

РЕШЕНИЕ

№ 3384

гр. София, 19.05.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 67 състав,
в публично заседание на 26.04.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Лилия Йорданова

при участието на секретаря Мариана Велева, като разгледа дело номер **1844** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на Столична община с БУЛСТАТ[ЕИК] чрез процесуален представител Л. Ц.-Б. със съдебен адрес [населено място], п.к.1000, район О., [улица], ет.1 срещу Решение № РД-02-36-153/04.02.2022г. на Д. И., зам.-министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на УО на ОПРР, с което е определена финансова корекция в размер 47631,02лв. с ДДС, представляващи 10% от безвъзмездната помощ по Договор №СОА18-ДГ55-731/07.12.2018г. с изпълнител „Е.“ Д. и ДБФП №BG16RFOP001-1.001-0004. Жалбоподателят излага подробни доводи за материална незаконосъобразност на обжалваното решение, поради което моли за неговата отмяна.

В съдебно заседание оспорващият чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на съдебни разноски, като представя списък.

Ответникът Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 (ОПРР), редовно призован, се представлява от юрк. К. оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

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

На 26.06.2019г. е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ №РД-02-37-107/26.06.2019г. по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 със страни – Министерство на регионалното развитие и благоустройството, Управляващ орган на ОПРР – Главна дирекция Стратегическо планиране и програми за регионално развитие, представлявано от Д. Н. –Р., оправомощена със Заповед №РД02-36-1179/26.09.2018г. на Министъра на регионалното развитие и благоустройството /за краткост Управляващ орган/ и Столична община, представлявана от кмета Й. Ф. /бенефициент/. Със същия на осн.45, ал.2 от ЗУСЕИФ на бенефициента е предоставена безвъзмездна финансова помощ 100% в максимален размер до 582 505, 30лв за изпълнение на проектно предложение № BG16RFOP001-1.0004 „Проект Обновяване и изграждане на социални заведения на територията на Столична община, етап 1 за обект Кризисен център В., надежда и любов“.

Съгласно Планът за изпълнение, раздел 7 от формуляра за проектно предложение, приложение А към ДБФП, една от дейностите, одобрена за финансиране по проекта, е „Извършване основен ремонт/реконструкция на Кризисен център „В., надежда, любов“.

За целта, в съответствие с чл. 18, ал.1, т.1 от ЗОП бенефициентът, в качеството на възложител обявява „открита“ по вид процедура по ЗОП /в приложима редакция обн. ДВ бр.13 от 16 февруари 2016г., изм. Дв, бр.49 от 12 юни 2018г./ за строителство с предмет „Основен ремонт/реконструкция на Кризисен център „В., надежда, любов“. Обявлението и решението са публично достъпни в Регистъра на обществените поръчки https://www.aop.bg/case2.php?mode=show_case&case_id=358271 , поддържан от А. по преписка 00087-2018-0083, като документацията за участие с нейните приложения, е публично достъпна на следния интернет адрес: <https://platform.negometrix.com/PostedTenders.aspx?tenderId=95273&companyId=20779> . Същата е финализирана на осн. чл.112, ал. 6 от ЗОП със сключването на Договор от 07.12.2018г. с изпълнител „Е.“ Д. на стойност 499949,65лв. без ДДС.

В Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ (СППРР) към Министерството на регионалното развитие и благоустройството (МРРБ) е получен сигнал за нередност № 1778, в който са посочени следните нарушения: 1.Ограничителни критерии за подбор: изискване участникът да има валидна застраховка „Професионална отговорност в строителството“ съгласно чл. 171, ал. 1 от ЗУТ за пета категория строителство на етап подаване на оферта, без възможност за представяне еквивалентен документ, пречатващо чуждестранните участници в процедурата; изискване към ключов експерт „Технически ръководител на обекта“ да отговаря на условията съгласно чл. 163а от Закона за устройство на територията или еквивалент на изискванията на цитираната разпоредба, което на етап подаване на оферта се явява ограничително; изискване към ключов експерт „Координатор по безопасност и здраве“ за наличие висше образование, степен „Магистър“ в областта на строителното инженерство или еквивалент, което се явява ограничително поради липсата на нормативни изисквания към образованието и професионалната квалификация за заемане на длъжността на лицата, отговарящи за безопасност и здраве при изпълнение на строителство и изискване към ключов експерт „Отговорник по контрола на качеството“ за наличие на образование и минимум 3 г. професионален опит като в контрол по качеството в строителството, което се явява ограничително с оглед на това, че не просто се изисква участникът да е преминал курс на обучение, за

което да притежава необходимата квалификация, а да разполага и с професионален опит минимум 3 години в сферата; 2. Незаконосъобразна методика за оценка, поради наличие на неясни критерии за присъждане на точки по показател "Техническо предложение за изпълнение на строителството" /ТПИС/, в частност по подпоказатели 1) Управление на риска и 2) Организация и начин на изпълнение на строителството и 3. Незаконосъобразно отстранени участници в процедурата - [фирма] и [фирма] са отстранени неправилно от процедурата на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съгласно разпоредбата на чл. 7 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 ЗУСЕСИФ при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи, процентът на финансови корекции не се натрупва. Индивидуализирана е финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което е определена обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен в случая на 10 % от допустимите разходи по сключения договор.

Бенефициентът е уведомен с Писмо изх. 99-00-6-513-[1] 01.10.2021г., изпратено чрез ИСУН, относно сигнала за нередност № 1778, първоначалното становище на УО на ОПРР и предприетите мерки, както и за правото му да представи бележки и възражения по констатациите и предвидената финансова корекция за тях, включително и писмени доказателства. В законоустановения срок е постъпило възражение от Столична община.

С оспореното Решение № РД-02-36-153/04.02.2022г., издадено от Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 (ОПРР), на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от Закон за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 142, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс, както и чл. 143, параграф 2, и чл. 2, параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 във връзка със заповед № РД-02-14-1116/31.12.2021 г. на Министъра на регионалното развитие и благоустройството и във връзка със сигнал за нередност № 1778, на бенефициента Столична община е наложена финансова корекция по пропорционалния метод съобразно чл.7 от Наредбата за посочване на нередности в размер 10% финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № СОА18-ДГ55-731/07.12.2018 г. с изпълнител „Е.“ Д. на стойност 499 949,65 лв. без ДДС.

Извършената индивидуализация на конкретните нарушения, е както следва:

1. Незаконосъобразни критерии за подбор

- чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 59, ал. 2, изр. 2 от ЗОП във връзка с чл. 171а от ЗУТ – за нарушението, – незаконосъобразен критерий за подбор - икономическо и финансово състояние, съставляващо нередност по смисъла на т.10, б. „б“ от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности с определен процент финансова корекция 10%.

- чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2, чл. 68, ал. 4 и ал. 5 във връзка с чл. 60, ал. 1 от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП - за нарушението, - незаконосъобразен критерий за подбор - технически и професионални възможности за ключов експерт технически ръководител, съставляващо нередност по смисъла на т.10, б. „б“ от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности с определен процент

финансова корекция 10%.

- чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 5, ал. 2 и ал. 3 от Наредба № 2 от 22.03.2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи - за незаконосъобразен критерий за подбор - технически и професионални възможности за ключов експерт КБЗ, съставляващо нередност по смисъла на т.11, б. „б“ от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности с определен процент финансова корекция 5%.

- чл. 2, ал. 1 т. 1 и т. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 15, ал. 1, т. 4, буква "б" от З. - за незаконосъобразен критерий за подбор - технически и професионални възможности за ключов експерт отговорник контрол качеството, съставляващо нередност по смисъла на т.10, б. „б“ от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности с определен процент финансова корекция 10%.

- чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП във връзка с чл. 107, ал. 2, буква „а“ от ЗОП; чл. 70, ал. 5, изр. 3 и ал. 7, т. 3, буква „б“ и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, както и чл. 33, ал. 1, изр. 2 от ППЗОП - за незаконосъобразна методика за оценка, съставляващо нередност по смисъла на т.11, б. „б“ от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности с определен процент финансова корекция 5%.

- чл. 2, ал.1, т.1 и т.2 във връзка с чл. 107, т. 2, буква „а“ от ЗОП и чл. 60, ал. 1, т. 8 от ППЗОП - за използване на различни или допълнителни критерии за възлагане при оценката на офертите - незаконосъобразно отстранени участници от процедурата, съставляващо нередност по смисъла на т.15, б. „а“ от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности с определен процент финансова корекция 10%.

Столична община е уведомена за индивидуалния административен акт, издаден от Р. чрез информационна система ИСУН на 04.02.2022г., като оспорващият е депозирал жалба срещу него чрез пълномощник на 17.02.2022г.

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

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

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на регионалното развитие и благоустройството, който със заповед № РД-02-14-1116/31.12.2021 г. /представена на ел. носител от ответника със съпроводително писмо по опис в т.1.4, л. 5/ е възложил на Д. И. - заместник-министър, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. Заповедта, видно от регистрационно-контролна карта /л.155/ е с рег. Индекс на издаване „РД-02-14 Заповеди по дейността на МРРБ“ с генерирана дата на издаване 31.12.21г., като са представени и доказателства за валидност ел. Подпис на издателя на заповедта г-н Г. К. /л.156-157/. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган при делегирани правомощия.

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. Същият е подписан с валиден към момента на издаването ел. Подпис /л.152/. 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 в съответствие с чл. 73, ал.2 от ЗУСЕСИФ писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Възраженията на бенефициента са обсъдени в мотивите на индивидуалния административен акт. С жалбата се възражава за изтекла преклузия поради неиздаване на решението в срока по специалния закон. Срокът, предвиден от законодателя в чл. 73, ал.3 от ЗУСЕСИФ, е инструктивен, като издаването на решението след изтичане на едномесечния срок от представяне на възражението не води до неговата отмяна поради съществено нарушение на административнопроизводствените правила. В този смисъл е практиката на ВАС – Решение №3014/13.03.2017г. на ВАС по адм.д.8861/2016г.

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

На Столична община е определена финансова корекция по чл.7 от Наредбата за посочване на нередности, представляваща 10 % от допустимите разходи по Договор № СОА18-ДГ55-731/07.12.2018 г. с изпълнител „Е.“ Д. на стойност 499 949,65 лв. без ДДС. Съгласно оспорения административен акт са идентифицирани три групи нарушения: ограничителни критерии за подбор при обявяване на обществената поръчка за строителство; незаконосъобразност на методиката за оценка при избран критерий за възлагане оптимално съотношение качество-цена и незаконосъобразно отстранени двама участника в обществената поръчка.

По отношение критериите за подбор: Законодателят в чл. 59, ал.2 от ЗОП представя възможност на възложителите да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по ЗОП, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като в изр. Второ изрично прогласява, че поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Съгласно чл.2, ал.1 от ЗОП Обществените поръчки се възлагат в съответствие с ДФЕС и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. Равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. Свободна конкуренция; 3. Пропорционалност; 4. Публичност и прозрачност. В ал.2 от същия член се предвижда, че при възлагането на обществените поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

1.В Раздел III.1.2) „Икономическо и финансово състояние“ от обявлението и в документацията за участие възложителят е поставил следното изискване към участниците: „Участникът трябва да има валидна застраховка „Професионална отговорност в строителството“ съгласно чл. 171, ал. 1 от ЗУТ за пета категорията

строителство.“ Нито в обявлението, нито в документацията за участие е поставена възможност за чуждестранните участници да представят еквивалентен документ, съгласно националното си законодателство, нито е посочена разпоредбата на специалния закон, отнасяща се до чуждестранни лица – чл.171а от ЗУТ. По този начин, предвид високата прогнозна стойност на поръчката и задължението за обявяването ѝ в ОВ на ЕС, се препятстват от участие потенциални чуждестранни участници.

Не могат да бъдат споделени доводите на оспорващия, че не е въведено изискване застраховката професионална отговорност в строителството да бъде задължително сключена в България, тъй като в обявлението за поръчката именно е отбелязано застраховката да бъде съгласно чл.171, ал.1 от ЗУТ, т.е. реферирано е към националното законодателство, относимо към участници – регистрирани и извършващи дейността си на територията на страната, което се явява в нарушение на чл. 59, ал.2 от ЗОП и чл.2, ал.2 от с.з. В жалбата е застъпена тезата, че всеки потенциален участник, без оглед на националността му, е длъжен да познава законите, в частност да бъде запознат с нормата на чл.171а от ЗУТ, което не се споделя от съда. С оглед осигуряване и на чуждестранна конкуренция при провеждане на обществени поръчки, разглежданият законов текст е следвало да бъде посочен наред с този, касаещ лицата, регистрирани или осъществяващи дейността си на територията на страната - чл. 171, ал.1 от ЗУТ, тъй като чуждестранните лица не е задължително да са запознати със законодателството на страната, в която подават оферта. Именно за да гарантира спазване на основните принципи, разписани в ЗОП, жалбоподателят е бил длъжен да постави критерий за подбор, доказващ минималните изисквания по чл.61, ал.1, т.2 от ЗОП, който да третира по еднакъв начин както националните, така и чуждестранните потенциални участници. В случай на подобно препращане към национална норма оспорващият е бил правно задължен да включи добавка "или еквивалент" или да укаже изрично наличието на разпоредба, каквато е чл.171а от ЗУТ, указваща възможността да се представи равностоен документ, за да гарантира спазването на конкуренцията чрез въведения критерий за подбор.

Съдът намира, че възложителят е ограничил участието на чуждестранни участници в процедурата, тъй като чл.171 от ЗУТ не дава изрична възможност на чуждестранни лица да представят еквивалентна застраховка или гаранция. При липса на посочване, че чуждестранните лица могат да представят еквивалентен

документ за доказване на изпълнението на изискването за притежаване на застраховка "Професионална отговорност", би довело до разубеждаващ ефект от участие. В жалбата се твърди, че въпросният критерий за подбор е законосъобразен, релевирайки към липсата на искания за разяснения по обществената поръчка и липсата на искания за изменения, но неупражняването на субективното право на кандидатите и участниците не води до извод за законосъобразност на поставения критерий за подбор.

По силата на чл. 2, ал. 1 от ЗОП обществените поръчки следва да се възлагат в съответствие с принципите за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и осигуряването на свободна и лоялна конкуренция. Гаранция за спазването на тези принципи е ограничението по чл. 2, ал. 2 от ЗОП, което в случая е нарушено. Възложителят не е указал установеното в закона императивно изискване за допустимост на еквивалентна застраховка. В този смисъл е и практиката на ВАС /Решение № 13380 от 09.10.2019 г. по адм. д. № 3742/2019г., Решение № 5520 от 12.05.2020 г. по адм. д. № 1691/2020г/. Съдът намира, че като възложител в процедурата по ЗОП Столична община е формулирала изискване с ограничителен характер, при което е допуснала нарушение на норма от националното законодателство.

Установеното нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 59, ал. 2, изр. 2 от ЗОП във връзка с чл. 171а от ЗУТ законосъобразно е квалифицирано като нередност по т. 10, б. „б“ от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/17г. „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания“, като е отчетено достигнато ниво на конкуренция по процедурата. За посоченото нарушение в условията на обвързана компетентност законосъобразно е наложена финансова корекция в единствения възможен процент за установеното нарушение - 10 %.

2. В Раздел III.1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението и в документацията по поръчката, възложителят е поставил изискване към участниците да имат в екипа си следния експерт: „Ключов експерт 1: Технически ръководител на обекта – да притежава квалификация „строителен инженер“, „инженер“ или

„архитект“ или лице със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите „Архитектура и строителство“ и „Техника“, съгласно чл. 163а от Закона за устройство на територията /или еквивалент/, с опит като ръководител на минимум 5 обекта;“Изискването не е конкретизирано с оглед на някоя от петте алинеи на чл. 163а от ЗУТ. Посочването на тази правна норма, без конкретизация към алинея води до заключение, че при офертиране на този ключов експерт участниците в обществената поръчка следва да съобразят всички хипотези на посочената разпоредба. Съдът приема, че чл.163а, ал.1 от ЗУТ изисква този ключов експерт да бъде назначен на трудов договор, което на етап подаване на оферта се явява ограничително изискване. Според оспорващия изискването „участникът дрябва да разполага с необходимия брой технически лица и/или организации, включени или не в структурата му“ изрично дерогира изискването коментирания експерт да има сключен трудов договор с участника. Цитираният от обявлението текст преповтаря нормата на чл.63, ал.1, т.2 от ЗОП и се отнася до всички технически лица и/или организации, които възложителят е преценил, че са необходими, за да гарантират изпълнението на поръчката, като конкретно за „технически ръководител“ е реферирано към чл.163а от ЗУТ, включващ редица хипотези. При формулиране на конкретни изисквания възложителят е бил длъжен ясно да прецизира кое от условията на чл. 163а от ЗУТ е поставено към ключовия експерт. От потенциалните участници не може да се изисква по свое усмотрение да тълкуват волята на възложителя, респ. да изключват определени хипотези като неприложими в конкретния случай. Предвид това нормата на чл.163а, ал.1 от ЗУТ ограничава лицата, които разполагат с лице на тази позиция, но то не е назначено на трудов договор към момента на подаване на оферта.Както правилно ответникът е посочил, изискването на етап подаване на оферта представлява допълнителна тежест за участниците и би могло да се яви пречка за участие в процедурата. Същото би било допустимо, но към момента на сключване на договора с изпълнителя, в какъвто смисъл е и практиката на ВАС / и Решение № 8026/2021 г. по адм.дело № 4799/2021 г. на ВАС/ А нормата на чл. 163а, ал. 3 от ЗУТ поставя изискване за наличие на призната правоспособност към момента на подаване на офертата, което ограничава от участие лица, придолибили квалификацията си извън територията на България, да са

преминали през процедура по легализиране на дипломата им още на етап подаване на оферти. Изискването е ограничително и в противоречие с чл.60, ал.1 от ЗОП, в който смисъл е и практиката на ВАС /Решение № 4849 от 15.04.2021 г. по адм. д. № 11718/2020 г./. Жалбоподателят е заявил, че именно добавянето на думите „или еквивалентно“ гарантира възможността за конкуренция и в този случай не е налице нередност и не се определя финансова корекция в условията на т.10 от Приложение №1 към Наредбата. Именно поради неререфериранието към конкретна хипотеза, регламентирана в чл.163а от ЗУТ, за да отговори на изискванията на бенефициента, даден участник при депозиране на оферта, в която за „технически ръководител“ използва лице, придобило професионалната си квалификация в чужбина, е необходимо към този момент то да притежава легализирана диплома, а не в последствие при сключването на договор, т.е. създава допълнителни административни пречки за участниците, използващи чуждестранни лица, които към етап подаване на оферта нямат увереност за евентуалното им избиране за изпълнител. Следователно по този начин биват поставени в по-благоприятно положение участници с ключови експерти лица, придобили образование в страната пред тези, с придобита квалификация извън Република България. В жалбата е застъпено становището, че образованието на този експерт е важен елемент от характеристиките и професионалната компетентност на лицето, заемащо позицията технически ръководител, поради това възложителят се е възползвал от субективното си право да постави подобно изискване – критерий за подбор. Нормата на чл.59, ал.2 от ЗОП дава възможност на всеки възложител, с оглед спецификите, характеристиките и конкретните нужди, които ще се реализират чрез възлагането на дадена поръчка, да поставят критерии за подбор по собствена преценка, но във всички случаи използваните такива трябва да гарантират равното третиране и да не ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки /арг. Чл.2, ал.2 от ЗОП/.

Установеното нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2, чл. 68, ал. 4 и ал. 5 във връзка с чл. 60, ал. 1 от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП законосъобразно е квалифицирано като нередност по т. 10, б. „б“ от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности,

приета с ПМС №57/17г. „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания”, като е отчетено достигнато ниво на конкуренция по процедурата. За посоченото нарушение в условията на обвързана компетентност законосъобразно е наложена финансова корекция в единствения възможен процент за установеното нарушение - 10 %.

3. В Раздел III.1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението и в документацията по поръчката, възложителят е поставил изискване към участниците да имат в екипа си следния експерт: „1 бр. ключов експерт – Координатор по безопасност и здраве“ - висше образование, степен „Магистър“ в областта на строителното инженерство или еквивалент, да притежава валидно удостоверение “Координатор по безопасност и здраве” или „Специалист по БЗР” или еквивалентен документ и минимум 3 г. опит по специалността“. Поставеното изискване за наличие на висше образование с посочена образователно-квалификационна степен „магистър“ или еквивалент не е нормативно обвързано и не кореспондира със специалното законодателство в лицето на ЗЗБУТ, Наредба №3 от 27.07.98г . и Наредба № 2/2004 г. Както правилно е изтъкнал Р. по силата на чл. 24 от Закона за здравословни и безопасни условия на труд (ЗЗБУТ), изпълнителят на поръчката следва да разполага с лице, което е натоварено с организиране изпълнението на дейностите по безопасност и здраве. Функциите и длъжностите на тези лица се определят с наредба на министъра на труда и социалната политика. Съгласно чл. 3 от Наредба № 3 от 27.07.1998 г. за функциите и задачите на длъжностните лица и на специализираните служби в предприятията за организиране изпълнението на дейностите, свързани със защитата от професионалните рискове и превенция на тези рискове (Наредба № 3/1998 г.), издадена на основание чл. 24, ал. 2 от ЗЗБУТ, органите за безопасност и здраве при работа, назначени или определени от работодателя, трябва да са специалисти с подходящо образование и квалификация, съобразно характера на дейността, да притежават необходимата теоретична и практическа подготовка, приложими в предприятието, и да отговарят на изискванията, определени в други нормативни актове. Наредба № 3/1998 г. е общият нормативен акт, регламентиращ

изискванията, функциите и задачите на органите по безопасност и здраве във всички предприятия. Специфичните изисквания и правила за тези лица по отношение дейности в строителството се съдържат в Наредба № 2 от 22.03.2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи /Наредба № 2/2004 г./. Съгласно чл. 5, ал. 2 от Наредба № 2/2004 г., координатори по безопасност и здраве /КБЗ/ трябва да са правоспособни лица с квалификация, професионален опит и техническа компетентност в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, доказани съответно с диплома, лицензи, удостоверения и др. Съгласно ал. 3 на същата разпоредба, функциите на КБЗ могат да се изпълняват за етапа на инвестиционното проектиране и от: консултант (за строежи от всички категории) или лице с пълна проектантска правоспособност (за строежи от трета до пета категория); а за етапа на изпълнението на строежа - и от консултант (за строежи от първа до четвърта категория), съответно технически ръководител (за строежи от пета категория). Анализът на цитираните норми сочи, че изискванията по отношение на квалификацията и техническата компетентност за КБЗ са посочени общо - те следва да са в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, без да съществува изискване да са придобити в областта на конкретна сфера на висшето образование. Допълнението и конкретизацията в ал. 3, т. 2 касае възможността на съответния етап от изпълнение на строежа, функциите на координатор по безопасност и здраве да бъдат възлагани и на други лица в зависимост от категорията на строежа - консултант или технически ръководител, извън тези по ал. 2. Съгласно чл. 163а от ЗУТ техническият ръководител е строителен инженер, архитект или строителен техник, т. е. функциите на КБЗ в хипотезата на чл. 5, ал. 3, т. 2 от Наредба № 2/2004 г. - когато те са възложени на техническия ръководител, могат да се осъществяват от строителен инженер, архитект или строителен техник. Извън тази хипотеза обаче, съгласно ал. 2 на разпоредбата, това могат да бъдат и други лица, притежаващи професионална квалификация в областта на строителството, проектирането или здравословното изпълнение на СМР. Следователно, нормативно изискване по отношение на лицето, което ще осъществява функции на КБЗ, да бъде само такава с образователна степен

„магистър“ в областта на строителното инженерство или еквивалент не е изрично установено в приложимата правна уредба. В този смисъл е и практиката на ВАС /Решение № 14064/16.11.2018г. по адм. дело № 6945/2018г.; Решение № 12107/10.10.2018г. по адм. дело № 10041/2018г./ След като законът дава възможност и допуска тези функции да бъдат изпълнявани и от други специалисти в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, така поставеното изискване се явява ограничително и в нарушение на чл. 59, ал.2 от ЗОП, както и на основните принципи на чл. 2, ал. 1 ЗОП. В настоящия случай, ограничението е довело до нарушаване принципите на свободна и лоялна конкуренция, предвид несъмнено разубеждаващото му въздействие и възпрепятстване от участие на тези потенциални участници, които въпреки че разполагат с квалифицирани съобразно нормативните изисквания лица за функциите на КБЗ, не изпълняват поставените от възложителя изисквания.

Поставянето на изисквания, свързани с професионалната квалификация, в случаите когато законът допуска лица с различни специалности да упражняват дадена дейност, създава ограничения спрямо потенциалните участници в процедурата. Съгласно § 2, т. 41. „Професионална компетентност“ е наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения. Изискванията към участниците в процедурата се определят от възложителя в рамките на неговата оперативна самостоятелност и при съобразяване с цялостната фактическа обстановка по конкретната поръчка, но оперативната самостоятелност не означава да се дерогират законовите изисквания, в случая на принципите залегнали в чл. 2 от ЗОП. В противоречие с чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП от възложителя са въведени ограничаващи критерии за подбор. Законът принципно не забранява поставянето на изисквания, а забраната е само, ако те необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка. В случая, конкретното ограничение не е обосновано от предмета, количеството или от обема на поръчката. Предвид това и не може да се приеме доводът в жалбата, че доколкото в изискването е

посочено „или еквивалент“, се гарантира възможност за конкуренция и не е налице нарушение. Използването на термина „подходящо образование“ в наредба №2 и в ЗЗБУТ не дава оперативна самостоятелност на възложителя да определи кое определение и степен приема за подходящо, тъй като въвежда условия и изисквания, надвишаващи нормативните и по този начин ограничава конкурентната среда.

Наред с горното, поставеното изискване се явява ограничително и поради това, че въвежда условие за минимум 3 г. опит по специалността, едновременно с преминал курс на обучение и придобита квалификация за осъществяване на дейността, което създава допълнително стесняване на кръга от участници и поради това има разубеждаващ ефект по отношение на потенциални участници в поръчката. В този смисъл е и Решение № 11934/2019 г. по адм.дело № 648/2019 г. на ВАС, VII отд.

Установеното нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 5, ал. 2 и ал. 3 от Наредба № 2 от 22.03.2004 г. законосъобразно е квалифицирано като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/17г. Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, като е отчетено достигнато ниво на конкуренция по процедурата. За посоченото нарушение в условията на обвързана компетентност законосъобразно е наложена финансова корекция в единствения възможен процент за установеното нарушение - 5 %.

4. В Раздел III.1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението и в документацията по поръчката, възложителят е поставил изискване към участниците да имат в екипа си следния експерт: „1 бр. ключов експерт - Отговорник по контрола на качеството – да има придобито образование и професионална квалификация, отговаряща на изискванията на чл. 163а, ал.2 от ЗУТ, да притежава минимум 3 г. професионален опит като контрол по качеството в строителството; да има валиден сертификат за преминал курс за контрол на качеството или еквивалент.“

В жалбата се твърди, че органът, определящ финансовата корекция е приел изискването за ограничително, тъй като не

просто се изисква участникът да е преминал курс на обучение, за което притежава необходимата квалификация, а да разполага с професионален опит минимум 3 години в сферата. Напротив, Р. в оспореното пред съда решение е приел, че изискването, в частта, професионална квалификация, реферираща към чл.163а, ал.2 от ЗУТ е незаконосъобразно, което се подкрепя и от съда.

Съгласно чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ, технически правоспособните лица за осъществяване на техническо ръководство на строежите са лицата, получили дипломи с квалификация „строителен инженер“, „инженер“ „архитект“ или лица със средно образование с четири годишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите „Архитектура и строителство“ и „Техника“. Съгласно чл. 15, ал. 1, т. 4, б. „б“ от Закона за К. на строителите (З.) в ЦПРС се вписват строители, които отговарят на посочените изисквания, между които и да разполагат с необходимия персонал, нает по трудов договор, за контрол върху качеството на изпълнение на строителството. Съгласно т. 5 и 6 на същата разпоредба, наетият технически персонал трябва да притежава необходимата правоспособност, а наетите работници да притежават необходимата професионална квалификация за изпълнение на извършваните строителни дейности. По силата на чл. 19, ал. 3, т. 1 от Правилника за реда за вписване и водене на ЦПРС, към заявлението за вписване строителят представя дипломи, удостоверяващи техническата правоспособност и квалификация на технически правоспособния персонал. Право да осъществяват контрол на строителството имат лицата, които са придобили съответната проафесионална квалификация по смисъла на §1, т. 5 от Закона за професионалното образование и обучение (ЗПОО). Квалификацията се придобива въз основа на проведено обучение, което не е нормативно ограничено от изискването в случая от възложителя висше образование с професионална квалификация „строителен инженер“, „инженер“ или „архитект“, както и лицата със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите „Архитектура и строителство“ и „Техника“. Съдът приема, че лицата, визирани в правната норма, са тези по ал. 1 – извършващите техническо ръководство на строежа. Техническото ръководство на строежа е дейност, различна от контрола върху качеството по смисъла на чл. 15, ал. 1, т. 4, б. "б" от З.. Разпоредбата на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ не включва

лицата по чл. 15, ал. 1, т. 4, б. "б" З., респ. изпълняващите функции на длъжността „Специалист за контрол по качеството“. В този смисъл Решение № 14160/20.11.2018г. по адм. дело № 7165/2018 г. по описа на ВАС. Изисканото от бенефициента образование и професионална квалификация в посочената от възложителя национална разпоредба ограничават възможността за участие на потенциални изпълнители в обществената поръчка, които притежават експерти, назначени на трудов договор, с придобита изискуема професионална квалификация, но с друго по степен образование и професионална квалификация. По този начин е допуснато нарушение на чл. 2, ал. 2 във вр. чл. 2, ал. 1 т. 1 и т. 2 от ЗОП.

Съдът не споделя доводите в жалбата че определянето на квалификацията на експертите попада в оперативната самостоятелност на възложителя и тя следва да е завишена като изискване, за да се постигне реално и качествено изпълнение на поръчката. Подобно тълкуване на нормите на ЗОП не кореспондира с волята на законодателя. Според оспорвания поставеното изискване било свързано с предмета на поръчката, като не било ограничително, доколкото възложителят следвало да си гарантира качествено й изпълнение. Оперативната самостоятелност на възложителя да определя критерии за подбор към участниците е ограничена от нормата на чл. 2, ал. 2 ЗОП, съгласно която възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. В действителност, за да съществува нарушение на посочената разпоредба в изписаното предложение, въведеното изискване не само следва да ограничава участието на лица в обществената поръчка, но това ограничаване следва да е необосновано. Обосноваността на ограничението може да произтича от спецификата на поръчката или от нормативно заложено ограничение в специален закон. Ограничението не се налага от спецификата на поръчката, тъй като не се доказва за посочената длъжност да се изисква притежаване на изискваното от възложителя образование. С поставеното изискване възложителят ограничава и участието на чуждестранни лица, които притежават еквивалентно на изисканото

образование. Възложителят е посочил само национална разпоредба, на която следва да отговаря експерта, без да предвиди възможност за еквивалентно образование, придобито извън България.

Установеното нарушение на чл. 2, ал. 1 т. 1 и т. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 15, ал. 1, т. 4, б. "б" от З. правилно е квалифицирано като нередност по смисъла на т.10, б. „б“ от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/17г. „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания”, като е отчетено достигнато ниво на конкуренция по процедурата. За посоченото нарушение в условията на обвързана компетентност законосъобразно е наложена финансова корекция в единствения възможен процент за установеното нарушение - 10 %.

5. По отношение методиката за оценка: Възложителят е определил критерий за оценка „оптимално съотношение качество/цена“ с показатели:

1. Техническо предложение с тежест 35 точки, в това число подпоказатели:

1.1. Управление на риска - максимално 10 точки;

1.2. Организация и начин на изпълнение на строителството - максимално 25 точки;

2. Ц. с тежест 65 точки.

Същата фигурира от стр.81 и сл. от документацията за участие, предоставена на електронния носител от Р.. Оценяването на техническото предложение се извършва като сбор от оценяването по двата подпоказателя за оценка „Управление на риска“ и „Организация и начин на изпълнение на строителството“ чрез експертна оценка по чл.70, ал.4, т.1 от ЗОП. За тях е посочен начин на оценяване съобразно скала /по отношение първия подпоказател е тристепенна, а по отношение втория такъв – четиристепенна/.

Съгласно чл. 70, ал. 5 от ЗОП показателите, чрез които се определя икономически най-изгодната оферта, трябва да са свързани с предмета на поръчката. Те могат да съдържат фактори, които се отнасят до всеки етап от жизнения цикъл на строителството, доставките или услугите, независимо че тези фактори не се отнасят до характеристиките, посочени в

техническите спецификации. Те не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция.

В чл. 33, ал. 1 от ППЗОП е предвидено, че възложителите могат да изискват представяне на планове, графици и други документи, свързани с организацията на изпълнение на дейностите, доколкото представят изпълнението в съответствие с офертата на участника и изискванията на възложителя. Пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите.

Нормата на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП гласи, че в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: 1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; 2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; 3. да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: а) количествено определимите показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване; б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

Подпоказател „Управление на риска“ е с максимален брой 10 т., като в табличен вид са включени 3 стъпки за оценяване - 1, 5, и 10 т. За подпоказател „Организация и начин на изпълнение на строителството“ се предвижда оценяване с 5 т., 10 т., 15 т. или 25 т. В методиката за оценка няма точни и ясни указания за определяне на оценката по показателя, което не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, както и да бъде осигурена на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател.

За да бъде оценено техническото предложение на участника с максималния брой точки по подпоказател „Управление на риска“, участникът следва да е „отчел всички възможни аспекти на

проявление и области и сфери на влияние на описаните рискове и е оценил и предвидил степента на въздействието им върху изпълнението на договора“. Няма яснота какво се влага в използваното понятие „всички възможни аспекти на проявление, области и сфери на влияние“, каква е разликата между аспект, област и сфера и как биха могли да бъдат описани всички такива. По-нататък, при междинно оценяване техническото предложение с 5 точки по същия подпоказател, участникът следва да е идентифицирал „основните проявления, аспекти и сфери, където може да окаже влияние съответният риск“, но същевременно „мерките за преодоляване/предотвратяване да са формално описани“. Отново липсва пояснение кои проявления, аспекти и сфери са основни и кои не и начинът на разделението им. Съответно Техническото предложение получава минимален брой точки 1 по подпоказателя, ако липсва описание на мерки и само се декларира готовност да се приемат последиците, но не са предложени адекватни мерки за управлението. Т.е. отново е налице непредвидимост в оценяването, тъй като адекватността, респ. липсата на такава е в зависимост от убеждението на даден участник, респ. отделните членове на оценителната комисия. По този начин неяснотата и липсата на предвидимост дават прекомерна свобода на помощния орган, извършващ оценяването на допуснатите до този етап оферти.

В жалбата е застъпена тезата, че за специалисти в строителния бранш посочените фрази и изрази имат определен смисъл и съдържание и за тях не представлява трудност, както да тълкуват еднозначно изискванията на възложителя и приетата методика, така и да подготвят офертите съобразно документацията. ЗОП забранява да бъдат определяни показатели за оценка, които могат да бъдат интерпретирани субективно, а в случая са поставени именно такива, като наличието на експертни познания на оценителната комисия и кръга потенциални участници, е без значение за преодоляването им.

В тази си част, методиката противоречи на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3, б. „б“ от ЗОП, вр. чл. 2, ал. 1, т. 2 ЗОП.

Законосъобразен се явява извършеният от Р. анализ, че офертите се оценяват съобразно пълнотата и начина на представяне на информацията в тях. Това, съгласно изричната разпоредба на чл. 33 от ППЗОП, е забранено и противоречи на чл. 70 ал. 4 във връзка с чл. 70 ал.2 т. 2 и т. 3 от ЗОП. Въпреки даване дефиниция

на използвани в методиката за оценка понятия за нуждите на подпоказателя за оценка, относно смисъла, вложен в понятията „ясно“, „подробно“ и „формално“, „несъществен пропуск“, същите отново не дават яснота и конкретика при изготвяне на техническите предложения, а така също и до предвидимост при оценяването. Част от използваните понятия и даденото им съдържание съдържа общоизползвани фрази в широк смисъл с оптекяемост и нееднозначно тълкуване.

Още повече че самото управление на риска не попада в нито едно от обстоятелствата, посочени в чл. 70, ал. 4, тъй като същото не съставлява измерител на качество, включително технически параметри, естетически и функционални характеристики, достъпност, предназначение за всички потребители, социални, екологични и иновативни характеристики и иновативни търговски техники и условия; не представя и виждането на участниците относно организация и професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, когато качеството на ангажирания с изпълнението на поръчката персонал може да окаже съществено влияние върху изпълнението на поръчката; не описва обслужване и поддръжка, техническа помощ и условия, като: дата на изпълнение, начин и срок на изпълнение или срок на завършване. Посоченият подпоказател единствено оценява описанието на хипотетичното поведение на евентуалния изпълнител при настъпване на някой от дефинираните от възложителя рискове и в този смисъл не е свързан с предмета на поръчката.

Възложителят е дефинирал, че „всеки участник следва да анализира, оцени и предложи мерки за управление на идентифицираните от Възложителя рискове, които е възможно да настъпят при изпълнение на обществената поръчка“, което по същество представлява описание на процеса по управление на риска. Съдът приема, че именно пълнотата и начинът на извършеното описание подлежи на оценка, което е в нарушение на чл. 33 ал. 1 от ППЗОП.

В жалбата е прието, че методиката оценява съществени характеристики на съответните показатели, а не отчита единствено наличието на описанието им в предложението на даден участник. ЗОП не забранява оценка на съдържанието на предложенията на участниците въобще, а забранява обвързването на тази оценка с неговата пълнота или детайлност. В тази връзка съдът не споделя

становището на оспорващия, че с въведените показатели възложителят оценява способността на участниците да изпълнят качествено и в срок предмета на поръчката, а не пълнотата и начина на представяне на информацията. Забраната касае залагане на такава методика, която отчита субективното разбиране на възложителя относно изпълнение на поставените изисквания от страна на участниците, оценявайки степенувано възможността за пълнота на техническото предложение, използвайки общи изрази и/или пояснения на понятия, даващи възможност на помощния орган на възложителя да занижи или завиши оценката на участник чрез субективна преценка, отчитайки подробното, детайлното или формалното или недостатъчно описание на дейностите/задачите. Забраната е приложима, когато възложителят е избрал критерия за възлагане, визиран в чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП - оптимално съотношение качество/цена, какъвто е настоящият случай. Свободата на възложителя да избере начина, по който да отличи най-доброто изпълнение на поръчката, не е неограничена, като заложените показатели трябва да отговарят на изискванията на чл. 70, ал. 7 от ЗОП и да позволяват да се оцени нивото на изпълнение чрез обективни показатели за оценка, в това число и сформиращите ги подпоказатели, за които участниците са предварително информирани, при условията на реална конкуренция.

Вторият подпоказател „Организация и начин на изпълнение на строителството“ предвижда оценяване по скала с 5, 10, 15 или 25 точки, в които е налице едно или няколко от следните обстоятелства:

„- Изложената организация на работа удовлетворява само минималните изисквания на възложителя и от нея не личи, че участникът е запознат с приложимата действаща нормативна уредба, със съществуващите технически изисквания и стандарти, както и че разбира всяка една от поставените за изпълнение задачи.

- Предложената последователност на отделните строителни дейности и предвидената взаимнообвързаност между конкретните работи при изпълнение на строителството не са съобразени с предложеният от участника срок за изпълнение на поръчката и не гарантират нейното навременно и качествено изпълнение. Не са представени конкретни аргументи (силните и положителни страни) как предложената организация и начин на работа ще гарантират

качественото и срочно изпълнение на поръчката.

- Участникът е представил своите идеи относно организацията, мобилизацията и разпределението на предвидените от него ресурси (човешки ресурси и предвидените техника и механизация), но същите не създават увереност в навременното и качествено постигане на целените резултати.

- Налице е нереалистичност в срока за изпълнение на една или повече от дейностите, съобразно добрите строителни практики и/или сроковете, определени в действащото законодателство и стандарти.

- Не е предложена организация на работата при възникване на непредвидени ситуации.

- Не са предложени мерки за контрол от страна на персонала, отговарящ за контрола на качеството при логистиката, свързана с поръчване и получаване на материали и други продукти за строежа, както и контрол на качеството на труда. Тази мярка следва да гарантира, че на строежа няма да се вложат материали, изделия и/или други стоки, имащи явни или скрити дефекти и че СМР ще бъдат изпълнени с необходимото качество според инвестиционните проекти, действащите стандарти и добри практики.“

Т.е. подлежат на оценка обстоятелства, които съпоставени с обекта на поръчката и спецификацията и при съобразяване на съществуващото в областта на строителството законодателство, следва да се окачествят като съществени пороци, водещи до недопустимост на техническите предложения и до отстраняване, а не до оценка. С други думи в тази си част, методиката не кореспондира с чл. 70, ал. 7, т. 1 и 2 от ЗОП, вр. чл. 107, ал. 2, б. „а“ от ЗОП.

Налице е неяснота по какъв начин следва да се подготвят техническите оферти от участниците, за да се определи, че те отговарят на минималните изисквания и съдържат конкретни мерки, описания, срокове и методи за постигане на целите на строителния процес. В описанията на групите обстоятелства, които се оценяват, възложителят е предвидил да се присъждат точки, когато способите и организацията на строителството не създават предпоставки за успешно изпълнение, а представляват минимални технически изисквания, което, е в противоречие с нормата на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП.

Определянето на показателите за оценка на офертите е част от

оперативната самостоятелност на възложителите, които сами определят онези показатели, които имат преимуществено значение за избора на участниците. Независимо от това, при изготвяне на методиката възложителите трябва да спазват императивните правни норми, установени в ЗОП и ППЗОП. Нормата на чл. 33 от ППЗОП не се отнася до забрана за оценка на съдържанието на предложенията на участниците въобще, а до обвързването на тази оценка с тяхната пълнота или детайлност. Забраната касае залагане на такава методика, която отчита субективното разбиране на възложителя относно изпълнение на поставените изисквания от страна на участниците, оценявайки степенувано възможността за пълнота на техническото предложение, използвайки общи изрази и/или пояснения на понятия, даващи възможност на помощния орган на възложителя да занижи или завиши оценката на участник чрез субективна преценка, отчитайки подробното, детайлното или формалното или недостатъчно описание на дейностите/задачите. Забраната е приложима, когато възложителят е избрал критерия за възлагане, визиран в чл. 70, ал. 2, т. 3 - оптимално съотношение качество/цена, какъвто е настоящият случай.

Видно от методиката за формиране на оценка по подпоказател „Организация и начин на изпълнение на строителството“, за да получи максимален брой точки, участникът следва да е представил и шестте елемента т.е. да е извършил най-пълно и подробно описание на дейностите, съставляващи елементите на подпоказателя, но в самата методика липсват точни и ясни указания по какъв начин следва да се подготвят техническите оферти на участниците, за да покрият минималните изисквания на възложителя; липсват указания и/или обективно измерими критерии, въз основа на които ще се извършва оценка на предложените конкретни мерки за гарантиране качеството на изпълнение на поръчката, липсват данни за срокове на изпълнение на отделните етапи, които възложителят би приел за такива, които ще гарантират качествено изпълнение на поръчката. Законосъобразен се явява изводът на Р., че и тук липсват обективни показатели, които да се приложат при оценяването и по втория подпоказател за оценка и които да водят до предвидимост при поставянето на оценка, като на оценителната комисия е предоставена прекомерна свобода, даваща възможност за субективно присъждане на точки

Посоченото от страна на възложителя в методиката, че ще се оценява представеното от участника описание на дейностите, които той следва да извърши и имащи отношение към обществената поръчка, както и описание на конкретните мерки, способности и организация, касаещи качествено изпълнение на поръчката, не предлагат наличие на обективни критерии, а предоставят свобода на оценителната комисия за поставяне на оценки въз основа на субективно оценяване. При така визираната от възложителя методика за оценка, заинтересованите участници няма да разполагат с информация при какви и за какви конкретни качествени характеристики на предложенията им, офертите ще получат съответния брой точки.

Този порок не би могъл да се санира нито с възражение за професионална квалификация и практически опит на членовете на комисията, която оценява, нито с мотивирането на поставените от нея оценки, нито с доводи за липса на жалби или искания за разяснения по поръчката. Липсата на забрана за използване на качествени показатели за оценка не означава, че критериите за оценка не трябва да са посочени изчерпателно, ясно и точно. Точно е това указание, което предполага еднозначен извод и ясна оценка. Експертното мнение на членовете на комисията не може да замени липсата на обективни критерии за оценка. Предвид това според съда свободата в интерпретацията на комисията създава рискове за присъждане на точки в широки граници. Така заложените критерии за оценка безспорно нарушават конкуренцията и имат разубеждаващ ефект върху участниците. В този смисъл са и Решение № 15802 от 20.11.2019 г. на ВАС по адм. д. № 3283/2019 г., VII отд. и Решение № 3913 от 18.03.2019 г. на ВАС по адм. д. № 14250/2018 г., VII отд.

Предвид гореизложеното съдът приема за обоснован изводът на Р., че методиката е неясна, дава неограничена свобода на избор и не гарантира реална конкуренция. О. начин на оценяване по двата подпоказателя с оглед указанията в скалите не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, а се оценява пълнотата и начинът на представяне информацията в оценяваните части от техническите предложения. Същият не дава възможност да бъдат обективно сравнени и оценени техническите оферти и не осигурява достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при оценяването.

Принципът на равно третиране налага, оферентите да разполагат

с еднакви възможности при изготвяне на офертите си и следователно включва изискването, спрямо офертите на всички оференти да се прилагат едни и същи условия. От друга страна, задължението за прозрачност, което произтича от този принцип, има за цел да гарантира, че не съществува риск от фаворизиране и произвол от страна на възлагащия орган. Това задължение предполага, всички условия и редът за провеждане на процедурата за възлагане да са определени ясно, точно и еднозначно в обявлението за поръчка или в спецификациите, така че, първо, да позволят на всички оференти, които са в разумни граници осведомени и полагат нормална грижа, да разберат тяхното точно съдържание и да ги тълкуват по един и същ начин, и, второ, да дадат възможност на възлагащия орган наистина да провери дали офертите съответстват на критериите на разглежданата поръчка. В случая, методиката за оценка не осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка (чл. 70, ал.7, т.3, буква "б" от ЗОП), което противоречи на принципите, заложи в чл. 2 от ЗОП.

Нарушението на чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП във връзка с чл. 107, ал. 2, б. „а“ от ЗОП; чл. 70, ал. 5, изр. 3 и ал. 7, т. 3, б. „б“ и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, както и чл. 33, ал. 1, изр. 2 от ППЗОП законосъобразно е квалифицирано като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/17г. Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, като е отчетено достигнато ниво на конкуренция по процедурата. За посоченото нарушение в условията на обвързана компетентност законосъобразно е наложена финансова корекция в единствения възможен процент за установеното нарушение - 5 %.

б. Относно незаконосъобразно отстраняване на двама участника: С Решение № СОА 18-РД92-349/23.10.2018 г. на кмета на Столична община от процедурата, на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, са отстранени участниците [фирма] и [фирма].

Конкретно разглеждането допустимостта на техническите предложения фигурира в Протокол № 2/11.09.2018 г. от работата на комисията /представен на електронен носител л.5, т2.1/. Направена е констатация, че линейните графици за изпълнение и на двамата участника страдат от пороци, поради които комисията прави заключение, че „техническото предложение на участника не отговаря на изискванията на Възложителя, тъй като предложеният срок за изпълнение не е обоснован“.

За [фирма] в табличен вид в протокола са посочени 12 вида СМР, фигуриращи в линейния график с коментар, че е посочена „грешна Н. според предложения шифър“. За последната позиция (№44 от линейния график „Доставка и монтаж нови метални противопожарни врати“) е отбелязано, че участникът е предложил шифър фирмен анализ, а верен шифър е „Т. 03-03-00-00-0599-монтаж на метални противопожарни врати“, на който съответства вярна според оценителната комисия Н. чч, различаваща се от предложената от участника, за което е констатирана забележка „Участникът е предложил приравнен анализ (фирмен анализ), а в посочените от възложителя източници съществува точен шифър за вида СМР, с различна Н. от предложената“.

За [фирма] в табличен вид в протокола са посочени 6 вида СМР, фигуриращи в линейния график с коментар, „Участникът е предложил приравнен анализ (фирмен анализ), а в посочените от възложителя източници съществува точен шифър за вида СМР, с различна Н. от предложената“.

С оглед на това, комисията констатира, че офертите на двамата участника не отговарят на предварително обявените условия на поръчката и ги предлага за отстраняване. Решението на комисията е потвърдено от възложителя.

За да се анализира дали техническите предложения отговарят на предварително зададените по поръчката условия, съдът отчете, че в техническата спецификация, фигурираща в документацията за участие, раздел II в т.2.1 до т.2.9 липсват указания/насоки за съдържанието на линейните графици. Отново в документацията за участие, раздел VI Съдържание на офертите, подт.6.6 е оповестено изискуемото съдържание на техническите оферти, по-специално т.6.6.2, дава указания за съдържанието на линейния график – точно показани Н. /норма време/, Тр /трудоемкост/, брой работници по операции и съответния код, съгласно националната

класификация на длъжностите в страната. Пак там е оповестено, че „в линеите графици да бъде точно показан шифър на съответната позиция съгласно номенклатурата на СЕК, УСН или Т.. В случай, че даден вид СМР липсва в посочените от възложителя източници, да се използва еквивалентен източник. Линеиният график трябва напълно да обосновава предложения срок за изпълнение“.

Отстраняването на участниците е немотивирано, в документацията, съставните ѝ части, указанията и другите документи по поръчката, представени по делото не се съдържа информация за извършването на анализ от комисията дали самият срок за изпълнение е обоснован или не – има указание в т.1.4 от документацията за участие единствено той да не надвишава 150 календарни дни. В случая и двете технически предложения на отстранените участници /представени на електронен носител по делото по опис - л.150, т.1.1 и т.1.2/ са в изискуемата форма и съдържание и с оферирани такъв срок от 150 календарни дни. След като по поръчката няма изискване, то не е и основание за отстраняване. А при съпоставяне на информацията от линеиния график и анализиране дали същата обосновава срока на изпълнение, е трябвало да се изложат конкретни и относими мотиви, което не е сторено от оценителната комисия, нито от бенефициента в решението за класиране и избор на изпълнител.

При това положение, на преценка за законосъобразността на отстраняването подлежат изложените мотиви в протоколите от работата на комисията. От тях не става ясно и не може да се установи, защо срокът за изпълнение се приема като необоснован, т.е. въз основа на какви данни и факти комисията е заключила, че е налице необоснованост. Формалното позоваване на използваните шифри за позициите практически не води до необоснованост на срока за изпълнение. В тази връзка е допуснато нарушение на чл. 60, ал. 1, т. 8 от ППЗОП (в редакция Обн. ДВ. бр.28 от 8 Април 2016г.), според който комисията е длъжна да изготви доклад за резултатите от работата си, който съдържа действията, свързани с отваряне, разглеждане и оценяване на всяка от подадените оферти и мотивите за допускане/отстраняване на всеки участник. Мотивите на помощния орган следва да са ясни, конкретни и свързани със съответното техническо предложение и заложените в документацията

изисквания. Липсва анализ относим както към посочените обстоятелства в съответната оферта, така и към приложимата документация по процедурата, за да се прецени обективно, дали офертите на участниците отговарят или не на заложените в документацията на възложителя изисквания и следователно, доколко законосъобразно е осъществено отстраняването на тези звама участника.

Предвид липсата на утвърдени от държавен или от браншов орган задължителни разходни норми за строителство, всеки икономически оператор има правото да определи разходната норма за всеки вид работа с оглед прилаганата от него технология, който да обективира в линейния график. В самата документация, раздел VI, т.6.6.2 е допуснато представяне информация в графика от еквивалентен източник. От констатациите в протокола не става ясно защо комисията приема, че не са коректно посочени разходните норми от участниците, което прави отстраняването им незаконосъобразно с мотив необоснованост на срока за изпълнение. Правилен е изводът на Р., че при оценяването комисията е използвала различни или допълнителни критерии за възлагане от тези, посочени в обявлението или в документацията за поръчката, в резултат на което участниците [фирма] и [фирма] са били отстранени неправомерно от процедурата, в нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП.

Нарушението на чл. 2, ал.1, т.1 и т.2 във връзка с чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП и чл. 60, ал. 1, т. 8 от ППЗОП законосъобразно е квалифицирано като нередност по т. 15 „При оценката на офертите са използвани различни или допълнителни критерии за възлагане от тези, посочени в обявлението или в документацията за поръчката.“, б. а): „при оценката на офертите критериите за възлагане или съответните показатели, или тяхната относителна тежест, посочени в обявлението или в документацията за поръчката: не са били спазени, или– са използвани допълнителни критерии за възлагане, които не са били публикувани“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. За посоченото нарушение в условията на обвързана компетентност законосъобразно е наложена финансова корекция в единствения възможен процент за установеното нарушение.

При определяне на финансовата корекция по всички установени нарушения на националното законодателство, съставляващи

нередност по смисъла на чл. 70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ правилно е приложено правилото на чл. 5, ал. 1, а при определяне общата финансова корекция при съблюдаване принципа за некумулиране на финансови корекции по чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности УО на ОПРР е индивидуализирал финансовата корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което е определил обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен в случая на: 10 % върху допустимите разходи по Договор № СОА18-ДГ55-731/07.12.2018 г. с изпълнител „Е.“ Д. на стойност 499 949,65 лв. без ДДС.

Оспорващият е навел аргумент за неправилно прилагане правилата за налагане на финансови корекции в смисъл, че не се налага финансова корекция когато констатираното нарушение няма и не би имало финансово отражение, както и твърдение за неправилни изводи за потенциална, хипотетична вреда на средства от ЕСИФ без конкретни твърдения за нейния вид, стойност и причинно-следствена връзка с действия, респ. бездействия на възложителя. Националното законодателство и законодателството на Съюза, в частност Регламент № 1303/2013 г., съответно Регламент № 1083/2006 с оглед на чл. 152 от Регламент № 1303/2013, не поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност съществува и когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност – „има или би могло да има“. Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение I. v C., C-199/03, EU:C:2005:548, т. 31; решение Chambre L'Indre, C-465/10, EU:C:2011:867, т. 47, както и последното решение Wroclaw, EU:C:2016:562, т. 44. Нарушението на правото на съюза и в частност на принципите на равнопоставеност и недопускане дискриминация, които обективно се явяват нарушени при неспазване на изискването за законосъобразна методика за оценка на офертите, при незаконосъобразен критерий за подбор и при незаконосъобразно отстраняване на участници създава

потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на Столична община, не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора, направеното искане и на основание чл. 143, ал.4 от АПК, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, които съдът определя на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 240 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 67 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ като неоснователна жалбата на Столична община с БУЛСТАТ[ЕИК] срещу Решение № РД-02-36-153/04.02.2022г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция на бенефициента в размер на 47631,02лв. с ДДС, представляващи 10% от безвъзмездната помощ по Договор №СОА18-ДГ55-731/07.12.2018г. с изпълнител „Е.“ Д. на стойност

ОСЪЖДА Столична община, представлявана от Й. Ф. – кмет да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството сума в размер на 240 /двеста и четиридесет/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на касационно обжалване пред Върховен административен съд в 14 – дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: