

РЕШЕНИЕ

№ 3485

гр. София, 28.05.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,
в публично заседание на 18.05.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Диана Стамболова

при участието на секретаря Антонина Бикова и при участието на прокурора Михаела Николаева, като разгледа дело номер **12522** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от Столична община, представлявана от Кмета чрез адвокат Г. П. срещу Решение № РД-02-14-1041/06.11.2020г., издадено от Директор на Дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ при Министерството на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Националния орган по Програмата за транснационално сътрудничество „Б.-С. море“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто или 164 555.29 лева с ДДС от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по договор № СОА19-ДГ55-203/27.03.2019г. с „Т. Б. С.“ на стойност 658 221.14 лв. с ДДС. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при липса на мотиви, съществени процесуални нарушения и нарушение на материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение. Претендира присъждане на съдебни разноски.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно призован, не се представлява, не изразява становище по жалбата.

Ответникът Директор на Дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ при Министерството на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на

Националният орган по Програмата за транснационално сътрудничество „Б.-С. море“ 2014-2020, редовно призован, не се представлява. С писмено становище оспорва жалбата и претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Съгласно договор ВМР 1/2.2/2169/2017 Столична община е водещ партньор в европейския проект „Ефективно използване на новите технологии за чист атмосферен въздух“ (AIRTHINGS), финансиран по програма „Б. –С. море“ (2014-2020г.) на Европейския съюз. Партньори по проекта на Столична община са градовете С. (Гърция), Т. (А.), университетите в С. (Гърция) и Н. (К.) и Държавната инспекция по околна среда в С. (М.).

На 14.08.2018г. с решение № СОА18-РД-93 на възложителя СО е открита процедура за възлагане на обществена поръчка по чл.73, ал.1 от ЗОП с предмет: „Проектиране, доставка, инсталация и пускане в експлоатация на пилотна система за следене на атмосферния въздух на територията на Столична община, по договор: ВМР 1/2.2/2169/2017 "Ефективно използване на новите технологии за чист атмосферен въздух (A1RTHINGS), финансиран по Програма "Б. - С. море" (2014-2020) на Европейския съюз“, в резултат на която е сключен договор № СОА19-ДГ55-203/27.03.2019 г. с Т. Б. С. на стойност 548 517.62 лв. без ДДС.

На 07.04.2020г. до бенефициента е изпратено уведомление за съмнение за нередност с вх. № 99-00-3-49/07.04.2020г., с което се извеждат следните нарушения:

1. Незаконосъобразна методика

В одобрената документация, методика за оценка, Подпоказател Б1 - „Качество и обхват на предоставения идеен проект“ възложителят е използвал следните изрази: „Технологична част от идейния проект, която съдържа описание на решението, което не дава възможност за оценка на пълнотата, обхвата и качество на проекта“, „Софтуерна архитектура, която е представена бланкетно, с използването на готови графични изображения, без информацията да е насочена към конкретиката на проекта“, „От предоставения идеен проект не може да се изведе цялостно обосновано заключение за степента на качеството на предложеното решение, по отношение на предложените системи“. „Налице е логична обосновка на предложените в проекта елементи, взаимовръзки, архитектури и системи като цяло, доказваща ефективността на проектното решение и качеството на предложените системи“, „Участникът е предложил допълнителна/и функционалност/и, надграждащ/и изискванията на възложителя, което/които обосновано води/водят до подобряване на експлоатационните характеристики“ и други. Подателят на сигнала изразява съмнение, че използваните изрази са в нарушение на разпоредбата на чл. 70, ал. 7 от ЗОП, като създава предпоставки за субективизъм при оценката от страна на членовете на комисията. Предвид изложеното подателят счита, че одобрената методика е възпрепятствала потенциалните кандидати от участие в процедурата. Като доказателство в тази насока е и обстоятелството, че въпреки високата прогнозна стойност и евентуалния трансграничен интерес са подадени само 2 оферти.

2. Незаконосъобразно избран изпълнител

Съгласно одобрената и публикувана документация III.2. Технически и професионални способности и доказателства е поставено следното Изискване: Всеки участник трябва да притежава опит в изпълнение на дейности с предмет, идентичен или сходен с този на поръчката, изпълнени през последните 3 (три) години, считано от датата на

подаване на оферта. *Под дейности, идентични или сходни с този на поръчката следва да се считат проекти изградени на базата на информационни системи и платформи с включена доставка на комуникационно оборудване, реализирани с цел опазване на околната среда.

Предвид изложеното е необходимо кандидатът да е изпълнил повече от една дейност, т.е. минимум 2 в изискуемия период и с изискуемия предмет. Видно от представения ЕЕДОП и списък с изпълнени дейности на избрания изпълнител [фирма] само една от изпълнените дейности (Доставка на оборудване и строителни работи на Автоматична наблюдателна кула за откриване на горски пожари с възложител [община]) отговаря на изискванията на възложителя (изпълнена е в 3-годишния период). Всички други дейности са изпълнени извън изискуемия период. Въпреки това офертата е допусната до оценка и с кандидатът е сключен договор.

С писмо № 99-00-3-49(1)/22.10.2020 г. на партньора е предоставена възможността да представи мотиви и писмени доказателства, с които да възрази срещу първоначалните констатации на Националния орган (НО).

Депозирано е възражение с вх. № 99-00-3-49/05.11.2020 г. в МРРБ от СО.

След анализ на доказателствата и възраженията на бенефициента, органът е издал обжалваното Решение № РД-02-14-1041/06.11.2020г., на основание чл. 73, ал. 1 и чл. 70, ал. 1, т. 9, във връзка § 5, т. 4 от ДР на ЗУСЕСИФ, във връзка с § 1, т. 2 от ДР на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата) и т. 5.4 от Програмата за транснационално сътрудничество „Б. - С. море“ 2014-2020, във връзка с чл. 8, ал. 4, т. ii и т. v от Регламент (ЕС) № 1299/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година относно специални разпоредби за подкрепа от Европейския фонд за регионално развитие по цел „Европейско териториално сътрудничество“ и въз основа на раздел I, т. 1, буква „г“ и т. 3 от Заповед № РД-02-14-191/26.02.2019 г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството, с което на СО е определена финансова корекция в размер на 25% или 164 555.29 лева с ДДС от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по договор № СОА19-ДГ55-203/27.03.2019г. с „Т. Б. С.“ на стойност 658 221.14 лв. с ДДС.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на регионалното развитие и благоустройството, който със Заповед № РД-02-14-191/26.02.2019 г., е възложил на Д. Г. – Директор на Дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ при Министерството на регионалното развитие и благоустройството да осъществява функциите на ръководител на Ръководител на Националния орган по Програмата за транснационално сътрудничество „Б.-С. море“ 2014-2020. С оглед на горното съдът

прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнoпроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер. Основанията за налагане на финансова корекция са установени в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Съгласно чл. 143 (1) Регламент №1303/2013 (чл. 98 Регламент №1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент №1303/2013) държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. А съгласно чл. 122 (2) Регламент №1303/2013 (чл. 70 (1) Регламент №1083/2006) държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите членки поставя в центъра на изпълнението на задължението доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 Регламент №1303/2013 (съответно чл. 2 (7) Регламент №1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент №1303/2013), съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания. Следователно българският законодател приел, че всяко от посочените в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ основания, води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането. Това поставя въпроса какво точно трябва да докаже органа, защото негова е доказателствената тежест с оглед на чл. 170, ал. 1 АПК, за да се приеме за законосъобразен акта му по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ.

За да постанови оспореният акт административният орган е приел, че бенефициентът е нарушил приложимото българско законодателство - на чл. 70, ал. 5 и 7, т. 1, т. 2 и т.3, буква „б“ от ЗОП и чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП - използване на незаконосъобразна методика.

В одобрената документация, методика за оценка, Подпоказател Б1 - „Качество и обхват на предоставения идеен проект” възложителят е използвал неясни изрази, налагащи субективно тълкуване. По отношение на показател Т2 възложителят е използвал термини като „ясно описание“, „видно описание“, „ясно описана система за управление...“, които не дават ясна насока на комисията за прилагането на показателя, липсва изискуемата предвидимост при действията на помощния орган.

Горното налага извода, че възложителят не е осигурил достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по този подпоказател. Избраният подпоказател не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта и да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите.

Съгласно чл.70, ал.5 от ЗОП Показателите, включени в критериите по ал. 2, т. 2 и 3, трябва да са свързани с предмета на поръчката. Те могат да съдържат фактори, които се отнасят до всеки етап от жизнения цикъл на строителството, доставките или услугите, независимо че тези фактори не се отнасят до характеристиките, посочени в техническите спецификации. Те не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция.

Според чл. 70, ал.7, т. 1, т. 2 и т.3, буква „б“ от ЗОП, които се сочи да са нарушени в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва:

1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации;
2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите;
3. да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на равнопоставеност и недопускане на дискриминация. В допълнение в чл. 2, ал. 2 от ЗОП е посочено, че при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Съдът счита, че методиката е в противоречие с чл. 70, ал. 5 и 7, т. 1, 2 и 3, буква „б“ от ЗОП, с оглед на това, че не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации. Липсва възможност да бъдат сравнени и обективно оценени техническите предложения в офертите и участниците не разполагат с достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по качествени показатели, които са количествено неопределими, т.е. налице е обосновано и доказано нарушение на принципите на публичност, прозрачност и равнопоставеност.

За да получат оценяване по надграждащите условия, участниците следва да са предвидили в техническите си предложения, описаните от възложителя обстоятелства, съгласно скалата. В описанието на условията се съдържат неясни термини, които не са уточнени в документацията за участие от възложителя и позволяват субективно третиране от страна на комисията. Липсата на точни указания

води до липса на достатъчно яснота за потенциалните участници относно начина на подготовка на техническите им предложения. Въведените термини пораждат прекомерна свобода по отношение на преценката от страна на комисията за прилагане на разглежданата методика.

Принципът на равно третиране налага оферентите да разполагат с еднакви възможности при изготвяне на офертите си и следователно включва изискването спрямо офертите на всички оференти да се прилагат едни и същи условия. С цел гарантиране на спазването на принципа на равно третиране условията и редът за провеждане на поръчката, както и методиката за оценка на офертите, трябва да са определени ясно, точно и еднозначно в обявлението за поръчка и в документацията за участие, така че да позволяват на всички участници да разберат тяхното точно съдържание и да ги тълкуват по един и същ начин. Показателите за оценка трябва да дават възможност на възлагащия орган наистина да провери дали офертите съответстват на критериите на разглежданата поръчка. Методиката следва да бъде предвидима и ясна, т. е. участниците следва да могат още при подаване на офертите си да разберат колко точки биха получили по съответните показатели. Налице е възможност комисията субективно да приложи методиката, което от своя страна води до неравно третиране на участниците и съответно има разубеждаващ ефект.

Констатираното нарушение - незаконосъобразна методика за оценка осъществява състава на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г., тъй като: нарушението произтича от осъществено действие на бенефициента Столична община, който се явява икономически оператор, по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г.; нарушена е конкретна национална норма, свързана с правото на Съюза, в областта на възлагане на обществените поръчки ; нарушението има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза. Доколкото не може да бъде установен точният брой лица, които биха могли да депозират оферта, в случай, че възложителят е установил законосъобразен критерий за оценка, то е възпрепятствано и установяването на точно финансово влияние на нарушението т.е. същото би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза и такава не може да бъде изключена в настоящия случай. Дейностите в рамките на ЕСИФ и операциите, които те подкрепят, следва да са в съответствие с приложимото право на Съюза и свързаното с него национално право, с което пряко или косвено се изпълняват разпоредбите на Регламент (ЕС) №1303/2013 г. и правилата за отделните фондове.

Това нарушение на императивни правни норми по ЗОП, изрично индивидуализирани в мотивите на оспорения акт, правилно е квалифицирано като нарушение по т. 11, б. „а“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/, като попада в обхвата на нарушението: „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“.

Поради естеството на нарушението и невъзможността да се даде реално количествено изражение на финансовите последици от допуснатото нарушение, защото няма начин да се определи до каква степен е могла да се избегне вредата за бюджета на съюза, за определяне размера на финансовата корекция е използван пропорционалният метод, съгласно Раздел II от Наредбата. След извършен анализ на естеството и сериозността на посочените нарушения и на основание чл. 3, ал. 1 и чл. 5, ал. 1 от Наредбата и предвид изложеното, УО правилно е определил за допуснатото нарушение финансова корекция в минималния размер – 10 % от размера от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по договор № СОА19-ДГ55-203/27.03.2019г. с „Т. Б. С.“ на стойност 658 221.14 лв. с ДДС.

Съдът намира за правилна и констатацията на НО по т.2 от решението за допуснато нарушение на чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП - **незаконосъобразно избран изпълнител.**

Сочената за нарушена норма на чл.107, т. 1 от ЗОП предвижда да бъде отстранен от участие кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в поканата за участие в преговори, или в документацията.

Съгласно одобрената и публикувана документация III.2. Технически и професионални способности и доказателства е поставено следното **Изискване:** Всеки участник трябва да притежава опит в изпълнение на дейности с предмет, идентичен или сходен с този на поръчката, изпълнени през последните 3 (три) години, считано от датата на подаване на оферта. *Под дейности, идентични или сходни с този на поръчката следва да се считат проекти изградени на базата на информационни

системи и платформи с включена доставка на комуникационно оборудване, реализирани с цел опазване на околната среда.

Тълкуването на изискването към кандидата налага извода, че е необходимо същият да е изпълнил повече от една дейност, т.е. минимум 2 в изискуемия период и с изискуемия предмет. Не се оспорва от жалбоподателя, че избраният изпълнител „Т. Б. С.“ ЕАД е доказал една от изпълнените дейности - доставка на оборудване и строителни работи на автоматична наблюдателна кула за откриване на горски пожари с възложител [община], която отговаря на изискванията на възложителя (изпълнена е в 3-годишния период). Всички други дейности са изпълнени извън изискуемия период. Въпреки това офертата е допусната до оценка и с кандидатът е сключен договор.

Правилно нарушението по чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП е квалифицирано като нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., изм. ДВ. бр. 19 от 6 март 2020 г. За нарушението се предвижда налагане на 25 % финансова корекция. Поради тази причина, Националният орган правилно е определил размера финансовата корекция на 25 % , равняваща се на 164 555.29 лева с ДДС от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по договор № СОА19-ДГ55-203/27.03.2019г. с „Т. Б. С.“ на стойност 658 221.14 лв. с ДДС.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че оспореното решение, не страда от пороци, водещи до неговата незаконосъобразност, поради което и жалбата е неоснователна и като такава следва да се остави без уважение.

С оглед изхода на спора, направеното искане и на основание чл. 143, ал.4 от АПК, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, които съдът определя на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 200 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община, представлявана от Кмета Й. Ф. срещу Решение № РД-02–14-1041/06.11.2020г., издадено от Директор

на Дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ при Министерството на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Националния орган по Програмата за транснационално сътрудничество „Б.-С. море“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 25 % или 164 555.29 лева с ДДС от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по договор № СОА19-ДГ55-203/27.03.2019г. с „Т. Б. С.“ на стойност 658 221.14 лв. с ДДС.

ОСЪЖДА Столична община, представлявана от Кмета Й. Ф. да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството сума в размер на 200 /двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: