

# РЕШЕНИЕ

№ 861

гр. София, 15.02.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,**  
в публично заседание на 26.01.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Елеонора Попова**

при участието на секретаря Кристина Българиева и при участието на прокурора Куман Куманов, като разгледа дело номер **4263** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл.145 и следващи от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 27, ал.1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).  
Образувано е по жалба на Изпълнителна агенция по околна среда /ИАОС/, ЕИК-[ЕИК], представлявана от изпълнителния директор срещу Решение от 09.04.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ /ОПОС/, с което е определена финансова корекция в размер от 10% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключен договор №3981 от 20.01.2021 г. с изпълнител Д. „Екопартньори 2019 г.“, на стойност 8 650 000 без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ. Според жалбоподателя, липсата на изчерпателно изброените в чл.61, ал.2 ЗОП ограничения относно определяне размера на минималния оборот определя действията на възложителя като законосъобразни. Възложителят действал в съответствие с разпоредбата на чл.59, ал.2 и чл.61, ал.1 и ал.2 ЗОП, като е определил изискуемия оборот по сходни услуги съобразно нуждите и спецификата на поръчката. В случая било спазено единственото въведено ограничение от законодателя, а именно- забрана за надхвърляне в изискването на оборот по- висок от двукратния размер на прогнозната стойност. В съответствие с чл.59, ал.2 ЗОП възложителят определил оборот от сходни дейности, обхващащи единствено дейностите от предмета на обществената поръчка. Освен това в ЗОП липсвало указание относно максималния размер на оборот от изпълнението на сходни дейности, които могат да изискват

възложителите, т.е. въведеното ограничение се отнасяло само за изискването за общ оборот. Необосновано било твърдението на УО на ОПОС за въвеждане на ограничителни критерии заради въвеждане на специфичен оборот, което не давало предимство на определен участник, а важало за всички участници. Изтъква, че решението, с което е одобрена документацията на обществената поръчка не е обжалвано, не постъпили въпроси по чл.33 от ЗОП, касаещи изискването за изискуем оборот. Четирима кандидати подали оферти, с което се потвърждавало, че възложителят спазил принципите, посочени в чл.2 ЗОП. Жалбоподателят оспорва и нарушението на чл.2, ал.2 ЗОП, залагане на незаконосъобразен критерий за подбор на участниците, в частност незаконосъобразно изискване за опита и квалификацията на експерти пробонабиране. Релевира се, че изискването на три години опит в областта на пробонабирането е било обусловено от специфичния предмет на поръчката-изземване на проби от състава на подземните води от различни източници. Не можело да се приеме твърдението на УО, че срокът на изпълнение на обществената поръчка е 13 месеца и поради това трябвало да бъде въведен реципрочен опит на експертите. Оспорват се и твърденията на УО на ОПОС за нарушение на законовите разпоредби поради изискването за сертификат за завършен курс за пробонабиране на експертите, доколкото не почивало на никаква законова разпоредба, позовавайки се на чл.63, ал.1 т.5 ЗОП и параграф 2, т.41 от ДР на ЗОП. Поставеното условие от възложителя не било ограничително, защото съгласно чл.64, ал.7 от ЗОП, възложителят приема и други доказателства за еквивалентни мерки за осигуряване на качеството, когато кандидат или участник не е имал достъп до такива сертификати или е нямал възможност да ги получи в съответните срокове по независещи от него причини. На следващо място, жалбоподателят оспорва и нарушението за незаконосъобразна методика за оценка на офертите. Сочи се, че твърденията на УО на ОПОС не са били мотивирани от конкретни противоречия с императивни нормативни разпоредби. При анализ на нормите на чл.70, ал.7, т.2 и т.3 и на чл.70, ал.5 ЗОП ставало ясно, че нито една от тях не сочила правила относно определяне на показателите за оценка съобразно техническата спецификация на обществената поръчка. Съгласно методиката за определяне на комплексната оценка на офертите изпълнителите се оценяват, въз основа на критерия посочен в чл.70, ал.2, т.3 ЗОП- оптимално съотношение качество/цена, което се оценява, въз основа на цената, както и на показателите, включващи качествени аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка. Неправилно било посочено, че методиката на показателя била изготвена в нарушение на чл.70, ал.7, т.2 ЗОП. Твърди се, че определената класификация на нередности по т.11, б.“а“ на Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за налагане на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ, изисквала не само критериите за възлагане да бъдат неправомерни, но и потенциални участници да бъдат възпрепятствани от участие поради наличие на тези критерии, каквито данни липсвали. Наличието на 4 участника гарантирало провеждането на обществената поръчка при спазване на принципите на конкуренция и състезателност между участниците. Моли съда да отмени обжалвания акт. Претендира разности.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата. Моли съда да отмени оспорваното решение. Претендира разности, съгласно списък. Прави възражение за прекомерност на юрисконсултското възнаграждение. Подробни аргументи развива в писмени бележки.

Ответникът – Ръководителят на Управляващ орган на Оперативна програма „Околна среда“ в съдебно заседание, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и немотивирана. Счита, че издаденият акт е в съответствие на всички законови разпоредби. Претендира разноски. Прави възражение за прекомерност на юрисконсултското възнаграждение. Представя подробни писмени бележки.

Прокурорът при Софийска градска прокуратура счита жалбата за основателна и моли съда да я уважи.

Административен съд София град, в настоящия състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

По делото не се спори, че Изпълнителна агенция по околна среда /ИАОС/ е бенефициент по проект №BG16M1OP002-1.019-0001-C01 „Подобряване мониторинга на химическото състояние на подземните води“ по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020г.“.

С Решение №33 от 02.08.2019 г. за откриване на процедура е Изпълнителна агенция по околна среда е обявила обществена поръчка с предмет „Проучване на химическия състав на подземни води и извършване на пробонабиране в пунктове извън мониторинговите програми“.

В резултат от проведената процедура е сключен Договор №3981 от 20.01.2021 г. между Изпълнителна агенция по околна среда /ИАОС/ /Възложител/ и „Екопартньори 2019“ /Изпълнител/, с предмет „Проучване на химическия състав на подземни води и извършване на пробонабиране в пунктове извън мониторинговите програми“, на стойност 8 650 000 без ДДС.

На 15.03.2021 г. Ръководителят на Управляващия орган /УО/ на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ изпратил писмо до Изпълнителния Директор на ИАОС относно Осъществяване на последващ контрол за законосъобразност на сключен Договор №3981 от 20.01.2021 г. за възлагане на обществена поръчка по реда на чл.20, ал.1, т.1 ЗОП, с предмет „Проучване на химическия състав на подземни води и извършване на пробонабиране в пунктове извън мониторинговите програми“, по проект №BG16M1OP002-1.019-0001-C01 „Подобряване мониторинга на химическото състояние на подземните води“ по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020г.“ с изпълнител „Екопартньори 2019“. Регистриран сигнал за нередност №655. В същото е посочено, че са установени два броя нарушения, за които е налице финансов ефект. Описани са нарушенията. Квалифицирана е категорията нередност по т.11, б. „а“ от Приложение 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, предвиждаща финансова корекция в размер на 10 % от стойността на договора. Със същото е дадена възможност на основание чл.73, ал.2 ЗУСЕСИФ, за представяване на писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да се приложат доказателства.

В срока по чл. 73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, бенефициентът с писмо изх. № 966 от 29.03.2021 г. депозирал писмено възражение по отношение основателността на предложената финансова корекция с писмо изх. № 1-019-0001-2-273 от 15.03.2021 г. на Ръководителя на УО на ОПОС. Бенефициентът възражава изцяло срещу изложените изводи, обуславящи налагането на финансова корекция след осъществен последващ контрол за законосъобразност на сключен Договор № 3981 от 20.01.2021 г., като

излага подробни аргументи.

С обжалваното в настоящото производство Решение от 09.04.2021 г. на Ръководителя на УО на ОП „Околна среда 2014 – 2020г.“, на основание чл.70, ал.1, т.9 и чл.73 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ и т.11, буква „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, е определена на бенефициента финансова корекция в размер от 10% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключения договор № 3981 от 20.01.2021 г. с изпълнител Д. "Екопартньори 2019", на стойност 8 650 000 лв. без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ.

Като доказателства по делото е приета административната преписка.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена в срок, от лице с правен интерес и срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество е неоснователна.

Оспореното решение представлява индивидуален административен акт съгласно чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕСИФ и е издадено от компетентен орган. 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.ІІ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Ръководител на управляващия орган в настоящия случай е Министърът на околната среда и водите, който със Заповед № РД-ОП-8/18.03.2021 г. /лист 50/, на основание чл.25, ал.4 от Закона за администрацията, чл.9, ал.5 от ЗУСЕСИФ и чл.5 от Устройствения правилник на МОСВ, на основание чл.18, ал.1 от Наредба №Н-3 от 22.05.2018 г. и във вр. с регламент №1303/2013 на ЕП и на Съвета, е възложил функциите ръководител на управляващ орган по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ на Г. Г.- Д.– и.д. главен директор на главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ в МОСВ“.

Съгласно чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е била спазена. Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения в 2-седмичен срок и

такива са депозиранни. Подадените възражения са подробно обсъдени, като по всяко едно е изразено мотивирано становище на УО. Оспореното решение е издадено в едномесечния срок от представяне на възраженията, така както е предвидено в нормата на чл.73 ал.3 от ЗУСЕСИФ.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Дефиниция на понятието „нередност“ се съдържа в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета за определяне на общоприложими разпоредби на Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент /ЕО/ № 1083/2006 на Съвета, а именно "всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последици нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход в бюджета на Съюза".

Съгласно посочената легална дефиниция, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

Съгласно Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции при определянето на корекциите се вземат предвид: характерът и тежестта на нарушението от една страна и финансовото му отражение от друга. Тоест стои в причинно-следствена връзка и има/или би имала за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

На основание чл. 70, ал, 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

По отношение на първото установеното нарушение:

Според Ръководителя на Управляващия орган /Р./ от възложителя, жалбоподателя в

настоящото производство са формулирани ограничителни, незаконосъобразни критерии за подбор в процедурата, които не са необходими за установяване възможността на участниците да изпълнят поръчката и/или не са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката, както следва:

1. Ограничителни критерии за подбор към участниците, по отношение на доказване на икономически и финансови възможности:

Констатирано е нарушение на чл.2, ал.2, вр. чл.59, ал.2 и чл. 61, ал. 1, т. 1 и ал.2 от ЗОП.

В изискванията за икономическо и финансово състояние в документация за участие в открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Проучване на химичния състав на подземни води и извършване на пробонабиране в пунктове извън мониторинговите програми“, вкл. в обявлението за поръчката, е заложено изискването: „Участниците следва за последните три приключили финансови години да са реализирали минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти в зависимост от датата, на която участникът е създаден или е започнал дейността, не по-малък от двукратния размер на прогнозната стойност на обществената поръчка без ДДС. За оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката се считат услуги по пробонабиране и химични анализи на компоненти от околната среда.“. Определени са документите, с които се доказват, съгласно изискванията на чл. чл. 59, ал. 5 от ЗОП.

Според Р., Възложителят е завишил изискванията за минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, не по- малък от двукратния размер на прогнозната стойност на обществената поръчка без ДДС, в нарушение на изискванията на чл. 61, ал. 2 от ЗОП. Прието е в оспорвания акт, че в резултат на това ограничително изискване участникът „Районна ветеринарна станция“ Р. Е. е отстранен, поради недоказан „реализиран минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти в зависимост от датата, на която участникът е създаден или е започнал дейността, не по-малък от двукратния размер на прогнозната стойност на обществената поръчка без ДДС. За оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката се считат услуги по пробонабиране и химични анализи на компоненти от околната среда“, с което не е дадена възможност за равен достъп на лицата за участие в процедурата и създава необосновани пречки пред конкуренцията.

Жалбоподателят оспорва посоченото нарушение, като изтъква, че като възложител действал в съответствие с разпоредбата на чл.59, ал.2 и чл.61, ал.1 и ал.2 ЗОП, като е определил изискуемия оборот по сходни услуги съобразно нуждите и спецификата на поръчката. В случая било спазено единственото въведено ограничение от законодателя, а именно- забрана за надхвърляне в изискването на оборот по- висок от двукратния размер на прогнозната стойност. В съответствие с чл.59, ал.2 ЗОП определил оборот от сходни дейности, обхващащи единствено дейностите от

предмета на обществената поръчка. Освен това в ЗОП липсвало указание относно максималния размер на оборот от изпълнението на сходни дейности, които могат да изискват възложителите, т.е. въведеното ограничение се отнасяло само за изискването за общ оборот. Необосновано било твърдението на УО на ОПОС за въвеждане на ограничителни критерии заради въвеждане на специфичен оборот, което не давало предимство на определен участник, а важало за всички участници. Четирима кандидати подали оферти, с което се потвърждавало, че възложителят спазил принципите, посочени в чл.2 ЗОП.

Съгласно чл.61, ал.1, т.1 ЗОП по отношение на икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците възложителите могат да поставят едно или повече от следните изисквания: за последните три приключили финансови години да са реализирали минимален общ оборот, включително минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти. Според ал.2 изискваният от възложителите минимален общ оборот по ал. 1, т. 1 трябва да е съобразен със стойността, обема и срока за изпълнение на обществената поръчка и **не може да надхвърля двукратния размер на нейната прогнозна стойност, освен ако това не е обосновано с естеството на строителството, услугите или доставките.** В случай че възложителят изисква оборот, който надхвърля максимално допустимия, той мотивира това в обявлението.

Съгласно чл.59, ал.2 от ЗОП Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Законът поставя ограничение за размера на минималния общ оборот, който възложителят може да изисква от участниците в процедурата да са реализирали. Липсва, изрично нормативно ограничение относно размера на минималния оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката (специфичен оборот), като разпоредбата на чл. 61, ал. 1, т. 1 ЗОП го включва в обхвата на минималния общ оборот. Следователно, законът допуска възложителят, в границите на своята оперативна самостоятелност, да определя размера на изискуемия реализиран минимален общ и специфичен оборот, като и последният не следва да

надвишава нормативно определения размер на минималния общ оборот, уреден в чл. 61, ал. 2 ЗОП. В случая, специфичният оборот изискан от възложителя е в размер не по-малко от 17 401 356 лв., което не съответства на допустимия размер по чл. 61, ал. 1, т. 1 във вр. с ал. 2 ЗОП, преценен въз основа на обявената прогнозна стойност от 8700678 лева без ДДС. Липсват аргументи на възложителя относно посочения значителен размер на изискуемия оборот.

Още повече, че целта на законодателя, регламентирайки възможност за възложителя да постави изискване по чл. 61, ал. 1 ЗОП (относно икономическото и финансово състояние) е да удостовери, че конкретен участник разполага с необходимия финансов и икономически ресурс да изпълни всички дейности, предвидени в нея, за разлика от критерия по чл. 63, ал. 1 ЗОП (относно техническите и професионални способности). Така поставеното изискване обективно ограничава, без да е обосновано с оглед на целите, за които е поставено, кръга на потенциалните участници, тъй като свежда оборота само до този, осъществен от услуги по пробонабиране и химични анализи на компоненти от околната среда.

Предвид горното, съдът намира, че е налице соченото нарушение, тъй като заложеното изискване за минимален специфичен оборот е завишено и необосновано ограничава участието на потенциални кандидати в процедурата.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП 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.

Установеното нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, буква „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017 г., изменена с ПМС №35/04.03.2020 г., а именно - 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 Приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.

2. Ограничителни/дискриминационни, непропорционални критерии за подбор, касаещи доказване на технически и професионални възможности. В документацията за обществена поръчка, в частност в обявлението за поръчка, към изискванията за технически и професионални способности



са заложили следните изисквания: На основание чл.63, ал.1, т.5 ЗОП, участникът следва да разполага с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнение на поръчката, както следва: „минимум 3 (трима) специалисти с не по-малко от 3 (три) години професионален опит в пробонабирането. Специалистите следва да притежават сертификати от успешно завършил курс на обучение по пробонабиране“; Минимум 3 (трима) специалисти с висше образование образователно- квалификационна степен „бакалавър” в област „Природни науки, математика и информатика“, по специалности в професионално направление „Химически науки“ или в област „Технически науки“ по специалности в професионално направление „Химични технологии“; Специалистите следва да имат минимум 3 (три) години професионален опит в анализа на физико-химични показатели, и/или радиологични показатели, и/или тежки метали, и/или органични замърсители във води. Според Р. условието специалистите да притежават 3 години опит в пробонабирането не е пропорционално на обема на поръчката. Срокът за изпълнение на договора е 13 месеца, т.е. той е значително по-кратък от изисквания опит към експертите. В техническата спецификация е представена информация за конкретния брой пробонабирания - 1 194 бр. Изискването е ограничително за специалист, който може да докаже, че е извършвал необходимия брой пробонабирания, но не може да докаже 3 години опит в съответната сфера. Изтъкнато е, че не е ясно защо изискването е ориентирано към брой години, а не към брой на изпълнените пробонабирания. Относно изискването на сертификати от експертите е изложено, че може да се поставя при условие, че има характер на изискване, за да се упражнява професия или дейност. В противен случай се ограничават необосновано лица, които имат възможности и опит да изпълнят поръчката.

Жалбоподателят оспорва така установеното нарушение, като счита, че изискването на три години опит в областта на пробонабирането е обусловено от специфичния предмет на поръчката- изземване на проби от състава на подземните води от различни източници. Срокът на изпълнение на проекта не бил обвързан с придобиването на опит на експертите. Освен това органа излязъл от правомощията си, като нарушавал оперативната самостоятелност на възложителя относно определяне на срок и брой пробонабирания. Поставеното условие от възложителя относно изискване на сертификати също не било ограничително, предвид разпоредбата на чл.64, ал.7 ЗОП.

Безспорно, нормата на чл. 63, ал. 1, т. 5 ЗОП дава възможност на възложителя да изисква от кандидатите да разполагат с персонал и/или с

ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката в случай, че изискването не се използва като показател за оценка на офертите. При всички случаи обаче, съгласно чл. 59, ал. 2 ЗОП, възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

Еднопосочна е практиката на Върховния административен съд, в която е застъпено становището, че в оперативната самостоятелност на възложителя е да определи какви да бъдат изискванията към участниците, като свободната му преценка се ограничава от разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Т. е. същият няма право да ограничава конкуренцията чрез включването на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществени поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

В настоящия случай възложителят – ИАОС не се е съобразил с границите на предоставената му от ЗОП оперативна самостоятелност. Обосновано е залагане на критерий за подбор за доказване на техническите и професионални възможности на участника. Налице е неяснота относно наличието на „професионален опит в пробонабирането“, предвид факта, че не е налице отделно обособена професионална сфера на дейност, свързана с пробонабиране.

Съдът приема довода на ответника, че възложителят може да поставя изискването на сертификати от експертите, при условие, че има характер на изискване, за да се упражнява професия или дейност, което в случая не е мотивирано.

Във връзка с аргумента на жалбоподателя, че това изискване не е ограничително, защото съгласно чл. 64, ал. 7 от ЗОП, възложителят приема и други доказателства за еквивалентни мерки за осигуряване на качеството, когато кандидат или участник не е имал достъп до такива сертификати или е нямал възможност да ги получи в съответните срокове по независещи от него причини, следва да се отбележи и това, че възложителят не е предоставил на участниците възможността по чл. 64, ал. 7 от ЗОП да представят други доказателства за еквивалентни мерки за осигуряване на качеството.

Съдът намира, че изискването за притежание за сертификати от успешно завършил курс на обучение по пробовземане е ограничително, съгласно

чл.2 ал.2 от ЗОП, с оглед на факта, че възложителят включва условия/изисквания, които необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки. Постановените изисквания следва да бъдат определени по такъв начин, че да не дават предимство или необосновано да ограничават участието в обществената поръчка на икономическите оператори и да бъдат съобразени с предмета и обема на процедурата, да не нарушават конкуренцията и да нямат разубеждаващ ефект върху участниците.

Установеното нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, буква „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017 г., изменена с ПМС №35/04.03.2020 г., а именно - 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 Приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.

На следващо място, по отношение на нарушението на чл.70, ал.7, т.2 и т.3 и чл.70, ал.5 от ЗОП, вр. с чл.2, ал.1 и ал.2 от ЗОП: Незаконосъобразна методика за определяне на комплексната оценка на офертите, съдът намира следното:

Избраният критерий за възлагане на поръчката е икономически най-изгодната оферта при оптимално съотношение качество/цена.

В методиката за определяне на комплексна оценка, Възложителят поставя изискване за минимално съдържание на Предложението за изпълнение на поръчката: „Участникът е представил предложение за изпълнение на поръчката, което отговаря на техническите спецификации - посочени са дейностите, пунктовете, в които ще се пробонабира и др., съгласно Техническите спецификации“.

Определен е надграждащ показател „Качество на предложението за изпълнение на поръчката“, който според Възложителя се различава от минималното съдържание на предложението за изпълнение на поръчката.

В методиката за оценка по показател „Качество на предложението за изпълнение на поръчката“ се оценяват следните компоненти:

1. Участникът е представил описание на всички дейности, които следва да бъдат изпълнени в тяхната последователност и взаимосвързаност, включително документацията, която следва да бъде изготвена по всяка дейност.

2. Участникът е предложил организация на експертите в екипа си, показано е разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна дейност, като за всеки експерт са предвидени отделни

задачи, съобразени с експертния му профил.

3. Участникът е предложил методи за изпълнение на всяка дейност, които са конкретни и относими към изпълнението на услугата.

4. Предложени са ефективни мерки за вътрешен контрол на екипа от експерти, предложените начини за взаимодействие между експертите и предложените начини на взаимодействие с Възложителя осигуряват успешното и качествено изпълнение на дейностите.

Показател „Качество на предложение за изпълнение на поръчката“ се оценява по четиристепенна скала, като най-високата оценка - 100 т., 80 т., 60 т. и 30 т. Разликата между тях е дефинирана посредством липсата/наличието на определени обстоятелства.

В техническата спецификация, към т. 7. Предаване и приемане на изпълнението, са определени минималните изисквания на Възложителя относно предаването на изпълнението, документацията, която следва да бъде изготвена, вида и формата на представяне от Изпълнителя.

Съгласно подточка 7.1. “Изпълнителят предава изпълнението на поръчката в указаните срокове по т. 4 със следните документи на електронен и хартиен носител в оригинал: график/програма за планираните посещения за пробонабиране.; протоколи от пробонабиране и протоколи с резултатите от направените изпитвания. Електронният вид на протоколите трябва да бъде във вид, в който да могат да бъдат разчетени от популярни офис приложения — W., E. и други и/или еквивалентни; доклади (междинен и окончателен), в които се описва извършената работа за отчетния период; изпълнителят следва да предаде резултатите от цялостното изпълнение по съответното пробонабиране в обобщена таблица в електронен вид във формат, съгласуван с Възложителя.

Правилно УО приел в оспорвания акт, че изискването на т.7.1 от Техническата спецификация се припокрива с посочения по-горе компонент 1. от методиката за оценка „Участникът е представил описание на всички дейности, които следва да бъдат изпълнени в тяхната последователност и взаимосвързаност, включително документацията, която следва да бъде изготвена по всяка дейност“ от надграждащия качествен показател.

По този начин, е допуснато, едни и същи изисквания да се съдържат на различни места в методиката за оценка и в документацията за участие.

Точка 4 от надграждащия показател „Качество на предложението за изпълнение на поръчката" е посочено „т. 4 Предложени са ефективни мерки за вътрешен контрол на екипа от експерти, предложените начини за взаимодействие между експертите и предложените начини на

взаимодействие с Възложителя осигуряват успешното и качествено изпълнение на дейностите“.

Според Ръководителя на Управляващия орган, заложените от възложителя надграждащи критерии за оценка са неясни. За участниците не е ясно как да подготвят офертите си, за да отговорят едновременно на минималните изисквания на възложителя и на условията, за които ще получат допълнителни точки в методиката за оценка. Допуснато е, едни и същи изисквания да се съдържат на различни места- в методиката за оценка и в документацията за участие.

Жалбоподателят оспорва констатациите и изводите от страна на УО на ОПОС. Твърди се, че не се разглежда в пълнота целия процес на възлагане на обществената поръчка с предмет „Проучване на химичния състав на подземни води и извършване на пробонабиране в пунктове извън мониторинговите програми“. Фокуса е само и единствено върху математически изчисления, направени от страна на УО на ОПОС, както и върху броя точки на различните надграждащи обстоятелства от методиката за оценка по офертите, като на тази база се прави извод за нарушение на основен принцип на ЗОП и на неговите императивни разпоредби.

Съдът приема, че е правилна констатацията на УО относно наличието на неяснота в случай, че участник не предложи оферта, съдържаща предимствата съгласно критериите за оценяване на показателя „Качество на предложението за изпълнение на поръчката“, т. 1. дали той следва да бъде отстранен от участие, защото не е спазил изискванията на техническата спецификация, или следва да бъде оценен с по- малко точки, защото неговото предложение не съдържа надграждащо обстоятелство, както и че са заложили субективни елементи в методиката за оценка, в разрез с изискванията на чл. 70, ал. 5 от ЗОП.

Съгласно чл. 70, ал. 7 от ЗОП начинът за определяне на оценката по всеки показател трябва да осигурява на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател. Съгласно чл. 70, ал. 5 от ЗОП показателите за оценка не трябва да дават неограничена свобода на избор и да гарантират реална конкуренция. Субективната методика за оценка на оферти е имала разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници, в резултат на което е подадена само една оферта по процедурата за обществена поръчка.

Горното налага извод, че допуснатото несъответствие не отговаря на изискванията на чл.70, ал.7, т.2 и т.3 вр. с чл.70, ал.5, изр. последно, вр. с чл.2, ал.2 от ЗОП. Доводите на жалбоподателя се явяват неоснователни.

Налице е нарушение, което може да бъде квалифицирано като категория нередност по т.11, буква „а“, от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г., изменена с ПМС №35/04.03.2020г., а именно 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. Нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, за която нередност е предвиден показател на корекцията (в %) 10 на сто. Неприложима е б.„б“, касаеща случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, доколкото видно от Протокол №3/04.10.2019 г. /достъпен он-лайн, както и цялата документация за процесната обществена поръчка/ само участникът „Екопартньори 2019“ е допуснат, респ. с него е сключен договор №3981/20.01.2021 г.

При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съгласно разпоредбата на чл. 7 от Наредба за посочване на нередности при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи (какъвто е настоящия случай), УО на ИАОС е индивидуализирал финансовата корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което е определил обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен в случая на: 10 % върху допустимите разходи по този договор.

Въз основа на изложеното, съдът намира, 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 150 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Мотивиран от горното Административен съд София- град, III отделение, 73-ти състав,

## **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Изпълнителна агенция по околна среда /ИАОС/, ЕИК-[ЕИК], срещу Решение от 09.04.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ /ОПОС/, с което е определена финансова корекция в размер от 10% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключен договор №3981 от 20.01.2021 г. с изпълнител Д. „Екопартньори 2019 г.“, на стойност 8 650 000 без ДДС.

**ОСЪЖДА** Изпълнителна агенция по околна среда– [населено място], ЕИК[ЕИК], да заплати на Министерството на околната среда и водите сума в размер на 150 лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

**СЪДИЯ:**