

РЕШЕНИЕ

№ 1322

гр. София, 01.03.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 71 състав,
в публично заседание на 01.02.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Бозуков

при участието на секретаря Илияна Янева и при участието на прокурора Ива Цанова, като разгледа дело номер **3514** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕИФ/, във връзка с чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на Столична община: [населено място], ул. Московска № 33, представлявана от Кмета Й. Ф., против Решение от 26.03.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“, № Д-34-98/09.10.19 г., с бенефициент Столична община в партньорство със [фирма], за изпълнение на проект BG16M10P002- 5.004-0005 „Изпълнение на дейности за подобряване качеството на атмосферния въздух в Столична община чрез доставка на 52 броя нови електрически автобуси и специализирано оборудване за тях“, с което е определена финансова корекция по пропорционалния метод от стойността на разходите, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, представляващи средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕИФ, в размер на: 5% по договор № А-14/08.02.2021 г., за изпълнение на обособена позиция № 1, сключен с изпълнител [фирма], на стойност 514 450, 00 лв. (петстотин и четиринадесет хиляди четиристотин и петдесет лева) без ДДС и 5% по договор № А-15/08.02.2021 г., за изпълнение на обособена позиция № 2, сключен с изпълнител [фирма], на стойност 514 450, 00 лв. (петстотин и четиринадесет хиляди четиристотин и петдесет лева) без ДДС, в резултат на проведена процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на

СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически втобуси на територията на Автобусно поделение З. и Автобусно поделение М., по две обособени позиции:

Обособена позиция № 1 - „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на Автобусно поделение З.“;

Обособена позиция № 2 - „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на Автобусно поделение Малашевии“.

В жалбата е посочено, че решението е незаконосъобразно, необосновано, издадено в противоречие с целта на закона и се иска то да бъде отменено.

В съдебно заседание жалбоподателят Столична община, редовно уведомен, се представлява от юрисконсулт Г.. Юрисконсулт Г. моли съдът да отмени процесното решение и да уважи жалбата по съображения, подробно изложени в същата. Претендира разноски, за които представя списък.

Ответникът Ръководителя на УО на ОП "ОКОЛНА СРЕДА 2014-2020, редовно уведомен, се представлява от юрисконсулт П.. Юрисконсулт П. моли съдът да не възприема в пълнота експертното заключение, тъй като същото разширява обхвата на въпросите и допуска изземване функции на съда, като са направени самостоятелни заключения, които водят до решаване на казуса. Счита експертизата за изцяло едностранна и целяща легитимация на констатираните несъответствия в документацията.

Моли съдът да постанови решение, с което да отхвърли жалбата и да потвърди издадения индивидуален административен акт, като законосъобразен и съгласно приложими нормативни актове. Претендира юрисконсултско възнаграждение, съгласно Наредбата за правна помощ. Не прави възражение за прекомерност на разноските на жалбоподателя.

СГП, редовно уведомена, представлява се от прокурор Ц., която с оглед събраните по делото доказателства, счита жалбата за основателна.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

На бенефициентът е изпратено писмо изх. № 5-004-0005-2-269/11.03.2021 г., на УО на ОП ОС, с което е уведомен, съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ за вида на констатираното нарушение при осъществен контрол за законосъобразност на горепосочената обществена поръчка и сключените в резултат на нея договори с цитирания изпълнител, както и за размера на финансовата корекция, за да му се даде възможност да се запознае с него и в случай, че има възражения да ги изложи като ги подкрепи с доказателства в срок до 14 (четиринадесет) календарни дни, считано от датата на получаване на цитираното писмо.

Съгласно писмо изх. № 5-004-0005-2-269/11.03.2021 г., на УО на ОП ОС констатираното нарушение се изразява в следното:

УО твърде, че е налице нарушение на чл. 70, ал. 7 от ЗОП, чл. 70, ал. 5 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, тъй като възложителят е формулирал незаконосъобразни условия в показател за оценка на подадените оферти. На основание т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови

корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., изм. и доп. ДВ. бр.19 от 6 март 2020 г., е определена финансова корекция в размер на: 5 % по договор № А-14/08.02.2021 г., за изпълнение на обособена позиция № 1 сключен с изпълнител [фирма], на стойност 514 450, 00 лв. (петстотин и четиринадесет хиляди четиристотин и петдесет лева) без ДДС и

5 % по договор № А-15/08.02.2021 г., за изпълнение на обособена позиция № 1 сключен с изпълнител [фирма], на стойност 514 450, 00 лв. (петстотин и четиринадесет хиляди четиристотин и петдесет лева) без ДДС.

В срока, предоставен с писмо изх. № 5-004-0005-2-269/11.03.2021 г., в съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е депозирано възражение от бенефициента с изх. № СО21-ДИ04-816- /2У23.03.2021 г., по основателността и размера на първоначално определената финансова корекция, като отбелязал следното:

На първо място, оспорва твърденията, че критерия за възлагане е дискриминационен, респ. методиката по възлагателната процедура намира за законосъобразна. На второ място оспорва извода, че са налице елементите на определението за нередност по смисъла на чл.2 § 36 от Регламент 1303/2013 г. на Европейския парламент и на Съвета, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна по основание и размер.

Счита, че е налице съответствие с императивните правила по чл. 70, ал. 7, т. 1-3 от ЗОП, което дисквалифицира критерия за възлагане като дискриминационен, респ. одобрената методика за оценяване като незаконосъобразна. От съпоставката на задължителните /базовите/ и допълнителните елементи на предложенията по показателя П 2 се установявало, че първите са предвидени като условие за допускане до участие в процедурата, а вторите, имащи съдържанието и характера на надграждащи елементи, преценени в съответствие с предложението спрямо съответния елемент, допринасял за получаването на по-голям брой точки при оценяването в зависимост от кумулативното наличие на посочените в методика надграждащи елементи. Същите носели точки при оценяването и били свързани с качеството на изпълнение, а не с пълнотата и начина на представяне на информацията в техническите предложения на участниците. В случая не било допуснато нарушение на изискванията на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. Яснотата на начина на оценяване на всеки показател е функция на изискванията по чл. 70, ал. 7 от ЗОП и означавало разбираемост, логичност на начина на оценяване, каквото възложителят е осигурил с одобрената методика. Обвързването, направено от възложителя между точките, които се присъждат, и броя на факторите, влияещи на оценката, част от които включват и надграждащите елементи, било разбираемо за участниците и давало възможност за обективна оценка, поради което не бил налице фактическият състав на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. Следователно, възложителят чрез утвърдената методика е осигурил предпоставки за обективно сравняване и оценка на офертите, респ. възпрепятствал е възможностите за субективизъм в процеса на оценяване. Като резултат от горното, липсвало и ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, което се установявало и от броя оферти, подадени, а именно 3 броя постъпили оферти, както и липсата на

постъпили искания за разяснения във връзка с методиката.

С оглед на всичко изложено дотук, счита за недоказани визираните нарушения на правилата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 70, ал. 5, чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл. 33; ал. 1 от ППЗОП при провеждане на обществената поръчка от оспорващата община в качеството на възложител. Налагал се, обоснован извод за липса на нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, във връзка с т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Съответно, не е осъществен вторият елемент от фактическия състав на нередността по см. На чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г., с оглед на което преценка относно третия елемент - нарушението има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, била недължима.

В случая проверяващите не са анализирали правилно изискванията, заложи в оценителната методика, както и не са съобразили правилно разписаните в нея условия и дефинирани понятия, предвид което е изведен необоснован извод за нейното противоречие с чл. 70, ал. 7, във връзка с чл. 70, ал. 5 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

УО на ОПОС не приел изложените твърдения от бенефициента и счита, че констатираното по-горе нарушение дава основание да се приеме за изпълнен фактическия състав на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, съгласно който финансова корекция се налага за нередности, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица, нанасянето на вреда на средства от Европейски структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ). По смисъла на т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 „нередност“ означава 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. При систематичното и логично тълкуване на горепосочените норми било видно, че налагането на финансови корекции е задължително при установяване на нередност/и, които представляват нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки, като в тази връзка е съдебната практика, че нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, (36) Регламент № 1303/2013 е в съответствие и с практиката на Съда на Европейския съюз, съгласно решение: Firma E. Kollmer Fleischimport und - export, C-59/14, EU: C: 2015:660, nu 24, както и решение Wroclaw, EU: C: 2016:562, nu 44. В конкретния случай, УО на ОПОС бил установил противоправно поведение на възложителя при откриване на процедурата за възлагане на обществената поръчка, финансирана със средства по Оперативна програма „Околна среда- 2014-2020“, изразяващо се в нарушаване на изрично цитираните по-горе правни разпоредби от българското национално законодателство - Закона за обществените поръчки, т.е. установено било категорично нарушение на приложимото българско национално законодателство. Според УО на ОПОС, които твърди, че е анализирал и финансовия

ефект на констатираното нарушение, отчитайки фактът, че чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и приел като основание за определяне на финансова корекция, наличието на нередност/и, съставляваща нарушение на приложимото национално законодателство, което би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

УО на ОПОС твърди, че за констатираното нарушение във връзка с процедурата за възлагане на обществената поръчка, предмет на последващ контрол, е посочил конкретните правни норми, които не са спазени, и които са довели до нарушаване на правилата за възлагане на обществените поръчки и на регламентираните в чл. 2 от ЗОП, основни принципи за липса на дискриминация, публичност, прозрачност и равнопоставеност на участниците в избора на изпълнител. При определяне размера на финансовата корекция УО на ОПОС, в съответствие с чл. 3, ал. 2 и чл. 5 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 закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове“, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., изм. ДВ. бр. 67 от 23.08.2019г., изм. и доп. ДВ. бр.19 от 6 март 2020 г., заявява че е отчел характера и тежестта на нарушението и финансовото му отражение.

Предвид това с Решение от 26.03.2021 г. е определил финансова корекция по пропорционалния метод от стойността на разходите, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, представляващи средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, в размер на: 5% по договор № А-14/08.02.2021 г., за изпълнение на обособена позиция № 1, сключен с изпълнител [фирма], на стойност 514 450, 00 лв. (петстотин и четиринадесет хиляди четиристотин и петдесет лева) без ДДС и 5% по договор № А-15/08.02.2021 г., за изпълнение на обособена позиция № 2, сключен с изпълнител [фирма], на стойност 514 450, 00 лв. (петстотин и четиринадесет хиляди четиристотин и петдесет лева) без ДДС, в резултат на проведена процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на Автобусно поделение 3. и Автобусно поделение М., по две обособени позиции:

Обособена позиция № 1 - „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на Автобусно поделение 3.“;

Обособена позиция № 2 - „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на Автобусно поделение Малашевии“.

По делото е изготвена и приета СТЕ.

При така установената фактическа обстановка, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в преклузивния 14-дневен срок по чл. 149 от АПК, от лице, имащо правен интерес от оспорване, и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание

и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ, ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма и отговаря на изискванията на чл. 59, ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Актът съдържа фактически и правни основания, послужили за издаването му. 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.

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

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския Парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, 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 неправилен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г.

Процесното решение е издадено на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 73 от ЗУСЕСИФ, във връзка с чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ и Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова

помощ № Д-34-98/09.10.2019 г. с бенефициент - Столична община в партньорство със [фирма] за изпълнение на проект RG16M10P002-5.004-0005 „Изпълнение на дейности за подобряване качеството на атмосферния въздух в Столична община чрез доставка на 52 броя нови електрически автобуси и специализирано оборудване за тях" и с оглед констатации, обективирани в писмо изх. № 5-004-0005-2-269/11.03.2021 г. на УО на ОПОС и сигнали за нередност № 663 и № 664, регистрирани в Регистъра на сигналите за нередности по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г. на УО на ОПОС.

Решението за налагане на финансова корекция е получено от бенефициента на 26.03.2021 г. /чрез ИСУН/ и е заведено в деловодството на бенефициента с вх. № СОА21-ДИ04-Ю59/26.03.2021 год., което определя допустимостта на настоящата жалба като подадена в законоустановения за това срок.

С оглед горното за бенефициента - Столична община е налице правомерен и обоснован правен интерес от съдебно обжалване на решението за определената финансова корекция, тъй като с процесното решение се засягат неговите права и законни интереси.

Ръководителят на Управляващият орган (Р.) е възприел, че е налице нередност, съобразно дефиницията за нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС)1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета по гореописания договор, която е извършена от бенефициента - Столична община.

Твърдяната нередност за незаконосъобразни условия е класифицирана, съгласно Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 на Наредба за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017г., като нарушение по т. 11, буква „б“ от процесното Приложение № 1.

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. 70, ал. 7 от ЗОП, чл. 70, ал. 5 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, 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. 11, б. „б“ 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.

Нередността е квалифицирана по т. 11, б „б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., но съдът счита, че не е налице нарушение по този пункт, защото оценителната методика по възлагателната процедура е законосъобразна. С нея ясно и безпротиворечиво е определен начина за оценяване на офертите по всеки показател. Методиката дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации. Методиката дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, като осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател.

Налице е съответствие с императивните правила по чл. 70, ал. 7 от ЗОП, което не прави критерия за възлагане дискриминационен, респ. одобрената методика за оценяване незаконосъобразна. Изводите в процесното Решение от 26.03.2021 г. са неправилни и непочиват на наличните доказателства за откриването и провеждането на обществената поръчка с горесцитирания предмет. Противно на приетото от УО, съдът счита, че регламентацията на елементите, формиращи оценка на предложенията по показател П 2, са ясни и конкретни. От съпоставката на задължителните и допълнителните елементи на предложенията по показателя П 2 е видно, че първите са предвидени като условие за допускане до участие в процедурата, а вторите, имащи съдържанието и характера на надграждащи елементи, преценени в съответствие с предложението спрямо съответния елемент, допринасят за получаването на по-голям брой точки при оценяването в зависимост от кумулативното наличие на посочените в методика надграждащи елементи. Същите носят точки при оценяването и са свързани с качеството на изпълнение, а не с пълнотата и начина на представяне на информацията в техническите предложения на участниците. Не се доказва допуснато нарушение на изискванията на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. Установява се яснотата на начина на оценяване на всеки показател, който е функция на изискванията по чл. 70, ал. 7 от ЗОП и значи разбираемост, логичност на начина на оценяване, каквото възложителят е осигурил с одобрената методика. Обвързването, направено от възложителя между точките, които се присъждат, и броя на факторите, влияещи на оценката, част от които включват и надграждащите елементи, е разбираемо за участниците и дава възможност за обективна оценка, поради което не е налице фактическият състав на чл. 33, ал. 1 ППЗОП. Следователно възложителят чрез утвърдената методика е осигурил предпоставки за обективно сравняване и оценка на офертите, респ. възпрепятствал е възможностите за субективизъм в процеса на оценяване. Като резултат от горното липсва и ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, което се установява и от броя оферти, подадени, а именно 8 броя постъпили оферти, както и липсата на постъпили искания за

разяснения във връзка с методиката.

В тази връзка съдът намира за недоказани визираните нарушения на правилата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 70, ал. 5, чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП при провеждане на обществената поръчка от възложител. Налице е извод за липса на нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСКСИФ, във връзка с т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Съответно, не е осъществен вторият елемент от фактическия състав на нередността по см. на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г., с оглед на което преценка относно третия елемент - нарушението има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, е недължима.

Проверяващите не са анализирали правилно изискванията, заложили в оценителната методика и не са съобразили правилно разписаните в нея условия и дефинирани понятия, предвид което е извел необоснован извод за нейното противоречие с чл. 70, ал. 7, във връзка с чл. 70, ал. 5 от ЗОП и чл.33, ал.1 от ППЗОП.

Ясно е посочено в Методиката, че техническото предложение представлява предложение за цялостния подход за изпълнение на обекта, при което трябва задължително да съдържат най-малко следните изискуеми елементи:

МЕ.1. Предложение за подхода и организация на изпълнение на проектантската задача (изготвянето следва да е разделено поетапно). За дейностите по проектиране и авторски надзор, следва да е показано разпределението по проектанти. С цел гарантиране изготвянето на крайния продукт, наедно да еа поечепи необходимите ресурси за дейностите от проектантската задача и задълженията на отговорния/те за изпълнението й проектанти, както и да са предложени мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа от проектанти, с които да се гарантира изпълнението на поръчката. За гарантиране на ефективността на мерките, същите следва да са съпроводени с посочване на: съдържание и обхват на мярката, конкретни лица, ангажирани с изпълнението, както и конкретните задължения на тези лица за изпълнение на мярката.

МЕ.2. Предложение за подхода и организация на изпълнение на обекта, включващ технологията и последователността на извършване на СМР (изпълнението на обекта следва да е разделено на етапи, по дейности и задачи съобразно организацията на участника, при съблюдаване на предварително обявените условия на възложителя), като е представено съблюдаването на общите изисквания за безопасни и здравословни условия на труд в строителството.

МЕ.3. Предложение за организацията за обезпечаване на необходимите материали и организацията на работата на човешките ресурси за всички СМР, включени в поръчката, при което е посочено как се разпределят основните отговорности и дейностите между предвидените от участника експерти, в съответствие с изложението на подхода за изпълнение на обекта и предварително обявените условия на възложителя.

МЕ.4. Предложение по отношение процеса на комуникация, координация, контрол и субординация както между експертите на изпълнителя, така и между заинтересованите лица в рамките на изпълнението на строителните

работи, включително при допустимите варианти по прекъсването ѝ.

МЕ.5, Предложение за реализация на идентифицираните като минимално необходими базови мерки, касаещи социални характеристики, а именно намаляване на негативното въздействие от изпълнението на строителните работи върху кръга засегнати лица. Мерките отчитат спецификата на възлаганите работи и са насочени към конкретната обществена поръчка, а не са мерки от общ характер, т.е. са приложими към всяка една поръчка за СМР или инженеринг без значение на нейния обхват и специфични особености. Всяка мярка съдържа едновременно следните два компонента: **А).** Предложение относно обхвата и предмета на мярката; **Б).** Текущо прилагане на мярката и предприемане и прилагане на действия в случаите на отклонение от изпълнението ѝ.

Б. мерки идентифицирани като минимално необходими са:

Организиране на работния процес, така че да не се прекъсва

Информирание на работници служители и постоянно и временно пребиваващите граждани в обхвата на работите относно предстоящи строително-монтажни работи.

- **МЕ.6.** Предложение за реализация на идентифицираните като минимално необходими базови мерки за ограничаване на негативното влияние от строителния процес върху околната среда. Мерките отчитат спецификата на възложените работи и са насочени към конкретната обществена поръчка, а не са мерки от общ характер, т.е. са приложими към всяка една поръчка за СМР 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:

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

Б. мерки идентифицирани като минимално необходими са:

Недопускане на замърсяване на работните и прилежащи площи с отработени горива, масла и др. работни течности от механизацията;

Намаляване запрашеността на атмосферния въздух при изпълнение на поръчката:

Управление на генерираните строителни отпадъци в процеса на строителство;

В случая ясно и безпротиворечиво е посочено, че изложението на цялостния подход за изпълнение на поръчката трябва да съдържа най-малко горните задължителни елементи.

Посочено е в Методиката при какви условия се отстранява техническото предложение на участниците. Разписан е ясен начин на оценяване и са посочени условията за надграждане на техническото предложение, а именно:

Задължения на отговорните ключови експерти, съобразно спецификата на задачите и предложения подход за изпълнение.

Предложени са допълнителни мерки извън базово идентифицираните от

възложителя като минимално необходими, касаещи социални характеристики, а именно намаляване на негативното въздействие от изпълнението върху кръга засегнати лица. 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 (СМР 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, предприемане и прилагане на действия в случаите на отклонение от изпълнението ѝ.

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 СМР 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 и. Решаващият орган възприема разписаните стъпки и обстоятелства за присъждане на по-голям брой точки по техническия показател за незаконосъобразни. Тъй като от една страна по същество приповтарят задължителните елементи МЕ.1, МЕ.2 и МЕ.3, които трябва да се съдържат в техническите предложения на участниците с несъществени допълнения, което е в нарушение на чл.33, ал.1, изр. второ от ППЗОП и въвежда субективни понятия от друга страна в нарушение на чл. 70, ал. 7 от ЗОП. Прието е, че обстоятелствата за присъждане на по-голям брой точки са в нарушение на разпоредбите на чл.70, ал.7 от ЗОП, тъй като не дават възможност на участниците предварително да разберат начина на определяне и пресмятане на оценката по техническия показател, тъй като възложителя не е дал дефиниция на субективни понятия като „навременно изпълнение“, „качествено изпълнение“ и „кои условия за надграждане, ще се считат за съществени“ за навременното и качествено изпълнение на поръчката“, които са ключови за присъждането на по-голям брой точки. В този смисъл в писмото се твърди, че е дадена неограничена свобода на оценителната комисия да интерпретира по свой субективен начин предложенията на участниците.

В методиката за оценка е посочено, по какъв начин, при липсата на надграждащо условие, но при наличие на задължителните елементи от МЕ.1, МЕ.2, МЕ.3, МЕ.4, МЕ.5 и МЕ.6, се разглежда и оценява офертата. Видно от скалата за оценяване: с 20 точки се оценява Техническото предложение, когато отговоря на минимално поставените изисквания за съдържание, качество и наличие на задължително изискуеми елементи и в своята последователност гарантира навременното и спрямо минималните изисквания

на техническата спецификация постигане на резултати, но спрямо него не може да бъде констатирано мотивирано наличие (не просто формално включване или поставяне на текстове) на някое от определените от възложителя надграждащи условия. Предвидена е хипотезата на оценка на предложението на участника, когато не са налице надграждащи условия. Тоест Възложителят е предвидил начина на оценяване на предложението, при което са налице задължителните елементи и същото е допуснато до оценка, но не съдържа надграждащи елементи. Минималното изискване по отношение на МЕ.1 и МЕ.2 е с оглед преценка на предложеният подход на организация и изпълнение на дейностите предмет на поръчката на етапи за проектирането и на етапи, дейност и задачи при СМР. Докато при извършване на оценяването се изследват ключовите моменти онези положения от изпълнение на проектната задача е изходните данни и факторите, които предпоставят изпълнението на проектирането.

Горното се отнася и за строителния процес, като при него се преценява и предложението за дефинираните необходими ресурси за изпълнение и конкретните задължения на отговорните експерти /което не е част от задължителния компонент/.

Не се изследва пълнотата на изложението за някои от задължителните части от компонентите, а предложение на допълнителен фактор, изискване /каквито са ключовите моменти, предложение за разпределение на ресурсите и дефиниране на отделните задължения па експертите/.

В горния смисъл изискванията, формулирани в методиката нямат ограничителен характер, а дават възможност на широк кръг участници да представят офертите, като те трябва да бъдат съобразени и с останалите изисквания, поставени от възложителя. В методиката ясно са разписани изискванията, които следва да бъдат включени в техническата оферта, както и последиците от липсата на някое от тях-съответно оценяването им с по-малък брой точки. Гаранция за свеждането до минимум на субективната оценка е експертната оценка направена от членовете на помощния орган на възложителя и задължението за излагане на конкретни и адекватни мотиви към всяка една оценка на съответното техническо предложение по този показател. Съгласно чл. 70, ал. 7 от ЗОП, методиката за оценка следва да отговаря на определени критерии, като право на Възложителя е в рамките на закона да определи показатели и методика за оценка, които в най-голяма степен да гарантират, че ще получи нужната му услуга/доставка/строителство при възможно най-добри условия, получавайки възможно най-големи гаранции за точното и качествено изпълнение.

Налице е желание на възложителя да получи икономически най-изгодна оферта, а постъпилите оферти да се оценят адекватно. С оглед на това, съдът счита, че направеното тълкуване от страна на проверяващите по отношение на Методиката на оценка на офертите е изцяло погрешно и не отговаря на фактическата обстановка, посоченото в методиката, предвид метода на оценка е разписаната скала на оценяване. Предвиденият начин на оценка е разработен в пълно съответствие с изискването на чл. 70, ал. 7, т. 3, буква "б" от ЗОП, според което за качествените показатели, които са количествено неопределими (какъвто е настоящият случай), се посочва начинът за тяхното

оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка. В случая действията на Възложителя са правилни, същите не представляват по какъвто и да било начин нарушение на конкретна разпоредба на нормативен акт и не е доказано, че възложителят е нарушил разпоредбата на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. Възложителят се е постарал да формулира методика на оценяване, като включи в нея елементи, с които да оцени разбирането на участника за изпълнение предмета на поръчката. В ЗОП няма забрана за формулиране на относително субективни показатели, които нямат точен математически израз, но в този случай гаранция за избягване на непрозрачно и субективно оценяване е излагането на мотиви от страна на членовете на комисията за оценка. Видно от протокола от работата на комисията, те подробно са разгледали предложенията на участниците, като са ги оценили съобразно заложената методика за оценка и са се мотивирали за поставената оценка.

Твърдението, че е налице нарушение по чл. 33, ал. 1 и чл. 70, ал. 1 от ЗОП е неоснователно и недоказано. Следва да се отбележи, че определянето на показателите за оценка на офертите е част от оперативната самостоятелност на възложителя, като той сам определя онези показатели, които имат преимуществено значение за избора на участниците, като посочва самостоятелно и тяхната относителна тежест. За да бъде методиката законосъобразна, тя трябва да бъде създадена така, че при нейното прилагане да се стигне до обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите, от които да бъде избран успешният участник. А именно такава е коментиранията методика за определяне на комплексна оценка на офертите и именно в този смисъл за обсъжданата методика е налице съответствие с нормативните изисквания на ЗОП. Заложените в нея показатели са подчинени на предмета на поръчката и са тематично определени характеристики, това прави методиката за оценяване пълна и точна.

Твърдението, че в методиката за оценка на офертите възложителят не е осигурил достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката на показателя „Техническо предложение изпълнение на поръчката“ по отношение на някои твърдения е неоснователно, а от там и сочените за нарушени разпоредбите на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 70, ал. 7 и чл. 70, ал. 5 от ЗОП и чл. 33 от ППЗОП.

В документацията за обществена поръчка се съдържа достатъчно информация, която е необходима на участниците, за да изготвят своите предложения. В своята съвкупност те представляват достатъчна по обем информация, с ясни и точни указания и поради това предопределят методиката като предвидима и ясна, т.е. участниците в процедурата са наясно още преди подаването на офертата колко точки биха могли да получат при представяне на своята техническа оферта, както и да преценят какво точно да предложат, за да получат максимален брой точки по съответния показател за техническа оценка. Възложителят подробно е посочил какво следва да направи всеки един потенциален участник в техническото си предложение, за да попадне в хипотезата на съответствие изготвеното от тях техническо предложение.

Съвсем ясно и безпротиворечиво е посочено в методиката за оценка, че

предложението на участника следва да съдържа всички предложения, описани в даден ред от таблицата за оценка на показателя, за да му бъдат присъдени съответния брой точки. За всяка от оценителните стъпки по тях с посочено ясно изискването и съответния брой точки, които ще бъдат поставени. Налице са изрично формулирани допълнения, които дават допълнителна конкретика на изискванията на възложителя.

Цитираните понятия „навременно и качествено изпълнение на поръчката" не са употребени като нещо специфично и относимо за определена стъпка на оценяване. Понятията не са изрично дефинирани, тъй като в инвестиционния процес /проектирането и строителството/ навременното изпълнение е свързано със срока за изпълнение /тоест изпълнението да започне и да приключи в предложения срок/, а качеството на изпълнение с предложените технологии, влаганите материали, експертизата на експертите, материалната осигуреност и др., а този факт е известен. По отношение на другото ползвано понятие „съществени" условия за навременното и качествено изпълнение на поръчката важат горните твърдения. Строителният процес и изпълнението на проектантската задача са процесите, с определени нормативни рамки и технологични последователности, респ. съществените условия за навременното и качествено изпълнение са опосредени от спазването на определени нормативни изисквания, изисквания на техническата спецификация, организация на изпълнение и планиране на участника. По-силно основание е и това, че употребените понятия не са с различна интерпретация употребени в разглеждането на техническите предложения, допускането на участниците до оценка, респ. до скалата на оценяване.

В случая в компетентността на оценителната комисия остава решаващата преценката за получаване на точки по съответните показатели, но тя не е в противоречие с разпоредбите на ЗОП. Членовете на комисията са с квалификация и опит съобразени с предмета на поръчката, което гарантира обективност в нейната работа.

Съдът счита, че условията въведени в методиката за оценка не са неясни и не предполагат субективно третиране на показателя, както от страна на участниците, така и от страна на помощния орган на възложителя, защото всеки един от тях може точно да идентифицира кои са дейностите - предмет на поръчката; особеностите, които са присъщи за всяка от дейностите и съответно да се направи преценка дали предложените от участника мерки се отнасят за дадена дейност от предмета на поръчката и дали отчитат нейните специфики. Последното е безспорен израз на обективизъм в поставените критерии по показателя ТО, защото е съобразен с предмета на поръчката, осигурява равнопоставеност и не възпрепятства стопанските субекти до участие, като техническата спецификация и документация по поръчката са публично достъпни за всички заинтересовани лица.

В заключение съдът счита, че процесната методика за оценка дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено в съответните технически предложения на участниците, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническата спецификация, дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения и осигурява на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат

при определяне на оценката по всеки показател, в съответствие с чл. 70, ал. 7 от ЗОП.

В писмото на УО на ОПОС не е изложено в какво се състои нарушението на оценителната методика, не се установява степента на същото, за да е налице правомерен и обоснован извод, водещ до прилагане на претендираната отговорност за възстановяване на определената финансова корекция.

Възлагателната процедура е проведена при спазване на целта на чл. 70, ал. 1 от ЗОП, като в методиката за оценка са предвидени именно показатели за постигане на съотношението „качество - цена“. Начинът за определяне на оценката по всеки показател от методиката е съобразен с принципите, заложи в ЗОП, а именно: те дават възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; осигуряват на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които те се прилагат при определяне на оценката по всеки показател от оценителната методика.

Отделно от това, Процесното решение е незаконосъобразно, поради необоснованост, предвид липса на годни основания за постановяването му по ЗУСЕСИФ, в нарушение на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК:

Разпоредбата на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК въвежда императивно изискване индивидуалният административен акт да съдържа фактически и правни основания за издаването му. Излагането на фактически основания в административния акт е от съществено значение, тъй като само по този начин възложителя като адресат на акта, може да разбере каква е действителната воля на административния орган, кои са конкретните факти, въз основа на които същият с чел, че следва да упражни предоставените му властнически правомощия.

В процесното решение не е посочено правно основание, което да обосновава налагането на финансова корекция. В този смисъл в атакувания акт липсва позоваване на правната норма на чл. 70 от ЗУСЕСИФ, чиито хипотези регламентират основанията за отмяна на финансова подкрепа със средства от ЕС. Която подкрепа може ще бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на конкретно посочени в цитираната норма основания, както следва:

1. когато по отношение на бенефициента е налице конфликт на интереси по смисъла на чл. 57 от Регламент (КС) № 966/2012;
2. за нарушаване на правилата за държавната помощ по смисъла на чл. 107 от Договора за функционирането на Европейския съюз;
3. за нарушаване на принципите по чл. 4. параграф 8. чл. 7 и 8 от Регламент (НС) № 1303/2013;
4. за нарушаване на изискването за дълготрайност на операциите в случаите и в сроковете по чл. 71 от Регламент (ЕС) № 1303/2013;
5. за проекта или за част от него не е налична одитна следа и/или аналитично отчитане на разходите в поддържаната от бенефициента счетоводна система;
6. за неизпълнение на мерките за информация и комуникация,

задължителни за бенефициентите;

7. за неизпълнение на одобрени индикатори;

8. при постъпили инцидентни приходи във връзка с изпълнението на проекта:

9. за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от НСИФ;

10. за друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Като в ал. 2, на чл. 70 ЗУСЕСИФ се регламентира, че случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

В конкретния случай нито едно от нормативноустановените основания, обосноваващи налагането на финансова корекция не се сочат в цитираното решение, което от своя страна обуславя следните нарушения при издаване на акта: От една страна актът е издаден в нарушение на изискването за форма, тоест при липса на относими правни основания. От друга страна тази липса предполага и липсата на мотиви за определяне и налагане на финансова корекция. Следователно, за да е налице основание за определяне на финансова корекция УО трябва да установи и да докаже, че бенефициентът е извършил някое от предвидените в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ нарушения. Това обаче не е извършено от УО, който в настоящия случай не е посочил коя от хипотезите, визирани в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ приема за осъществена, тъй като всяка от тях изисква установяването на различни факт.

В процесното решение се сочат за нарушени разпоредбите на ЗОП: чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП, но мотиви и в тази насока не са изложени от УО.

Нарушаването на цитираните разпоредби изисква установяването на различни обстоятелства, доказването на които в конкретния случай не е проведено от УО. Който в цитираното решение само е включил текстове от възражението, депозирано от бенефициента, но само цитирайки го без да обоснове решаващите си изводи за незаконосъобразност.

С оглед изложеното в процесното решение не е изложено в какво се състои нарушението, не се установява степента на същото, за да е налице правомерен и обоснован извод, водещ до прилагане на претендираната отговорност за възстановяване на определената финансова корекция.

В хода на производството по определяне на финансова корекция не са обсъдени конкретните съображения в депозираното пред УО възражение от бенефициента. Необсъждането на доводите и липса на анализ от УО на всички факти и обстоятелства, събрани и представени в хода на производството по налагане на финансовата корекция, съставлява нарушение на административнопроизводствените правила.

Цитираното решение е необосновано и немотивирано, постановено в нарушение на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК и чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ.

В съответствие със служебното начало залегнало в чл. 9, ал.2 от АПК

административният орган е следвало преди да издаде обжалвания акт да изясни конкретните факти и обстоятелства от значение за издаване на административния акт.

В случая компетентният орган не е изложил мотиви, обосноваващи решението. Липсата на мотиви, съответни на действителните обстоятелства представлява съществен порок на процесния акт, който до голяма степен възпрепятства преценката дали органът е упражнил това свое правомощие в съответствие с целите на закона, което е едно от основанията, предвидени в чл. 146 АПК за оспорване на индивидуалните административни актове.

Липсата на фактически основания/мотиви в оспорения административен акт е съществено нарушение на изискването за форма на административния акт (чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК) и административнопроизводствените правила, което води до невъзможност за защита и представлява самостоятелно отменително основание по смисъла на чл. 146, т. 2 от АПК, касаещо законосъобразността на акта. Като в този смисъл не може да се прецени как административният орган е обосновал извода си за решението за налагане на финансова корекция, което от своя страна обуславя немотивираност на процесния акт.

Ето защо като не е обсъдил мотивите във възражението УО е ограничил правото на защита на бенефициента. Това действие противоречи на принципите, заложи в Административнопроцесуалния кодекс и е в несъответствие с правото на добра административна практика, което всеки държавен орган дължи.

Посочените нарушения са съществени, тъй като са дали отражение върху съдържанието на издадения акт. Съобразявайки изложеното до тук е видно, че не са били налице предвидените предпоставки за постановяване на решение за определяне на финансова корекция.

Гореизложеното обосновава извод за незаконосъобразност на процесния акт в обжалваната част, поради липса на ясни и конкретни обстоятелства и правни основания за неговото издаване, което представлява абсолютно основание за отмяната му по смисъла на чл. 146, т. 2 - т. 3 от АПК. Липсата на фактически основания за издаване на акта не може да бъде saniрана с последващи действия.

На следващо място, финансовата корекция не е определена, съгласно чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Последната норма регламентира, че при определяне на размера на финансовите корекции се отчитат естеството и сериозността на допуснатото нарушение на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство и финансовото му отражение върху средствата от ЕСИФ. Като размерът на финансовата корекция трябва да е равен на реално установените финансови последици на нарушението върху изразходваните средства — допустими разходи. А когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи, чийто минимални и максимални стойности на процентните показатели се определят с акта по чл. 70, ал. 2 ЗУСНСИФ. Но в конкретния случай не е налице нередност по смисъла на чл. 2, §36 Регламент 1303/2013 г., и не се

наблюдава съответствие с определението за нередност, съгласно посочената норма, а именно: нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. От тези разпоредби става ясна и легалната дефиниция на понятието "нередност" за налагане на финансова корекция следва да са налице три предпоставки: действие или бездействие на икономически оператор, което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет, вредата да е в резултат на това действие или бездействие на икономическия оператор. В контекста на изложената функция на финансовата корекция се определя и нейният санкционен характер, който по скоро е обезщетителен за нанесени вреди. Горното се извежда от легалната дефиниция за нередност, въздигната в чл.2 § 36 от Регламент 1303/2013 г. на Европейския парламент и на Съвета (пряко приложим, препратка - чл. 69, ал.1 от ЗУСЕСИФ): „Нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участвал 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 неправилен разход в бюджета на Съюза.

Следователно, не всяко извършено нарушение на правото на Съюза или на националното право би могло да съставлява нередност, ако то е формално и не носи финансов негатив - вреди, за бюджета на ЕС. Предвид това УО на ОПОС е формирал неправилни изводи, относно наличието на нередност като се позовал на недоказано твърдение за: наличие на нарушени разпоредби на националното законодателство и за наличие на негативно финансово влияние, което не се обосновава от пряка и непосредствена причинно-следствена връзка между двете.

С оглед горното финансовата корекция посочена в процесния акт не е определена законосъобразно. Не са посочени мотиви за избор за приложимият в случая метод за определянето, не е мотивиран видът на нарушението съобразно приложението, не е обоснован и размерът на санкцията съобразно твърдяното нарушение, извършването на което не е доказано, нито е установена вредата от твърдените нарушения, нито степента на същите, за да е налице правомерно и обосновано налагане на финансова корекция.

Липсват два от съставомерните елементи на понятието „нередност“, а именно нарушението и вредата настъпила от твърдените от УО нарушения, по следните съображения:

Липса на елемента „вредата“ от състава на дефиницията за „нередност“:

В тежест на органа е да докаже, че нарушението стои в причинна връзка с

нанесени или потенциални вреди на общия бюджет- на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в бюджета. Наличието на финансови последици не следва автоматично от факта на извършване на нарушение, не се презумира, а следва да се обоснове, без оглед на метода на определяне на финансовата корекция. Процесното решение не отговаря на очертаното от закона задължително негово съдържание, поради липсата на мотиви относно втория и третия елемент от понятието за нередност - нанесена финансова вреда или опасност, възможност за такава върху бюджета на ЕС в пряка и непосредствена причинно-следствена връзка с нарушението. Установяването на реална или потенциална финансова вреда е в обхвата на релевантното изследване, реел. - явява се съставомерен компонент. Анализът на разпоредбите от националното и съюзното право в разглежданата материя води на извод, че не всяко нарушение на разпоредба на общностното или националното законодателство, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, е нередност по смисъла на съюзното право и основание за налагане на финансова корекция, а само такава, което има или би имало финансово отражение, като следва да е налице причинно-следствена връзка между нередността и потенциалния вредоносен финансов резултат върху бюджета на Съюза от нея. В случая въпросът за финансова вреда, респ. потенциална възможност за нанасяне на такава, не е изследван от решаващия орган.

Административният орган не е приложил закона правилно, а именно: използвано е предложение, колона 4, отнесена към т. 11, буква „б“ на 1 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, свързани със съобщение на Комисията № 2006/С 179/02, както следва: За възлагането на обществени поръчки, които не се подчиняват или се подчиняват частично на директивите за обществени поръчки, а именно: В някои случаи твърде ограничена икономическа стойност (каквато е спорната обществена поръчка - прогнозната ѝ стойност е по-малка от под праговете под праговете за обявяване в ОБЕС), възлагането на обществената поръчка не представлява интерес за икономическите оператори, разположени в други държави-членки. В подобни случаи въздействието върху основните свободи трябва да се разглежда като твърде несигурно и подчертано косвено, за да оправдае прилагането на норми, извлечени от първичното общностно законодателство.

Всеки възлагащ орган е този, който трябва да определи дали възлагането на предвидената обществена поръчка представлява потенциален интерес за икономическите оператори, разположени в други държави-членки. Европейската комисия счита, че това решение трябва да се основава на оценка на конкретните обстоятелства в дадения случай като обекта на обществената поръчка, очакваната ѝ стойност, особените характеристики на въпросния сектор (размер и структура на обществената поръчка, търговски практики и др.). както и географското място на изпълнението на поръчката.

За спорната обществена поръчка възлагащият орган е преценил с право, че тя не представлява потенциален интерес за икономически оператори,

разположени в други държави-членки. С оглед на това обстоятелство и предвид несигурното въздействие върху основните свободи на чуждестранни икономически оператори, съдът счита, че не съществува пряка и непосредствена причинно-следствена връзка между нарушението и финансовия му ефект, за да съществува годно основание за прилагане на финансова корекция. Ехо защо липсват мотиви в тази насока в атакуваното от нас Решение.

Поставените условия по процесната обществена поръчка не са променили кръга на заинтересованите от участие лица, поради което и не е обусловила наличието на някаква финансова вреда за бюджета на ЕС или Националния бюджет, поради което не е налице нарушение обуславящо определяне на финансова корекция.

Не е налице негативен финансов ефект под формата на налични или евентуални загуби за Националния бюджет и бюджета на Общността от действието на възложителя Столична община по изпълнението на договора за безвъзмездна финансова помощ. В тази връзка, определянето, налагането и извършването на финансова корекция върху бюджета на проекта на Столична община с мерна стойност възприета от размера на договорната стойност е в противоречие със закона и установените добри практики между лоялни партньори по горепосочения административен договор, което по същество определя и процесното решение като незаконосъобразно.

Липса на елемента „нарушение“ като състав на дефиницията:

Твърди се, че наличието на противоречие относно критериите за възлагане в обявлението и/или документацията на поръчката я определят като действие или бездействие на Възложителя, определяемо като „нарушение“ - един от елементите на дефиницията за нередност.

Твърденията на УО за извършено нарушение от възложителя по обществената поръчка с горесцитирания предмет не съставляват нередност. Доколкото липсват кумулативни елементи за изпълнение на състава на дефиницията, въздигната в чл.2 § 36 от Регламент 1303/2013 г. на Европейския парламент и на Съвета, а именно:

Липсва нарушение, изразяващо се в нарушаване на чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

Липсва нанесена вреда или риск от нанасяне на такава за бюджета на ЕС: разходите по горепосочения договор не са прогласени нито от УО на ОПОС, нито от друг компетентен административен или съдебен орган за неправомерни (напр. поради неизпълнение на договора, погрешно изплатена сума и т.н.). По никакъв начин УО на ОПОС не доказва дали съществува финансово отражение на твърдяното нарушение върху изразходваната и предвидената за изразходване безвъзмездна финансова помощ.

Процесното Решение на Ръководителя на УО на ОПОС е лишено от мотиви за наличие на причинно-следствена връзка между финансовия ефект и твърдяното нарушение, за което са налице доводите на ВАС, изразени в Решение № 1128/27.01.2017 г. по адм. дело № 9183/2016 г. и др. подобни - невъзможността за определяне на количественото изражение на вредата (действителна или потенциална) не изключва задължението на административния орган да се произнесе по този въпрос, независимо от

приложения метод за изчисляване на размера на корекцията.

Съдът кредитира изготвената и приета по делото СТЕ, защото не се съмнява, че тя е изготвена от вещото лице компетентно, а и защото заключението се подкрепя и от събраните по делото доказателства.

1. Вещото лице счита, че Комисията, извършваща оценяването, Методиката с нормативите и документацията по процедурата са легитимни и законно действащи. Като такива, предвид изложеното в пункт 2 по-долу, членовете на Комисията действат експертно по субективната им независима професионална преценка и анализ, според рамките на нормативите, регламентирани с Методиката и останалата документация по процедурата на тази Обществена поръчка, определени с Решение за откриване на процедура № РД-09- 84/20.03.2020 г.

2. За оценката по показателя Тп за оценка на „Техническото предложение за изпълнение на поръчката” не може да се установи нормативно да е фиксиран точен числов алгоритъм, математически обективизиращ присъждането на всяка една оценителска точка, давана по даден критерий, нито респективно някаква особена формула за определянето на всяка една оценителска точка, формираща общия сбор, даван по този от посочените показатели, т.е. нормативно тези величини се определят експертно и в регламентирани рамки, подробно изяснени със заключението.

3. Предвид гореизложеното, от експертно-техническа гледна точка, не може да бъде отхвърлена по безспорен начин валидността на Методиката, решенията на Възложителя и общинските органи по процедурата и изпълненото оценяване

като резултатен извод, достигнат по регламентирано действащите нормативна Методика и правила от легитимни членове на Комисията по процедурата за „открита обществена поръчка” Решение № РД-09-84/20.03.2020 г.

Съобразявайки изложеното, оспореният акт е незаконосъобразен. Същият е издаден в нарушение на административнопроизводствените правила, доколкото липсват доказателства и не е установено по надлежния ред наличието на материалноправните предпоставки, установени в чл. 59, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, чл. 70 и чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ.

С оглед изложеното, оспореното решение е незаконосъобразно и като такова следва да бъде отменено.

При този изход на спора на основание чл. 143, ал. 1 от АПК, на жалбоподателя следва да бъдат присъдени разноски в производството в размер на 1629 лв. , от които 1029 лв. държавна такса, 500 лв. депозит за вещо лице и 100 лв. юрисконсултско възнаграждение.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 62 състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Столична община: [населено място], ул. Московска № 33, представлявана от Кмета Й. Ф., против Решение от 26.03.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014- 2020“, № Д-34-98/09.10.19 г., с бенефициент Столична община в партньорство със [фирма], за изпълнение на проект BG16M10P002- 5.004-0005 „Изпълнение на дейности за подобряване качеството на атмосферния въздух в Столична община чрез доставка на 52 броя нови електрически автобуси и специализирано оборудване за тях“, с което е определена финансова корекция по пропорционалния метод от стойността на разходите, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, представляващи средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, в размер на: 5% по договор № А-14/08.02.2021 г., за изпълнение на обособена позиция № 1, сключен с изпълнител [фирма], на стойност 514 450, 00 лв. (петстотин и четиринадесет хиляди четиристотин и петдесет лева) без ДДС5% и по договор № А-15/08.02.2021 г., за изпълнение на обособена позиция № 2, сключен с изпълнител [фирма], на стойност 514 450, 00 лв. (петстотин и четиринадесет хиляди четиристотин и петдесет лева) без ДДС, в резултат на проведена процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на Автобусно поделение 3. и Автобусно поделение М., по две обособени позиции: Обособена позиция № 1 - „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на Автобусно поделение 3.“; Обособена позиция № 2 - „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на Автобусно поделение М.“.

ОСЪЖДА Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014- 2020“, да заплати на Столична община: [населено място], ул. Московска № 33, представлявана от Кмета Й. Ф., сумата в размер на 1629, представляваща направени по делото разноски.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: