

РЕШЕНИЕ

№ 4937

гр. София, 20.07.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 80 състав,
в публично заседание на 08.06.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Виржиния Петрова

при участието на секретаря Цветелина Заркова, като разгледа дело номер **8688** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Образувано е по жалба на Столична община срещу Решение изх.№5-004-0007-2-646/31.08.2022г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 – 2020 г., с което на Столична община като бенефициент е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността по Договор № СЕ-86/13.07.2022г. с изпълнител „Чериът моторс“ АД за нарушение на чл.107, т.1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

В жалбата се излагат аргументи срещу всяко едно от фактическите твърдения, залегнали като основание за възприемане на извода на Р., че възложителят е отстранил незаконосъобразно участник от процедурата. Оспорва се констатацията, че са налице нарушения при провеждането процедура за възлагане на Обществена поръчка, оспорват се изводите на Р. по отношение на твърденията, че възложителят незаконосъобразно е отстранил от процедурата участника „Авто инженеринг груп“ ЕООД. Оспорва се материалната компетентност на Р. при разглеждане на документите по сключени договори за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ и при издаване на решения за налагане на финансова корекция. Отделно от това жалбоподателят намира, че са налице несъответствия с правилата за налагане на финансови корекции, тъй като оспореното решение не е с обективирано и мотивирано заключение, не е доказано по безспорен начин нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС-не е положено необходимото усилие за дефиниране на действително засегнати разходи, а е налице краен формализъм без солидна аргументация. В тази връзка се претендира отмяна на оспореното Решение изх.№5-004-0007-2-646/31.08.2022г. или

алтернативно- то да бъде отменено в частта, с която е определен размер на финансовата корекция от 25% от общата стойност на всички поискани за възстановяване допустими разходи по сключения договор и да се определи само размер на засегнатите разходи, който е доказан от ответната страна като засегнат от нарушението.

В съдебно заседание процесуалният представител на жалбоподателя отново застъпва становище, че в процесното решение не са изследвани в пълнота обстоятелствата при взимането му и не е спазена процедурата по издаването му. Претендира разноски. В представени писмени бележки извършва анализ на дефиницията за „нередност“ съгл. чл.143.1 от Регламент №1303/2013г., критериите за подбор, критериите за възлагане на обществена поръчка съобразно чл.70, ал.2 от ЗОП и съдържанието на методиката за комплексна оценка съгл. чл.70, ал.5 от ЗОП, съпоставяйки посочените нормативни изисквания с конкретното проявление в процесния случай. Поддържа се довод за непритежавана от УО компетентност да прави заключения и издава акт по отношение на отделни части от процедурите за възлагане на обществени поръчки. В депозираните писмени бележки излага подробни съображения, че не е осъществен целият фактически състав на конкретната нередност по смисъла на Регламент /ЕО/ № 1303/2013г. като прави изводи, че констатациите на УО са изцяло неверни.

Ответникът по жалбата моли същата да бъде отхвърлена като недоказана и поддържа мотивите на оспорваното решение. Счита за безспорен факт компетентността на административния орган, представя списък с разноски и изразява становище за прекомерност на претендираното адвокатско възнаграждение. Спира се на размера на поисканите съдебни разноски, като счита, че не са осъществени такива съществени процесуално следствени действия, които да обосновават поискания размер от 18 386.36 лева, макар и съобразен с Наредба №1.

Административен съд София- град, като се запозна със становището на страните и наличните по делото доказателства, намира следното от фактическа страна:

На 09.10.2019г. между Столична община и Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014–2020г. е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативната програма - № Д-34-99, съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие и Кохезионния фонд на ЕС по процедура чрез директно представяне на безвъзмездна финансова помощ-„Изпълнение на дейности за подобряване качеството на атмосферния въздух в СО чрез закупуване и доставка на електрически превозни средства за шосеен транспорт-електрически автобуси и тролейбуси“ с бенефициент Столична община.

На 13.07.2022г. между класираният на първо място участник в горепосочената обществена поръчка-„Чериът моторс“ АД и възложителя СО е сключен договор СЕ-86/13.07.2022г. за възлагане на дейностите в рамките на проекта „Доставка на 4 бр. нови нископодови бързозарядни електробуси, доставка и монтаж на 3 бр. нови зарядни станции и специализирано оборудване към тях“ с цена на договора 5 278 170 лв. без ДДС, като договор, свързан с административния договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020г.

С писмо изх.№5-004-0007-4-288/12.08.2022г. Р. на ОПОС е уведомен от началника на отдел „Последващ контрол“ за нарушение, отговарящо на определението за сигнал за

нередност по договор СЕ-86/13.07.2022г.

На 12.08.2022г. с писмо изх.№5-004-0007-2-620 ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма "Околна среда" 2014 – 2020г. е уведолил Столична община за установена нередност и предстоящо определяне на финансова корекция.

На 23.08.2022г. Столична община е представила възражение с рег.№BG16M1OP002-5.004-0007-СО3-М144.

С Решение от 31.08.2022г., издадено на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл.73, ал.1 и ал. 3 вр. чл.9, ал.5 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, (обн. ДВ бр.101 от 22 декември 2015г., изм. и доп.ДВ бр.52 от 09.06.2020г.) ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма "Околна среда" 2014 – 2020, е определил на Столична община финансова корекция в размер на 25% от стойността на засегнатите и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014- 2020 разходи, представляващи средства по смисъла на чл.1, ал.2 от ЗУСЕСИФ от стойността на сключения Договор №СЕ-86/13.07.2022г. с изпълнител „Чериът моторс“ АД на стойност 5 278 170 лв. без ДДС за нарушение на чл.107, т.1 от ЗОП, класифицирано като нередност по т.14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата).

Въз основа на така установените по делото факти, съдът приема следното от правна страна:

Оспореният акт е издаден от компетентен орган, в исканата от закона писмена форма, съдържа изискуемите от чл. 59, ал. 2 АПК реквизити.Съгласно чл.69, ал.1 от ЗУСЕФСУ (заглавието изменено – ДВ, бр.51 от 2022 г. в сила от 01.07.2022г.) управляващите органи (явяващи се органи по програмите по чл.3, ал.2, финансирани със средства по ЕФСУ, каквато е програмата Околна среда 2014-2020г.), провеждат процедури по администриране на нередности, като редът за извършване на проверките е уреден в Наредба за администриране на нередности по европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС №173 от 13.07.2016г. 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. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на околната среда и водите, който със Заповед № РД-13/06.01.2022г., е възложил на Г. С. – и.д.Главен директор на ГД „Оперативна програма „Околна среда“, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на ОП ОС 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 административнопроизводствените 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.

За да постанови оспореният акт, административният орган е приел, че бенефициентът е отстранил незаконосъобразно участник от процедурата-„Авто инженеринг холдинг груп” ЕООД в нарушение на чл.107, т.1 от ЗОП.

Възложителят е посочил в документацията за участие и в обявлението следното изискване: Участникът следва през последните 3 (три) години, считано от датата на подаване на офертата, да е изпълнил дейности, с предмет и обем, идентични или сходни с този на поръчката. Под дейности, с предмет и обем, идентични или сходни с този на поръчката следва да се разбира: да е доставил минимум 4 нови нископодови електробуси, като електробусите следва да са сходни с тези от предмета на настоящата поръчка, да имат типово одобрение от стана членка на Европейския съюз и да са успешно доставени и въведени в експлоатация. Възложителят ще приеме за сходни бързозарядни електробуси, които са изцяло нископодови, изцяло климатизирани и с минимум външна дължина 12 000mm +5%,- 5%, за които е било издадено типово одобрение от страна членка на Европейския съюз или страна, която има сключен договор с Европейския съюз или Република България, който осигурява взаимно признаване на съществуващи изисквания, или еквивалент.

Участникът в процедурата-„Авто инженеринг холдинг груп” ЕООД е отстранен с Решение №27, т.1/27.05.2022г. на възложителя на основание чл. 107, т.1 от ЗОП. В офертата на участника комисията е констатирала две несъответствия: 1.че не отговарят на изискването, посочено от Възложителя, да бъдат въведени в експлоатация, а именно да осъществяват превоз на пътници по маршрутно разписание и 2. че посочените като доказателство за изпълнени дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката съгласно чл.63, ал.1, т.1 от Закона за обществени поръчки - доставени електробуси, не отговарят на изискването, посочено от Възложителя да бъдат сходни „бързозарядни” електробуси . В протокола от работата си комисията е изложила следните мотиви: Възложителят в документацията за обществената поръчка е посочил изискване електробусите да се зареждат до 100% от 0 до 600 секунди. Видно от техническата документация на електробусите, доставени на „ Тролейбусен транспорт “ ЕООД - [населено място] и „ Тролейбусен Транспорт - Враца “ ЕООД, зарядните станции са: бавно зарядна с мощност 90 kW и максимално ниво на заряд SOCm за 196 минути (3 часа и 16 минути) и бързо зарядна (според тях) с изходяща мощност 150 kW, като времето за зареждане не е посочено, но по косвен път от посочените данни за мощността може да се изведе заключение, че времето за зареждане е около 2 (два) часа.В тази връзка, в хода на съдебното производство бе допусната и назначена съдебно-техническа експертиза със задача:”Какво е времето за пълно зареждане на батерията на електробус „G. D.”, серия „Pivot”, модел XML6125CLE от зарядна станция с изходяща мощност 150kw марка SSE, модел ZEVQS-150/750”, от заключението на която е видно, че е 7056 сек. т.е. около 2ч.

УО счита отстраняването за незаконосъобразно, тъй като не споделя направеното от комисията тълкуване, че възложителят „Столичен електротранспорт” ЕАД, в

критериите за подбор не е дал дефиниция за бързозаряден електробус. От друга страна в критериите за подбор, нямало посочено изискване електробусите да се зареждат до 100% от 0 до 600 секунди. Това изискване е посочено единствено в техническите спецификации на обществената поръчка, но не и в критериите за подбор. И по-конкретно е посочено, като минимално техническо изискване на предлаганите електробуси-време за пълен заряд на системата за съхранение на електрическа енергия от зарядната станция максимум 600 секунди. Поради това УО е счел, че комисията незаконосъобразно е променила критериите за подбор. С оглед всичко гореизложено, се налага извода, че участника "Авто инженеринг холдинг груп" ЕООД е отстранен незаконосъобразно от участие в процедурата, тъй като не са налице изложените от комисията несъответствия в офертата му, с което е нарушен чл. 107, т. 1 от ЗОП.

Според УО нарушението представлява „нередност“ по смисъла на чл. 2, ал. 36 от Регламент № 1303/2013 и чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, тъй като са налице всички елементи от фактическия ѝ състав и посоченото нарушение попада в състава на „нередност“ по т.14 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, а именно отстранен е кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени, за която нередност е определена финансова корекция в размер на 25 % от засегнатите от нарушението разходи и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране на ОПОС 2014-2020 от стойността на сключения договор № СЕ-86/13.07.2022 г., сключен с изпълнител "ЧЕРИЪТ МОТОРС" АД, на стойност 5 278 170 лв. без ДДС.

За преценката относно законосъобразността на оспорения административен акт от значение е какво е прието в него от административния орган. В конкретния случай, в решението си и писмо изх.№ 5-004-0007-2-620/12.08.2022г. органът мотивира, че е констатирал нарушение, което се определя за „нередност“ по смисъла на Регламент №1303/2013 на Европейския парламент, която нередност следва да се квалифицира по т.14 от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, изм. и доп. ДВ бр.19 от 06.03.2020г., като изложените фактически изводи се отнасят до незаконосъобразна промяна на критериите за подбор довели до незаконосъобразно отстраняване на участник в процедурата.

УО на ОПОС поддържа констатациите си в първоначалното писмо за откриване на процедурата за налагане на финансова корекция и не приема възражението на Столична община по отношение твърдяното нарушение на чл.107, т.1 от ЗОП, във връзка с чл. 2. ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, съставляващо нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и попадащо в т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета е ПМС № 57/2017 г.

УО на ОПОС не приема изложените твърдения във възражението на Столична община, по мотиви изложени в обжалваното решение, които съдът не намира за нужно да преповтаря.

Съдът счита, че процесният акт е немотивиран, издаден в нарушение на чл. 59, ал. 2, т. 4 и т. 7 от АПК, тъй като не съдържа правилни и относими фактически основания, обосноваващи издаването му, при което е налице съществен порок при постановяване на решението като същевременно не се наблюдава съответствие и с определението за нередност по смисъла на чл. 2 § 36 от Регламент 1303/2013 г. на Европейския парламент и на Съвета. Процесното решение е постановено при липса на материалиоправно основание за издаването му, при неспазване на материалните разпоредби на ЗОП и ЗУСЕСИФ и при несъобразяване с целта на закона.

Нарушени са административнопроизводствените правила, тъй като не е спазена разпоредбата на чл. 73, ал. 3 ЗУСЕСИФ и УО не е обсъдил правилно депозираните в хода на производството възражения.

Посочените пороци представляват отменителни основания по смисъла на чл. 146, т. 1, т. 2, т. 3, т. 4 и т. 5 от АПК.

В Решението на Р. е посочено, че УО е установил нарушение по т. 14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, като е прието, че същото съставлява нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Оспореният акт е издаден на основание чл. 73 от ЗУСЕФСУ. Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17.12.2013 г., държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за „нередност“ е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е 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 последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Доколкото участва като бенефициент в изпълнението на проект по ЕСИФ, Столична община е „*икономически оператор*“ по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на цитирания вече чл. 2, т. 36. В този смисъл, налице е субект, годен да допусне нередност.

За да се наложи обаче финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ следва да е налице основание - нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта на същия закон, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ.

За определяне на финансова корекция не е достатъчно да е налице

нарушение, а е необходимо да е изпълнен целият фактически състав на конкретна нередност по смисъла на Регламент (ЕС) № 1303/2013, за да може да бъде определена финансова корекция. Приложимият национален Закон за обществените поръчки /ЗОП/, е законът, транспониращ в националното законодателство разпоредбите на Директива 2014/24/ЕС (§3 от ДР на ЗОП). В тази връзка българският съд е длъжен да тълкува националното право в светлината на съюзното законодателство, още повече когато обявлението за обществената поръчка е било публикувано в Официалният вестник на ЕС и се отнася до разходване на средства от ЕСИФ.

В оспорения административен акт се твърди установяване на нарушение на нормата на чл. 107, ал. 1 от ЗОП, а именно - незаконосъобразно отстранен участник от процедурата.

На първо място, твърдяната за нарушена норма е общо и бланкетно спомената. Неясна е квалификацията за нарушението, защото не става ясно коя точно от нормите за избор на изпълнител УО смята за нарушена и как точно и коя хипотеза има предвид Р. като реферира към поведение на възложителя, което представлява нарушение, подведено под т.14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

По аргумент на чл. 59, ал. 1 от ЗОП, за да се увери в годността на лицата да изпълнят предмета на поръчката, възложителят може да определи към участниците критерии за подбор, които се отнасят до: годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност (по т.1), икономическото и финансовото състояние (по т.2) или техническите и професионалните способности (по т.3). Освен това, възложителите нямат право да използват критериите за подбор, които не са по този закон, както и такива, които не са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Съгласно чл. 63, ал. 1 от ЗОП, възложителят има право да постави критерии, въз основа на които да установява, че участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Това става като поиска да му се представят доказателства за изпълнени дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните 3 години от датата на подаване на офертата, когато става дума за доставки и услуги. По своята същност „критериите за подбор“ са съвкупност от условия, чието наличие в цялост има за цел проверка на годността на участника за изпълнение на

поръчката и е основание за допускане на този участник до по-нататъшен етап от процедурата. Обратно - несъответствието с критериите за подбор обуславя отстраняването на участника от по-нататъшното участие в процедурата. В Решението на Р. никъде не е споменато, че бенефициентът е използвал критерии, които не са предвидени в ЗОП или такива, които не са относими към предмета на поръчката. Следователно е безспорно, че при изготвянето на документацията възложителят е поставил адекватни, обосновани и законосъобразни критерии за подбор. В частност такава е и изискването участникът през последните 3 години, считано от датата на подаване на офертата, да е изпълнил дейности, с предмет и обем, идентични или сходни с този на поръчката. Под дейности, с предмет и обем, идентични или сходни с този на поръчката следва да се разбира: да е доставил поне 4 от електробусите, те да са сходни с тези от предмета на настоящата поръчка, да имат типово одобрение от стана членка на ЕС и да са успешно доставени и въведени в експлоатация.

Съдът счита, че ако приемаше УО, че поставените от възложителя критерии за подбор не са свързани или нямат отношение към предмета на поръчката и проверка годността на участниците за изпълнението, то той трябваше да докаже тяхната неотносимост.

Така в съответствие с § 1 на чл.58 от Директива 2014/24/ЕС възложителят разполага с известна свобода, за да определи кои изисквания за участие в процедура за възлагане на поръчка счита за пропорционални на предмета на поръчката и свързани с него, и за необходими, за да се гарантира, че участникът има както правните и финансовите възможности, така и техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. Възложителят преценява свободно изискванията за участие, които от негова гледна точка са необходими, за да се гарантира по-специално изпълнението на поръчката със стандарт за качество, който той счита за подходящ.

От особено значение е точното дефиниране на предмета на Обществената поръчка, който се допълва и от детайлите на техническата спецификация и всички изисквания от документацията за участие.

Наименованието и най-общо описание на предмета на поръчката е:

„Доставка на 4 броя нови нископодови бързозарядни електробуси, доставка и монтаж на 3 броя нови зарядни станции и специализирано

оборудване към тях“.

Следователно, предметът на обществената поръчка включва следните дейности:

- 1) Доставка на 4 броя нови нископодови бързозарядни електробуси;
- 2) Доставка и монтаж на 3 броя нови зарядни станции;
- 3) Обучение на работниците и служителите на Възложителя за управление, поддръжане, диагностика и ремонт на електробусите и зарядните станции.
- 4) Доставка на Диагностично оборудване и специализирани инструменти, необходими за поддръжка на електробусите и зарядните станции в Приложение №5;
- 5) Предоставяне на Възложителя на техническа документация за електробусите и зарядните станции.
- 6) В предмета на настоящата обществена поръчка е включено и задължението за регистрация на доставените електрически автобуси в КАТ от името и за сметка на Възложителя, както и задължението за монтаж, тестване и пускане в експлоатация на доставените зарядни станции.

Електробусите трябва да са бързозарядни, новопроизведени, в серийно производство, нископодови, категория М3, клас I, като превозните средства трябва да отговарят и на посочените в документите международни технически стандарти и стандарти за безопасност.

Системата за заряд да включва 3 зарядни станции, а за захранването да може да се използва $3 \times 380V \pm 10\%$ (AC) съгласно БДС EN 60038:2011, БДС EN 50160:210/A12015 или еквивалентен и $660 V / +40\% -30\%$ / (DC).

Съдът не споделя извода на Р., че възложителят незаконосъобразно е отстранил участника „Авто инженеринг холдинг груп“ ЕООД от процедурата, тъй като участникът не изпълнява изискването за опит - минимален брой доставени и въведени в експлоатация електробуси. В Документацията е поставено изискване участникът да е доставил минимум 4 нови нископодови електробуси, които да са сходни-т.е.бързозарядни, изцяло нископодови, изцяло климатизирани, с минимум външна дължина $12\ 000\text{mm} +5\%,- 5\%$, с типово одобрение от страна членка на Европейския съюз или страна, която има сключен договор с Европейския съюз или Република България, с тези от предмета на поръчката, да имат типово одобрение от страна членка на Европейския

съюз и да са успешно доставени и въведени в експлоатация.

Участникът „Авто инженеринг холдинг груп“ ЕООД е посочил доказателства за изпълнени дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, съгласно чл.63, ал.1, т.1 от ЗОП, т.е. за доставени електробусите, които обаче не отговарят на изискването от Документацията, електробусите да бъдат въведени в експлоатация, а именно да осъществяват превоз на пътници по маршрутно разписание. Възложителят е уведомен, че към дата 05.04.2022 г. „Тролейбусен транспорт“ ЕООД - Х. не притежава валиден лиценз за обществен превоз на пътници и/или товари/.

От разменената кореспонденция по повод провежданата обществена поръчка, става ясно, че към 02.03.2022г. посочените електробуси не осъществяват превоз на пътници и не се движат по маршрутно разписание. Установено е, че нямат валиден лиценз за обществен превоз на пътници и/или товари, издаден от Областен отдел „Автомобилна администрация“ - Х. (писмо от „Автомобилна администрация“ - Х. - вх. №04-01-57-/25/08.04.2022 г. на „Столичен електротранспорт“ ЕАД), с което Възложителят е уведомен, че към дата 05.04.2022 г. „Тролейбусен транспорт“ ЕООД - Х. не притежава валиден лиценз за обществен превоз на пътници и/или товари/.

Съгласно писмо от „Автомобилна администрация“ - В. (вх. №04-01-57-/25/08.04.2022 г. на „Столичен електротранспорт“ ЕАД), Възложителят е уведомен, че 13 бр. удостоверения за МПС, марка “G. D.”, модел XML6125CLE, са издадени и вписани в лиценза на „Тролейбусен транспорт - Враца“ ЕООД към 30.03.2022г.

Тези действия на помощния орган на възложителя - Комисията, са обективирани в протоколите от работата ѝ, а именно: Протокол №1 от 04.03.2022; Протокол №2 от 29.03.2022; Протокол №3 от 21.04.2022; Протокол №4 от 17.05.2022 и Доклада от работата на Комисията, до възложителя с вх.№04-01-57-(30) от 18.05.2022.

Помощният орган на Възложителя - Комисията, е взел решение на заседанието си на 29.03.2022г., на основание чл. 67, ал. 5 от ЗОП, чл. 54, ал. 13 от ППЗОП и чл. 3, ал. 1 от ЗДОИ, да направи запитване до

„Автомобилна администрация” - Х. и Регионална дирекция „Автомобилна администрация” - В., [община], [община], „Тролейбусен Транспорт” ЕООД, [населено място], и „Тролейбусен транспорт Враца” ЕООД, с цел да се установи дали електробусите са били успешно доставени и дали са въведени в експлоатация най-късно до 02.03.2022г., каквото е изискването по разглежданата Обществена поръчка.

От [община] е получено Решение от 15.04.2022 г. на кмета на Общината, в което се казва, че към 30.12.2021г. са били доставени 5 бр. нови 12-метрови електробуси, които притежават европейска хомологация, регистрирани са в КАТ- Х., въведени са в експлоатация, съгласно протоколи за въвеждане в експлоатация на дълготрайни активи, и към 02.03.2022г. електрическите автобуси не осъществяват превоз на пътници и не се движат по маршрутно разписание.

Доставените са и 5 бр. станции за бавно нощно зареждане на електрически автобуси, модел ZEVQC - 90/750, с мощност 90 kW и една бърза станция за бързо дневно зареждане, модел EVQC - 150/750, с изходяща мощност 150 kW, които са въведени в експлоатация, съгласно протоколи за въвеждане в експлоатация на дълготрайни активи.

Следователно, доставените на [община] 5 бр. нови 12-метрови електробуси са въведени в експлоатация съгласно протоколи за въвеждане в експлоатация на дълготрайни активи, но към 02.03.2022г. не осъществяват превоз на пътници и не се движат по маршрутно разписание.

Комисията изпраща и до [община] писмо с искане на информация (изх. №04- 01-57-/22/04.04.2022г.) по същите въпроси, които са отправени и до [община]. В отговор Общината (уведомление рег.№ 2600-846/1/11.04.2022г.) отказва да предостави информация, с аргумента, че [община] не е възложител на обществената поръчка.

Комисията правилно и в пълнота, следвайки посоченото в Документацията, е извършила проверка, за да оцени адекватно офертите на участниците.

Предвид горното, неоснователни са и констатациите в Решението на УО, че от бланкетните мотиви на Комисията не ставало ясно, как същата е достигнала до извода, че електробусите не са въведени в експлоатация, още повече че в Протокол №3 са изложени подробни мотиви за това,

както и са неоснователни констатациите, че Комисията незаконосъобразно е променила критериите за подбор, като е приела че доставените тролейбуси на „Тролейбусен транспорт” ЕООД - [населено място], не отговарят на изискванията на Документацията за участие в Обществената поръчка - да бъдат въведени в експлоатация, т.е. да осъществяват превоз на пътници по маршрутно разписание.

Не отговарят на обективната действителност и твърденията в Решението на УО, че аргументите на Комисията са бланкетни. Напротив, от изготвените в хода на работата ѝ документи е видно, че Комисията не е променяла изискванията за подбор, а за да може да оцени съответствието на представените доказателства с критериите, е направила подробен анализ на съответствието с критериите за подбор на всеки участник, положила е нужната грижа, като е поискала допълнителни доказателства, в рамките на предоставените ѝ от закона права и при спазване на предвидените хипотези.

В документацията за участие и в обявлението в поле III. 1.3, “Технически и професионални възможности” е посочено: “участникът следва през последните 3 (три) години, считано от датата на подаване на офертата, да е изпълнил дейности, с предмет и обем, идентични или сходни с този на поръчката....под дейности, с предмет и обем, идентични или сходни с този на поръчката следва да се разбира: да е доставил минимум 4 нови нископодови електробуси. като електробусите следва да са сходни с тези от предмета на настоящата поръчка да имат типово одобрение от страна членка на Европейския съюз и да са успешно доставени и въведени в експлоатация.

Възложителят ще приеме за сходни бързозарядни електробуси, които са изцяло нископодови, изцяло климатизирани и с минимум външна дължина 12 000mm +5%, - 5%, за които е било издадено типово одобрение от страна членка на Европейския съюз или страна, която има сключен договор с Европейския съюз или Република България, който осигурява взаимно признаване на съществуващи изисквания, или еквивалент. “

В документацията за участие в Обществената поръчка ясно е казано, че превозните средства, представени като доказателство за извършена сходна доставка, следва да са сходни с тези от предмета на настоящата поръчка. Следователно, същите трябва да са сходни или идентични спрямо техническите изисквания на настоящата Обществена поръчка.

Превозните средства, посочени от участника „Авто инженеринг холдинг груп“ ЕООД, като доказателство за изпълнени дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, съгласно чл.63, ал. 1, т. 1 от ЗОП - доставени електробуси в [населено място] и в [населено място], не отговарят на изискването да са сходни бързозарядни електробуси.

За участие в Обществената поръчка се изисква предложените електробуси да се зареждат до 100% от 0 до 600 секунди (т.е. макс. 10 мин), а видно от техническата документация на електробусите, доставени на „Тролейбусен транспорт“ ЕООД - [населено място] и „Тролейбусен Транспорт - Враца“ ЕООД, зарядните станции са: бавно зарядна с мощност 90 kW и максимално ниво на заряд SOCm за 196 минути (3 часа и 16 минути) и бързо зарядна (според тях) с изходяща мощност 150 kW, като времето за зареждане е изчислено от вещото лице в съдебното производство на около 2 (два) часа.

Горните факти потвърдени от експертното заключение по допуснатата СТЕ, според което електробусите, използвани за доказването на съответен опит, с никоя от двата типа зарядни станции (условно наречени „бърза“ и „бавна“) не могат да бъдат заредени до 100% за не повече от 10 мин., следователно не са бързозарядни и не отговарят на изискванията на Възложителя към предмета на обществената поръчка.

Изискването в процесната Обществена поръчка електробусите да се зареждат до 100% от 0 до 600 секунди, е посочено с оглед спецификата и организация на движението на превозните средства, обслужващи масовия градски транспорт в [населено място], за където са предназначени те. То е напълно относимо, тъй като предмета на поръчката е строго специфичен, като дейностите, които следва да бъдат изпълнени са с голям обхват. Изпълнението на поръчката засяга в голяма степен подобряване транспортната комуникация и пряко транспортното обслужване на не малка част от населението на Столицата. Това обуславя необходимостта от създаване на такава организация, при която транспортните средства, обезпечавачи пътничкопотока да могат да се движат на сравнително малки интервали, съобразно утвърдените транспортни графици, което от своя страна обуславя бърза скорост на зареждане на батериите на електрическите превозни средства, част от Столичния градски транспорт.

Видно от техническата документация за електробусите, доставени за „Тролейбусен Транспорт - Враца“ ЕООД и „Тролейбусен транспорт“ ЕООД - [населено място], представена от участника, зарядните станции са

бавно зарядни, поради което и представените като доказателство за извършена сходна доставка, не отговарят на едно от основните изисквания, посочени от Възложителя - да бъдат сходни бързозарядни електробуси. Това само по себе си е достатъчно основание Комисията да предложи на Възложителя да отстрани от по-нататъшно участие в процедурата „Авто инженеринг холдинг груп“ ЕООД. Не е необходимо и възложителят да даде определение за бързозаряден електробус, тъй като са създадени стандарти за това. Според практиката на СЕС критериите и показателите, по които се преценява съответствието на участниците и техните предложения, трябва да са формулирани така, че не само членовете на комисията да ги разбират и приложат по начин, който дава възможност действително да се провери съответствието на предложението с изискванията, но и да могат "всички разумно информирани и полагащи обичайната грижа потенциални участници да разберат техния точен обхват и съответно да ги тълкуват по еднакъв начин“.

По отношение на другия елемент от предмета на поръчката - зарядните станции. Тези за електробуси изискват много по-висока мощност от тези, използвани за електромобили. Приема се, че акумулаторните батерии на изцяло електрическите автобуси трябва да са с достатъчен капацитет, за да хранят тежкото превозно средство за ежедневно изминаване на маршрути от близо 160 km.

В конкретния случай, абсолютно недвусмислено възложителят ясно и конкретно е поставил изискванията си за наличието на опит на участниците, като не е допуснал предпоставки за ограничаване на конкуренцията, респективно и за субективизъм при извършване на подбора. Чрез уточнението, че доставките *следва да са сходни с тези **от предмета** на настоящата поръчка*, понятието за сходност недвусмислено е поставено в контекста и в рамките на Техническата спецификация.

Не е без значение и обстоятелството, че цитираните несъответствия в офертата на участника са констатирани от Комисията още при първоначалния преглед на предоставения от него ЕЕДОП. Видно от документите, изготвени в хода на работата на Комисията е дадена възможност на „Авто инженеринг холдинг груп“ ЕООД да попълни допуснатите пропуски. Въпреки предоставените допълнителни документи обаче, Комисията не е могла да установи сходство на извършените доставки с тези, предмет на Обществената поръчка, което е наложило и

прилагането на хипотезата на чл. 67, ал. 5 от ЗОП, чл. 54, ал. 13 от ППЗОП.

Във връзка с гореизложените аргументи, неоснователни са и констатациите в Решението на Р., че Комисията отново незаконосъобразно е променила критериите за подбор.

Предвид изложените съображения, отстраняването на участника “Авто инженеринг холдинг груп” ЕООД от процедурата, е направено изцяло законосъобразно и в съответствие с хипотезата на чл. 107, т. 1 от ЗОП.

Следователно, не е налице соченото от УО нарушение, респективно няма действие или бездействие, което да може да се квалифицира като нередност, съответно няма основание за определяне на финансова корекция.

Извън горните съображения, обосноваващи законосъобразното отстраняване от процедурата на участника „Авто инженеринг холдинг груп“ ЕООД, същият не отговоря и на техническите критерии, поставени от Възложителя за изпълнение на поръчката. Предлаганите от участника електробуси са производство на Б. (Б.), видно от представения от същия в техническото му предложение сертификат за типово одобрение на МПС. С Решение за изпълнение ЮВППС 2022/881 на Съвета от 3 юни 2022г. за прилагане на Решение 2012/642/ОВППС, относно ограничителни мерки с оглед на положението в Б. и участието на Б. в руската агресия срещу У., Отворено акционерно дружество „Managing С. of Н. „В.“ е добавен към списъка със санкционирани белоруски физически и юридически лица, образувания и органи, съдържащ се в Приложение I към Решение 2012/642/ОВППС от 15 октомври 2022г. относно ограничителните мерки срещу Б..

Фактът, че предлаганите от участника електробуси са производство на Б. Б., щеше да го постави в невъзможност да изпълни доставката по Обществената поръчка, респективно реализирането на проекта, усвояването на средствата по същия и най-вече нямаше да бъдат постигнати поставените цели на проекта, което вече следва да се разглежда и като накърняване на обществения интерес, предвид предмета на поръчката, който е пряко свързан с обновяването на превозните средства на градския електротранспорт в [населено място], посредством закупуването на нови високотехнологични електрически превозни средства. Следователно, във всички случаи и без значение на причината за

отстраняването на участника, фактът на отстраняването не води до негативен финансов ефект за бюджета на Съюза. В такъв случай, липсва един от елементите за фактическия състав за нередност /противоречие с чл. 4 от Наредбата за посочване на нередности, във връзка с чл. 72, ал. 2 от ЗУСЕФСУ/.

С оглед изложеното не е налице соченото нарушение на чл.107, т.1 от ЗОП и чл.70, ал.1, т.9 ЗУСЕФСУ.

С оглед изхода на спора и на основание чл. 143 АПК и ако спази утвърденият в практиката нормативен ред съдът следва да осъди Министерство на околната среда и водите – структурата, в която се намира административният орган, издал обжалвания акт, да заплати на Столична община сумата от 18786.36 лв., представляваща договорено и заплатено адвокатско възнаграждение за процесуално представителство пред АССГ в размер на 16186.36 лева и заплатена държавна такса в размер на 1700 лева, както и депозит в размер на 900 лева за изготвяне на СТЕ. В случая е направено възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение, което съдът счита за основателно, макар и размерът да е съобразен с чл. 8, ал. 1 във вр. чл. 7, ал. 2, т. 6 от Наредба № 1/2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения (дори е под установения минимум).

Съгласно чл. 36, ал. 2 от ЗА размерът на възнаграждението трябва да е справедлив и обоснован, като това изискване следва да се прилага и когато се определят минималните размери на адвокатските възнаграждения, защото те следва да се обосновават с два обективни критерия – обем и сложност на извършената дейност, както и величината на защитавания интерес. За да се приеме, че минималните размери на адвокатските възнаграждения са обосновани и справедливи, както изисква законовата норма, цената на адвокатския труд трябва да представлява изражение и на двата критерия. Мотиви в този смисъл са изложени и в т.47 на решение на Съда на Европейския съюз от 23.11.2017г. по съединени дела С-427/16 и С-428/16. С Решение от 28.07.2016г. по дело С-57/2015г. Съдът на ЕС е приел също така и че правната уредба следва да цели да гарантира разумния характер на подлежащите на възстановяване разноски, като се вземат предвид фактори като предмета на спора, неговата цена или труда, който трябва да се положи за защитата на съответното право. Съдебните разноски, които следва да понесе загубилата делото страна, трябва да бъдат "пропорционални". Въпросът дали тези разноски са пропорционални

обаче не би могъл да се преценява отделно от разноските, които спечелилата делото страна действително е понесла за адвокатска помощ, стига те да са разумни. Макар изискването за пропорционалност да не означава, че загубилата делото страна трябва непременно да възстанови всички направени от другата страна разноски, то все пак изисква страната, спечелила делото, да има право на възстановяване поне на една значителна и подходяща част от разумните разноски, които действително е понесла. Съответстваща на правото на ЕС е уредба, която допуска съдът да може във всеки случай, в който прилагането на общия режим в областта на съдебните разноски би довело до резултат, който се счита за несправедлив, да се отклони по изключение от този режим.

В светлината на изложеното съдът намира, че не следва да се счита обвързан с посоченият минимален размер на адвокатското възнаграждение в Наредбата, респ. с изразената претенция от жалбоподателя, както поради изводимото от националното законодателство противоречие с чл.36, ал.2 от ЗА (доколкото наредбата не дава възможност съдът да съобрази обема и сложността на извършената дейност), така и от посочените в горепосочените дела съображения на СЕС да счита, че забрана за съда да няма право да присъди разноски в по-нисък от определения минимален размер би могла да ограничи конкуренцията в рамките на вътрешния пазар по смисъла на чл.101, пар.1 ДФЕС, ако не е необходимо за постигането на преследваната цел.

Легитимната цел на разпоредбите на чл.36, ал.2 от ЗА е създаване на гаранции за осигуряване на високо равнище на качеството на адвокатската услуга, вкл. чрез предотвратяване на всякакъв риск от влошаване на това качество и за осигуряване на защита на интересите на потребителите на тези услуги и интересите на правосъдието. Отделно от това, преследвани цели за изменението на Наредба №1 за минималния размер на адвокатските възнаграждение /редакцията -изм. и доп. ДВ. бр.88 от 4 Ноември 2022г./ са дефинирани в мотивите на нейното изменение и са следните: „С предложените промени се цели диференциран подход при определяне на минималното адвокатско възнаграждение при отделните дейности, който да доведе до справедливи житейски и правни резултати в съответствие с покупателната способност на населението и актуалната икономическа обстановка в Република България. Изменението цели да се актуализира нормативната уредба, така че да отговаря на икономическата обстановка в страната и актуалните икономически фактори към м. септември 2022 г. и да остойности по

достоеен и справедлив начин работата на адвоката.“

В контекста на изложеното, съдът счита, че е допустимо и справедливо да се съобразят обстоятелствата по конкретното дело, положеният защитим труд, а не единствено в контекста на материалния интерес и установения с Наредбата минимален размер на възнаграждението- чл.8, ал.1 във вр. чл.7, ал. 2, т. 6.

Настоящото дело не се отличава с фактическа и правна сложност, имайки предвид конкретния предмет-обжалвания административен акт, съпътстващата го административна преписка и нейният документален обем. Проведени са четири съдебни заседания, чието съдържание е било изслушване на конкретните съображения и искания на страните, без да се провежда процесуално-следствена дейност и приобщавана значима доказателствена съвкупност. От друга страна- процесуалният представител на жалбоподателя е изготвил освен жалбата, така също и няколко становища в хода на делото, както и допълнително е депозирал писмени бележки, като всички те са със задълбоченост, обем и стремеж да отговорят на всяка една от претенциите на насрещната страна т.е. положил е труд с отдадено значение на представлявания правен интерес, който е с немалка времева продължителност.

Съобразявайки горните обстоятелства на осъществената дейност в контекста на обхвата и сложността на правния спор, съдът счита, че справедливо адвокатско възнаграждение се явява такова в размер на 10000 лева.

За сравнение- определената държавна такса за този вид съдопроизводствена дейност и материален интерес законодателят е фиксирал на 1700 лева съгл. 27, ал.6 от ЗУСЕФСУ, като е съобразил икономическите условия в страната, както и размерът да не възпрепятства достъпа до административно правосъдие, като същевременно се създават гаранции за по-бързо и ефективно правораздаване в изпълнение на конституционно закрепената роля на съдилищата. Аналогията е допустима, след като правосъдната функция на държавата е по искане и в интерес на гражданите и юридическите лица, а в същия интерес е и процесуалното представителство.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2 АПК, Административен съд София-град, III отделение, 80 състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение изх.№5-004-0007-2-646/31.08.2022г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 – 2020 г., с което на Столична община ЕИК[ЕИК] е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността по Договор № СЕ-86/13.07.2022г. с изпълнител „Чериът моторс“ АД за нарушение на чл.107, т.1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

ОСЪЖДА Министерство на околната среда и водите, с адрес [населено място], [улица], да заплати на Столична община ЕИК[ЕИК] сумата от 11 700,00 (единадесет хиляди и седемстотин) лева разноски по делото.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд на Република България, в четиринадесетдневен срок от връчването му на страните.

СЪДИЯ: