

# РЕШЕНИЕ

№ 9794

гр. София, 25.06.2024 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,**  
в публично заседание на 17.06.2024 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Младен Семов**

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **4322** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление/ЗУСЕФСУ/.

Образувано по жалба на „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК [ЕИК], чрез адв. Г. с посочен съдебен адрес: [населено място], ул. „К. Б. I“, № 96, ет. 1, ап. 3 срещу Решение за частично съгласуване на обществена поръчка и налагане на финансова корекция № 03-РД/5865 от 07.12.2023 г. на изпълнителния директор на ДФЗ в частта с която на дружеството е определена финансова корекция в размер на 10% от поисканите за възстановяване разходи по договор за възлагане на обществена поръчка с предмет „Избор за изпълнители за извършване на строително-монтажни работи на хидромелиоративни съображения собственост на „Напоителни системи“ ЕАД“ по подмярка 4.3. „Инвестиции за развитие, модернизация или адаптиране на земеделската и горската инфраструктура“ от мярка 4 „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г. по обособена позиция № 7 „Рехабилитация на пет участъка от магистрален канал М 14-3 и ремонт на помпена станция „Ч. 1“ от напоителна система „Средна Т.“, „Напоителни системи“ ЕАД - клон „Средна Т.“ и в качеството му на бенефициер по АДФП № РД50-254 от 27.11.2023 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Програмата за развитие на селските райони за периода 2014-2020 г.

Със следните съображения се аргументира тезата за незаконосъобразност на

оспореният акт:

От методиката за оценка и противно на възприетото в решението е видно, че оценяването и класирането на офертите по обществената поръчка /ОП/ се извършва по критерия за възлагане „оптимално съотношение качество/цена“ по смисъла на чл.70 ал.2 т.3 ЗОП а класирането е на база получената „комплексна оценка“, която представлява сбор от индивидуални оценки по конкретни показатели. В случая двата показателя са Технически показател/максимален брой 70т. формиращ се от два подпоказателя със съответен максимален брой точки/ и финансов показател /максимален брой 30 т./. Твърди се ,че във връзка с всички показатели в частност подпоказател „подход за изпълнение предмета на поръчката“ възложителя ясно е конкретизирал в кои случаи ще се приеме наличие на надграждащи условия и същите са обективирани в Таблица 2 към документацията, докато минималните изисквания са в Таблица 1 от документацията. В тази връзка чл.70 ал.7 т.3 б. “б“ ДОП допуска оценка на подадените оферти не само в количествен но и в качествен аспект. Така разписаната документация създава яснота за участника относно броя точки които ще получи и същевременно дава възможност на помощната комисия да прецени колко точки следва да се присъдят на съответния кандидат. В този смисъл не е налице ограничения на достъпа на участници в процедурата, обстоятелство, което се потвърждава и от подадените 157 оферти за участие. Чрез референция към решение № 10716/07.11.2023г. на ВАС/без посочено дело/ твърди, че липсата на нарушение на чл.70 ал.7 т.2 и т.3 б. “б“ от ЗОП не води до извършена нередност по Приложение № 1 към чл.2 ал.1 Наредбата за посочване на нередности и да бъде основание за налагане на ФК по ЗУСЕФСУ.

Видно от л.3 на оспореното решение са направени грешни изводи относно надграждащите условия:

Смисълът на първото надграждащо условие е не възложителят да определи кои моменти счита за важни за изпълнението, а участникът, на база на своят опит и експертиза да определи кои са те, респ. кои влияят в най-висока степен на изпълнението на изискванията, кои фактори го обуславят като такива и как ще обезпечи изпълнението им на базата на изходните данни с които разполага. Наличието на обективни ключови моменти и адекватни действия спрямо тях е допълнителна гаранция, че участникът обективно е анализирал обстоятелствата, оценил е спецификата и е подготвен за ефективното и изпълнение.

Оспорва се и тезата, че в методиката не е указано каква организация на обезпечаване ресурсите се ценят от възложителя, тъй като методиката не предвижда оценка за такава организация, а само отчита наличието и. Затова надграждащото условие включва информация за възложителя относно това как ще бъде организирана работата по осигуряване на ресурсите – допълнително се премира цялостното планиране на строителния процес.

Като неправилен се оспорва и извода, че във второто надграждащо условие липса яснота относно това, какви възможни мерки за вътрешен контрол следва да опишат участниците, така, че да осигурят вътрешен контрол при изпълнение на поръчката. Твърди, че възложителят не е посочил, че ще оценява мерки за вътрешен контрол, тъй като не може да налага такава система в структурата на участника, нито да определя правила за създаването и. За него е важно принципно дали съответния участник предвижда съответни мерки.

Оспорва се и твърдението във връзка с третото надграждащо условие във връзка с

липсата на разяснение на понятието „допълнителни мерки“ и с какво това понятие се отличава от „общите мерки“, към които е въведено същото. Твърди се, че този подход е тенденциозен и манипулативен, като видно от т.4 на Таблица №1 от документацията са поставени изисквания за идентификация на базовите мерки а в третото надграждащо условие е посочено – допълнителни мерки, извън базово идентифицираните от възложителя, като минимално необходими, касаещи екологичните характеристики, а именно – намаляване негативното въздействие на изпълнението върху околната среда. Т.е. допълнителните мерки се отличават от базовите. Успоредно с това възложителят е посочил какво следва да отчитат допълнителните мерки, както и компонентните които следва да съдържа вяска/предложение относно обхвата и предмета на мярката и текущо прилагане на мярката и предприемане действия в случаите на отклоняване изпълнението и.

Оспорва се и извода, че техническия подпоказател подход за изпълнение на поръчката/40т./ ще вземе превес над финансовия показател/30т./, тъй като органа е пропуснал да обърне внимание, че техническия показател е формиран и от подпоказателя „срок за изпълнение“ с максимален брой 30т., което го прави ясно измерим в числово отношение и не оставя място за субективизъм. В тази връзка няма как подпоказателя „подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с макс. брой 40т. да вземе превес при наличие на два числово измерими показателя с тежест 60т. В този смисъл методиката е изготвена при спазване всички изисквания на чл.70 ал.7 от ЗОП.

Претендира се допуснато нарушение на производствените правила и материалния закон:

В оспореният акт не са изложени фактически основания доказващи приетото нарушение на чл.70 ал.7 т.1 и т.2 от ЗОП вр. чл.33 ППЗОП вр. чл.2 ЗОП. Изведен е общ извод за допуснато нарушение без правното основание да е мотивирано с конкретно изискване от методиката. Успоредно с това и в нарушение на чл.73 ал.3 ЗУСЕФСУ не са обсъдени направените от страната възражения.

Не е допуснато нарушение на чл.70 ал.7 от ЗОП, тъй като в методиката еднозначно са посочени начините за определяне оценката по всеки показател, което дава възможност да се оцени нивото на изпълнение предложено във всяка оферта и да се сравнят техническите предложения в офертите. Паралелно с това и по своята същност методиката следва да позволява да се избере оферта предлагаща оптимално съотношение качество/цена, поради което нейните показатели следва да се оценяват с оглед предмета, характеристиките и обема на поръчката, така, както са заложили в техническата спецификацията. Ето защо не винаги липсата на дефиниции е равнозначна на недостатъчно описание на критериите за възлагане и тяхната тежест. А ако действително методиката е била неясна, участниците са имали възможност да я обжалват/чрез позоваване на решения по адм.дела № 11607/2022г., №2381/2023г., № 1934/2023г. и № 2531/2023г. на ВАС/.

Като продължение – неясно е как УО е приложил чл.7 от Наредбата за посочване на нередности/Наредбата/ като за едно единствено нарушение, респ. нередност, засягащо един и същи разход е определил финансова корекция – 10%. В предварителното съгласуване с органа не са или забележки по отношение предвидените изисквания при проведената и приключила съгласувателна процедура по провеждане предварителен контрол и одобрение от ДФЗ.

Не на последно място се твърди, че при предварителното съгласуване с органа не са били налице забележки по отношение предвидените изисквания в рамките на

процедурата по предварителен контрол и одобрение от ДФЗ

Ответната страна - заместник-изпълнителен директор на Държавен фонд „Земеделие“ изразява становище за неоснователност на жалбата по аргументи,аналогични с тези, изразени в оспореният акт и предшестващата го процедура,а именно:

С кореспонденция изпратена чрез ИСУН на 01.12.2023г. ДФЗ е открил производство по налагане на ФК на основание чл.73 ал.2 от ЗУСЕФСУ във връзка с три установени нарушения във връзка с провеждане на обществена поръчка с предмет “Избор за изпълнители за извършване на строително-монтажни работи на хидромелиоративни съображения собственост на „Напоителни системи“ ЕАД по подмярка 4.3. „Инвестиции за развитие,модернизация или адаптиране на земеделската и горската инфраструктура“ от мярка 4 „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2021-2020г. по обособени позиции“.

В предоставения в писмото срок от страна на бенефициента-възложител са направени възражения, които РУО не е приел за основателни и като следствие е установил следните нарушения:

В методиката са определени финансов показател с максимален брой точки – 30 и технически с максимален брой – 70т.,формиран от подпоказател „подход за изпълнение предмета на поръчката“ с максимален брой 40т. и „срок за изпълнение на СМР“ с максимален брой точки – 30т. В таблица № 1 са посочени минималните изисквания, а в таблица № 2 от документация – надграждащи обстоятелства/три на брой/ всяко от които носи допълнителен брой точки.

По отношение на първото надграждащо обстоятелство е прието,че от указанията на възложителя не става ясно кои моменти се считат за ключови, не са дадени насоки съответно кои ще се приемат за неключови, не е ясен и механизма по който комисията ще отчете дали посочените фактори ще доведат до навременно и ефективно изпълнение на поръчката,не е ясно и как комисията ще определи дали изпълнението е ефективно. Не е указано каква организация на обезпечаване необходимите ресурси се ценят от възложителя. Условието е посочено от РУО,чрез цитат : „...за всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението,свързаните с тях изходни данни и факторите за навременно и ефективно изпълнение на поръчката...“ всеки участник следва сам да определи кои са ключовите моменти при изпълнение на поръчката,което не дава възможност за съпоставка на техническите предложения.

В заложените на второто надграждащо обстоятелство,условия, липсва яснота относно това, какви възможни мерки за вътрешен контрол следва да опишат потенциалните участници,така,че да го осигурят при изпълнение на поръчката.Не става ясно и кои признаци ще доведат комисията до извода,че предложените конкретни технически подходи ще гарантират ефективно и навременно изпълнение на поръчката,съответно какво точно ще приеме комисията като „гарантия“ за ефективност и навременност. Не е ясен и механизмът по който ще се отчете дали предложението на участниците би обосновало не/повишена ефективност в изпълнението.

В третото надграждащо обстоятелство е въведено понятието „допълнителни мерки“, което не е разяснено от възложителя, като не е направена и разлика с какво тези „допълнителни мерки“ се отличават от общите,респ. липса яснота и на какви конкретни изисквания следва да отговарят те за да удовлетворят изискванията на възложителя.

На тази база е формирано заключението, че методиката за оценка не дава възможност да се оцени нивото за изпълнение предложено във всяка оферта и не дава възможност

да се сравнят и оценят обективно техническите предложения, като указанията за определяне на оценката по всеки показател не осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката. Присъждането на оценките не е обвързано с настъпването на ефективни обстоятелства и/или предварително зададени обективни критерии и оценката да зависи от обективната преценка на членовете на комисията като показателите дава неограничена свобода за избор и не гарантират реална конкуренция. Посоченото обстоятелство е квалифицирано като нарушение на чл.70 ал.7 т.1 и т.2 ЗОП изразяващо се в липса на ясни критерии по които ще се извършва оценката, липса на възможност да се сравнят обективно предложенията. Този подход възпрепятства предвидимостта при оценяване офертите и оказва възпиращ ефект по отношение на потенциалните участници и води до липса на информираност по какъв начин участниците да подготвят офертите си за да получат максимален брой точки. Посоченото обстоятелство не позволява обективно оценяване, което нарушава принципите на прозрачност, равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция по чл.2 ал.1 ЗОП.

Успоредно с това и предвид факта, че тежестта на финансовия показател е с максимален брой 30т., то незаконосъобразно заложен подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой 40т. ще вземе превес при класирането на участниците с което няма да бъде изпълнена и заложената цел – избиране на икономически най-изгодната оферта в съотношение качество/цена.

В заключение е посочено, че естеството на нарушението не позволява да се установи точния размер на финансова загуба, поради което приложим е пропорционалният метод. Нарушението е съотнесено към т.11 б. „а“ от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата „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.1 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ с предвиден показател 10% от разходите които са поискани от бенефициента за възстановяване по обособена позиция № 7 от поръчката. Прието е, че не е налице минимално ниво на конкуренция само една оферта е допусната и отговаря на критериите за подбор по ОП № 7.

Съдът, намира, че жалбата е редовна, в съответствие с изискванията за съдържание и приложения съгласно чл.150 и чл.151 от АПК и допустима – в съответствие с изискванията на чл. 159 АПК, поради което следва да бъде разгледана по същество.

По съществуващото на спора, с оглед твърденията на страните и предмета на служебна проверка съдът съобрази и приема:

Процесната обществена поръчка е проведена като следствие от сключен АДБФП № РД50-254 от 27.11.2023г. по Програма за развитие на селските райони за периода 201-2020г., финансирана от ЕЗФРСР.

По силата на чл.20а ал.5 от ЗПЗП Изпълнителният директор на ДФЗ разполага с правомощието да приема решения за налагане на финансови корекции по реда на глава пета, раздел III от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление, като съгласно ал.б на посочената норма, това му правомощие може да бъде делегирано със заповед на заместник изпълнителните директори и на директорите на областните дирекции на фонда.

По делото е приложена Заповед № 03-00/3089/22-08-2022г. по силата на т.1.40 от която правомощието по приемане на решения за налагане на финансови корекции е

делегирано от изпълнителния директор на ДФЗ на заместник изпълнителния директор. Поради това процесният акт е в съответствие с изискването по чл.146 т.1 АПК.

Успоредно с това актът е постановен в съответствие с изискванията за форма по чл.20а ал.5 ЗПЗП вр. чл.73 ал.1 ЗУСЕФСУ и чл. 59 АПК – писмено решение, и в съответствие с изискванията за съдържание, при излагане на фактическите съображения обосновават приемане на оспореният акт и правната квалификация под която същите са подведени, обосновават и крайният резултат. Изложени са съображенията относно съставомерността на установените факти, както и относно начина по който е определен размера на наложената корекция. В този смисъл процесното решение е в съответствие с изискванията на чл.146 т.2 и т.3 АПК, в която връзка следва да се добави, че е спазено и изискването на чл. 73 ал.2 ЗУСЕФСУ, като на жалбоподателя е предоставена възможност да изложи възраженията си и да представи оборващи предварителните констатации, доказателства. Доколкото възраженията му не са приети от органа, то преценката за тяхната основателност е преценка и по съществото на настоящият съдебен спор, която съдът ще упражни.

С решение F312684 от 05.01.2023г. на изпълнителния директор на „Напоителни системи“ ЕАД е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с наименование „Избор на изпълнители за извършване на строително - монтажни работи на хидромелиоративни съоръжения собственост на „Напоителни системи“ ЕАД, по подмярка 4.3 „Инвестиции за развитие, модернизация или адаптиране на земеделската и горска инфраструктура“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г., по обособени позиции” и 26 обособени позиции. Утвърдени са и методика и документация на самата поръчка. Процесната обособена позиция № 7 е с наименование и описание – „Рехабилитация на пет участъка от магистрален канал М 14-3 и ремонт на помпена станция „Ч. 1“ от напоителна система „Средна Т.“, „Напоителни системи“ ЕАД - клон „Средна Т.“

Като следствие от провеждане на процедурата и с решение № РД-1190#12 от 15.09.2023г. на изпълнителния директор на „Напоителни системи“ ЕАД, за класиран на първо място участник и определен изпълнител е посочено ДЗЗД Обединение „Напоителни системи 2023“ с 95,00 точки, като от участие в процедурата е отстранен участника „Билдинг-ТД“ ЕООД. Със спечелилият участник е сключен договор № Д-53-2224-177 от 30.10.2023г.

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, 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 прилагане. Разпоредбите на чл.2, ал. 1, т. 1, 2 и 4 ЗОП въвеждат императивното правило обществените поръчки да се възлагат в съответствие принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз и по-специално с принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, публичност и прозрачност.

Съгласно чл.2, ал.2 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. По силата на чл.70 ал.7 т.1 и т.2 от ЗОП в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател, като начинът трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации и да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите;

В своята практика ВАС е имал възможност да постанови, че критериите за законосъобразност на методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател са задължителни, тъй като са гаранция за спазване принципите по чл. 2, ал. 1 ЗОП и не подлежат на разширително тълкуване. Показателите за оценка не трябва да водят до субективна преценка от страна на комисията/виж решение № 2052 от 10.02.2020г. по адм.д. № 5299 по описа на ВАС за 2019г./.

Пренесено на плоскостта на конкретният спор:

В Раздел IV от Документацията : „КРИТЕРИИ ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ПОРЪЧКАТА. ПОКАЗАТЕЛИ И МЕТОДИКА ЗА ОЦЕНКА НА ОФЕРТИТЕ. РАЗГЛЕЖДАНЕ, ОЦЕНКА И КЛАСИРАНЕ“, точка 2.“МЕТОДИКА И ПОКАЗАТЕЛИ ЗА ОЦЕНКА НА ОФЕРТИТЕ (приложима за всички обособени позиции)“ е определен реда за оценяване на предложенията, като КО/комплексната оценка/ от максимален брой 100 точки е равна на техническия плюс финансов показател.

Техническият показател е определен с максимален брой точки 70, формиращ се като сума от следните подпоказатели: = ТПп + ТПс, където

ТПп – „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – максимален брой точки 40.

ТПс – Срок за изпълнение на строително-монтажните работи – максимален брой точки 30.

От своя страна финансовият показател Ц. за изпълнение на поръчката се с максимален брой точки 30.

Относно начина за определяне на ТП е предвидено същият да се оценява с максимален брой 70 точки, формиран от съответните подпоказатели: .

ТПп – „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – максимален брой точки 40.

Във връзка с посоченият подпоказател възложителят е посочил, че се оценява „предложения от участника „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“. Оценката по подпоказател ТПп се формира на основание предложения от всеки участник подход за изпълнение на поръчката за съответната обособена позиция и съгласно точковата система за оценяване по скалата посочена по-долу. При изготвяне на „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“, всеки участник трябва задължително да съобрази техническата спецификация, проектната документация и останалите изисквания, предвидени в настоящата документация за участие в процедурата“.

Подпоказател ТПс – Срок за изпълнение на строително-монтажните работи – максимален брой точки 30 изразен като формула за изчисление  $ТПс = (ТПс_{min} / ТПс_i) \times 30 = \dots\dots\dots$  (брой точки), където: ТПс<sub>min</sub> е най-краткият предложен срок за изпълнение на строително-монтажните работи за съответната обособената позиция съгласно Техническите предложения на допуснатите участници. ТПс<sub>i</sub> е предложеният

срок за изпълнение на строително-монтажните работи за съответната обособената позиция съгласно Техническото предложение на съответния участник.

Относно ФП /финансовият показател/ е посочено изрично, че до оценка се допускат само оферти, които съответстват на условията за изпълнение на обществената поръчка. Оценява се предложена от участника „Обща цена с вкл. 5% за непредвидени разходи в лева без ДДС” за изпълнение на поръчката. Максимален брой точки по показателя - 30 точки.

Оценките на офертите по показателя се изчисляват по формулата:  $ФП = (ЦП_{min} / ЦП_i) \times 30 = \dots\dots\dots$  (брой точки), където :

ЦП<sub>min</sub> е най-ниската предложена цена за изпълнение на обособената позиция в лева без ДДС съгласно Ценовите предложения на допуснатите участници.

ЦП<sub>i</sub> е предложената цена за изпълнение на обособената позиция в лева без ДДС съгласно Определени са 30т. като максималния брой точки по показателя.

В Таблица № 1 са посочени минималните изисквания към подпоказателя предложен подход за изпълнение на поръчката с максимален брой 25 точки, а именно: Предложение за подхода и организация за изпълнение на обекта, Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите човешки ресурси, Процеса на комуникация и координация, контрол, Ограничаване на негативното влияние от строителния процес върху околната среда. Изрично е посочено, че техническо предложение, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително минимално постаени изисквания в Таблица №1 и в своята последователност, гарантира навременното постигане на резултати, като спрямо него може да бъде заключено мотивирано наличието на някое от изброените по-долу условия, надграждащи Техническото предложение, ще получи за наличие на всяко едно условие допълнително по 5 точки за всяко едно от изброените по-долу условия.

Като следствие и в Таблица № 2 са посочени Условия, надграждащи техническото предложения, които могат да бъдат оценени с максимален брой 15 точки, образувани като сбор от по 5 максимални точки за всяко отделно предложения, а именно:

1. „За всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката, и са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (материали, механизация и оборудване, човешки ресурси и др.) с посочени конкретни задължения на отговорния/те ключов/и експерт/и съобразно спецификата на задачата като са формулирани конкретно предложени технически подходи за изпълнение.

*\* За целите на настоящата методика под „задача” се разбира обособена част от дефинирана дейност, която може да бъде самостоятелно възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т.е. има ясно дефинирани начало и край и измерими резултати.*

Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите ресурси (материални, технически и човешки), организация на работата на човешкия ресурс за всички дейности, включени в поръчката, с посочена йерархична схема, при което е посочено как се разпределят основните отговорности и дейностите между предвидения от участника човешки ресурс, в съответствие с изложението на подхода за изпълнение на обекта и предварително обявените условия на възложителя“.

2. Представена е вътрешна организация като последователност от конкретни мерки, действия и задължения на отговорните експерти, които осигуряват вътрешния контрол на участника при изпълнението на поръчката чрез конкретно предложени

технически подходи за изпълнение, които освен да гарантират ефективното и навременно изпълнение в съответствие с изискванията на приложимите към изпълнението на поръчката норми, стандарти и практики, обосновава повишаване на ефективността при изпълнението на поръчката.

3. Предложени са допълнителни мерки извън базово идентифицираните от възложителя като минимално необходими, касаещи екологични характеристики, а именно намаляване на негативното въздействие от изпълнението върху околната среда. Допълнителните мерки е необходимо задължително да отчитат спецификата на възлаганите работи и да са насочени към конкретната обществена поръчка, а не да са мерки от общ характер, т.е. да са приложими към всяка една поръчка за строително-монтажни работи без значение на нейния обхват и специфични особености. Всяка мярка е необходимо да съдържа едновременно следните два компонента:

А) Предложение относно обхвата и предмета на мярката; и

Б) Текущо прилагане на мярката и предприемане и прилагане на действия в случаите на отклонение от изпълнението ѝ.“

В допълнение е представено и разяснително описание относно начина на тълкуване на използваните в документацията понятия.

На тази база следва да се посочи, при ясна съпоставимост на текстовете с оглед твърдението на жалбоподателя и възприетото от РУО, че така формулираните надграждащи изисквания предпоставят възможност за субективизъм при преценка на комисията, тъй като е налице неяснота относно това какво би следвало да включват в офертите си участниците над минималните изисквания, за да получат максимален брой точки, съответно – по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на "надграждането" на офертата.

В подобна хипотеза ВАС е имал възможност да посочи, че резултатът от това е неравнопоставеност на участниците – не биха могли да знаят при какви предложения ще получат най-високата оценка, а точните указания относно начина за определяне на оценката са съществен елемент от осигуряване на равнопоставеност/виж Решение № 2052 от 10.02.2020г., цитирано по-горе/. Предвид факта на включени в методиката понятия с общо съдържание, позволяващи възможност за различно интерпретиране от оценителната комисия, методиката в частта по подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ действително нарушава чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3 б. "б" ЗОП. Изискванията за "надграждане над предвидените технически спецификации и изисквания" също са субективни и при липса на конкретни указания от страна на възложителя, това би довело до свобода на интерпретацията от страна на членовете на комисията при присъждането на точки в голям диапазон. Свобода отиваща отвъд пределите на дискреция при оценителната дейност. С цел гарантиране спазването на принципа на равно третиране термините, трябва да са определени точно и еднозначно както в методиката за оценка на офертите, така и в обявлението за Обществената 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.

Освен това, налице е частично припокриване между минимални и надграждащи изисквания и в частност:

Изложеното в надграждащо условие 1 повтаря с други думи изложеното в т.1 от Таблица 1 „Предложение за подхода и организация за изпълнение на обекта“, където изискването за описване на технологията, последователността и взаимовръзка на

извършване на СМР, техническата спецификация и линейния график за изпълнение придружено с изискване за разделяне изпълнението на етапи по дейности и задачи съобразно организацията на участника, организация на доставка на материали, начин на складиране и влягане и контрол на качеството практически е повторено в надграждащо изискване - посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката и са дефинирани необходимите реурси за нейното изпълнение (материали, механизация и оборудване, човешки ресурси и др.) с посочени конкретни задължения на отговорния/те ключов/и експерт/и съобразно спецификата на задачата като са формулирани конкретно предложени технически подходи за изпълнение.

В този смисъл надграждащо условие 1 по никакъв начин не може да се възприеме като условие различаващо се в степен на надграждане на вече заложеното минимално изискване.

Нещо повече:

Като се отчете и минимално изискване № 2 по таблица № 1 където е изискуемо да се посочи „организация на работа с разпределение на ресурси/това ще рече и разпределение на задачи/ - състав, техническа обезпеченост и координация на работната ръка, които да съответстват на приложения линеен график и диаграма на работната ръка и механизация, с посочена йерархична схема, при което е посочено как се разпределят основните отговорности и дейностите между предвидения от участника човешки ресурс“ и

Като се отчете и минимално условие № 3,където се изисква „Предложение по отношение процеса на комуникация и координация, контрол и субординация както между експертите на изпълнителя, така и между заинтересованите лица в рамките на изпълнението на поръчката“,

то се налага извода,че надграждащо условие 2 е сбит преразказ на минимални условия 1, 2 и 3 от таблица 1 на поръчката.

Като продължение – надграждащо условие № 2 от Таблица № 2 по същият начин преповтаря изискванията по минимални условия № 1,№ 2и № 3 от таблица № 1 изискващи ясно описание на вътрешна организация като последователност от конкретни мерки, действия и задължения на отговорните експерти, които осигуряват вътрешния контрол на участника при изпълнението на поръчката чрез конкретно предложени технически подходи за изпълнение/какъвто всъщност е текста на надграждащо условие № 2 от Таблица № 2/.

На следващо място и във връзка с надграждащо условие № 3 от Таблица № 2 не може да се установи с какво същото следва да надгради вече въведените екологични изисквания съгласно т.4 от минималните изисквания по Таблица № 1.

Като такова условието създава предпоставки за субективизъм и липса на неясни критерии за оценяване. В минималните изисквания, възложителят е посочил,че:

Б. мерки идентифицирани като минимално необходими са:

- Недопускане на замърсяване на работните и прилежащите площи с отработени горива, масла и др.работни течности от механизацията, използвана при изпълнението предмета на поръчката;
- Намаляване запрашеността на атмосферния въздух при изпълнение на поръчката;
- Управление на генерираните строителни отпадъци в процеса на строителство;

В този смисъл и ако възложителя счита защитата на околната среда при строителството за императив, то той би следвало да заложи ясни и изчерпателни

изисквания на които всички участници да могат да отговорят. В обратната хипотеза се създава предпоставка за възпроизвеждане на информационни бюлетини на тема екология, където по-високо оценен ще бъде този участник, който е намерил най-богатата справочна информация, което е в нарушение на изискването на чл.33 ал.1 ППЗОП регламентиращ, че пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите чл.33 ал. 1 ППЗОП. Което е по-съществено обаче – без да са поставени еднакви условия за защитата на околната среда и на тази база да се съобрази как и до каква отделните участници могат да обезпечат спазването им, възложителят не е създал предпоставка за равнопоставено оценяване.

С оглед изложеното съдът приема, че посредством така поставените изисквания, възложителят оценява едно и също съдържание на техническото предложение на участниците като базово условие и като условие за надграждане. В този смисъл утвърдената от възложителят методика е незаконосъобразна и създава предпоставки за неравно третиране и разубеждаващо въздействие за евентуалните участници в процедурата, като не предоставя възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, респ. да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите.

Действително, както сочи жалбоподателят, методиката не е била оспорена от участниците, но това не я квалифицира като законосъобразна, тъй като УО има задължение за осъществяване на контрол на обществени поръчки, финансирани с европейски средства. Липсата на механизъм за обективна оценка води до нарушение на един от основните принципи - принципа на публичност и прозрачност. Участниците не са поставени при равни условия - не знаят при какви свои предложения ще получа най-високата оценка. Необходимо е в методиката да се съдържа или математическа формула, или ясно и недвусмислено да се посочват стъпките, които комисията следва да спазва, като липсата на механизъм за преценка доколко ще бъде обективна комисията при поставяне на конкретни оценки, води до нарушение на принципа на публичност и прозрачност. За да бъде методиката за оценка законосъобразна, тя трябва да бъде създадена така, че при нейното прилагане да се стигне до обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите. Правният ефект на това нарушение е свързан с ограничаване на възможността на по-широк кръг заинтересовани лица да могат предварително да преценят потенциалната си възможност за успешно представяне в процедурата и да се подготвят за участие в нея. Това нарушение засяга във висока степен основните принципи, които Европейския съюз защитава при отпускане и разпределяне на средства като финансова помощ - принципът на равно третиране, недискриминация на национален признак и въвеждане на задължение за прозрачност/ виж решение на ВАС, прецитирано/. Като такова същото отговоря на условието на чл.70 ал.7 т.1 и т.2 ЗОП квалифициращи като нарушение на закона възприемане на начин на оценяване който не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на поръчката и техническите спецификации и не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите и на изведените в чл.2 ал.1 от с.з. принципи.

Методиката макар и формално да съдържа указания за определяне на оценката по всеки показател и за определяне на комплексната оценка на офертата, по същността си е субективна. Налице е неяснота относно това какво би следвало да включат в

офертите си участниците над минималните изисквания, за да получат максимален брой точки, съответно по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на "надграждането" на офертата.

Посоченото нарушение е квалифицирано като нередност съгласно т.11 б."а" от Приложение № 1 към чл.2 ал.3 от Наредбата, по силата на която разпоредба финансовата корекция в 10 на сто се определя,когато 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.

Следва обаче ясно да се посочи, че нарушението на ЗОП не е основание за определяне на корекция. Основание за определяне на корекция е наличието на нередност, която се определя и дефинира съобразно чл.70 ЗУСЕФСУ. Именно тази квалификация вече би обусловила приложното поле на приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Нарушенията на ЗОП,сами по себе си влекат друг тип последици реализируеми по реда на оспорване на актовете постановени по прилагане на ЗОП.

В процесният казус нормата на чл.20а от ЗПЗП ясно препраща към чл.65 и сл. от ЗУСЕФСУ, а от своя страна чл.70 ЗУСЕФСУ регламентира основанията за прилагане на финансова корекция. В този смисъл зам.изпълнителния директор на ДФЗ действащ като РУО е следвало да установи ясно и изведе фактическият състав за налагане на финансова корекция включващ – нарушение, което следва да се квалифицира като нередност и в зависимост от вида квалификация и неговото проявление да се определи начина на изчисление на корекцията. Като не е определил вида нередност по основание, а е приложил директно нейният размер, административния орган не е установил наличието на предпоставки за определяне на финансова корекция. В този смисъл и изводите му дали може или не може да се установи ефект на финансовата загуба са ирелевантни. Основанието за определяне на корекция по Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата е нередност по чл.1 т.1 от Наредбата /т.е.случаите на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ/. Незлагането на правна квалификация относно наличието на нередност по ЗУСЕСИФ с посочване на съответното основание за квалифицирането и като такава, което вече да обуслови избраният подход при определяне на корекция опорочава акта и обуславя отмяната му.

Най-общо казано – прилагането на санкционната част/в случая – възстановителна,поради нередност/ на една норма изисква императивно установени и изведени факти от хипотезата на същата норма. Без установена и посочена хипотеза и диспозиция, санкцията е неприложима.

Посоченото изискване не разкрива формалистичен подход, а подход съответен на изискването за форма на акта, чрез която именно форма АПК предвижда да се обективира цялата установителна дейност и наличието на предпоставки за разпоредителното волеизявление. Дали дадено поведение може да бъде счетено за съставомерно и по реда на кой закон са въпроси които именно правоприлагащият

административен орган следва да установи и посочи - кой закон и коя конкретно норма съотнася квалификацията на деянието и като следствие – да приложи последиците и.

В допълнение, следва да се посочи, че по своята подзаконова нормативна същност наредбата е акт, който се издава за прилагане на отделни разпоредби или подразделения на нормативен акт от по-висока степен/арг.чл.7 ал.2 ЗНА/.

Процесната наредба на която се е позовал органа определяйки ФК е акт по приложение на чл.70 ал.1 т.9 и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции, определяни за нередности на основание чл. 70, ал. 1, т. 1, 3 – 7 и 9 от ЗУСЕСИФ/запазен оригинален текст на препратката/. В този смисъл същата има самостоятелно приложение само при несъмнена установеност и обоснованост на приложението на съответната норма от закона.

Такава в настоящият случай не е налице.

В допълнение - разпоредбата на чл.70 ал.1 ЗУСЕФСУ предвижда, че финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания, като нормативно са посочени 10 самостоятелни основания. От съдържанието на акта може да се предположи, че конкретно основание, което органа е имал предвид е това по чл.70 ал.1 т.9 от закона.

Недопустимо е съда да тълкува и дописва административните актове, още повече – да посочва, непосочено от административния орган, основание.

Успоредно с това - изискването за мотивиране и обоснованост на административните актове не допуска хипотетични възприятия или контекстуални предположения, а ясно и точно изложение на установените факти и тяхната съставомерност. Непосочването на конкретна правна норма представляваща основание за определяне на корекция, както и необосноваването на наличието на връзка между елементите от фактическият състав на корекцията – нарушение, което да бъде квалифицирано като нередност, което вече да обоснове прилагането на финансова корекция, опорочава процесният акт и налага отмяната му.

В този смисъл, от една страна е налице немотивираност на акта изразяваща се в неизлагане на фактически съображения и непосочване на правно основание, от друга страна е налице материална незаконосъобразност на акта изразяваща се в определяне на финансова корекция при неустановен фактически състав на нередност.

В съответствие с нормата на чл.143 ал.1 АПК жалбоподателя е отправил претенция за разноси в размер на 10800лв. адвокатско възнаграждение и 866лв. заплатена държавна такса. В подкрепа на претенцията е представено договор за правна помощ на стойност 9000лв., пълномощно, платежно нареждане за сумата от 10 800лв. и фактура видно от която сумата от 1 800лв. е начислено ДДС върху стойността на адвокатските услуги от 9000лв., както и удостоверение за регистрация по ДДС на адвокатското дружество.

Съдът счита, че претенцията е законосъобразно предявена, но неоснователна като размер. В подкрепа на изложеното следва да се посочи:

С решение от 25 януари, 2024г. по дело С - 438/22, „Ем акаунт БГ“ ЕООД, ЕСЛ:EU:C:2024:71, Съдът на ЕС постанови, че член 101, параграф 1 ДФЕС във връзка с член 4, параграф 3 ДЕС трябва да се тълкува в смисъл, че ако установи, че

наредба, която определя минималните размери на адвокатските възнаграждения и на която е придаден задължителен характер с национална правна уредба, противоречи на посочения член 101, параграф 1, националният съд е длъжен да откаже да приложи тази национална правна уредба по отношение на страната, осъдена да заплати съдебните разноски за адвокатско възнаграждение, включително когато тази страна не е подписала никакъв договор за адвокатски услуги и адвокатско възнаграждение.

Успоредно с това, националният съд не следва да се счита обвързан от минимален размер на разноските, изчислени съобразно минимума по Наредба № 1/2004г, предвид антиконкурентна същност на подзаконовия акт.

В унисон с това и отчитайки свободата на договаряне, съдът, в рамките на проведеното на 17.06.24г. открито съдебно заседание изрично е оправил въпрос към жалбоподателя как е определен размера на претенцията. В отговор е заявено, че възнаграждението е формирано на база свободно договаряне, като е имало предложения и от други кантори, но адвокатското дружеството на процесуалният представител е предложило най-ниска цена.

Ответната страна, с писмено изявление от 14.06.2024г. е направила възражение за прекомерност на евентуално поискано за присъждане адвокатско възнаграждение.

Националният съд не следва да се счита обвързан от минималния размер на разноските, изчислени съобразно Наредба № 1/2004г, предвид антиконкурентната същност на подзаконовия акт. На база на изрично постановеното от СЕС, подобен автоматизъм изключващ свободата на договаряне не обосновава сам по себе си законосъобразност и основателност на една претенция за разноски. В този смисъл съдът следва да откаже да приложи съответните норми на Наредба № 1/2004г. И като следствие и ограничението на чл.36 ал.2 от ЗАдв. също е неприложимо.

В настоящият казус жалбоподателя се позовава на свободата на договаряне, като твърди и наличие на други, представени оферти, но не представя доказателства в подкрепа на твърдението си.

От друга страна – ответника се задоволява единствено и хипотетично да възрази срещу претенцията, ако такава бъде отправена, очевидно незаинтересован от основателността и.

По своята същност произнасянето по претенцията за разноски, представлява произнасяне по частно-правен, облигационен спор. Същият е отвъд дискрецията на служебното начало с изключение на нормативно инкорпорираният критерий за „справедливост“ на възнаграждението.

Простото възражение за прекомерност без никаква конкретика, не позволява съдът да приеме, че за ответника претендираното възнаграждение е несправедливо, а само, че „не му се плаща“ без да става ясно защо.

В т.3 на ТР № 6 от 6.11.2013 г. по тълк. д. № 6/2012 г., ОСГТК на ВКС, е посочено, че: „С приемането на действащия ГПК отпадна правомощието на съда служебно да осъществява проверка за прекомерност на разноските за адвокатска защита при постановяване на решението. С чл. 78, ал. 5 ГПК е предвидено, че само страна може да сезира съда с искане за намаление на възнаграждението за адвокатска услуга, дължимо като разноски. Основанието по чл. 78, ал. 5 ГПК се свежда до преценка за съотношението на цената на адвокатска защита и фактическата и правна сложност на делото. Когато съдът е сезиран с такова искане, той следва да изложи мотиви относно фактическата и правна сложност на спора, т. е. да съобрази доказателствените факти и доказателствата, които ги обективират и дължимото правно разрешение на

повдигнатите правни въпроси, което е различно по сложност при всеки отделен случай - например задължителната практика, разрешаваща основните спорни въпроси определя сложност в по-ниска степен...

Намаляването на адвокатското възнаграждение по този ред не рефлектира в отношенията между адвокат и клиент, които са сключили конкретен договор и са поели задължения по него. То е израз само на основното начало в гражданския процес за социална справедливост и достъп до правосъдие..."

В този смисъл и като съобрази, че:

- Съдът не следва да преценява служебно законосъобразно претендираният размер на претенцията за разноски, а само по инициатива на страните и то - състезателно проявена с доказателствена обосновааност на претенцията, респ. на възражението.
- Не са представени доказателства за други оферти за процесуално представителство, което не изключва напълно претендираната себестойност на платеното възграждение, но помага да се приеме, че същото не е формирано в следствие на реален пазарен анализ. Пазарен анализ всъщност не е необходим при наличие на доверителни отношения с конкретен адвокат, каквато е същността на понятието „доверие“, но не позволява пълното остойностяване на доверието, така, както упълномощителя го разбира, за сметка на ответника и в степен отричаща характера на самото дело.
- Не е налице реално възражение за прекомерност от страна на ответника, който дори не се е запознал със самата претенция, а я оспорва евентуално и хипотетично и в този смисъл възразява неясно срещу какво.
- Конкретният изход от спора и неговите последици за отмяна на акта не са съответни на цялата техническа и правна сложност на делото, а на базата на установеното нарушение, следствие от липса на посочен и изведен фактически състав на понятието нередност. Цялостният анализ съдът е извършил поради задължението си за произнасяне по целият предмет на спора.
- Въпросът как следва да процедира съдът при установено нарушение в изискването за форма на акта /неизведен приложим фактически състав на нормата и непосочено съответстващо му правно основание/ довело и до неговата материална незаконосъобразност е въпрос трайно разрешен в практиката.
- Свободата на договаряне следва да бъде зачетена, но не и да бъде превърната в средство за неоснователно обогатяване.
- Независимо от порока на един административен акт, до надлежното му установяване по съдебен ред същият засяга правната сфера на адресата си, а интензитета на това засягане може да бъде съпоставен в пропорция с неговият материалният интерес. Респ. следва да бъде отчетен като обстоятелство обосноваващо ангажиране на правна защита и заплащане на хонорар в определен размер.

Съдът приема, че социалната справедливост и достъпа до правосъдие на жалбоподателя следва да бъдат оценени в размер на 4000лв., към които да се добави и сумата от 866лв. платена държавна такса или общо 4866лв.

С оглед изложеното и на основание чл. 172 ал.2 предл. второ от АПК, Административен съд София-град,

**РЕШИ:**

**ОТМЕНЯ** Решение за частично съгласуване на обществена поръчка и налагане на

финансова корекция № 03-РД/5874 от 07.12.2023г. на изпълнителния директор на ДФЗ в частта по т. II. с която на дружеството е определена финансова корекция в размер на 10% от сумата от сумата 1 082 303лв. без ДДС - поискани за възстановяване разходи по договор за възлагане на обществена поръчка.

**ОСЪЖДА** Държавен фонд „Земеделие“ да заплати на „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], сумата от 4866/четири хиляди, осемстотин шестдесет и шестдесет / лева, съдебно-деловодни разноси.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд, в 14-дневен срок от деня на съобщението, че решението е изготвено.

**Съдия:**