

РЕШЕНИЕ

№ 4168

гр. София, 22.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,
в публично заседание на 30.05.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Диана Стамболова

при участието на секретаря Антонина Бикова, като разгледа дело номер **1717** по описа за **2023** 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. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/.

Образувано е по жалба от Столична община, представлявана от Кмета, чрез адв.С. Д. срещу Решение от 10.01.2023г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма /ОП/ „Околна среда“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 169 950 лева - 5% от стойността допустимите разходи по договор от 19.10.2022г. с изпълнител Д. „Трансконсулт Група-БГ“ на стойност 335 750 лева без ДДС. Жалбоподателят излага подробни доводи за материална незаконосъобразност на обжалваното решение, поради което моли за неговата отмяна. В съдебно заседание жалбоподателят Столична община се представлява от адв. Д., който поддържа жалбата и моли същата да бъде уважена, като бъде отменено оспореното решение. Претендират се разноси по представен списък. Представя писмени бележки.

Ответникът Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, се представлява от юрк. Т., който оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноси за юрисконсултско възнаграждение и прави възражение за прекомерност на претендираното юрисконсултско възнаграждение.

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

Жалбоподателят Столична община е бенефициент по сключен с Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № Д-34-1/01.02.2022г. за изпълнение на проект BG16M1OP002-1.020-0001: “Изграждане на ВиК инфраструктура в Столична община“.

С Решение от 10.01.2023г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, са установени нарушения по договор № СОА22-ДГ55-657/19.10.2022 г. с Д. „Трансконсулт Група-БГ“, на стойност 335 750 лв. без ДДС, като на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ и на основание т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., във връзка с чл. 7 от Наредбата е определена обща финансова корекция в размер на 5% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014 - 2020 разходи.

С писмо с изх. № 1-020-0001-2-890/07.12.2022г. на ръководителя на УО на ОПОС жалбоподателят е уведомен за извършена проверка по реда чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като в него са описани констатираните нарушения при осъществения контрол за законосъобразност на обществена поръчка с предмет: “Консултантска услуга по чл. 166, ал. 1 от ЗУТ и свързаните с него подзаконовни нормативни актове и др. за „Реконструкция, модернизация и доизграждане на С. – К.“ и сключен Договор № СОА22-ДГ55-657/19.10.2022г., с изпълнител Д. „Трансконсулт Група-БГ“, както и е посочен размера на финансовата корекция, за да му се даде възможност да се запознае с тях и в случай, че има възражения да ги изложи, като ги подкрепи с доказателства в двуседмичен срок, считано от датата на получаване на цитираното писмо, както следва:

1/ Ограничителен критерий, касаещ доказване на сходен опит на участниците, тъй като в раздел III.1.3) Технически и професионални възможности от обявлението заложеното изискване всеки участник да има опит за изпълнение на поръчката, придобит за последните 3 години, от дейност/и с предмет идентични или сходни с предмета на поръчката, като под „дейности сходни с предмета на поръчката“, се разбира строителен надзор по време на строителство, свързано с изграждане или рехабилитация или реконструкция или основен ремонт на съоръжение/съоръжения от канализационна техническа инфраструктура в урбанизирани територии.

Нарушен е чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 63, ал.1, т. 1, буква "б" от ЗОП, доколкото местоположението на строежите, върху които се осъществява надзора е определящо единствено и само за изпълнителя на строителните работи от гледна точка на организация и технология на изпълнение на строителните дейности в населено място, но за лицето упражняващо строителен надзор, този характерен белег не е присъщ, поради контролните функции и задължения които са му вменени законодателно, които не се влияят от местоположението на обекта на надзор. Процесното изискване е или би могло да е оказало ограничителен ефект върху участието на участниците, които имат опит в изпълнението на строителен надзор по време на строителство на такива обекти, които не са в урбанизирана територия, което безспорно нарушава основните принципи на ЗОП за свободна конкуренция.

УО на ОПОС е квалифицирал нарушението по категория нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с

ПМС №57/2017г., изменена с ПМС №35/04.03.2020 г., и е предложена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. разходи;

2/ Незаконосъобразна методика за оценка на офертите поради неяснота, при какви условия участниците получават минималния брой точки и кога се приема, че е налице надграждане. Налице е нарушение на разпоредбите на чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 2 и т.3, буква „б“ от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и т. 4 от ЗОП, тъй като е осигурена минимална конкурентна среда и е предложена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. разходи.

В срока по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, от бенефициента Столична община е постъпило възражение с изх. № СОА22-ДИ04-4480-[3] от 21.12.2022г., с което се възразява по основателността и размера на предложената финансовата корекция.

След анализ на доказателствата и възраженията на бенефициента, Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 е издал обжалваното Решение от 10.01.2023г., с което на основание чл. 73, ал. 1 и ал. 3 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове ЗУСЕФСУ (ЗУСЕФСУ - загл. изм., ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.) във връзка с чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ и с оглед констатации, обективирани в писмо с изх. № 1-020-0001-2-890/07.12.2022г. и сигнал за нередност № 1141, регистрирани в Регистъра на сигналите за нередности по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г. на УО на ОПОС, на бенефициента - СО, е определена финансова корекция от 5% от стойността на допустимите разходи по Договор № СОА22-ДГ55-657/19.10.2022 г., с изпълнител Д. „Трансконсулт Група-БГ“ на стойност на стойност 335 750 лева без ДДС.

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 ЗУСЕФСУ 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 ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на околната среда и водите, който със Заповед № РД-13/06.01.2022г., е възложил на Г. С. – и.д. Главен директор на ГД „Оперативна програма „Околна среда“, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на ОП ОС 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. 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 ЗУСЕФСУ, 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.

Оспореният акт е издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Съдът намира, че УО напълно обосновано е приел, че бенефициентът е нарушил приложимото българско законодателство – 1/ на чл. 59, ал. 2, изречение второ от ЗОП, във връзка с чл. 63, ал.1, т. 1, буква „б“ от ЗОП и във вр. с чл. 2, ал. 2 и чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП, като е въвел ограничителен критерий, касаещ доказване на сходен опит на участниците; 2/ на чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 2 и т. 3, буква „б“ от ЗОП, тъй като е използвал незаконосъобразна методика за оценка на офертите поради въведена неяснота, при какви условия участниците получават минималния брой точки и кога се приема, че е налице надграждане.

1/ По отношение на въведения ограничителен критерий, касаещ доказване на сходен опит на участниците, възложителят е поставил критерий за подбор, доказващ техническите възможности на участниците през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, да са изпълнили услуги с предмет и обем, идентичен или сходен с тези на поръчката, като е дефинирал дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката "упражняване строителен надзор на обекти за ново строителство и/или основен ремонт и/или реконструкция и/или рехабилитация на В и К мрежи втора категория в урбанизиранни територии". Съдът намира този критерий за дискриминационен/ограничителен и споделя доводите на УО на ОПОС, като ограничително се явява и уточнението за дейности с предмет и обем, идентични или сходни, реализирани в "урбанизиранни територии".

Действително законът предоставя възможност на възложителя сам да определи онези критерии за подбор, които счита, че най-пълно биха гарантирали качествено изпълнение на предмета на поръчката. Но това негово право не е неограничено. Съгласно чл. 2, ал. 2 ЗОП възложителят няма право да ограничава конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка и които не са съобразени с нейния предмет, стойност, сложност, количество или обем. Тоест, границите на оперативната му самостоятелност при определяне критериите за подбор, са ограничени от сферата на дейност /чл. 59, ал. 1 ЗОП/, с която се свързва поръчката, и като съдържание за установяване на възможностите за изпълнение - при съобразяване с нейния предмет, стойност, обем и сложност /чл. 59, ал. 2 ЗОП/, доразвити в чл. 63, ал. 1 ЗОП.

В конкретиката на фактите ограничението не е обосновано от обективни потребности на възложителя, поради което е налице нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП, която норма императивно въвежда забрана при възлагането на обществени поръчки възложителите 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 случая конкретното ограничение не може да се приеме, че е обосновано от предмета и количеството или обема на обществената поръчка.

Следва да се посочи, че функциите по осъществяване на строителен надзор се изпълняват от това лице в строителството, притежаващо валидно удостоверение/лиценз за упражняване на строителен надзор, издаден на основание чл. 166, ал. 2 от ЗУТ, респ. чл. 166, ал. 7 от ЗУТ. Това лице, чрез неговите правоспособни лица, фигуриращи в списъка или разширения списък осъществяват дейностите по

оценка на съответствието и строителен надзор на обекти, без значение дали същите са ситиуирани в урбанизирана, или неурбанизирана територия. Следователно може да се направи извод, че чрез въвеждането на горесцитираните условия, възложителят необосновано е ограничил кръга на потенциалните участници в процедурата, разполагащи с екип от експерти, които притежават опит по съответната специалност на съответната длъжност/позиция, в дейности по строителен надзор на обекти. Последното е в нарушение на чл. 59, ал. 2 ЗОП, доколкото в последната норма се изисква възложителите да използват спрямо участниците само онези критерии за подбор, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката и което е в нарушение на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

Оспорващата община не ангажира доказателства относно доказване фактът, че предметът на конкретната обществена поръчка налага поставянето на процесните ограничителни критерии за подбор. Поддържаните от жалбоподателя доводи за търсене на качествено изпълнение и ефективно разходване на публичните средства не могат да оправдаят провеждане на обществената поръчка в противоречие с принципите за равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Тези принципи са въведени в националната правна рамка с разпоредбата на чл. 2, ал. 1 ЗОП и са задължителни за възложителите на обществени поръчки. В случая УО с основание приема, че обществената поръчка е проведена при ограничаване участието на неопределен кръг заинтересовани икономически оператори, с което практически е понижена възможността за избор на по-конкурентна оферта. Засегната е конкуренцията и са създадени предпоставки за неклазиране на икономически по-изгодни оферти, което води до вреда на националния или бюджета на ЕС.

Описаното нарушение е посочено като нередност поради установена съставомерност: нарушението произтичат от действието на бенефициента - възложител; нарушена е конкретна нормативна разпоредба на националното законодателство, а именно чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 59, ал. 2 от ЗОП; нарушението има финансово отражение - нанесена е вреда на средства от ЕСИФ - при неспазване принципите на ЗОП и чрез въведените ограничителни изисквания последицата е намаляване на конкуренцията и следователно води до невъзможност за избор на икономически най-изгодната оферта, което може да се квалифицира като негативен финансов ефект за общностния бюджет.

Съдът счита, че правилно УО е квалифицирал нередността по т. 11б, б. "б. " от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности: "случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор;", за която е предвиден конкретен показател - 5%. Ограничаването на конкуренцията, зададено от самия възложител чрез неправомерните критерии за подбор на участниците, обективно води до подаване на по-малко оферти и невъзможност да бъде избрана икономически най-изгодната оферта, съответно не може да се оправдае целта на предоставянето на средства от ЕСИФ - ефективност и ефикасност на разходваните средства.

2/ Незаконосъобразна методика за оценка на офертите поради заложените субективни оценъчни понятия и критерии, поради което техническите подпоказатели дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция.

За да постанови оспореният акт административният орган се е аргументирал, че

бенефициентът е нарушил приложимото българско законодателство - чл. 70. ал. 5 и ал. 7, т. 3, б. „б“ от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 4 от ЗОП, тъй като е формулирал неясно изисквания за присъждане на оценка, поради което се предоставя неограничена свобода на избор, което възпрепятства възможността да се гарантира реална конкуренция в процедурата, а същевременно не се осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по техническия показател. Изводите на УО се споделят изцяло от съда.

Видно от одобрената от възложителя Методика за определяна на комплексната оценка на офертата е възприет критерият на икономически най-изгодната оферта, която се определя въз основа на критерий за възлагане „оптимално съотношение качество/цена“ съгласно чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП. Целта на ползвания критерий е да се определи участникът, който предлага най-доброто/оптимално съотношение качество/цена от гледната точка на интереса на възложителя. В случая, за оценката са приети два показателя - техническо предложение и финансов показател. Спорен е първият показател, за който Управляващият орган е приел, че включените в него допълнителни елементи по същество припокриват базовите елементи, с което е обосновал извод за незаконосъобразна методика за оценяване. Незаконосъобразна методика за оценяване е приета и на още едно основание - посочения начин за определяне на оценката по техническия показател не предоставя възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите и същевременно не осигурява на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател - нарушение на чл. 70. ал. 5 и ал. 7, т. 3, б. „б“ от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 4 от ЗОП.

В Раздел IV от документацията за участие, са дадени указания, че офертите, следва да съдържат „Техническо предложение“, в съответствие с техническата спецификация, а съгласно Образец на Техническо предложение, същото следва да предлага разработка на следните четири елемента: съответствие със заложените минималните изисквания на Възложителя относно съдържанието на предложението за изпълнение; технология и организация за извършване на дейностите; план-програма и организация на екипа за изпълнение на поръчката; организация на дейностите по наблюдение на напредъка.

Съгласно методиката за оценка, 20 точки получава предложение, което е покрило изискванията на подпоказател „съответствие със заложените минималните изисквания на Възложителя относно съдържанието на предложението за изпълнение“, а в случай, че точки по този подпоказател не са присъдени, то възложителят приема, че техническото предложение

на участника не отговаря на минималните заложен изисквания в документацията за участие и офертата не се допуска до оценка, а участникът се отстранява. Следователно за да покрият минималните изисквания на възложителя относно съдържанието на техническото предложение, офертите на участниците, би следвало да съдържат само елементът по подпоказател № 1 от методиката, който се явява единственият задължителен елемент на техническото предложение. Същевременно доколкото по този подпоказател не са дадени никакви указания относно съдържанието му, административният орган взел предвид единствените налични изисквания към Техническото предложение, които са налични в документацията за участие и самият образец и е извел заключение, че същото следва да съдържа разработка на четирите елемента. В този смисъл е приел, че е налице неяснота, при какви условия участниците получават минималния брой точки и кога се приема, че е налице надграждане. Този извод се възприема и от съда.

Принципът на прозрачност изисква указанията за оценяване да бъдат посочени ясно, точно и недвусмислено в документацията така, че да дадат възможност на всички участници да разберат техния точен обхват и да ги тълкуват по еднакъв начин, както и да се позволи на възложителя ефективно да провери дали офертите отговарят на критериите. Наличието на неясни и неточни указания в методиката за оценка, както е в случая, винаги създава предпоставки за субективно оценяване. По този начин потенциалните участници не могат да предвидят как да изготвят техническото си предложение, за да получат максимален брой точки по този показател. Такива формулировки дават възможност за субективно интерпретиране и субективизъм при оценяването като не е осигурена на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при оценка на офертите, като осигурената информация е противоречива и неясна. Неяснотата при разписаната методика за оценка на офертите е или би могла да е довела до объркване в участниците, които не са могли да представят технически предложения, отговарящи на изискванията на възложителя, както и не дава възможност за еднозначно им тълкуване от участниците и от комисията. В конкретния случай възложителят не е определил при какви условия участниците получават минималния брой точки и кога се приема, че е налице надграждане и е допуснал субективното им интерпретиране от страна на участниците и комисията.

От гореизложеното следва изводът, че нито на участниците, нито на комисията е предоставена информация с ясни и конкретни критерии за оценка. Незаконосъобразната методика за оценка оказва и разубеждаващ ефект върху потенциалните участници. Нарушението следва да се

определи като нередност, тъй като се установява съставомерност: нарушението произтича от действието на бенефициента – възложител; нарушени са конкретни нормативни разпоредби на националното законодателство –чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 2 и т.3, буква "б" от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и т. 4 от ЗОП; нарушението има финансово отражение – нанесена е вреда на средства от ЕСИФ – при неспазване принципите на чл. 2 от ЗОП възложителят е ограничил участието на неопределен кръг заинтересовани от участие в поръчката икономически оператори, с което сериозно е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. В случая нередността се обосновава с обективно нарушение на материалния закон, но настъпилата вреда - ограничена конкуренция, води до неподаване/некласиране на икономически по-изгодни оферти, което уврежда общия бюджет на ЕС или националния.

Нередността се квалифицира по т. 11, буква „б” от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, изм. и доп. ДВ. бр.19 от 6 Март 2020г. За да квалифицира нередността по т.11, буква „б” от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Правилно е определен и процентния показател на 5%, като е отчетена тежестта на нарушението и е взел предвид обстоятелството, че е налице минимално ниво на конкуренция, тъй като са подадени са пет оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор. При спазване на принципа за некумуляване 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи (какъвто е настоящият случай), процентът на финансови корекции не се натрупва. Ето защо, УО е определил общ размер на финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи - обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен в случая на 169 950 лева - 5% от стойността допустимите разходи по договор от 19.10.2022г. с изпълнител Д. „Трансконсулт Група-БГ“ на стойност 335 750 лева без ДДС.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че оспореното решение, не страда от пороци, водещи до неговата незаконосъобразност, поради което и жалбата е неоснователна и като такава следва да се остави без уважение.

С оглед изхода на спора, направеното искане, на основание чл. 143, ал.4 от АПК, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноси, и с оглед възражението за прекомерност на претендиранотоюрисконсултско възнаграждение, съдът ги 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 200 лева.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община срещу Решение от 10.01.2023г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма /ОП/ „Околна среда“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 169 950 лева - 5% от стойността допустимите разходи по договор от 19.10.2022г. с изпълнител Д. „Трансконсулт Група-БГ“ на стойност 335 750 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Столична община да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството сума в размер на 200 /двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: