрез прилагане на математическа формула, в която основен фактор е съотношението между предложеното годишно концесионно възнаграждение спрямо най- високия предложен размер на годишно концесионно възнаграждение. Оценяването на техническото предложение на всеки участник изисква проверка степента на съответствието му с изискванията, предвидени в Част 1 /изисквания към Техническото предложение/ от Приложение 5 /МТИ/, като се прилагат основните критерии, предвидени в Част 3 /Критерии за оценка на офертите и за Възлагане, раздел II. Оценка на Техническото предложение /P1,P2,P3/ от Приложение 4. За разлика от начина на оценяване на финансовите предложения, оценяването на техническите предложения не може да включва точна математическа формула. Оценяването на техническите предложения се извършва чрез прилагането на матрицата за оценяване, т.е. на основата на одобрената точкова система, като на участника се присъждат максималния брой точки, предвиден за оценка на разработките по всеки компонент, въз основа на всеки критерий, 75% от максималния брой точки, 50% от максималния брой точки или нула точки. В резултат на това, оценката на техническото предложение се определя като сбор от индивидуалното оценяване на различните му компоненти: Идеен план за развитие, Бизнес план, План за финансиране, Обща стратегия и План за прогнози на трафика, EBITDA и капиталовите разходи, всеки от които има различна тежест. По този начин, именно следването на описания начин на оценяване се явява важно средство за обосноваване на оценките на участниците, доколкото т.1, т.2 и т.3 от Раздел II Оценка на Техническото предложение/P1,P2,P3/ поставя конкретни рамки на оценяване.

Съдът споделя становището на Консорциум „Соф кънект“, че по този начин се изключва възможността за произволно субективно оценяване, тъй като е налице безусловно задължение на комисията да следва подробен алгоритъм при оценяване: „На участника се присъжда...брой точки,.....когато предложението...“. Тези разпоредби са обвързващи и тяхното прилагане цели, след извършване на проверка и собствен анализ, комисията да потвърди съответствието на всеки основен компонент от всяка оферта с изискванията на Документацията, както и дали са налице или не съответните обстоятелства, предмет на оценяване. Именно изложеното прави възможно да бъдат формирани идентични съображения, когато е налице становище за пълно съответствие на офертите с поставените условия. Ето защо и разгледаното оплакване се явява неоснователно, а доводите, които го мотивират, изградени при превратно интерпретиране на Документацията.

КЗК е счела за неоснователно възражението, че макар Консорциум „Соф Кънект“ да е предложил най-нисък размер на номинални инвестиции, възлизащ на 608 млн.евро, а всеки от останалите участници да е предложил обем на инвестициите, надвишаващ посочената сума, то тази "най- неизгодна оферта в дългосрочен план" неправилно е получила максимален брой точки наред с офертите на други участници, които предлагат по- висок размер на инвестициите. Поддържаните оплаквания в касационната жалба срещу горния извод са изцяло неоснователни, а даденият отговор по отношение на тях от КЗК се споделя от съда. Комисията обосновано е приела, че в Документацията за концесията не е предвидено основание за присъждане на повече точки при предложен по- голям размер на инвестициите, тъй като изискването в Документацията е инвестициите да бъдат в минимален размер не по- малък от 600 млн. евро без ДДС /стр.150 от Документацията за концесията- Приложение 4 /изисквания към офертите и оценка/, Част 1 /Изисквания към Техническото предложение/, Раздел 2 /Качествени планове/, буква С /Изисквания към Идеения план за развитие/, точка 4. Липсва и критерий за оценка, на основание на който помощният орган да присъди по- висока оценка заради по- високия размер на инвестициите и това ясно личи от цитирания посочения критерий за оценяване в Част 3, раздел II на Приложение 4 от Документацията, за оценка на компонента Идеен план за развитие /Р 2.3./. Действително, за комисията на концедента няма установено задължение да определи по- висока оценка на техническото предложение на участника, който е предложил по- голям размер инвестиции, в сравнение с този, който е предложил по- малък, но обоснован размер инвестиции. Основателно е възражението на Консорциум „Соф Кънект“ срещу тезата на касатора, че е неприемливо участници, които предлагат различни по размер инвестиции, да получат аналогични оценки. Действително, икономически най- изгодната оферта в концесионната процедура не е тази на участника, предложил най- голямата по размер инвестиционна програма, а офертата, получила най- висока обща крайна оценка за двата критерия /за „качество на техническото предложение“ и критерия „цена“/, определена на базата на одобрената формула.

Според Консорциум „Витоша“, в самите критерии за оценка концедентът е заложил изискване, което задължава него и комисията да оценят по- големия размер на допълнителните инвестиции, като бъде присъден по- висок резултат. КЗК обосновано се е позовала на Приложение № 4, Част 1, Изисквания

към Техническото предложение, Раздел 2- Качествени планове, буква С. Изисквания към Идеиния план за развитие, т.2, където в минималното съдържание е предвидено, че „участникът може да предложи допълнителни инвестиционни проекти, свързани с други дейности и насоки и с основни ремонти и подновяване“, като е счела, че формулировката на цитирания текст сочи на това, че всеки участник е свободен да реши дали да предложи или не допълнителни инвестиции. Така, документацията за концесията не изключва възможността участник в процедурата да предложи и допълнителни инвестиционни проекти, свързани с други дейности и насоки и с основни ремонти и подновяване, но това е изцяло по преценка на съответния участник и не води до получаването на допълнителни точки. Следващите възражения на касатора са срещу преценката на КЗК за неоснователност на твърденията му, че с предложения от Консорциум „Соф кънект“ Идеен план за развитие се засягат имоти, които не са включени в обхвата на концесията. Според касатора, изводът на КЗК е необоснован, тъй като в мотивите си Комисията приема за установени факти, които не следват от съдържанието на представените по преписката доказателства. Той твърди, че на стр.344 от Техническото предложение на Консорциум „Соф кънект“ се посочват ограниченията относно площадката на Терминал №3, включително „съоръженията за поддръжка на България Ер, които ограничават това пространство“, а въпросните съоръжения са видни също така от Фигура 173 от офертата /стр.348/, като в Таблица 23. Капиталови инвестиции прогноза /стр.461/ е предвиден и самият проект относно премахването им. Продължава, че на стр.306 от Техническото предложение, което съдържа фигура 131, на която се позовава КЗК, се показва графично изображение на сегашното положение на Летище София, но то не съдържа доказателства относно потенциалните строителни дейности. Счита още, че само две от общо седемте броя схеми, предмет на анализ от КЗК, представляващи Анекс 5. Скици от техническото предложение, pdf файлове с наименование на английски език „SOF final drawing superimposed 1-1000-20190411090121- Signature 1“ и „SOF final drawing superimposed terminal 3 zone 1-1000-20190411090621- Signature 1“ съдържат информацията относно разположението на Терминал № 3 върху концесионната площ след завършването на строителните дейности.

Възраженията са неоснователни, тъй като действително, както е приела и Комисията, те не кореспондират с представените по преписката доказателства от Техническото предложение на Консорциум „Соф Кънект“. Към офертата си последният е приложил седем схеми, съдържащи се общо във файл с наименование „SOF airport development plan 1-2500 AO“, отразяващи развитието на Летище София до края на концесионния период. Същите илюстрират настоящото състояние, след това очакваното развитие до 2022, 2030, 2035, 2043 и 2055, а най-накрая е включен и проектът на очакваното крайно състояние на летището. Обосновано Комисията е възприела въз основа на представените планове, че същите съдържат графично изображение на летището и прилежащите съоръжения, които изцяло попадат в ясно означените граници на концесионната територия. Не е съответно на данните по делото твърдението, че само две от общо седемте схеми съдържат информацията относно разположението на Терминал 3. Консорциум „Соф кънект“ основателно отбелязва, че то е произволно. От своя страна, програмата за капиталови разходи от Техническото предложение на Консорциум „Соф кънект“ не предвижда разходи за премахване на хангар на България Ер. Така, предложението на Консорциум „Соф кънект“ за изграждане на Терминал 3 на запад от Терминал 2, в неговия Идеен план за развитие, съответства изцяло на изискванията на Документацията за концесията, включително на Приложение 5 /МТИ/, категория D-3 /Нов Терминал 3/. Необходимо е да се подчертае, че комисията по концесионната процедура е поискала разяснения от Консорциум „Соф Кънект“ дали избраното местоположение на Терминал 3 засяга съоръженията, собственост на Луфтханза Техник, като в Протокол № 130 е отразено, че участникът е представил достатъчно обяснения в писмо от 25.06.2019г., заедно със схема към него, на основание на които комисията е приела, че тези рискове са взети предвид и че не се засягат имоти, собственост на Луфтханза Техник. Всъщност, безспорен аргумент за правотата на тезата на Комисията е и отразеното на стр.344 от Техническото предложение на Консорциум „Соф Кънект“, към което препраща последният, а именно: „Свободното пространство от западната страна се определя от съществуващата кула за управление на въздушното движение, съоръжението за поддръжка на Луфтханза техник и неговия перон, електроцентралата, границите на концесионната зона и съоръженията за поддръжка на България Ер, които ограничават това пространство“. Изложеното налага извода, че последният се е съобразил със съществуващите съоръжения при определянето на границите на концесионната територия, поради което не може да се твърди, че строителството предполага премахването на чужда собственост. Следващата група възражения касае изводите на КЗК, с които е обсъдено като неоснователно оплакването за завишено и немотивирано оценяване на Бизнес плана, Финансовия план, Общата стратегия и Плана за прогнози на трафика, EBITDA и капиталовите разходи от офертата на Консорциум „Соф кънект“. Съдът намира, че следва да обсъди като неоснователни възраженията за липса на мотиви за съответствието на техническото предложение на Консорциум „Соф Кънект“, в частта по така посочените компоненти, като препрати към изложението по-горе. За прецизност следва да бъде подчертано, че КЗК обосновано е приела, че в Протокола от работата на комисията се съдържат достатъчно данни, налагащи тезата, че помощният орган е направил проверка на предложението и на обвързващото предложение на Консорциум „Соф кънект“ и е констатирал, че не е налице нито едно отклонение от изискванията на документацията за концесията.

Касаторът още счита, че КЗК бланкетно и формално е разгледала оплакванията му срещу части от предложението на Консорциум „Соф Кънект“, отнасящи се до Търговската програма, Маркетинговия план за развитие на трафика и Програмата за качество на услугите, експлоатацията и поддръжка, като част от Бизнес плана. Счита, че в нарушение на процесуалните правила не е изследвано съответствието

между критериите в документацията и съдържанието на офертата. Сочи наред с това, че задълбоченият прочит на Техническото предложение на Консорциум „Соф кънект“ налага извод, че по своето естество то не предполага никакви конкретни мерки и решения, а само позоваване на опита на Летище Мюнхен, без да се посочва как това ще се отрази спрямо Летище София с присъщите му предизвикателства и проблеми на местния пазар. Поддържа още и оплакване, че в мотивите на КЗК липсва изцяло произнасяне по възражението му относно несъответствията в Организационната и управленската програма, Работния вариант на Преходен план и Плана за управление на безопасността. При съобразяване с така формулираните оплаквания отново следва да бъде подчертано, че съобразно Методиката, при оценката на Техническото предложение се оценяват компонентите така, както са посочени, т.е. Идеен план за развитие, Бизнес план, План за финансиране, Обща стратегия и План за прогнози на трафика, EBITDA и капиталовите разходи, като отделните съставни елементи /така, както напр. Бизнес планът се състои от Търговска програма и Маркетингов план за развитие, Програма за качество на услугите, експлоатация и поддръжка, Организационна и управленска програма, екологична и социална програма, работен вариант на преходен план и план за управление на безопасността/, не са предмет на отделни оценки, поради което и КЗК не дължи произнасяне по всеки един от тях, респективно не е допуснато съществено процесуално нарушение с непроизнасянето по твърдения от касатора като законосъобразен начин. Комисията за провеждане на концесията е присъдила оценки на всеки един от компонентите на Техническото предложение на „Соф Кънект“, при спазване на Методиката за оценка. Що се отнася до позоваването на опита на Летище Мюнхен, то, както е посочено и по-горе в мотивите, доказването на техническите способности на участника чрез трето лице-летищен оператор, е напълно допустимо съгласно ЗК и Документацията за концесията. С оглед клауза 6.2., буква „а“ от документацията за концесията във връзка с чл.63 от ЗК и проекта на концесионен договор, всеки участник е имал възможност да избере да докаже изпълнение на което и да е от изискванията относно техническите способности и/или финансовото и икономическото състояние чрез използване на трето лице. Неуместно е да се твърди, че предложението на Консорциум „Соф Кънект“ няма да отговори на предизвикателствата на местния пазар.

Консорциум „Витоша“ оспорва правилността на изводите на КЗК досежно законосъобразното класиране на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш на второ място. Съдът констатира, че в тази част от жалбата са преповторени оплакванията, поддържани пред КЗК, преразказани са мотивите на Комисията, срещу които се поддържат оплаквания, напълно аналогични с тези, изложени в жалбата до КЗК. По тях следва да бъде посочено следното: Въпросите за извеждането от експлоатация на Терминал 1, оферирани от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., както и всички оплаквания срещу приетото от КЗК, касаещи изграждането на втора писта, на Терминал 3 и оценката с 0 точки на Идеиния план /Р 2.3./, Бизнес плана /Р 2.1./ и Плана за прогнози Р 3/ на Консорциума, създаден от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., са разгледани по-горе по жалбата на "Фрапорт България" ЕАД, поради което съдът намира, че с оглед избягване на повторения следва да препрати към съответните мотиви в посочената част от съдебния акт. В синтезиран вид изводите на съда по горните оплаквания са следните: Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. не предвижда извеждането от експлоатация на Терминал 1 преди построяването на Терминал 3; рисковете, които създава за концесията офертата на този участник по отношение преценката за необходимостта от втора писта, а също и с оглед изграждането на Терминал 3 на неподходящо място, са отчетени от концедента, като са изложени обосновани мотиви за това, но доколкото всеки от компонентите, които подлежат на оценка, е съвкупност от множество основни критерии, за да получи оценка нула съответният план следва да не показва съответствие с нито един от критериите. Условие, което в случая не е налице.

Касаторът въвежда оплаквания и срещу частта от решението, с което са отхвърлени като неоснователни възраженията му срещу оценката на класираната на трето място участник "Фрапорт България" ЕАД. Намира, че по своето съдържание мотивите, с които е даден максималния брой точки на всеки един компонент от предложението, са идентични с мотивите в листа за оценяване на Консорциум „Соф Кънект“, което е и съществено процесуално нарушение. Счита, че "Фрапорт България" ЕАД, също както и Консорциум „Соф кънект“, предвиждал увеличение на летищните такси, но това не било отчетено от концедента и КЗК, тъй като не бил съобразен точния смисъл на неговото възражение, а именно, че трябва да бъдат разгледани подробно последиците, които този факт ще има за цялата оферта, а не изолирано. Според касатора, отново в резултат на цялостно възприетия формален подход към поддържаните оплаквания, КЗК е достигнала и до погрешни изводи при отхвърлянето на възражението му за предпоставки за отстраняването на "Фрапорт България" ЕАД поради наличие на допълнителни документи в обвързващото предложение. Добавянето на допълнителни документи към обвързващото предложение директно противоречи на т.7.2. (а).ii от документацията, но това е игнорирано от КЗК.

Настоящият състав отчита, че оплакването за „напълно идентични мотиви“ бе разгледано по-горе по жалбата на Консорциум "Витоша" и препраща към изложените мотиви по тази част от спора. Мотивите на комисията на концедента не са бланкетни. Що се отнася до оплакването, че спрямо "Фрапорт България" ЕАД и Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш не е приложена еднакво методологията за оценяване, тъй като е игнорирано обстоятелството, че в техническото предложение на "Фрапорт България" ЕАД се предвижда увеличение на летищните такси, аналогично с това, предложено в офертата на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш, то както ще бъде коментирано и по-долу, оценката на Консорциум

между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш е намалена не поради предложеното увеличение на летищните такси, а на основание констатирани други несъответствия и неясноти, каквито помощната комисия не е счела, че са налице в офертата на "Фрапорт България" ЕАД. Изложеното налага извод за неоснователност на поддържаното оплакване за нееднакво прилагане на методологията за оценяване. Подробни доводи във връзка с непредоставянето на максималния брой точки на техническото предложение на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш ще бъдат развити по-долу по жалбата на този касатор. Що се отнася до оплакването, че офертата на "Фрапорт България" ЕАД, поставена в плика, в който се е съдържало и Обвързващото предложение на този участник, освен хартиени 1 брой оригинал и два броя негови копия, е съдържала и други документи, което е налагало и отстраняването му от концедента, то съдът намира и него за неоснователно, макар и не по съображенията, изложени от КЗК. Установява се, че визираните от касатора "друг документ" е брошула, онагледяваща предложението идеен план за развитие като част от обвързващото предложение, поради което и не съставлява допълнително приложен документ, респективно не е нарушено изискването на т.7.2. (а).ii от документацията.

III. По касационната жалба на Консорциум „ЕЪРПОРТС ДЕ ПАРИ“ ЕС.ЕЙ и „ТАВ ХАВАЛИМАНЛАРЪ ХОЛДИНГ“ А.Ш.:

В Раздел I от своята касационна жалба, Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш, аргументира подробно оплаквания за допуснати процесуални нарушения в производството пред КЗК, които систематизира така: Резюме; възражение за неправилно тълкуване и прилагане на нормата на чл.156, ал.2 ЗК вр. чл.163 ЗК и чл.146 АПК и по-конкретно за обхвата на дължимия контрол; твърдение, че по редица въпроси са изложени противоречиви мотиви; оплакване, че е налице „подменяне“ на мотиви на помощния орган и превратно интерпретиране на методиката за оценка; следващо оплакване, че са нарушени принципите за равенство и недопускане на дискриминация; твърдение за неправилно възприемане от страна на КЗК на задължението ѝ да поиска разяснения от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш; друго- за неизпълнение на законовото задължение на Комисията да изясни фактическата обстановка поради недопускане на поисканата експертиза и неизискване на цялата административна преписка; твърдение, че КЗК е отказала да упражни правомощието си да изиска официална информация посредством Европейската мрежа по конкуренция, с цел установяване наличието на основание за изключване по отношение на член на спечелилия консорциум.

По отношение оплакването за превратно разбиране на КЗК досежно обхвата на съдебния контрол, съдът намира за уместно да препрати към изложението по-горе, в което са разгледани оплакванията на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш, и на "Фрапорт България" ЕАД за липса на достъп до съд и ефективна съдебна защита в контекста на правото на ЕС. Наличието на мотиви в акта на концедента бе обосновано още при разглеждането на оплакването на настоящия касатор за нарушено право на Европейския съюз, а по-сетне и по касационната жалба на Консорциум „Витоша“. Останалите визири по-горе нарушения ще бъдат разгледани в контекста на отделните оплаквания на този касатор по съществуването на спора, тъй като при множеството от тях се преплитат различни аспекти от поддържаните възражения за процесуални нарушения.

По твърденията на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш, че са налице основания за изключване на спечелилия участник Консорциум "Соф Кънект":

Първото от тези основания се свежда до това, че едно от дружествата, които били споменати при прочитането на Обвързващото предложение на спечелилия участник /без да бъде посочено дали изрично участва като член на Консорциума или като подизпълнител/ е Щрабаг, което принадлежи към корпоративна и икономическа група, която е санкционирана за най-тежкото възможно нарушение на конкурентното законодателство-картел, което е основание за изключване на този участник от процедурата. Това оплакване е подробно мотивирано с информация от интернет, която е възпроизведена в мотивите на обжалваното решение. Отправено е и искане до Комисията, като член на Европейската мрежа по конкуренция, служебно да установи твърдяните факти, като изиска информация от останалите национални органи по конкуренция. КЗК е разгледала оплакването и е приела, че задължителното основание за изключване по чл.60, ал.2, т.4, б. „в“ от ЗК се прилага по отношение на конкретен икономически оператор и не може да бъде споделено разширителното тълкуване на жалбоподателя, а именно, че ако основанията за отстраняване е налице за някое от дружествата, участващи в концерна "STRABAG", то трябва да се прилага по отношение на всички компании, които са част от групата. Така приетото от КЗК е правилно. Видно от документите по концесионната процедура, единственото дружество от групата на Щрабаг, което е член на Консорциум „Соф Кънект“, е Страбаг АГ /Strabag AG/, дружество, учредено и съществуващо като акционерно дружество в Република Австрия, вписано във Фирмения регистър на Областен съд Клагенфурт, Австрия, под номер FN 61689w. Към заявлението на Консорциум „Соф Кънект“ е представена и Декларация за липса на обстоятелства по чл.60 от ЗК във формата на Образец Е.2, подписана от името на Страбаг АГ, в качеството му на член на консорциума. С тази декларация е заявено, че по отношение на него не са налице посочените основания за изключване, включително не е налице и нарушение на конкурентното право по смисъла на чл.60, ал.2, т.4, б. „в“ от ЗК, което е възпроизведено в т.4 /Основания, свързани с други нарушения/, т.(1), 3) на Декларацията /Образец Е.2/. Както е приела и Комисията, с декларацията не се декларират факти и обстоятелства и/или липсата на такива, които да се отнасят до други дружества от групата на Щрабаг, различни от декларатора-член на консорциума Страбаг АГ /Strabag AG/, поради което същият

правилно в Образец Е.2. е посочил, че по отношение на него няма влязъл в сила административен или съдебен акт, издаден срещу член на Консорциума, с който е установено, че членът на Консорциума „е сключил споразумение с един или повече други икономически оператори, с което да е нарушил правилата на конкуренцията“ /стр.17 от Образец Е.2, подписан от Страбаг АГ. В Образец Е.2 за Щрабаг ЕАД- подизпълнител се съдържа същата информация, т.е. същият като подизпълнител е декларирал, че по отношение на него също не са налице основания за изключване. В тази връзка съдът споделя становището на Консорциум „Соф кьнект“, че искането, направено в жалбата до КЗК за предоставяне на информация от Европейската мрежа за конкуренция, е неотнормимо, тъй като не е подкрепено с твърдение за извършване на нарушение на конкурентното право от страна на Страбаг АГ, което да е установено с влязъл в сила административен или съдебен акт.

Второто основание за изключване на Консорциум „Соф Кьнект“ се основава на твърдение, че използвайки процедурата за искане на разяснения, концедентът в нарушение на процесуалните правила, е дал възможност на Консорциум „Соф кьнект“ да отстрани пороци в заявлението за участие и приложените към него документи, както и да измени своята оферта, като я допълни по недопустим начин, като е оценил така допълнената оферта. И то е неоснователно и правилно е преценено от КЗК като такова. Клауза 6.2., (b), (i) от Документацията за концесията предвижда, че един от елементите на споразумението с трето лице е „описание на ресурсите“. В съответствие с правомощията си комисията за провеждане на процедурата е поискала разяснения от участника, а с разясненията, дадени с писмото от 24.06.19г. Ф. Мюнхен е потвърдил ангажмента си към консорциума, а също и това, че в обхвата на ресурсите са включени и следните дейности: преходно подпомагане и ресурси, годишно подпомагане, предоставяне на еднократни услуги и провеждане на обучения за служители на концесионера. Не отговаря на съдържанието на Документацията за концесията и твърдението, че Консорциум „Соф Кьнект“ е трябвало да предостави договора за предоставяне на услуги, тъй като няма такова изискване в документацията за концесионната процедура.

Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., е поддържал оплаквания за несъответствия между Техническото предложение на спечелилия участник Консорциум „Соф Кьнект“ и изискванията на документацията, включително МТИ, които, според него, незаконосъобразно са игнорирани от КЗК. Отправя се искане до съда да ги разгледа и да им даде отговор, като по този начин бъде осигурена пълноценна защита на касатора. Напълно неоснователно се твърди, че е налице отказ от страна на Комисията да разгледа горепосочените оплаквания. Напротив, КЗК е обсъдила възражения като например: предложението на Консорциум „Соф кьнект“ да запази съществуващия Терминал 1 до въвеждането на експлоатация на новия Терминал 3 след 10 години е значително по- неблагоприятно за пътниците и авиокомпаниите в сравнение с предложението на консорциума, Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., да разшири Терминал 2, да затвори Терминал 1 и да премести дейностите на Терминал 2 в средата на 2022г.; Терминал 1 предоставя значително по- ниско обслужване в сравнение с Терминал 2 и е много отдалечен от метрото; предложението на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. за Терминал 1 гарантира по- високо ниво на обслужване и по- добро изживяване за пътниците и т.н. Преценила ги е като оспорващи преценката на комисията по провеждане на процедурата, която е извън правомощията на КЗК. Вече бе посочено, че КЗК е орган, който се произнася единствено по законосъобразността на обжалваните решения, действия или бездействия на комисията и концедента /арг. от чл.156, ал.1, 2 и 3 ЗК/. С въведените по- горе оплаквания не се сочат доводи за незаконосъобразност, а за целесъобразност, която е извън обхвата на контрола на КЗК и понастоящем на съда. Оценката на съответствието на техническите предложения на участниците с изискванията на документацията е в правомощията на помощната комисия на концедента. Последната е установила пълно съответствие на техническото предложение на Консорциум „Соф Кьнект“ с изискванията на Документацията, като съответни мотиви в подкрепа на тази теза бяха изложени по- горе.

По- нататък КЗК обосновано е приела за неоснователно възражението, че формираните мотиви от комисията за провеждане на процедурата са бланкетни и не позволяват да се преценят конкретните предложения на Консорциум „Соф Кьнект“, въз основа на които са оценени със 100% всички компоненти на техническото му предложение. Тези възражения, включително и доводът, че комисията не е посочила кои конкретни елементи и предложения от офертата на определения за концесионер удовлетворяват критериите за оценка и по какъв начин е постигнато съответствие с МТИ, изискванията на документацията за концесията и на проекта за концесионен договор, по същество са идентични с тези, материализирани в жалбата на Консорциум „Витоша“, като съдът препраща към изложените мотиви за законосъобразността на поставената оценка на техническото предложение на Консорциум „Соф Кьнект“ по всеки един от компонентите: Идеен план за развитие , Бизнес план, Финансов план, Обща стратегия и План за прогнози на трафика, EBITDA и капиталови разходи, формиран при разглеждане на касационната жалба на Консорциум "Витоша". Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. акцентира особено върху твърдението, че КЗК неправилно е подхождала към изводите на комисията на концедента досежно техническото предложение на изборния за концесионер особено в частта му по Идеиния проект за развитие. Според него то не отговаря на поставените МТИ и не осигурява необходимото ниво на обслужване: същото не съответства напълно на условието за осигуряване на достатъчен брой контактни местостоянки като част от общото задължение за гарантиране на капацитета, както и на изискването за пътнически ръкави /МТИ, категория D. т.8 и т.16/. Настоящият състав намира за правилен отговора, даден от Комисията на това възражение. Позоваването на „недостатъчна гъвкавост“ и "влошаване преживяването на пътниците" действително

визират преценка, която попада извън обхвата на контрола на КЗК. В останалата част от мотивите на КЗК правилно е извършено позоваване на Документацията по концесията, Приложение №95 „МТИ“, категория D. „Съществуващ Терминал 2 и всяко разширение на терминала или построяване на нов терминал 3“, активи „Ръкави за пътниците“, т.16. , като е прието ,че техническото предложение на Консорциум „Соф Кънект“ не противоречи на техническата документация.

Най- обхватната група оплаквания, поддържани от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш, се свеждат до твърдения за допуснати нарушения и грешки при оценката на неговото собствено техническо предложение. Съдът констатира, че макар всяко едно от тези оплаквания по същество да се свежда до твърдяно нарушение при оценяването на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш,, отделни аспекти от възраженията са изложени в контекста на самостоятелни групи оплаквания, например: за липса на мотиви и за противоречиви мотиви; за неизяснена фактическа обстановка от КЗК поради недопускане на експертиза; за дискриминационно тълкуване на Документацията по концесията и Методиката за оценка поради неизвършване на сравнение между предложенията на участниците, довело до невъзможност да бъде извършена проверка дали критериите са приложени по един и същи начин спрямо всички участници; за нарушения при поставянето на оценките, присъдени от комисията по провеждане на процедурата, на Идейния план за развитие, Плана за Финансиране, Бизнес плана и т.н. Съдът намира, че с оглед постигане на прегледност и систематизираност, е уместно доводите на касатора да бъдат групирани, както следва:

-Възражения, отнасящи се до оценката на Идейния план за развитие на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш:

Според касатора, с обжалваното решение КЗК излага напълно нови мотиви към оценката на помощния орган, каквито не се съдържат в листа за оценка на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. Твърденията не почиват на данните по делото. В действителност, КЗК обосновано е приела, че безусловно изискване за строителство на нова писта не се съдържа в предварително обявените условия, но този факт е ирелевантен, доколкото, видно и от мотивите на комисията на концедента, изложени в листа за оценка на офертата на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., аргументите на оценяващия орган почиват не на констатация, че участникът не предвижда строителство на нова писта, а на установяване, че същият не предвижда, включително и в дългосрочен план, мерки, които да гарантират необходимия капацитет на летателното поле, и не предвижда да извършва оценка на капацитета. И в настоящото касационно производство, както и в развилата се фаза на спора пред КЗК, Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш.,очевидно не прави необходимата разлика между задължението на концесионера по концесионния договор да извърши проучване за необходимостта от нова писта за излитане и кацане, от една страна, и изискването на Документацията за концесията, Приложение 5 /МТИ/, съгласно което концесионерът „трябва да гарантира наличието на достатъчен капацитет по отношение на перони, писта за излитане и кацане, пътеки за рулиране, както и пътнически терминали, за да отговори на търсенето на въздушен трафик“, от друга. В тази връзка, доводите, че Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., се е ангажирал с извършването на оценка на капацитета посредством включването на множество мерки за увеличаване капацитета на съществуващата писта, не може да бъде преодоляно от заложеното в техническото предложение, че прогнозният трафик ще се обслужва с една писта, с което се предreshава резултата от такова проучване. Съдът споделя тезата на концедента, че ако резултатите от проучването опровергават заложеното от участника в офертата му и се окаже, че неговата стратегия в Идейния план за развитие не е издържана, тогава цялостната инвестиционна програма и бизнес план следва да се ревизират, което би съставлявало съществен риск за осъществяването на концесията. КЗК е извършила преглед на техническото предложение на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш.,и е установила, че в частта Идеен план за развитие, т.3.2.2. Референтни показатели на капацитета на писта за излитане и кацане, не е включена информация, която да обуслови заключението, че ще бъде осъществявана периодична оценка на капацитета, каквото е изискването на концесионния договор. Както е констатирала и Комисията, не е налице и изрично изявление, че задължението по концесионния договор няма да бъде спазено, но следва да се подчертае, че проучването на потенциал за нова писта /предварително проучване/ съгласно Клауза 18.6. /Втора писта/ от проекта на концесионен договор във връзка с Приложение 6 към проекта и Приложение 5 /МТИ/ към Документацията за концесията, следва да бъде заявено като конкретен ангажимент в техническото предложение на всеки участник. Затова и липсата на такъв ангажимент в Идейния план за развитие на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., е съществено несъответствие с клауза 18.6. от проекта на концесионния договор, Приложение 6 и Приложение 5 /МТИ/ от Документацията за концесията. Противно на изложеното от касатора, след като комисията на концедента е установила, че консорциум Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш, не се е ангажирал с подобно задължение, по- ниският резултат от максимално допустимия за идейния план за развитие на този участник е в съответствие с Методиката за оценка.

На стр.12 и 13 от касационната жалба са изложени обстоятелствени възражения конкретно срещу дадената на касатора оценка от 50%. Твърди се, че подходът на помощната комисия съставлява „произвол“, който КЗК превратно е третираща като целесъобразност. За да обоснове тезата си за произволните действия на комисията по процедурата, касаторът излага собственото си разбиране за законосъобразен подход при оценяването, което, обаче, не намира опора в Документацията. Не може да бъде споделено

виждането на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. за задължително последователно преминаване при оценяването през по-долното стъпало от трите стъпала на скалата. То не следва от анализа на Приложение 4 към Документацията и конкретно от предвидената матрица за оценяване. Така, в т.3, б."с" е предписано, че ако „предложението съдържа описание на действията и мерките, които ще бъдат предприети от участника за изпълнение на заложените критерии“, но то не може да бъде оценено въз основа на експертния анализ като „ясно и детайлно“ /т.1, б.с"/, за да му бъдат дадени максималния брой точки, нито като „ясно“ /т.2, б.с"/, за да получи 75 % от максималния брой точки, то предложението ще бъде оценено с 50% от максималния брой точки. Обоснован в тази връзка се явява изводът, че когато в предложението се съдържа описание на действията и мерките, но същото не е ясно и детайлно, се присъждат 50 % от максималния брой точки.

Следва да бъде споделена и тезата на КЗК, че въз основа на заложеното в Програмата за качество на услугите, експлоатация и поддръжка, не може автоматично да се извърши и преценка за наличие на предвидени мерки за гарантиране капацитета на летателното поле като изискване на Идейнния план за развитие на касатора. КЗК правилно е приела, че съответствието на всеки компонент /в случая- на Идейнния план за развитие/, с приложимите към него изисквания, не може да бъде доказано чрез съдържанието на друг компонент /на Бизнес плана/. Видно от част 1 /Изисквания към техническото предложение/ от Приложение 4, има индивидуални изисквания към всеки един от компонентите на техническото предложение.

Според касатора, КЗК не е съобщила, че комисията на концедента не е аргументирала кое конкретно негово предложение на кое от посочените изисквания не съответства, а това, от своя страна, е обусловило и липсата на проверка от КЗК дали изложените в листа за оценяване аргументи имат отношение към конкретните изисквания на Раздел 2, част 1, Приложение 4. Оплакването е неоснователно. Подобно изискване за пълнота, така както се разбира от този касатор, не е визирано нито в ЗК, нито в Документацията за концесията.

Съдът установи, че в обжалваното решение се съдържат изключително обстоятелствени мотиви във връзка със законосъобразността на оценката на Идейнния план за развитие в частта относно предложеното местоположение на Терминал 3. В касационната жалба, макар принципно да се възразява срещу приетото от КЗК, не се излагат подробни доводи, като по същество основно се твърди, че КЗК не е съобщила дадените към техническото предложение разяснения, които също стават част от офертата. Преди всичко следва да се подчертае, че твърдението за игнориране на предоставените разяснения е безпочвено, тъй като на стр.237 от решението КЗК е обсъдила възражението, че са дадени разяснения от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. Видно и от Протокол №130, комисията за провеждане на процедурата е задавала допълнителни въпроси за разяснение относно предложеното от участника местоположение за строителство на Терминал 3 и е пристъпила към оценяване след анализиране на постъпилите отговори от участника, които, обаче, не са преодолели пропуските в обосновката на избраното местоположение на Терминал 3. Основателна е тезата на Консорциум „Соф Кънект“, че касаторът се е опитал да преодолее пропуска си да обоснове техническото си предложение като формулира искане за назначаване на техническа експертиза от КЗК, което, правилно е оставено без уважение от Комисията с мотиви, които напълно се споделят от съда. Подобен опит за компенсиране на непълноти в техническото предложение след крайния срок за подаване на предложения е в нарушение на ЗК, включително на принципа за равно третиране, върху който многократно Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. сам акцентира. В нарушение е и на Документацията за концесията. В тази връзка правилно КЗК е формирала извода, че обсъждането на задачи като формулираните от този участник в административната фаза на спора, е недопустимо, а твърдението му за липса на капацитет на членовете на комисията за провеждане на процедурата в областта на строителството, инженерството и хидрологията- неоснователно. Изискванията, на които трябва да отговаря състава на комисията, са посочени в чл.80, ал.3 от ЗК. КЗК обосновано е счела, въз основа на приложените биографии на експертите от комисията, че те притежават изискваната от ЗК професионална компетентност. Вярно е, че при анализа на предложеното в офертата на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., местоположението на Терминал 3 експертната комисия не е изтъкнала конкретно противоречие с изискванията на документацията. Несъответствието, обаче, не е единственото основание за присъждане на по- малко точки, тъй като липсата на „ясно и детайлно“ описание на действията и мерките, които ще бъдат предприети от участника за изпълнение на заложените критерии, също е одобрено от концедента като основание за оценка 50% от максималния брой точки, видно от Документацията за концесията, Приложение № 4 Изисквания към офертите и оценка, Част 3: Критерии за оценка на офертите и за възлагане, Раздел II /Оценка на техническото предложение- т.3, б."б"/.

Съдът споделя и преценката на КЗК за неотнормост на довода, че оценителната комисия не е съобщила извършения анализ от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. досежно предимствата и недостатъците на три алтернативни местоположения на Терминал 3 /съобразени с изискването за максимално разстояние от метростанцията/ и избора му на най- оптималното от тях, свързан с най- малко рискове /стр.28 и сл. в Идейнния план за развитие/. Мотивът е неотнормим към изложеното в листа за оценка, тъй като комисията, видно от изложеното по- горе, не е приела, че избраното местоположение не е оптимално, а единствено, че предложението, в тази му част, не е достатъчно обосновано. Ето защо ирелевантни се явяват и доводи като този, че местоположението на новия Терминал 3 е удачно и това е видно от предвижданията на действащия

Генерален план.

-Възражения, относящи се до оценката на Плана за финансиране и Бизнес плана.

В касационната жалба се твърди още, че КЗК е „подменила“ мотивите на помощния орган и е интерпретирала превратно Методиката за оценка. Конкретно, възраженията са насочени срещу изводите относно Плана за финансиране и Бизнес плана. Акцентира се върху налични в вътрешни противоречия в мотивите на обжалваното решение. Съдът счита, че е съответен на данните по делото извода на КЗК, че в съответствие с Методиката оценката на Плана за финансиране не е намалена единствено поради предложеното увеличение на летищните такси, а заради рискове при изпълнението на Финансовия план. Касаторът тенденциозно подбира части от изложеното в мотивната част на комисията за провеждане на процедурата и го цитира извън съответния контекст, за да обоснове оплакването си, но, всъщност, отразеното в листа за оценка се свежда до констатацията, че изпълнението на Финансовия план на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. зависи от успешното или неуспешното увеличение на летищните такси. Съгласно чл.122, ал.2 от ЗГВ, размерът на летищните такси на летище София се определя с решение на летищния оператор /концесионера/, който спазва процедурата по чл.122е- 122с от ЗГВ. Именно в тази връзка КЗК е подкрепила крайното решение на концедента, възприемайки като обоснована и законосъобразна преценката, че дори и минимални увеличения на летищните такси се реализират трудно и продължително, а всичко това прави постигането на подобно увеличение рисково и влияе неблагоприятно на прогнозите за трафика и планираните приходи. Това е свързано с висок риск за постигане и – както е приела и комисията на концедента, прехвърля значителни рискове върху последния, като същевременно с това влиянието на Финансовия план върху потребителя не е минимизирано, така, както изисква Документацията за концесията.

Следва да бъде споделено становището на КЗК относно липсата на относимост на обстоятелството, че е извършен финансов одит на Финансовия модел на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. Видно от самото изявление на одиторите, предмет на одит не е предложението на консорциума по същество, т.е. одиторите не са извършили одит на допускания за летищни такси, влияние на увеличенията на летищните такси и т.н.

Неоснователно е и твърдението на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., че КЗК е игнорирала твърдението му за допуснати нарушения при оценка на компонента Бизнес план. Настоящият състав приема, че законосъобразно концедентът е възприел мотивите на комисията за провеждане на процедурата, а КЗК, от своя страна, ги е споделила, що се отнася до влиянието на установените несъответствия в Идейния план върху Бизнес плана. Това е така, тъй като съгласно Приложение 4 /Изисквания към офертите и оценка/, Раздел 2- Качествени планове, от участниците се изисква да демонстрират съгласувани качествени планове. Въз основа на констатираните пропуски в Идейния план за развитие няма как за Бизнес плана на този участник да се приеме, че може да обслужи по най- добрия начин Идейния план, при който се отчита частично съответствие на изискванията на Документацията за концесията. В тази връзка обосновано се явява и заключението на КЗК, че щом и двата плана обхващат въпроси, свързани с капацитета на летателното поле, то не може да се приеме за нарушение изтъкването на едно и също фактическо основание при оценката на двата обсъждани компонента. В допълнение, съдът намира, че твърдението, че след като по четири от шестте програми няма отбелязани недостатъци, касаторът е следвало да получи поне 75% от максималната оценка, не намира опора в документацията за концесията, по- конкретно в Раздел II „Оценка на Техническото предложение“, Изисквания към Бизнес плана. Програмите, които го съставят, следва да се разглеждат в съвкупност, а не всяка сама за себе си, тъй като на оценка подлежи Бизнес плана като цяло, а не поотделно всяка от неговите програми. Още повече, че комисията за провеждане на процедурата е установила, че очакваното изпълнение на шестте дефинирани програми в Бизнес плана на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. е твърде общо.

- Възражения, относящи се до оценката на Общата стратегия:

Общата стратегия на касатора е оценена със 75% от максималния брой точки, като същият възразява срещу извода на КЗК, че това е сторено законосъобразно. Съдът намира, че и по тази част от спора с поддържаното оплакване превратно се интерпретират мотивите в листа за оценка. Тенденциозно е да се твърди, че оценката на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. е намалена на основание несъществуващо изискване в Документацията да бъдат посочени поименно определени авиолинии на нискотарифни превозвачи. В случая от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. не е съобразено обстоятелството, че над 60% от трафика на Летище София е именно от тези други ползватели. След като не е налице яснота дали участникът познава нуждите на тези превозвачи, то и приетото от КЗК кореспондира с предложението от участника в обсъдената по- горе част.

По така изложените съображения, настоящият състав приема, че при постановяване на обжалваното решение не са допуснати релевираните с касационните жалби нарушения. Правните изводи на Комисията за защита на конкуренцията са обосновани и законосъобразни, поради което решението следва да бъде оставено в сила.

По разноските:

Предвид неоснователността на касационните жалби и на основание чл.143, ал.3 от АПК, основателно се явява предявеното от Консорциум "Соф Кънект", чрез водещия му член, искане за присъждане на разноски за настоящото съдебно производство. Претендираните разноски са в размер на общо 100 000

евро или 195 583 лв., за адвокатско възнаграждение, от които по 56 719.07 лв. /29 000 евро/ за процесуално представителство при оспорване на всяка от жалбите съответно на Консорциум "Витоша", "Фрапорт България" ЕАД и Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., и 25 425.79 лв. / 13 000 евро/ - във връзка с оспорване на искането на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. за спиране на производството по делото и отправяне на преюдициално запитване до СЕС. Същите са своевременно поискани и доказани с представения договор за правни услуги и анекс към него от 28.02.2020г., а също и с фактура № 1110/25.03.2020г., с която е удостоверено и извършеното плащане. Същевременно е направено от пълномощниците на касаторите Консорциум "Витоша" и Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. възражение за прекомерност по чл.78, ал.5 от ГПК на заплатеното адвокатско възнаграждение. Адв. Нго- пълномощник на Консорциум "Витоша", счита, че независимо, че Консорциум "Соф Кънект" е бил представляван от няколко адвокати, възнаграждение следва да се дължи за един от тях; сочи още, че и претендирания размер е твърде висок, тъй като не следва да се съотнася като материален интерес към прогнозната стойност на концесията. Адв. Иванова- пълномощник на Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., от своя страна, е възразила срещу претендираното отделно възнаграждение за изготвяне на писмен отговор на молбата с искане да бъде отправено преюдициално запитване. Съдът намира, че сумата от 25 425.79 лв. / левовата равностойност на 13 000 евро/, съставляваща претендирано възнаграждение за изготвяне на писмен отговор по депозираната от Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш. молба за отправяне до СЕС на преюдициално запитване не следва да бъде присъждана. Процесуалният закон не предвижда възможност за самостоятелно възмездяване на сторени разноски за процесуални действия по хода на делото, в случая- за защита по акцесорното производство по реда на чл.628 и сл. ГПК вр. чл. 144 АПК. Наред с това и като съобрази фактическата и правна сложност на спора, отчитайки и обема на осъщественото процесуално представителство, настоящият съдебен състав счита, че общо претендираната сума от 170 520 лв. / левовата равностойност на 87 000 евро или по 29 000 евро за всяка от жалбите/ е в прекомерно завишен размер, тъй като се претендират няколко хонорара по едно и също дело. Независимо, че касаторите са трима, защитата по техните жалби е една. Претендираният размер не може да бъде основан и на факта, че процесуалното представителство се осъществява от трима адвокати, тъй като законът регламентира възмездяване на разноските за един адвокат /арг. от чл.143, ал.4 АПК/. Въз основа на изложеното, съдът намира, че размера на дължимото възнаграждение следва да бъде намален. Всеки от касаторите дължи да заплати на ответника Консорциум "Соф Кънект" сумата от по 29 400 лв. /левовата равностойност на 15 000 евро/ - адвокатско възнаграждение за касационната инстанция. За разликата до пълния горепосочен претендиран размер искането за присъждане на разноски следва да бъде оставено без уважение.

Воден от горното, Върховният административен съд - Четвърто отделение,

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 1222 от 14.11.2019 г., постановено по преписка № КЗК - 687/722/723/736/2019 г., от Комисията за защита на конкуренцията.

ОСЪЖДА "Фрапорт България" ЕАД, ЕИК 204319830, гр. София, бул. "Патриарх Евтимий" № 82, представлявано от А. Моссенбах- изпълнителен директор и председател на Съвета на директорите, и Д. Вайсмантел- зам. председател на Съвета на директорите, да заплати на Меридам Ийстърн Юрп Инвестмънтс САС /Meridiam Eastern Europe Investments SAS, в качеството му на водещ член на Консорциум "Соф Кънект", с адрес 4, плас дьо л' Опера, 75002, Париж, Франция, и вписано в търговския регистър на Париж под № 828 380 113 ТДР Париж, представлявано от Т. До- президент, сумата 29 400 /двадесет и девет хиляди и четиристотин/ лева- адвокатско възнаграждение за касационната инстанция.

ОСЪЖДА Консорциум "Витоша", с участници "МАГ Оувърсийз Инвестмънтс" Лтд. /MAG Overseas Investments Ltd/, с дружествен номер 9434983, със седалище етаж 6, Олимпик Хауз, Манчестър Еърпорт, Манчестър, Грейтър Манчестър, M901QX, и „Би Си И Джи Ай Кънстракшън (Великобритания)" Лтд. /BCEGI Construction (UK)/ да заплати на Меридам Ийстърн Юрп Инвестмънтс САС /Meridiam Eastern Europe Investments SAS, в качеството му на водещ член на Консорциум "Соф Кънект", с адрес 4, плас дьо л' Опера, 75002, Париж, Франция, и вписано в търговския регистър на Париж под № 828 380 113 ТДР Париж, представлявано от Т. До- президент, сумата 29 400 /двадесет и девет хиляди и четиристотин/ лева- адвокатско възнаграждение за касационната инстанция.

ОСЪЖДА Консорциум между "Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ и "ТАВ Хавалиманларъ холдинг" А.Ш., представлявано от водещия член Еърпортс Де Пари" ЕС.ЕЙ, акционерно дружество със седалище и адрес на управление във Франция, Трембли-ен-Франс 93290, ул. "Франция" № 1, представлявано от А. Бон, да заплати на Меридам Ийстърн Юрп Инвестмънтс САС /Meridiam Eastern Europe Investments SAS, в качеството му на водещ член на Консорциум "Соф Кънект", с адрес 4, плас дьо л' Опера, 75002, Париж, Франция, и вписано в търговския регистър на Париж под № 828 380 113 ТДР Париж, представлявано от Т. До- президент, сумата 29 400 /двадесет и девет хиляди и четиристотин/ лева- адвокатско възнаграждение за касационната инстанция.

Решението е окончателно.