

РЕШЕНИЕ

№ 7547

гр. София, 09.12.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,
в публично заседание на 28.11.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Младен Семов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **8321** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл.73 ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление/ЗУСЕФСУ/.

Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, Булстат[ЕИК], [населено място], [улица] срещу Решение № РД-02-14-833 от 24.08.2022г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Националния орган по програмата за териториално сътрудничество „И. V–А Румъния – България 2014-2020“, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на допустимите разходи / 6520935,25лв. с ДДС/ по договор № РД-33-4 от 14.08.2020г. с „Хидро-вод Строй“ Д..

Твърди се незаконосъобразност на оспорваният акт, поради липса на основание за квалифицирането на използваната методика като незаконосъобразна, както в частта и досежно използваните критерии, така и в частта относно начина за оценяване на оферентите. Оспорва се още констатацията, че в предмета на поръчката са включени услуги, несвързани с основният предмет - изпълнение на строителство, като се излагат съображения произтичащи от естеството на поръчката като смесена по смисъла на чл.11 от ЗОП, респ. - предвидените дейности по информиране и публичност целят да популяризират получената финансова подкрепа по програмата и са тясно свързани с основната дейност за изпълнение на СМР.

На следващо място, се твърди, че констатираните нарушения не представляват

нередност съгласно изискването на чл.2 т.36 на Регламент ЕС № 1303/2013 на ЕП и Съвета, поради липса на обективно установена нанесена вреда на европейските фондове, резултат на виновно поведение на длъжника. Успоредно с това се твърди, че АО не е мотивирал дори реалната или хипотетична вреда, която може да настъпи, поради което следва да се приложи чл.6 от Наредбата за посочване на нередности – т.е. пропорционалният метод – твърдение, с което се оспорва акта и в частта относно определеният размер на финансова корекция.

По делото е безспорно, че жалбоподателя, в качеството си на бенефициер по договор за безвъзмездна финансова помощ по оперативната програма, е провел обществена поръчка чрез открита процедура по чл.73 ал.1 от ЗОП с предмет „ Изпълнение на строително-монтажни работи по проект ROBG-390 „Основен ремонт на път II К.-Б.-М. от км 94 до км 101+199,48, област М.“ финансирана по програмата за териториално сътрудничество „И. V–А Румъния – България 2014-2020“ с прогнозна стойност 5 549 5125лв.,без ДДС. С класираният на първо място участник „Хидро-Вод Строй“ Д. е сключен договор № РД 33-4 от 14.08.2020г., а от участвалите в процедурата четирима участника, двама са били отстранени на етап преди отваряне на ценовите предложения. Използваният критерий за възлагане на поръчката е оптимално съотношение цена-качество.

За да постанови процесният акт, Ръководителя на Националния Орган/РНО/ на програмата за териториално сътрудничество е установил от фактическа и приел от правна страна, че:

При използваният критерий за оценка „цена-качество“ възложителят е определил съотношение 60/40, като липсва мотивирано основание за избор на изпълнител по показателя „Техническо предложение“, чиято относителна тежест е 60% в комплексната оценка. Така, РНО е посочил, че нито в обявление за поръчката, нито в публикуваната документация са описани достатъчно критериите за възлагане или тяхната тежест. Успоредно с това е посочено, че при анализа на показателите за оценка се установява, че за присъждане на базовият брой от 10 точки подлежи изпълнението на условия, които са на практика изисквания за допустимост на офертата, като е налице смесване на минимални изисквания за допустимост и критерии за възлагане. Така съобразно т.3.5. от документацията е посочено, че техническото предложение се разработва в съответствие с изискването на възложителя и е съобразено с критерии за възлагане по чл.70 от ЗОП, но същевременно е налице указание, че участници, чиито технически предложения не отговарят на изискванията се отстраняват от участие в процедурата, като не подлежат на оценка съгласно методиката.

На следващо място и при анализ на критериите за присъждане на допълнителни точки е установено, че повече точки ще получат предложенията, които съдържат по-подробно описание на начина на изпълнение на СМР а не такива, които допринасят за по-високо качество на изпълнението. В този смисъл и при липсата на изискване за използване на определена технология или подход, респ. степенуване на по-добри технологии, РНО е приел, че е неясно какви точно предимства дава по-детайлното описание. Така се дава възможност по-висока оценка да получи остаряла, разходоёмка технология, която обаче е по-детайлно описана от друга алтернатива.

Във връзка с третия показател по който е предвидено да се присъждат допълнително 7

точки при наличие на план за организация по осигуряване на материалите, допълнителното изискване – „организацията да гарантира изпълнението на дейностите и в срок“, РНО е установил, че за компонентите формиращи показателя методиката представя дефиниция, която обаче не допринася изобщо за изясняване на изискването. Така определението сочи за съответствие с базовите изисквания и спецификата на обекта, което отново съгласно приетото от РНО е условие за допустимост, а не за оценка на офертите, обстоятелство, което е налице и във връзка с изискването за съблюдаване на нормативните разпоредби приложими към изпълнението на поръчката. На следващо място е констатирано и вътрешно противоречие изразяващо се в изрично посоченото от възложителя, че няма да оценява пълнотата и начина на представяне на информация, като същевременно методиката дава преимущество на предложение съдържащо повече елементи и описание.

В тази връзка е посочено, че е допуснато нарушение на чл.70 ал.7 т.1, т.2 и т.3 б. „б“ от ЗОП и на чл.33 ал.1 от ППЗОП. Посочено е допълнително, че методиката не само не дава възможност да се оцени предложеното ниво на изпълнение, но и не способства за обективното оценяване на техническите предложения в офертите, следователно е налице нарушение на принципите на свободна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация по чл.2 ал.1 т.1 и т.2 от ЗОП.

Извършеното нарушение е съотнесено към дефиницията на нередност по чл.2 т.3б от Регламент № 1303/2013 на ЕП и Съвета.

Във връзка с финансовото отражение е прието, че нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне вреда на бюджета, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово отражение.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т.11 б. „б“ от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 Наредбата за посочване на нередности, тъй като се отнася до прилагане на дискриминационни критерии и условия с минимално ниво на конкуренция.

На следващо място е установено нарушение изразяващо се във включени в предмета на поръчката услуги, които не са свързани с изпълнението на строителство.

РНО се е позовал на нормата на чл.21 ал.17 от ЗОП съгласно която при определяне стойността на договори за строителство не се допуска включването на доставки или услуги, които не са необходими за неговото изпълнение. Посочено е, че обществената поръчка е с предмет строителство, като видно от документацията за участие и приложената към нея К. включва дейности по информиране и публичност, като изработка, доставка и монтаж на билбордове, постоянни обяснителни табели, организиране на информационно събитие за започване на СМР, изработване на рекламен плакат за информационното събитие, организиране на информационно събитие за завършването на проекта, публикации в пресата, включително изработване на текстова информация и снимков материал за публикуване на интернет страницата на А..

Посочените дейности РНО е квалифицирал като такива, които не са необходими за изпълнение на СМР, поради което включването им в предмета на поръчката е в нарушение на чл.21 ал.17 вр. чл.3 ал.1 от ЗОП. Посочената нормативна забрана не може да се дерогира и от нормата на чл.11 от ЗОП приложима за смесените поръчки, доколкото заложените услуги по информиране и публичност не са необходими за изпълнение на строителството.

В този смисъл РНО приема, че поради различният вид на обектите, в обособената позиция, възложителят е извършил неправилно групиране, което е довело до ограничаване на кръга икономически оператори, които биха могли да доставят самостоятелно отделните видове – строителство и услуги, като е следвало дейностите да се групират в две отделни обособени позиции, съобразно дефиницията на понятието по пар.2 т.29 от ДР на ЗОП.

В тази връзка е установено нарушение на чл.21 ал.17 ЗОП, както и на чл.3 ал.1 т.1 от същия закон и чл.2 ал.2 т.1, т.2 и т.4 и ал.2 от ЗОП.

Нарушението е съотнесено към дефиницията на нередност по чл.2 т.36 от Регламент № 1303/2013г. и квалифицирано като нередност по т.11 б.“б“ от Наредбата за посочване на нередности, тъй като нередността се отнася до използване на условия, които не са дискриминационни по смисъла на т.10 от приложението, но ограничават достъпа на кандидатите, като в случая е налице минилано ниво на конкуренция.

В заключение е посочено, че за да се определи финансова корекция не се изисква нарушението да е довело до неправомерен разход на бюджета на съюза, доколкото не може да се изключи възможността това нарушение да има отражение върху бюджета на съответния фонд/с позоваване на т.2 от диспозитива на Решение от 14.07.2016г. на СЕС по дело С-406/14/, поради което няма изискване да се доказва наличието на точно финансово изражение на констатираната нередност.

С оглед всичко гореизложено е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на допустимите разходи по Договор № РД 33-4 от 14.04.2020г. сключен с изпълнителя „Хидро-Вод Строй“ Д. на стойност 5 545 069,55лв. без ДДС /6 654 083,46лв. с ДДС/.

Процесната жалба срещу така постановеният акт, е в съответствие с изискванията за форма, съдържание и приложения, същата е подадена от активно легитимирано лице, в срок, срещу подлежащ на обжалване акт и като такава следва да бъде разгледана по същество.

С оглед очертаният предмет на спора, твърденията на страните и данните по преписката, респ. – настоящето дело, съдът съобрази:

Относно установеното нарушение на чл. 70 ал.7 т.1, т.2 и т.3 б.“б“ от ЗОП, чл.33 ал.1 ППЗОП изразяващо се в незаконосъобразна методика за оценка на офертите, както и определената корекция в съответствие с т.11 б.“б“ от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности:

От текста на чл. 70, ал. 2, т. 3 ЗОП следва, че критерият за възлагане оптимално съотношение качество-цена е функция на цената и на показателите по смисъла на чл. 70, ал. 4 ЗОП. Същият критерий идва да способства определянето на участник, който предлага най-доброто съотношение от гледната точка на интереса на възложителя, т. е. най-благоприятното за него. Важно значение за правилната оценка на такава оферта, има относителната тежест на всеки от показателите. Безспорно е, че определянето на относителната тежест на показателите е въпрос на оперативна самостоятелност на възложителя, тъй като именно той е този, който най-добре знае финансовия ресурс, с който разполага, както и той знае най-добре какъв е най-високият и най-ниският праг на качеството, което би могъл да приеме за изпълнение на предмета на поръчката.

В случая възложителят е определил съотношение 60/40 – цена/качество. Само по себе си това съотношение, ценено на основата на предмета на обществената поръчка, не сочи на нарушение на разпоредба на закона, тъй като няма разпоредба, която да дефинира правило относно съотношението на показателите.

Действително в т.3.5. от Документацията за участие, възложителят е посочил, че участници, чиито предложения не отговарят на изискванията на възложителя се отстраняват от участие в процедурата.

Успоредно с това в Раздел IV „Критерий за възлагане на поръчката“/л.93 по делото/ от документацията е посочено, че критерият по чл.70 от ЗОП е подробно посочен в приложение № 4.

Така по отношение показателя качество, възложителят е дефинирал подпоказатели, които сформират общият сбор от 40т./общата тежестта на показателя в оценката/. По отношение на тези подпоказатели, разписани в Раздел I.2, Приложение № 4/л.121 по делото/, следва да се отбележи:

Съгласно раздел I.2. от Приложение № 4 /л.121 по делото/ е посочено, че „10т. получава техническо предложение, което отговаря на базовите изисквания на Възложителя, както следва:

Направено е предложение, включващо всички видове работи и дейности от К. за изпълнение на СМР необходими за строителството.

Представен е линеен график за изпълнение отразяващ последователността и продължителността на всички видове работи и дейности от К. за изпълнение на СМР, необходими за изпълнение на строителството в срока за изпълнение, определен от възложителя.“

Видно от изискванията на документацията, техническите предложения се представят по образец № 2, като видно от същия в раздел II участниците потвърждават, че ще изпълнят поръчката при условията и в сроковете определени от възложителя в документацията и проекта на договора, а съгласно Раздел III участниците декларират, че ще извършат изпълнението на поръчката при спазване на приложимите изисквания на техническите спецификации,...и в съответствие с представеният линеен график за изпълнение на СМР отразяващ последователността и продължителността на всички видове работи и дейности от К. за изпълнение на СМР.

Дотук изложената извадка от документацията, е необходима за разрешаване на първият от спорните въпроси по делото, както следва:

Видно от простата съпоставка на текстове, правилен се явява извода на РНО, че възложителят е определил критерий за оценка на изисквания, чието неизпълнение по съществото си представлява условие за недопустимост на предложението. Възложителят, в документацията, от една страна е посочил изпълнението в съответствие с изискването на техническата спецификация, линейния график, дейностите по К. като основание за допустимост на офертите, а от друга е посочил, че същото това съответствие ще бъде оценяване и точкувано по показател „качество“ в съответните подпоказатели със съответните точки.

Отново, в тази връзка, правилно РНО е приел и че посредством условието за присъждане на допълнителни точки, съобразно критериите за възлагане на поръчката, Раздел I.2, подточка 3 от Приложение № 4/л.121 по делото/ по третия показател е предвидено да се присъждат допълнително 7 точки при наличие на план за организация по осигуряване на материалите, което да гарантира изпълнението на дейностите и в срок, което е изискване съответно на базовите изисквания на

възложителя – основание за допустимост на офертите, а не за тяхната оценка.

Осигуряването на материалите, респ. доставянето им в съответният срок е изискване обуславящо изпълнението на целият проект, съобразно изискванията на възложителя. По съществото си тази дейност не позволява да се установи нито по-висока експертност, нито по-висока организираност на възложителя, така, че да бъде определяне като критерий за оценка с допълнителен брой точки, след като изискванията за снабдяване, осигуряване и влагане на материали е сред основните изисквания за допустимост на участниците. Тук не се засяга допълнителен вид дейност, отвъд базово изискуемото, така, че да се приеме, че е налице предложение отвъд минималните изисквания на възложителя. Напротив посочената дейност е пряко произтичаща от изискванията на К. и линейният график /част от документацията/, условие по Раздел II от Техническото предложение, обр.2 от документацията и като такова представлява несъмнено основание за допустимост на предложенията.

Като контрапоза, неправилен се явява извода на РНО, че възложителят е предвидил изискване за по-подробно описание на начина на изпълнение на СМР а не такива, които допринасят за по-високо качество на изпълнението. Видно от раздел Раздел I.2, подточки 1 и 2 от Приложение № 4 е налице изискване за описание, което да позволи да се прецени съответствието на всички видове дейности, включително подготвителните работи/мобилизация/, изпитвания/където е приложимо/ и всички други съпътстващи работи, в т.ч. мобилизацията и разпределението на човешките ресурси.

Такова изискване позволява на възложителя да прецени, в рамките на оперативната си самостоятелност професионалният подход и подготовка на участника, възможността му да предвижда и планира предварително максимално широк кръг дейности, което презюмира от своя страна не просто изпълнението, но и изпълнение на съответното експертно и организационно нив,. В този смисъл така посоченият критерий за оценка с допълнителни точки не представлява нито основание за допустимост на офертите, нито е неясен по съществото си. Същият е насочен към установяване професионалният капацитет на участниците отвъд минималните изисквания и е свързан с експертизата на участника по планиране, подготовка и цялостна организация на дейността, насочена към изискването за качествено и срочно изпълнение. В заключение – посоченият критерий не представлява детайлно описание, на вече посочено обстоятелство а дава възможност да се оцени концептуалният и систематичен подход на участника при изпълнението.

Съгласно текста на чл.70 ал.12 от ЗОП, възложителите нямат право да включват критерии за подбор като показатели за оценка на офертите. Така, като е използвал критерий за подбор като показател за оценка на офертите, жалбоподателят е ограничил възможността да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации, както и възможността да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите.

В своята практика /виж, т. 26- 30 от решение от 24 януари 2008 г., Lianakis, C-532/06, EU: C: 2008: 40/, СЕС е имал възможността да постанови, чрез

референция към предходна своя практика, че: „...макар Директива 92/50 да не изключва на теория хипотезата, при която проверката на способността на оферентите се извършва едновременно с възлагането на обществената поръчка, това не променя обстоятелството, че тези действия са самостоятелни и се уреждат от различни норми (вж. в този смисъл, относно обществените поръчки за строителство, Решение от 20 септември 1988 г. по дело *Beentjes* 31/87, R., стр. 4635, точки 15 и 16).

Всъщност проверката на способността на оферентите се извършва от възлагащите органи съобразно критериите за икономическа, финансова и техническа възможност (наречени „критерии за качествен подбор“), предвидени в членове 31 и 32 от посочената директива (вж. относно обществените поръчки за строителство Решение по дело *Beentjes*, посочено по-горе, точка 17).

За сметка на това възлагането на обществената поръчка се основава на критериите, изброени в член 36, параграф 1 от същата директива, а именно най-ниската цена или икономически най-изгодната оферта (вж. в този смисъл, относно обществените поръчки за строителство, Решение по дело *Beentjes*, посочено по-горе, точка 18).

В., макар и да е вярно, че в последния случай критериите, които възлагащите органи могат да определят, не са изброени изчерпателно в член 36, параграф 1 от Директива 92/50 и че поради това тази разпоредба предоставя на възлагащите органи избор на критериите за възлагане, които смятат да определят, това не променя обстоятелството, че този избор се отнася само до критериите за установяване на икономически най-изгодната оферта (вж. в този смисъл, относно обществените поръчки за строителство, Решение по дело *Beentjes*, посочено по-горе, точка 19, Решение от 18 октомври 2001 г. по дело *SIAC S.*, C-19/00, R., стр. I-7725, точки 35 и 36 и, относно обществените поръчки за услуги, Решение от 17 септември 2002 г. по дело *Concordia B. Finland*, C-513/99, R., стр. I-7213, точки 54 и 59 и Решение от 19 юни 2003 г. по дело *GAT*, C-315/01, R., стр. I-6351, точки 63 и 64).

Поради това не представляват „критерии за възлагане“, критериите, които не служат за установяване на икономически най-изгодната оферта, а са свързани основно с преценката на способността на оферентите да изпълнят въпросната обществена поръчка“.

В тази връзка следва да се приеме, че в настоящата хипотеза органа е посочил като нарушена норма - чл.70 ал.7 т.1 и т.2 от ЗОП. Посочената разпоредба, по съществото си може да бъде както обект на самостоятелно нарушение, така и следствие от нарушение по чл.70 ал.12 от ЗОП. При наличие на конкретна нормативна забрана обаче - тази по чл.70 ал.12 от ЗОП съответстваща на изрично установеното и мотивирано от РНО смесване на критерии за допустимост и критерии за оценка на предложенията, то постановяването на акта на основание чл.70 ал.7 т.1 и т.2 от ЗОП е незаконосъобразно. На последно място по този начин и адресата на акта е поставен в хипотеза в която не знае

срещу какво точно нарушение следва да организира защитата си.

Като продължение - безспорно, нарушението на приложимото законодателство е основание за определяне на финансова корекция, съобразно постановката на чл.70 ал.1 т.10 от ЗУСЕФСУ. Спрямо установената нередност, РНО е определил корекция в съответствие с т.11 б. "б" от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

В тази връзка следва да се подчертае, че използването на критерий за подбор като показател за оценка на офертите, представлява нередност относима към текста на т.11 б. "а" от Приложението. Ето защо и като е определил корекция за нередност, която не е установил, РНО е постановил незаконосъобразен акт и в частта относно определяне на финансова корекция.

В настоящата процедура възложителят не е използвал дискриминационни, фаворизиращи един за сметка на друг участник критерии, всъщност и РНО не излага подобни съображения. Възложителят е приложил критерии, които водят до липса на обективна възможност за оценка на офертите, поради факта, че са използвани показатели за оценка, които по съществуващото си представляват критерии за допустимост. След като изрично е установил и посочил, че е налице смесване между двата типа критерии, РНО е следвало да не определя финансова корекция в съответствие с т.11 б. "б" от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Така допуснатото нарушение не може да се санира от обстоятелството, че така посочените от възложителя критерии не дават възможност да се оцени обективно техническото предложение, тъй като тази невъзможност е резултат именно от установеното смесване на различни по своята същност, функция, цели и предназначение, критерии.

Освен всичко останало с оспорваният акт и за да определи корекцията в съответствие с т.11 б. "б" от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата, РНО е посочил, че използваните критерии не са дискриминационни, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите до процедурата, което е хипотеза отново относима към б.а" на т.11 от Приложението.

В заключение и във връзка с другите две посочени от РНО нарушени разпоредби, а именно – нормата на чл.70 ал.7 т.3 б. "б" от ЗОП и тази на чл.33 ал.1 ППЗОП следва да се отбележи:

За да е налице нарушение на чл. 70 ал.7 т.3 б. "б" от ЗОП следва възложителят да е използвал качествени показатели, които са количествено неопределими, в която връзка следва да се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

Видно от така постановеният акт, РНО никъде не сочи наличието на използван качествен показател, неопределим количествено от страна на възложителя. Всъщност за приложението на посочената разпоредба липсва каквато и да било обосновка и в този смисъл акта се явява немотивиран.

Що се касае до разпоредбата на чл.33 ал.1 от ППЗОП, то с оглед изложеното в оспорваният акт следва да се приеме, че органа съотнася същата към

установеното нарушение във връзка с критериите за присъждане на допълнителни точки, съобразно критериите за възлагане на поръчката, дефинирани в Раздел I.2, подточка 3 от Приложение № 4 към документацията на поръчката. По отношение на тези критерии, в предходната част на настоящето решение бе установено, че възложителят не е въвел изискване за детайлно описание, нито за оценка на пълнотата на изложението, поради което и без да се преповтаря настоящият състав счита приложението на нормата за незаконосъобразно.

Относно установеното нарушение на чл.21 ал.17 от ЗОП, нередност по т.11 б.“б“ от Наредбата за посочване на нередности:

Съгласно нормата на чл. 21, ал. 17 ЗОП, при определяне стойността на договор за строителство не се допуска включването на доставки или услуги, които не са необходими за неговото изпълнение. В съответствие с чл. 3, ал. 1 ЗОП, обект на обществени поръчки е строителството, включително: а) изпълнение или проектиране и изпълнение на строителство, свързано с една от дейностите по приложение № 1; б) изпълнение или проектиране и изпълнение на строеж. Анализа на посочените текстове съчетан с описанието на дейностите по приложение № 1 от закона, налага еднозначно извода дейностите по информирание и публичност не са необходими за изпълнението на договорите за строителство, поради което включването им в обхвата на договорите за строителство е в нарушение на чл. 21, ал. 17 ЗОП.

Следва да се посочи изрично, че РНО не е установил нарушение изразяващо се в невъзможен предмет на обществената поръчка а в неправилно групиране поради неизвеждането на принципно различните дейности в обособени позиции. И оттам – до ограничаване на конкуренцията, поради стесняване кръга потенциални кандидати, които могат да изпълнят дейности с толкова разнороден характер/предмет. И това становище изцяло се споделя от настоящият състав.

В разпоредбата на чл. 46, ал. 1 от ЗОП е разписано, че при подготовката за възлагане на обществена поръчка възложителят преценява възможността за разделянето ѝ на обособени позиции. Когато реши, че не е целесъобразно разделянето на обществената поръчка на обособени позиции, в решението за откриване на процедурата възложителят посочва причините за това. От друга страна, чл. 2, ал. 2 от ЗОП предвижда, че 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.

В обявлението на обществената поръчка, „Мотиви за не разделяне на поръчката

на обособени позиции“, възложителят е записал: Разделянето на обществената поръчка на обособени позиции е нецелесъобразно и би довело до затруднения на възложителя, тъй като ще доведе до различно ниво на изпълнението на поръчките по обособените позиции, а оттам и до разминаване и необосновано отлагане на изпълнението на строителството. Дейностите, предмет на поръчката са взаимно свързани по своята същност и обем, позволяващ изпълнението им от един изпълнител....”.

В случая, правилен и обоснован се явява извода на административния орган, че изискването за изпълнение на дейности по информиране и публичност, води до ограничаване на конкуренцията. Посочените от възложителя съображения са в пряко противоречие с чл.3 от ЗОП, тъй като разписаните дейности по своето естество представляват доставки на услуги/организиране на информационно събитие-конференция, публикации в пресата, изработване на текстова информация със снимков материал и т.н./. В този смисъл същите са относими към хипотезата на чл.3 т.3 от ЗОП, докато предмета на основаната доставка е такъв по чл.3 т.1.

Ето защо следва да се приеме, че правилно РНО е установил наличие на допуснато от бенефициера нарушение на чл. 2, ал. 2, във вр. с чл. 21 ал.17 от ЗОП. Отделната стойност на услугите, които не са необходими за изпълнение на дейността по строителство не позволява същата да бъде включена в общата стойност на договора за строителство.

Незаконосъобразен обаче се явява оспорваният акт, в частта с която е определена финансовата корекция, относно процесното нарушение.

Обстоятелства, които органът следва да вземе предвид при определяне размера на финансовата корекция, се съдържат единствено в нормата на чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ/сега ЗУСЕФСУ/, т.е. - естеството и сериозността на допуснатото нарушение на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство и финансовото му отражение върху средствата от ЕФСУ. Следващите две алинеи на чл. 72 от ЗУСЕСИФ /сега ЗУСЕФСУ/ сочат двата приложими метода за определяне на размера на финансовата корекция, в зависимост от естеството на извършеното нарушение. Това са диференциалният метод, когато могат да бъдат установени реалните финансови последици на нарушението върху изразходваните средства - допустими разходи (ал. 2) и пропорционалният метод – когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици (ал. 3). Тези два метода съответстват на възприетото от европейския и българския законодател реално или потенциално негативно засягане на финансовите интереси на Съюза вследствие извършено нарушение на приложимото право от икономически оператор, който участва в разходването на средства от ЕФСУ, с оглед дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013.

В конкретния случай е прието, че изпълнението на дейностите по информиране и публичност не са необходими за изпълнението на строително-монтажните

работи, предмет на обществената поръчка, и по същността си са насочени към икономически оператори, различни от тези заинтересовани в осъществяването на СМР. Доколкото органът определя констатираното от него нарушение като осъществяващо състава на нередност по т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, в частта използване на условия за изпълнение на поръчката, които ограничават достъпа на участниците в процедурата, то следва извода, че с включването на изпълнение на дейности по информирание и публичност в обществената поръчка с предмет строителство, без да е необходима за изпълнение на самото строителство, е нарушена конкуренцията, тъй като е стеснен кръгът на лицата, които могат да участват.

При наличие на ограничително изискване - нарушена конкуренция, не може да се определи какво би било оферирано от възможните участници, т. е. обективно е невъзможно да бъде установено конкретното финансово изражение на вредата, ако не беше допуснато конкретното нарушение. В този случай, приложение намира пропорционалният подход в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ и чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. За включените в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности видове (категории) нередности се счита, че имат финансово въздействие, а поради невъзможността да се определи точното финансово въздействие с оглед естеството им, е определена единна ставка, като са взети предвид именно посочените в чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ критерии: естеството и сериозността на нередностите, както и произтичащите финансови загуби за фондовете, при спазване принципа на пропорционалност./ в този смисъл виж Решение № 6015 от 17.06.2022 г. на ВАС по адм. д. № 850/2022 г./.

Ето защо като е определил финансова корекция по диференцирания метод, наместо такава по пропорционалния, в т.ч. и с оглед изрично разписаният в чл.5 от Наредбата начин за изчисление, РНО е допуснал незаконосъобразен акт и в тази му част.

При очерталият се изход от спора и с оглед своевременно направеното искане за присъждане на разноски за процесуално представителство от страна на жалбоподателя /още с подаването на жалбата/, такива следва да му бъдат присъдени в поисканият размер от 200лв. за юрисконсултско възнаграждение по осъществяването процесуално представителство по делото.

Поради това и на основание чл. 172 ал.2, предл.второ от АПК, Административен съд София-град, Трето отделение, 74 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-14-833 от 24.08.2022г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Националния орган по програмата за териториално сътрудничество „И. V–А Румъния – България 2014-2020“.

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройството да заплати на Агенция „Пътна инфраструктура“, Булстат[ЕИК], сумата от 200/двеста/ лева съдебно-деловодни разноски.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14 – дневен срок от деня на съобщението, че решението е изготвено.

СЪДИЯ: