

РЕШЕНИЕ

№ 3812

гр. София, 11.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 11.02.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разглежда дело номер **918** по описа за **2020** 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.1 вр. чл.1, ал.2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, Булстат:[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица], представлявана от председателя на Управителния съвет Г. Т., против Решение от 02.01.2020 г., издадено от В. А. - заместващ ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 г. - 2020 г. (УО на ОПОС 2014-2020), с което е определена финансова корекция, за всяка от нередностите по т. 14 (колона №3) от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, в размер на 25%, върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], в размер на 2 111 696,65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС, като на основание чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности се определя една финансова, корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор №РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], в размер на 2111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС, финансовото изражение на

която, след съобразяване съотношението на източниците на финансиране според ДБФП, е в размер на 633 509 лв. с ДДС, които представляват 25% от допустимите разходи по договор № РД-35-5/19.03.2018 г., с определена сума за възстановяване, съобразно чл.35, ал.2 вр. ал.1, т.1 от Наредба № Н-3 от 22 май 2018 г. в размер на 608 470.21 лева с ДДС.

В жалбата се излагат доводи за нищожност на обжалваното решение, поради липса на компетентност на издалия акта заместник на ръководителя. В тази връзка, жалбоподателят твърди, че липсва нормативна уредба, която изрично да предвижда възможност ръководителят на УО на ОПОС да прехвърля правомощията си за налагане на финансова корекция на друго неовластено лице. Алтернативно от гореизложеното, са наведени твърдения за незаконосъобразност на оспорвания акт по следните съображения: По констатираното като първо нарушение в решението на ОПОС, а именно: наличието на ограничително изискване, определено като нарушение на чл.2, ал.2 „обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципа за свободна конкуренция“ и чл.59, ал.2 ЗОП „Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция“, жалбоподателят излага твърдения, че съгласно Наредба №2 от 22.03.2004 г., координаторът по ЗЗБУТ следва да бъде правоспособно лице с квалификация, професионален опит и техническа компетентност в областта на строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, доказани съответно с диплома, лиценз, удостоверение и др., поради което изискването за професионална квалификация неправилно се определя от ОПОС като ограничително изискване, тъй като спецификата на длъжността, съобразно нормативната уредба изисква специфична квалификация.

По отношение на второто визирано нарушение, а именно: незаконосъобразно изменени на документацията за поръчка, направено с разяснение, с изх. № 53-00-3933/07.06.2017 г., в което е разяснено, че първоначалният критерии, че „участникът следва да е изпълнил поне една укрепителна пилотно-анкерна система с дължина не по-малка от 150 м.“, следва да се тълкува, в смисъл, че за покриването на горното изискване за минимална дължина на укрепителната пилотно-анкерна конструкция, „участникът може да представи сумарно повече от един обекти, които общо да покрият изискването за минималните 150 м.“, жалбоподателят не счита, че с разяснението е променил първоначално обявените общи условия на поръчката, акцентирайки върху граматическото понятие на съдържащата се в цитирания текст дума „поне“, отбелязвайки, че в изречението, с което е заложен критерият в първоначалните условия, а именно: „участникът следва да е изпълнил поне една укрепителна пилотно-анкерна система с дължина не по-малка от 150 м.“, се разбира еднозначно, че участниците биха могли да представят повече от един обект, които сумарно да покрият минимума от 150 м. В тази връзка, разяснението не променя по никакъв начин първоначалното условие, а само го доуточнява.

По отношение на обективизираното в точка 3 нарушение, свързано с неоснователно отстраняване а участник, в жалбата са изложени твърдения, че съобразно чл.66, ал.2 ЗОП, когато кандидатът или участникът посочат в заявлението си, че ще се ползват от

подизпълнители, то същите следва да отговарят на условията за подбор, съобразно вида и дела на поръчката, която ще изпълняват. В случая, подизпълнителят е декларирал, че ще се ползва от капацитета на други субекти, за да докаже съответствие с критерия за подбор. Ц. нормата на чл. 65 ЗОП, жалбоподателят излага твърдение, че законът допуска позоваване на трети лица единствено на участника в процедурата, а не и на подизпълнителя, поради което счита, че такова позоваване от страна на подизпълнителя е недопустимо, а нуждата от същото поставя подизпълнителя в невъзможност да покрие условията. В тази връзка, жалбоподателят цитира §2, т.3 от ДР ЗОП, а именно: „подизпълнителите на са участници в процедурите, а трети лица“. Поради изложеното, жалбоподателят не счита, че е допуснал нарушение при отстраняване на участниците, считайки, че подизпълнителите им не отговарят на критериите, тъй като се позовават на трети лица, което не е позволено от закона и крие много рискове.

Относно отбелязаното в решението на ОПОС, четвърто нарушение, относно неоснователно отстранен участник, с мотив, че представената писмена обосновка по отношение на обявената от участника по-благоприятна средна стойност на офертата, съобразно останалите оферти, не съдържа достатъчно доказателства, обосноваващи обстоятелствата по чл.72, ал.3 ЗОП, жалбоподателят счита, че изложените мотиви, с които не приема обосновката, са достатъчно изчерпателни, а отделно от това, писмената обосновка няма законови критерии, относно нейната обективност, поради което същата подлежи на оценка от страна на назначената комисията, която в настоящия случай е преценила, че същата не е достатъчна.

Поради гореизложеното, жалбоподателят моли съда да обяви решението за нищожно или алтернативно да го отмени като неоснователно и недоказано. При условията на евентуалност, в случай, че съдът счете, че обжалваното решение е законосъобразно, то моли да бъде намалена финансовата корекция от 25% на 5%, вземайки предвид изключително високата конкуренция. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

В съдебно заседание жалбоподателят Агенция „Пътна инфраструктура“ – редовно и своевременно призван, чрез процесуалния си представител юрк. Т., поддържа жалбата и претендира юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът Главният директор на Главна дирекция „Оперативна програма околна среда“ и ръководител на УО на ОПОС 2014-2020 година към МОСВ - ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ и главен – редовно и своевременно призван, чрез процесуалния си представител юрист П. - оспорва жалбата, като неоснователна и недоказана. Излага твърдение, че не е налице нищожност на издадения административен акт. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, след като прецени поотделно и в съвкупност събраните по делото доказателства, доводите и становищата на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Между Министерство на околната среда и водите и жалбоподателят е сключен административен договор № Д-34-26/02.05.2018 г., с предмет „Превенция и противодействие на свлачищните процеси за ограничаване на иска от тях (вкл. Републиканска пътна мрежа)“.

Съобразно сключеният договор за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в

него задължения, жалбоподателят, в качеството му на бенефициер по предоставената помощ, е провел процедура за възлагане изпълнението на обществена поръчка, с предмет: „Изпълнение на строително-монтажни работи“ – „Път II-14 „о.п. В.-Кула-В. чука“, участък от км.10+100 до км. 10+260“.

Въз основа на проведената процедура, жалбоподателят сключил Договор, с изх. № РД-33-5/19.03.2018 г. с изпълнител [фирма].

С уведомително писмо, с изх. № 12-00-1274/19.11.2019 г., адресирано до господин Г. Т. – председател на УС на Агенция „Пътна инфраструктура“ и до господин К. И. – и.д. началник на Отдел „Мониторинг“, Главна дирекция „Оперативна програма околна среда“ уведомява адресатите, че в УО на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 година“ /ОПОС 2014-2020/ е регистриран сигнал за нередност № 281, излагайки подробна информация по отношение на описаните в него нередности при възлагане на процесната обществена поръчка, а именно:

1. За наличието на ограничително изискване: по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във вр. т. 11, б. „а“ (колона №3) 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 закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата за посочване на нередности);
2. За незаконосъобразно изменение на документацията за поръчката: по 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във вр. т. 9.1, б. „а“ (колона №3) от Приложение №1 към Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските, инвестиционни фондове;
3. За всяко от нарушенията, съставляващи незаконосъобразно отстраняване на участник: по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във вр. т. 14 (колона №3) 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 закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове.

Определеният от УО на ОПОС срок за представяне на възражение по основателността и размера на финансовата корекция е 14 (четирнадесет) дни, в съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 13 от Наредба за определяне на условията, реда и механизма за функциониране на Информационната система за управление и наблюдение на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ИСУН) и за провеждане на производства пред управляващите органи посредством ИСУН.

С писмо изх. №04-09-176/02.12.2019 г., въведено в ИСУН на 02.12.2019 г. (кореспонденция № BG16M10P002-4.003-0001-C02-M101), от страна на г-н Г. Т. -

председател на Управителния съвет на Агенция „Пътна инфраструктура“ е депозирано възражение по направените от УО на ОПОС констатации. Възражението на бенефициера е представено в определения от УО на ОПОС срок и се явява процесуално допустимо.

На 02.01.2020 г., заместникът на ръководителя на ОУ на Оперативна програма „Околна среда“, издава Решение, с което Определяне на бенефициера Агенция „Пътна инфраструктура“, ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], със седалище [населено място] и адрес на управление: [улица] следните финансови корекции:

За нередността по т.11, б „а“ (колона №3) от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, съгласно т.2.1 от решението – финансова корекция в размер на 10% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл.1, ал.2 ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], на стойност 2 111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС;

За нередността по т. 9.1, б. „а“ (колона №3) от Приложение №1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, съгласно т.2.2. от настоящото решение - финансова корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], на стойност 2 111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС;

За всяка от нередностите по т. 14 (колона №3) от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности - финансова корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], на стойност 2 111 696,65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС, като на основание чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности, се определя една финансова корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], на стойност 2 111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС.

На 02.01.2020 г., заместникът на ръководителя на УО на „ОПОС 2014-2020“ изпраща писмо, с изх. №4-003-0001-2-3/02.01.2020 г., до председателя на УС на Агенция „Пътна инфраструктура“, с което го уведомява за издаденото Решение от 02.01.2020 г. на УО на „ОПОС 2014-2020“, прилагайки препис от същото към цитираното писмо.

При така установената фактическа обстановка съдът достига до следните правни изводи:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол (съобразно чл. 73 ал.4 от ЗУСЕСИФ), поради което същата е процесуално допустима.

По съществуването на спора:

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения.

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

По отношение на компетентността на органа издал акта, спазването на установената форма и на административнопроизводствените правила:

Съобразно нормата на чл.73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ „Финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта.“ В настоящия случай, оспореният акт е подписан от заместник главен директор на Главна дирекция „ОПОС“, изпълняващ функцията на ръководител, съобразно Заповед №РД-930/05.12.2019 г., който към датата на издаване на акта замества главния директор и ръководител на управляващия орган на ОПОС, изрично упълномощен от Министъра на околната среда и водите със Заповед № РД-ОП-13/07.02.2018 г., Раздел II – ри, да ръководи и организира дейността на УО ОПОС, в т.ч. и да подписва документите, пряко свързани с администриране на сигнали за нередности и тяхното приключване, както и с нередности, установени при изпълнение на ОПОС, съобразно чл.69 ЗУСЕСИФ, поради което обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган.

На следващо място административният акт, предмет на настоящото производство, е издаден в предвидената от законодателя писмена форма, с конкретно изложени в него фактически и правни основания, като е съобразен с изискванията за съдържание по чл. 59, ал. 2 от АПК, поради което не са налице основанията по чл. 146, т. 2 от АПК.

При извършената служебна проверка, настоящият състав не констатира нарушение на административнопроизводствените правила в хода на производството по издаване на оспорения административен акт.

Относно материалната законосъобразност на акта:

Страните нямат спор по фактите, които следва да се считат безспорно установени.

По констатираното като първо нарушение в решението на ОПОС, а именно: наличието на ограничително изискване, определено като нарушение на чл.2, ал.2 „обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципа за свободна конкуренция“ и чл.59, ал.2 ЗОП „Възложителите могат да използват прямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността

на съответната позиция“, настоящият съдебен състав споделя становището на УО, че по отношение на тази експертна длъжност не е налице нормативно установено ограничение до сочените от жалбоподателя професионални квалификации, включително с оглед предмета на настоящата поръчка - строителен инженер или строителен техник. 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 е организиране изпълнението на дейностите по безопасност и здраве. 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 № 2/2004 г. Съгласно чл. 5, ал. 2 Наредба № 2 от 22 март 2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи (обн. ДВ, бр. 37 от 2004 г.), 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. В съответствие с ал. 3 на същата разпоредба, функциите на КБЗ могат да се изпълняват за етапа на изпълнението на строежа - и от консултант (за строежи от първа до четвърта категория), съответно от технически ръководител (от пета категория). Съобразно изложеното, административният орган правилно е констатирал, че нормативните изисквания по отношение на квалификацията на КБЗ са общо формулирани, без да е посочено изискване същите да са придобити по определена специалност. Конкретизацията в ал.3 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, ал. 2 във вр. с ал. 1 от Закона за устройство на територията 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, 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 такова с професионална квалификация "строителен инженер" или. "строителен техник" не е изрично установено в приложимата правна уредба, поради което се явява ограничително. В настоящия случай, не могат да бъдат споделени аргументите на жалбоподателя, че поставените изисквания са обосновани от сложността на възложените дейности, чието изпълнение предполага функцията по КБЗ да се осъществява от квалифицирано лице в сферата на строителството. При липсата на нормативно ограничение на изискуемата за експертната длъжност професионална квалификация, налага да се прецени явява ли се изискването ограничително, с оглед на предмета на обществената поръчка. Видно от документацията за обществената поръчка, както и от изложените от жалбоподателя твърдения във възражението, целта на обществената поръчка е изпълнение на геозащитни мерки и дейности в свлачищен район с оглед опазване живота и здравето на населението, инфраструктурата, околната среда и предотвратяване на риска от свлачищни процеси и изграждане на контролно-измервателни системи за мониторинг на свлачищните процеси. В. предвижда изграждането на силова укрепителна пилотно-анкерна конструкция, състояща се от шахматно разположени пилоти, с цел крайното стабилизиране на пътния участък; подокопен дренаж успоредно на пътното платно и реконструкция на съществуващия компрометиран водосток; почистване на съществуващи и строителство на нови облицовани окопи; възстановяване на отводняването на насипа с бетонови бордюри и улей; изграждане на нов водосток на мястото на разрушения съществуващ; подмяна на всички единични предпазни огради с нови ограничителни системи за пътища - извършване на дейности по укрепване и отводняване на конкретен участък засегнат от свлачищни процеси или реконструкция на пътния участък. С оглед на предмета на поръчката, само по себе си изискването за конкретна професионална квалификация към експерта „координатор безопасност и здраве“ не гарантира постигането на легитимната цел на възложителя - изпълнение на предмета на поръчката с исканото качество. Поради това е налице несъответствие на поставеното изискване с предмета, обема и сложността на поръчката, в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, тъй като в конкретния случай то не допринася за постигане на целта на възложителя, а ненужно ограничава кръга на потенциалните изпълнители. 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 основни принципи при възлагането на обществените поръчки за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, и свободна конкуренция, чрез нарушаване забраната по чл. 2, ал. 2 от ЗОП. В настоящия случай, ограничението е довело до нарушаване принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, и на свободна конкуренция, предвид несъмнено разубеждаващото му въздействие и възпрепятстване от участие на тези потенциални кандидати, които въпреки че разполагат с квалифицирани, съобразно нормативните изисквания, лица за функциите на КБЗ, не изпълняват поставените от възложителя изисквания (в горния смисъл и Решение №16995/12.12.2019 г. по адм. дело №1800/2019 г. на VII отд. ВАС; Решение №7349/16.05.2019 г. по адм. дело

№9185/2018 г. на VII отд. ВАС). Ето защо, настоящият съдебен състав счита, че така поставеното изискване от жалбоподателя се явява ограничително по своя характер, следователно и в нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП, поради което подкрепя правните изводи на административния орган.

По отношение на второто нарушение, а именно: незаконосъобразно изменени на документацията за поръчка, направено с разяснение, с изх. № 53-00-3933/07.06.2017 г., в което е въведено, че първоначалният критерии - „участникът следва да е изпълнил поне една укрепителна пилотно-анкерна система с дължина не по-малка от 150 м.“, следва да се тълкува, в смисъл, че за покриването на горното изискване за минимална дължина на укрепителната пилотно-анкерна конструкция, „участникът може да представи сумарно повече от един обекти, които общо да покрият изискването за минималните 150 м.“, настоящият съдебен състав счита, че с разяснението си, жалбоподателят е променил първоначално обявените общи условия на поръчката, тъй като в първоначалният текст от изречението „да е изпълнил поне една укрепителна пилотно-анкерна система с дължина не по-малка от 150 м.“ следва извод, че кандидатите следва да са изпълнили поне една пилотно-анкерна система, която да е с минимална дължина от 150 м., а в последващото първоначалното условие разяснение, което не е обявено в общите условия, жалбоподателят въвежда съвсем нов критерии, предоставяйки възможност на кандидатите да представят повече от една пилотно-анкерни системи, които сумарно да са с дължина не по-малко от 150 м. Промененото чрез разяснението изискване не е обявено на заинтересованите лица по надлежен начин - чрез обявлението за оповестяване откриването на процедурата за възлагане на поръчката, съответно не е обявено в профила на купувача ведно с документацията за поръчката в сроковете по чл. 32 от ЗОП. При необходимост от изменения на първоначалните условия, които биха променили кръга на потенциалните участници в процедурата, такова изменение не може да бъде направено чрез даване на разяснение по отношение на условията на поръчката от страна на възложителя. В. е длъжен да обяви чрез предвидения за това документ - обявлението за поръчка, всички условия за участие, включително критериите

за подбор, по начина, по който същите ще бъдат прилагани от него спрямо участниците в процедурата. Промененото чрез разяснението изискване не е обявено на заинтересованите лица по надлежен начин - чрез обявлението за оповестяване откриването на процедурата за възлагане на поръчката, съответно не е обявено в профила на купувача ведно с документацията за поръчката в сроковете по чл. 32 от ЗОП. Липсата на обявяване е довела и до нарушаване на принципите за публичност и прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация по чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Установеното от УО на ОПОС нарушение осъществява състава- на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г., тъй като нарушението има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза. Въвеждането на съществено условие за участие, имащо отношение към поставените от възложителя критерии за подбор на участниците, което не е обявено по надлежен начин на всички заинтересовани лица, възпрепятства тяхното участие, тъй като води до невъзможност за подготовка на оферта съобразно условията в обявения срок. Не може да бъде установено точно колко лица биха могли да подадат оферта, в случай че от момента на оповестяване откриването на процедурата за възлагане на поръчката, промененото условие, свързано с поставените от възложителя критерии за подбор, би било посочено в обявлението за поръчка, съответно в документацията за поръчката и тя би била публикувана надлежно в сроковете по чл. 32 от ЗОП. Ето защо, настоящият състав подкрепя изводите на административния орган по констатираното в този пункт нарушение, тъй като безспорно се установява, че с измененото условие, жалбоподателят е нарушил принципите за публичност и прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация по чл. 2, ал. 1 от ЗОП, нарушавайки разпоредбите на чл. 59, ал. 5 вр. чл. 24 вр. чл. 35, ал. 1, т. 2 и чл. 2, ал. 1 от ЗОП във вр. Приложение №4, част Б, т. 11, буква „в“ към ЗОП.

По отношение на констатираното нарушение, изразяващо се в неоснователно отстранени участници - две самостоятелни нарушения: С Решение № 6/26.01.2018 г. възложителят е отстранил от участие в

процедурата:

А) „П. Инфраструктура 2017“ Д. с мотив, че подизпълнителят [фирма] незаконосъобразно се е позовал на капацитета на трети лица за доказване на съответствието с поставените от възложителя критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълнява. УО на ОПОС е установил, че подизпълнителят [фирма] отговаря на съответните критерии за подбор от обявлението и документацията за обществената поръчка. В ЕЕДОП [фирма] изрично е посочил вида на работите и Дела от поръчката, който ще изпълнява. Следователно за този дял, подизпълнителят следва да е в състояние да докаже съответствието с изискванията на възложителя, включително с позоваване на капацитета на трети лица, за което в ЗОП не е налице забрана по отношение на подизпълнителите. Предвид факта, че [фирма] отговаря на критериите за подбор от обявлението за обществена поръчка и съобразно разпоредбата на чл.66,ал.1 и ал.2 ЗОП, по силата която законът не вменява като нарушение ползването от подизпълнителя услуги/капацитет от трети лица, когато същите не са свързани с основната му дейност, но са необходими за изпълнението на поетата от него поръчка, съдът счита, че решението на ГД „ОПОС“, е правилно и законосъобразно и в тази част от обжалвания административен акт. Настоящият съдебен състав споделя мотивите на административния орган, че за дела от поръчката, който участникът възлага на подизпълнител, той доказва покриване на критериите за подбор в съответната част, тъй като съгласно чл. 66, ал. 2 от ЗОП подизпълнителите трябва да отговарят на съответните критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълняват, и за тях да не са налице основания за отстраняване от процедурата. Житейската и правна логика изискват да се приеме, че възможностите за доказване съответствието от страна на подизпълнителя с поставените критерии за подбор, съобразно вида и дела от поръчката, които ще изпълнява, са най- малкото равни на тези на участника. Не може да се сподели твърдението, че тази възможност е допустима само за участника, тъй като, ако се приеме подобна теза, това би означавало подизпълнителят да разполага само и единствено със собствени

ресурси за да докаже съответствието си с поставените критерии за подбор, съобразно възложената му част от поръчката, което противоречи на свободата на договаряне и принципите на конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

От гореизложеното, съдът достига до извод, че участникът „П. Инфраструктура 2017“ Д. е неоснователно отстранен, с което е допуснато нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП;

Б) Относно отстраняването на участника [фирма], с мотив, че представената писмена обосновка по отношение на обявената от него по-благоприятна средна стойност на офертата, съобразно останалите оферти, не съдържа достатъчно доказателства, обосноваващи обстоятелствата по чл.72, ал.3 ЗОП, съдът подкрепя мотивите на административния орган, че съгласно разпоредбата на чл. 72, ал. 3 от ЗОП в правомощията на комисията по разглеждане, оценка и класиране на офертите е да предложи за отстраняване офертата на участник, когато в писмената му обосновка за офертираната от него цена или разходи не са обусловени в пълнота и обективност някои от посочените в чл. 72, ал. 2, т. 1 до т. 5 от ЗОП обективни обстоятелства. За извършването на тази преценка, комисията по чл. 103, ал. 1 от ЗОП е задължена да мотивира изводите си по отношение на изложените от съответния участник обстоятелства. Елемент от аналитичната дейност на помощния орган на възложителя е да посочи кои обстоятелства, изложени в обсъжданата писмена обосновка, приема за обективни и към коя законова хипотеза попадат те, като в рамките на оперативната самостоятелност на комисията е да прецени, доколко предложението е реално, комплексно, целесъобразно и подкрепено с достатъчно доказателства. Преценката на комисията, следва да бъде обективизирана, чрез излагане на определени фактически и правни основания за извършената оценка. В този смисъл, експертната оценка на оценителната комисия подлежи на контрол за законосъобразност, в рамките на това дали са изложени мотиви, които са адекватни и относими към обстоятелства, посочени в писмената обосновка и предмета на поръчката, да кореспондира с конкретните обстоятелства и изискванията на възложителя, предвидени в документацията за участие, което в настоящия случай не е сторено. Според посочените от комисията аргументи в протокола ѝ, чрез представените анализи на единичните цени, участникът е изложил числови разчети, посочил е конкретни стойности, но не е приложил конкретни документи, предвид което е счела, че не са приложени абсолютно никакви доказателства. Поради negliжиране на необходимите действия от страна на жалбоподателя, за извършване на обстоен анализ на предоставената му за одобрение оферта, по смисъла на чл.72, ал.3, пр.2-ро ЗОП, възложителят действително е възпрепятствал участника [фирма] от по-нататъшно участие, отстранявайки го по чл.107, т.3, пр. 2-ро ЗОП, преди да извърши реално всички необходими процедурни действия, за да прецени обективно дали кандидатът действително не разполага с необходимите доказателства, за да представи в пълен обем офертата си. Ето защо, съдът споделя напълно решението на ГД „ОПОС“ в тази му част като приема, че е

налице нарушение на чл. 107, т. 3, предл. 2-ро от ЗОП.

Водим от всичко гореизложено, съдът поддържа изводите на административния орган, като счита, че всички изложени от жалбоподателя обстоятелства са подробно разгледани в рамките на административното производство и са съобразени при окончателното произнасяне на органа с крайния му акт.

С оглед изхода на спора и своевременно направеното искане за присъждане на съдебни разноски, на основание чл. 143, ал.3 от АПК, съдът следва да осъди жалбоподателя да заплати на Министерство на околната среда и водите разноски за процесуално представителство, защита и съдействие в размер на 450.00 /четиристотин и петдесет/ лева, съобразно представения списък по чл. 80 от ГПК.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 60-ти състав, на основание чл. 172, ал. 1 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ ОСПОРВАНЕТО по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, с БУЛСТАТ[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица] против Решение от 02.01.2020 г., издадено от В. А. - заместващ ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 г. - 2020 г. (УО на ОПОС 2014-2020), с което е определена финансова корекция, за всяка от нередностите по т. 14 (колона №3) от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], на стойност 2 111 696,65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС, като на основание чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности, се определя една финансова, корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор №РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], в размер на 2111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС, финансовото изражение на която, след съобразяване съотношението на източниците на финансиране според ДБФП, е в размер на 633 509 лв. с ДДС, които представляват 25% от допустимите разходи по договор № РД-35-5/19.03.2018 г., с определена сума за възстановяване, съобразно чл.35, ал.2 вр. ал.1, т.1 от Наредба № Н-3 от 22 май 2018 г. в размер на 608 470.21 лева с ДДС.

ОСЪЖДА Агенция „Пътна инфраструктура“, с БУЛСТАТ[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица], да заплати на Министерство на околната среда и водите, с адрес: [населено място], [улица], сумата от 450.00 (четиристотин и петдесет) лева, представляваща разноски за процесуално представителство, защита и съдействие.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: