

РЕШЕНИЕ

№ 4592

гр. София, 05.07.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 44 състав,
в публично заседание на 07.06.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Владимирова

при участието на секретаря Албена Илиева, като разгледа дело номер **8392** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във връзка 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, представлявана от кмета Й. Ф., против Решение от 22.07.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ при Министерство на околната среда и водите, с което е наложена финансова корекция в размер на 5 % по Договор № А-11 от 01.02.2021 г. и 5 % по Договор № А-10 от 01.02.2021 г., и двата сключени с [фирма], в резултат от проведена обществена поръчка с предмет: „Изготвяне на комплексен доклад за оценка за съответствие и упражняване на строителен надзор при изпълнение на „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на АП З. и АП М.“ по две обособени позиции.

В жалбата се сочи, че оспореният административен акт е незаконосъобразен, постановен е при допуснато нарушение на административнопроизводствените правила. Твърди се, че решението е немотивирано, съдържа формални констатации, придружени с бланкетни мотиви, които по никакъв начин не могат да обосновават допуснато от бенефициента несъответствие с приложимото право на ЕС и българското законодателство, а още по-малко могат да бъдат възприемани и разглеждани като основания, годни да послужат за налагане на финансова корекция. Излагат се съображения, че в процесната обществена поръчка е възложена при

спазване на разпоредбите на националното законодателство, като подаването на 6 оферти по нея и по 3 оферти за всяка обособена позиция, говори за задоволително ниво на конкуренция и не кореспондира с изводите на Ръководителя на УО на ОПОС за нарушаване на разпоредбите на ЗОП и принципите, залегнали в чл. 2 от същия закон. Поддържа се, че от страна на бенефициента Столична община не са допуснати обективизираните в Решението нарушения на правилата за определяне на изпълнител, а още по-малко е налице действие или бездействие на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез юр. И., поддържа жалбата и моли за отмяна на решението. Подробни съображения развива в писмени защита. Претендира присъждане на разноски.

Ответникът - Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ при Министерство на околната среда и водите, чрез юр. Д., оспорва жалбата и моли за отхвърляне на същата по съображения изложени в оспореното решение с присъждане на разноски. Прави възражение за прекомерност на евентуално претендираните разноски от жалбоподателя.

Софийска градска прокуратура – редовно призована, не се представлява и не излага становище по жалбата.

Административен съд – София-град, Трето отделение, 44 състав, след преценка на събраните по делото доказателства и като взе предвид становищата на страните, намира за установено следното от фактическа страна:

На 09.10.2019 г. е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /АДПБФП/ по ОПОС 2014- 2020 г. с № Д-34-98/09.10.2019 г., с рег. Номер в ИСУН 2020 - BG16M10P002-5.004-0005-C02, между министъра на околната среда и водите, в качеството му на ръководител УО на ОПОС и Столична община – бенефициент с партньор [фирма] за изпълнение на проект № BG16M10P002-5.004-0005-C02 „Изпълнение на дейности за подобряване качеството на атмосферния въздух в Столична община чрез доставка на 52 броя нови електрически автобуси и специализирано оборудване за тях“.

Процедурата по възлагане на обществената поръчка е открита с Решение № РД – 09-98/31.03.2020 г.

С решение № РД 09-332/15.12.2020 г. /л. 206-212/ на възложителя [фирма] е обявено класирането на участниците в процедурата като по обособена позиция № 1: Изготвяне на комплексен доклад за оценка за съответствие и упражняване на строителен надзор при изпълнение на „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на АП З. е определен за изпълнител [фирма] с комплексна оценка от 100 точки и обща стойност в размер на 19 700 лева без ДДС. Сключен е договор за възлагане на обществена поръчка за посочената обособена позиция с № А-11/01.02.2021 г. между [фирма] и [фирма].

За обособена позиция № 2 „Изготвяне на комплексен доклад за оценка за съответствие и упражняване на строителен надзор при изпълнение на „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на АП М.“ е определен за изпълнител [фирма] с комплексна оценка от 100 точки и обща стойност в размер на 19 700 лева без ДДС, като е сключен договор № А-10/01.02.2021 г.

Обществената поръчка е била предмет на последващ контрол за законосъобразност - регистриран е сигнал за нередност № 732 и № 733.

За констатираните нарушения и квалификацията им като нередност, обуславяща основание за определяне на ФК, бенефициентът е уведомен с писмо изх. № 5-004-0005-2-603/11.06.2021 г. на ръководителя на УО на ОПОС, като му е предоставен срок за депозиране на възражения по наведените от административния орган твърдения.

В писмото като първо нарушение е отбелязано формулиране на условие в критериите за подбор, което необосновано ограничава участието на лица в процедурата, което съставлява нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП. Посочено е, че това нарушение може да бъде квалифицирано като нередност на основание т. 10, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., изм. и доп. ДВ. бр.19 от 6 март 2020 г.

Като второто нарушение е посочено това по чл. 63, ал. 1, т. 1, буква „б“ от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП - незаконосъобразен и ограничаващ критерий за подбор, който притежава потенциален възпиращ от участие ефект, квалифицирано като нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Третото установено нарушение е по чл. 70, ал. 7, т. 1 ЗОП във вр. чл. 70, ал. 5 изреч. трето от ЗОП - незаконосъобразна методика за определяне на комплексната оценка на офертите, съставляващо нередност по т. 11, б. "б" от Наредбата от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата.

На 25.06.2021 от СО е подадено писмено възражение с вх. № 5-004-0005-2-603/25.06.2021 г., в което са изложени подробни доводи за липса на нарушения.

След разглеждане на постъпилото възражение и въз основа на извършен фактически и правен анализ, Р. на ОПОС 2014 – 2020 г. е издал оспореното в настоящото производство Решение. С акта на бенефициента - Столична община с партньор [фирма] е наложена финансова корекция в размер на 5 % по Договор № А-11 от 01.02.2021 г. и 5 % по Договор № А-10 от 01.02.2021 г., и двата сключени с [фирма], в резултат от проведена обществена поръчка с предмет: „Изготвяне на комплексен доклад за оценка за съответствие и упражняване на строителен надзор при изпълнение на „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на АП З. и АП М.“ по две обособени позиции.

Р. е приел за основателни възраженията на бенефициента свързани с липсата на нарушение по чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП и е отхвърлил като неоснователни оплакванията в останалата част.

Приел е, че са установени следните нарушения:

1. Незаконосъобразни и ограничаващи критерии за подбор, които притежават потенциален възпиращ от участие ефект, тъй като в Обявлението и в документацията за участие в Раздел "Технически и професионални възможности", е установено, че възложителят е поставил изискване, че към датата на подаване на офертата лицата от екипа, предложен от участника, следва да фигурират в Списъка на правоспособните

физически лица, чрез които се упражнява дейността, която е неразделна част от удостоверението за извършването на дейностите по чл. 166, ат. 1, т. 1 ЗУТ. Констатира е, че в съответствие с чл. 8, ал. 2, т. 3 от Наредба № РД-02-20-25/03.12.2012 г. за условията и реда за издаване на удостоверение за вписване в регистъра на консултантите за оценяване на съответствието на инвестиционните проекти и/или упражняване на строителен надзор, за да бъдат вписани съответните правоспособни физически лица в списъка към удостоверението, те следва да докажат наличие на петгодишен професионален опит по специалността. Според органа поставеното по такъв начин условие ограничава участниците да кандидатстват в обществената поръчка единствено чрез специалисти, които са получили съответния лиценз. Посочено е, че в случая за всеки икономически оператор, предвид липсата на знание и известност дали ще бъде определен за изпълнител на обществената поръчка или не, не е налице потребност за последния да влага допълнителен ресурс (материален, човешки и/или времеви), за да отговори на поставеното изискване на възложителя. Въведеното изискване за включване на експертите в списъка към удостоверението към датата на подаване на офертата не е обосновано нито с предмета, нито с обема на обществената поръчка. То фактически дава предимство на тези лица, които към датата на подаване на офертите имат включени в списъка си физически лица - експерти, които притежават професионална квалификация адекватна на предмета на поръчката, но ограничава възможността за конкуренция между потенциалните участници, тъй като обективно стеснява техния възможен брой до лицата, които към датата на подаване на офертата имат в списъка си експерти, отговарящи на изискванията на чл. 167, ал. 1 ЗУТ, без да даде възможност на потенциални участници, да ангажират експертен ресурс, който отговаря на законовите изисквания, и който макар и към датата на подаване на офертите да не е вписан в списъка, към датата на сключване на договора за обществена поръчка би следвало да е вписан. В акта е отбелязано, че коректното действие от страна на възлагащите органи при такива хипотези е да установят анализираният изискване на етап сключване на договора, когато за участника, определен за изпълнител е налице увереност в бъдещите договорни отношения с възложителя.

По тези съображения е прието, че е нарушена нормата на чл. 63, ал. 1, т. 1, буква "б" от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП и това нарушение поражда потенциален възпиращ от участие ефект.

Второто установено от Р. нарушение е свързано с прилагането на незаконосъобразна методика за определяне на комплексната оценка на офертите, което покрива хипотезата на чл. 70, ал. 7, т. 1 във връзка с чл. 70, ал. 5, изречение „трето“ от ЗОП.

За да обоснове това нарушение административният орган е констатира, че в случая избраният от възложителя критерий за възлагане на поръчката е икономически най-изгодната оферта при оптимално съотношение качество/цена. Комплексната оценка на всеки участник поотделно се получава като сума от оценките на офертата по следните показатели: К1 „Предложение за изпълнение на поръчката“ - с максимален брой 50 т. и К2 "Ценово предложение" - с максимален брой 50 т. По отношение на показател „Предложение за изпълнение на поръчката“ е предвидено присъждане на минимален брой точки – 20, като участникът следва да е предложил следните обстоятелства:

-участникът е предложил организация на ключовия екип, посочил е как се

разпределят отговорностите и дейностите между тях, начина за осъществяване на комуникация с Възложителя, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на услугата;

- участникът е предоставил описание на дейностите и график за изпълнение на възложените работи, в които са посочени срокове за изпълнение на отделните дейности и етапи за изпълнение."

От друга страна в методиката за оценка на офертите са предвидени още три нива на оценка със съответно 30, 40 и 50 точки, като за преминаване в следващата стъпка следва да има едно допълнително обстоятелство за 30 точки, две обстоятелства за 40 точки и съответно три от описаните обстоятелства за максимален брой точки – 50, както следва:

1. за всяка от дейностите е показано разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача.
2. за всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение и задълженията на отговорните за изпълнението ѝ експерти.
3. предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа от експерти, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката."

УО на ОПОС констатира, че съдържанието на т. 1 и т. 2 от надграждащите елементи се припокрива изцяло със съдържанието на минималните изисквания. За присъждане на по-голям брой точки са поставени изисквания, които по същество релевират на тези за минималния брой 20 точки и предоставят единствено по-пълна информация относно техническото предложение на съответния участник. Не е налице разграничение между минималните изисквания и посочените точки от надграждащата скала за оценка. На следващо място при анализ на Техническия показател и включените в него подпоказатели се съдържат множество неясни елементи и условия, които чрез надграждане водят по присъждане на повече точки, при липса на яснота относно това какво разбира възложителят под например „_/и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената услуга“_/ . При тази формулировка според органа не е ясно кои организационни аспекти биха се възприели от възложителя, като осигуряващи нужното качество на изпълнение на поръчката, и съответно кои не биха се дефинирали като такива от една страна и от друга ако действително са от такова естество, че да гарантират качествено изпълнение то не следва ли да бъдат заложили като изискване в техническата спецификация от възложителя.

Горното предполага извършване на действия извън оперативната самостоятелност на помощния орган по тълкуване и повратно прилагане на одобрената методика, доколкото липсват еднакви правила за прилагането ѝ, а са налице заложили параметри, които предполагат различна субективна преценка на членовете на комисията при оценка на всяко едно предложение и анализ дали предложените мерки допълват действително изискванията на възложителя и по-важното дали водят до по-качествено изпълнение на предмета на договора или просто е налице описание на мерки. По този начин липсва предвидимост за потенциалните участници как да изготвят техническото си предложение, така че да получат максимален брой точки. Въз основа на какви критерии, ще се съобрази невъзможността за приложимост на конкретните аспекти предложени от съответния участник.

Констатираните нарушения Р. е квалифицирал като нередност по т. 11, буква „б“ от

Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС 57 от 28.03.2017 г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 6 Март 2020 г. (Наредбата). УО на ОПОС е приложил пропорционалния метод при определяне на финансовата корекция.

Административен съд - София - град, Трето отделение, 44 състав, след преценка на събраните по делото доказателства по отделно и в съвкупност и съобразявайки доводите на страните, приема от правна страна следното:

Жалбата е допустима, тъй като е подадена в срок, от лице, което е адресат и пряко засегнато от оспорения акт. Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Според чл. 5, т. 10 УП на МРРБ, министърът организира, координира и контролира дейността на управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 г.

В случая оспореният административен акт е издаден от компетентен орган – В. К. – заместник министър на околната среда и водите, определен за ръководител на управляващия орган на ОПОС 2014 – 2020 г., оправомощен със заповед № РД-ОИ-25/14.05.2021 г. на министъра на околната среда и водите.

Спазени са изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Жалбоподателят е уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност за възражения. Бенефициерът е упражнил това си право и възраженията му са обсъдени от административния орган, като са изложени конкретни аргументи защо намира същите за неоснователни.

Видно от съдържанието на акта, в него са посочени фактическите и правни основания за издаването му, като са изложени ясно и конкретно изводите, основани на фактическите констатации, и е направен анализ на разпоредбите, на които административният орган се е позовал.

Като правно основание за налагане на финансовата корекция административният орган е посочил чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Според чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

В настоящия случай административният орган е направил констатация за извършено нарушение на разпоредбите на чл. 63, ал. 1, т. 1, буква „б“ от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 70, ал. 7, т. 1 ЗОП във вр. чл. 70, ал. 5 изреч. трето от ЗОП.

За да е налице основание за определяне на финансова корекция е необходимо бенефициерът (по смисъла на член 2, точка 10 от Регламент № 1303/2013) да е осъществил нередност по смисъла на член 2, точка 36 от Регламент № 1303/2013.

Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 елементите на фактическия състав на нередността са: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове; б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Чрез критериите за подбор възложителите по същество извършват проверка относно способността на всеки участник да изпълни точно поръчката, в случай че бъде избран за изпълнител. Тъй като именно възложителите са тези, които в най-голяма степен могат да преценят своите потребности при възлагането на поръчката, законът им предоставя оперативна самостоятелност при определянето на минималните изисквания за допустимост на кандидатите, респ. участниците. Тази свобода обаче е нормативно ограничена от заложените в ЗОП принципи (вж. чл. 2, ал. 1 и ал. 2 ЗОП) и императивни разпоредби, приложими към съответната процедура. В този смисъл преценката за законосъобразност на извършената финансова корекция, чрез отмяна на финансова подкрепа със средства от ЕСИФ, е обусловена от проверка, доколко възложителят при въвеждане на изискванията в документацията по обществената поръчка и критериите за допустимост е съобразил принципите и приложимите нормативни разпоредби.

Наличието на две, вменени от административния орган, нарушения и същностното различие помежду им обуславя разделното им разглеждане в изложението.

По отношение на първото нарушение съдът съобрази следното:

Съгласно разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Нормата на чл. 63, ал. 1, т. 1, б. „б“ от ЗОП предвижда, че възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните: три години от датата на подаване на заявлението или на офертата – за доставки и услуги.

Първото установено от УО нарушение, касае незаконосъобразни и ограничаващи критерии за подбор. Правилен е изводът на административния орган, че с въвеждането на изискване към датата на подаване на офертата лицата от екипа, предложен от участника да фигурират в Списъка на правоспособните физически лица, чрез които се упражнява дейността, който е неразделна част от удостоверение за извършването на дейностите по чл. 166, ал. 1, т. 1 ЗУТ, възложителят необосновано е ограничил правото на участие на субекти. Същото изискване поражда потенциален възпиращ от

участие ефект. Това изискване нарушава основополагащи принципи при възлагане на обществени поръчки и конкуренцията, а именно равно третиране и равнопоставеност. С оглед конкретните твърдения на УО за нарушения на ЗОП, предмет на преценка в случая е доколко е обосновано изискването за вписване в този списък и това вписване към кой момент следва да е налице. Тъй като дейностите по чл. 166, ал. 1, т. 1 ЗУТ се извършват единствено при наличие на удостоверение, издадено по реда на Наредба № РД-02-20-25, приета на основание чл. 166, ал. 2 ЗУТ, и то чрез екип от физически лица, вписани в списъка по чл. 13, ал. 1, т. 5 Наредба № РД-02-20-25 и отговарящи на изискванията в чл. 6, ал. 2 с. з., поставянето на изискване за вписване на техническия екип в съответния списък безспорно е нормативно обосновано. Без да са преминали през нормативно установената процедура, имаща за резултат включването им в списъка на правоспособните лица, експертите, посочени от участника в обществената поръчка, не биха могли да осъществяват предвидените дейности по оценяване на съответствието на инвестиционните проекти и/или упражняване на строителен надзор. В този смисъл изискването за представяне на данни относно вписването е равнозначно на доказване законоустановената правоспособност за упражняване на съответната дейност, от една страна, и от друга – е свързано с установеното правило лицето, притежаващо удостоверение по чл. 166, ал. 2 ЗУТ, да извършва дейността си чрез вписаните в списъка към него правоспособни физически лица.

Необосновано е обаче процесното вписване да се изисква към момента на подаване на офертите. Следва да се посочи, че ЗОП ясно и категорично регламентира, че доказателствата за обстоятелствата, декларирани в ЕЕДОП, се представят след избора на изпълнител, а не преди това. В случая не става дума за въвеждане на различни условия или за представяне на документи за удостоверяване на нови факти във фазата на сключване на договор със спечелилия процедурата участник, а за фактическо доказване на заявени на по-ранен етап обстоятелства в ЕЕДОП. Поставеното изискване оказва разубеждаващ ефект спрямо участници, които към момента на подаване на офертите не разполагат с технически екип от експерти със съответното образование и професионална квалификация, вписани в Списъка на правоспособните физически лица по смисъла на чл. 166, ал. 2 ЗУТ. Обосновано, с оглед изложените съображения, е твърдението на Р. за несъобразяване с разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Допуснатото нарушение правилно е квалифицирано като „нередност“ по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности.

Вярно е, че в своето Решение от 31 март 2022 година по дело C-195/21, ECLI: EU: C: 2022: 239, Съдът на ЕС приема, че член 58, параграфи 1 и 4 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365 на Комисията от 18 декември 2017 г., трябва да се тълкува в смисъл, че допуска възможността в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка възлагащият орган да наложи като критерии за подбор, свързани с техническите и професионалните способности на икономическите оператори, изисквания, които са по-стриктни

от минималните изисквания, поставени от националната правна уредба, но само ако такива изисквания са необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. По този повод възложителя е следвало да обоснове поставеното изискване с необходимостта да се обезпечи изпълнението на поръчката и се гарантира, че кандидатът разполага със съответните възможности и потенциал за изпълнението ѝ. Като не е извършил това, се налага извода, че възложителят необосновано е ограничил кръга на участниците при определяне на условията за участие в обществената поръчка.

Второто установено от Р. нарушение е свързано с незаконосъобразна методика за оценка на оферти. Съгласно чл. 70, ал. 7 от ЗОП в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации (т. 1); да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите (т. 2); да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател (т. 3), като за: количествено определимите показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване (буква "а"); качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка (буква "б"). По силата на чл. 70, ал. 5 от ЗОП показателите, включени в критериите по ал. 2, т. 2 и 3, 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, но не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция.

За да бъде методиката за оценка законосъобразна, същата следва да е установена по начин, обезпечаваш обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите. В случая нарушението засяга основните принципи при провеждане и възлагане на обществени поръчки - принципите за равно третиране, недискриминация и въвеждане на задължение за прозрачност. Правният ефект на нарушаването на посочените принципи е свързан с ограничаване на възможността на по-широк кръг заинтересовани лица да формират предварителна преценка за потенциалната си възможност за успешно представяне в процедурата.

В случая правилно УО е изложил по отношение на показател К1 – Предложение за изпълнение на поръчка, като измерител на качеството, че възложителят е утвърдил незаконосъобразна методика, която създава предпоставки за неравно третиране и разубеждаващо въздействие за потенциалните участници в процедурата, като не предоставя възможност да се прецени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта. При съпоставка между съдържанието на минималните изисквания и

надграждащите обстоятелства по т. 1 и т. 2, обуславящи присъждането на по-висок брой точки на съответното техническо предложение, се установява припокриване, което не позволява на участниците да преценят обективно при какви характеристики на офертата колко на брой точков актив ще получат. По този начин се препятства обективното съпоставяне на офертите и се допуска субективизъм при преценката. Посочените като надграждащи обстоятелства условия не представляват следващо ниво на конкретизация, а повторение на вече изложена информация. Чрез въвеждането им са създадени предпоставки за противоречиво и субективно изчисляване на комплексната оценка на постъпилите оферти. Съвсем възможно е помощният орган, в зависимост от конкретния му състав, в един случай да приеме, че са налице само минималните изисквания и да не присъди точки при прегледа на конкретна оферта, а в друг – по отношение на абсолютно същото техническо предложение да бъде счетено, че не са покрити само минималните изисквания, а е налице и първо ниво на изпълнение (първото надграждащо обстоятелство) и по този начин да бъдат присъдени 20 точки. Така за участниците не е ясно отнапред при какви характеристики на предложението си какъв брой точки ще получат, тъй като съществуват два алтернативни начина за възприемане на посочената информация на субективно равнище. Освен това са налице и неясни елементи и условия, като например „и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената услуга“. Формулировка, при която не е ясно кои организационни аспекти биха били възприети от възложителя като осигуряващи нужното качество на изпълнение на поръчката и кои не биха с определили като такива. В тази връзка правилно Р. приема, че са налице предпоставки за извършване на действия извън оперативната самостоятелност на помощния орган по тълкуване и повратно прилагане на одобрената методика, доколкото липсват еднакви правила за прилагането ѝ, а са налице заложен параметри, които предполагат различна субективна преценка на членовете на комисията при оценка на всяко едно предложение и анализ дали предложените мерки допълват действително изискванията на възложителя и по-важното дали водят до по-качествено изпълнение на предмета на договора или просто е налице описание на мерки.

Предвид изложеното, съдът намира за установено и доказано нарушението на чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, във връзка с чл. 70, ал. 5, изр. „3“ от ЗОП. В случая нарушенията правилно са квалифицирани като нередност по т. 11, б. "б" от Наредбата 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.

При този извод за наличие на вменените нарушения, следва да бъде анализиран и третият елемент от понятието за "нередност" по смисъла на Регламент 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и

рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета (Регламент 1303/2013), а именно – вредата. Еднопосочна е практиката на Върховния административен съд и на СЕС, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 е трайно установено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение I. v С., С-199/03, ЕУ: С: 2005: 548, т. 31; решение Chambre LTIndre, С-465/10, ЕУ: С: 2011: 867, т. 47; решение Firma, С-59/14, ЕУ: С: 2015: 660, т. 24; решение Wrocyaw, ЕУ: С: 2016: 562, т. 44).

Доколкото не може да се изключи възможността допуснатите нарушения да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то налице е основание за определяне на финансова корекция. Тъй като естеството на допуснатите нарушения не позволява да се определи тяхното точно финансово отражение върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ, административният орган в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ е приложил пропорционалния метод. Правилно е определен процентният показател на финансовата корекция в предвидения от законодателя твърд размер от 5 %, при съобразяване с принципа за некумулиране на процентни показатели.

Оспорваният административният акт е издаден и при съобразяване с целта на закона: Съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗУСЕСИФ средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове се управляват на основа на законността, доброто финансово управление и устойчивото развитие, за гарантиране на тяхната ефективност и ефикасност, чрез партньорство и многостепенно управление, с цел намаляване на административната тежест за бенефициера и при осигуряването на публичност и прозрачност. Допуснатите нарушения на ЗОП водят до незаконосъобразно разходване на средства от европейските структурни и инвестиционни фондове, което е в противоречие с целта на закона. Финансовата корекция като административна мярка има за цел да възстанови фактическото положение отпреди нарушението, като върне в бюджета на Съюза размера на средствата от съответните фондове, който е неправомерно разходван.

С оглед изложеното, съдът намира, че Р. правилно е установил релевантните за казуса факти, въз основа на тях е направил обосновани фактически изводи, правилно е тълкувал и приложил материалния закон и съобразил неговата цел, поради което решението му за определяне на финансова корекция е законосъобразно, а жалбата срещу него е неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 лева, на основание чл. 143, ал. 3 АПК във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 АПК, Административен съд - София-град, Трето отделение, 44 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община, представлявана от кмета Й. Ф., против Решение от 22.07.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ при Министерство на околната среда и водите, с което е наложена финансова корекция в размер на 5 % по Договор № А-11 от 01.02.2021 г. и 5 % по Договор № А-10 от 01.02.2021 г., и двата сключени с [фирма], в резултат от проведена обществена поръчка с предмет: „Изготвяне на комплексен доклад за оценка за съответствие и упражняване на строителен надзор при изпълнение на „И. - проектиране, авторски надзор и изпълнение на СМР на обект: Изграждане на навес над зарядни станции и места за зареждане на електрически автобуси на територията на АП З. и АП М.“ по две обособени позиции.

ОСЪЖДА Столична община да заплати на Министерството на околната среда и водите сумата от 200 (двеста) лева, представляваща възнаграждение за осъществено процесуално представителство.

Решението може да бъде обжалвано пред Върховния административен съд на Република България в 14 – дневен срок от уведомяването на страните.

СЪДИЯ: