

РЕШЕНИЕ

№ 5259

гр. София, 09.08.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 45 състав,
в публично заседание на 12.07.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгени Стоянов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **2965** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК, вр. чл. 73 ЗУСЕСИФ.
Образувано е по повод на подадена жалба от страна на Държавно предприятие „Пристанищна инфраструктура“, адрес: [населено място], район „С.“, [улица], представлявано от генералния директор – А. М. – Н. срещу Решение за определяне на финансова корекция за реализация на проект „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на пристанищни приемни съоръжения (ППС) в българските пристанища за обществен транспорт с национално значение“ по административен договор рег. № ДОПТТИ – 3/20.02.2018 г., издаден от директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерство на транспорта и съобщенията и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт“ 2007 – 2013 г.
В жалбата се излагат аргументи, че обжалваното решение е немотивирано, необосновано, издадено в противоречие с материалноправните разпоредби, при съществено нарушение на административнопроизводствените правила и несъответствие с целта на закона. Иска се отмяна на акта. В жалбата се посочва, че твърденията на управляващия орган са бланкетни и не релевират към конкретната поръчка, като съставляват шаблонни твърдения за законови нарушения, без да са обосновани с относими фактически констатации, респ. твърденията са неправилни и необосновани, а също така и в противоречие с практиката на административния орган при приложението на визираните разпоредби. Според жалбоподателя методиката, в

частта Подпоказател 1 ПП1, не противоречи на чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1, 2 и 3 б. “б“ от ЗОП, във връзка с чл. 33, ал. 1 ППЗОП. Издаденият административен акт е в разрез с изискванията на чл. 35 АПК. Не са налице ограничаващи изисквания, като в документацията са заложили ясни критерии за подбор, обективирани в методиката за оценка.

Ответникът – УО на ОПДУ, редовно призован, представлява се от юрисконсулт К.. Иска от съда да остави жалбата без уважение, като неоснователна и недоказана. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение в минимален размер. Представя писмен отговор по жалбата, в който до голяма степен преповтаря мотивите на решението за налагане на финансова корекция.

Софийска градска прокуратура – редовно призована, не изпраща представител за участие в производството. Не представя становище по съществото на делото.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Между Министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията, със седалище [населено място], 1000, [улица], ЕИК BG[EИК], представлявано от Г. В. – директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в МГИТС и ръководител на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., от една страна и Държавно предприятие „Пристанищна инфраструктура“, адрес: [населено място], район „С.“, [улица], представлявано от генералния директор – А. З. е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г., процедура BG16M1OP001 – 4.001.

Договорът е сключен във връзка с постъпило предложение в ИСУН № BG16M1OP001 – 4.001 – 0005 „Техническа помощ за подготовката и реализацията на проект „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на пристанищни приемни съоръжения (ППС) в българските пристанища за обществен транспорт с национално значение“.

Управляващият орган е започнал процедура за администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 ЗУСЕФСУ (загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.). Процедурата е започната по повод на постъпило писмо с изх. № 04 – 18 – 10 / 06.12.2021 г. с окончателен доклад от проверката на Одит на средствата от Европейския съюз, в който е включен резултатът от проверката на открита процедура по ЗОП с предмет: „Осигуряване на консултантски услуги на Стратегически съветник“, сключен договор № Д. – 27 – от 26.10.2018 г. с Д. „П. Консулт“ на стойност 1 193 000 лева.

В хода на проверката са установени конкретни нарушения на разпоредбите на ЗОП, а именно: А) ограничителни изисквания. Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагане 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. Съгласно чл. 59, ал. 2 ЗОП възложителите могат да използват критерии за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката.

Съгласно Раздел Трети 1.3. от обявлението и т. 3. 2., раздел IV. Критерии за подбор от документацията за поръчката участниците трябва да осигурят „Експерт“ – Пристанищни приемни съоръжения и борба с разливи“ Експертът трябва да притежава минимум 5 години професионален опит в експлоатация на приемни

съоръжения и отчетност за дейности с отпадъци, съгласно ЗУО.

Законът за управление на отпадъците (ЗУО) регламентира мерките и контрола за защита на околната среда и човешкото здраве чрез предотвратяване или намаляване на вредното въздействие от образуването и управлението на отпадъците.

Съгласно чл. 44, ал. 1 и ал. 6 от ЗУО лицата, чиято дейност е свързана с образуване, събиране, транспортиране и / или третиране на производствени и/или опасни отпадъци ..., са длъжни да водят отчетни книги, като същевременно изготвят и представят в Изпълнителната агенция по околна среда (ИАОС) годишни отчети по отпадъците съгласно изискванията на ЗУО и наредбата по чл. 48, ал. 1 ЗУО.

Административният орган е приел, че българският законодател е регламентирал специфични дейности и условия по отчетност на отпадъците на територията на Република България, като възложителят е поискал участниците в процедурата да докажат, че разполагат с експерт с опит на територията на Република България и по прилагането на националното ни законодателство в областта на отчитането на отпадъците.

Според административния орган не е допусната изрично възможност и не са предвидени указания за чуждестранни лица, че могат да докажат опит на предложения експерт съгласно законодателството на държавата, в която са установени. Националното законодателство, включително ЗУО и подзаконовите нормативни актове към него, въвеждат изискванията на ЕС и на международното право в областта на опазване на околната среда и отпадъците, които са сходни и приложими за всички държави членки на ЕС, респективно за държавите, ратифицирали съответните международни споразумения. В този смисъл опитът на лица, придобит в тези държави, е относим към дейностите по отчетност с отпадъци.

Посоченото условие възпрепятства необосновано участието на лицата в поръчката и има разубеждаващ ефект. Административният орган и приел, че е налице нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 ЗОП. Нарушението е квалифицирано като такова по т. 10 от Насоките за определяне на финансови корекции, които се правят върху разходите, финансирани от ЕС, при несъответствие с правилата за възлагане на обществени поръчки, приети с решение на ЕК от 14.05.2019 г., съответно т. 10, б. „а“ 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, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от разходите по засегнатия договор.

Б) Незаконосъобразна методика за оценка на офертите. Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагане 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. Съгласно чл. 70, ал. 7 ЗОП, когато критерият за възлагане е „оптимално съотношение качество / цена“, начинът за определяне на оценката по всеки показател трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации и да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Указанията за определяне на оценката на всеки показател е необходимо да осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката.

Съгласно раздел 11.2.5. от обявлението и част П. „Методика за определяне на комплексните оценки на офертите“ от документацията за обществената поръчка критерият за възлагане е „оптимално съотношение качество / цена“ с два показателя: ТП „Технически показател“ с тежест 70 % и ФП „Финансов показател“ с тежест 30 %. Оценката на Техническият показател (ТП) се извършва чрез подпоказателите П1 – Концепция за изпълнение на поръчката с максимален брой точки 50 и П2 – Организация на персонала, с максимален брой точки 50.

За да бъдат допуснати до оценка и класиране с минимален брой точки 26 участниците трябва да представят: 1) за подпоказател П1 „Концепция за изпълнение на поръчката“ – инструменти и методи за постигане на заложените цели на поръчката и очакваните резултати; подход и инструментариум за изпълнение на дейностите, попадащи в предмета на поръчката, с разписани етапи и задачи и последователност на изпълнение; описание на най-новите международни, европейски и национални нормативни инструменти, стандарти и добри практики в областта на обществената поръчка (ОП) и подход за прилагането им.

2) За подпоказател П2 „Организация на персонала“ – структурата на персонала: описание на съответните функции и задължения на всеки член от екипа за изпълнение на поръчката; начин на комуникация и взаимодействие с Възложителя и неговите служители: взаимовръзките между отделните членове на екипа.

По подпоказател П1 – Концепция за изпълнение на поръчката са предвидени следните три преимущества, които водят до оценка с по-голям брой точки: а) предложената последователност на отделните описани дейности (етапи) и задачи се основава на взаимнообвързаността и обусловеността между отделните дейности, заложените цели и очакваните резултати.; б) постигането на всяка една от заложените цели и на всеки от очакваните резултати е обвързано с конкретно посочени международни, европейски и национални нормативни инструменти, стандарти или добри практики; в) показано е реалното отражение на предложените подход, инструментариум и метод при изпълнение на всяка от отделните дейности (цели) задачи, включени в предмета на доставката.

По указанията за оценката на първото преимущество, в техническите спецификации са посочени конкретните дейности и поддейности за изпълнение, очакваните резултати и цели, срокове за изпълнение и др. Същите са задължителни за изпълнение. Според административния орган не е ясен обхватът на оценка на първото преимущество, като липсват указания за конкретните качества и критериите, по които ще се оценяват предложенията. В резултат на това икономическите оператори не разполагат с информация по какъв начин да подготвят офертите си, за да бъдат допуснати до оценка, респективно, в кои случаи офертите им ще бъдат отстранени или оценени с по-голям брой точки.

Вторият елемент (преимущество) за присъждане на повече точки, е свързан с наличието на елемента конкретност в предложението на участниците. Възложителят е пояснил израза „Конкретно“. Това е описание, което не се ограничава единствено до схематично изброяване на обстоятелства (елементи) връзка, а са добавени пояснения, касаещи тяхното взаимодействие на отделните етапи от изпълнение на поръчката. Въпреки дадената дефиниция е налице неяснота за критериите, по които ще се оценяват офертите предвид наличието на множество и специфични дейности, поддейности, цели и липсата на посочени етапи или определение за етапи за изпълнение. От една страна, конкретността се отнася до предложените инструменти,

станданти и добри практики, а от друга конкретността се обосновава с „обстоятелства / елементи/ връзки“ и взаимодействието им на отделните етапи за изпълнение, което не позволява да се определи действителното съдържание на критерия за присъждане на по-голям брой точки.

Неяснота е налице и по третото преимущество, доколкото се оценява „реалното отражение“ на предложението. Липсват указания или критерии, по които ще се оценява наличието или липсата му, респективно липсва информация за обхвата и същността на използвания термин „реално отражение“, което да позволи на участниците да определят при какви качества и характеристики на предложенията, последните ще бъдат оценени с повече точки.

По подпоказател П2 – Организация на персонала са определени следните четири „преимущества“: - представеното разпределение на дейностите и отговорностите между всички предлагани от участника експерти обхваща всички етапи от изпълнението на поръчката и допринася за нейното качествено и навременно изпълнение; - за всяка от дейностите е показано разпределение на дейностите; за всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (оборудване, логистика, материали и др.) и задълженията на отговорния / те за изпълнението ѝ експерти; - предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа от експерти, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката.

По първия и четвъртия „надграждащи“ елементи (преимущества) възложителят изисква както описание на разпределение на дейности и отговорности по експерти, и на мерки за вътрешен контрол и организация на работата, така и същите да допринасят за качествено и / или навременно изпълнение. Липсват указания или точно и обективно определими критерии, по които ще се оценява приносът за качествено и срочно изпълнение. Същите не дават допълнителна информация за качествата на предложенията, които ще обосноват присъждането на съответния брой точки за трите групи обстоятелства.

За второто преимущество възложителят е предвидил да се оценява описанието на задачите, предвидени за всеки от експертите. Неясна е оценката на ниво задача, тъй като не се установява критерият за определяне на задачите за изпълнение. Направен е извод, че това води до невъзможност предложенията на участниците да се съпоставят и сравнят.

Установено е също, че съгласно указанията за присъждане на точки по подпоказателя П2 минимумът от 26 точки се присъжда, когато предложенията не съдържат някое от посочените в методиката четири преимущества, а точки 34, 42 или 50 точки се присъждат, когато офертите съдържат 2, 3 или 4 преимущества. В този смисъл липсват указания, какъв брой точки ще се присъдят когато офертата съдържа 1 от посочените от възложителя 4 „преимущества“, което по същество води до липса на достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по показател П2.

В обобщение на горепосочените констатации административният орган е направил извод, че методиката за оценка не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно технически предложения в офертите и не представят на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката. Административният орган е приел, че присъждането на оценките не е обвързано с настъпването на обективни обстоятелства и/или предварително зададени

обективи критерии и оценката зависи от субективната преценка на членовете на комисията. В този смисъл показателят за оценка дава неограничена свобода на избор, има разубеждаващ ефект спрямо потенциалните участници в процедурата и не гарантира реална конкуренция, поради което е налице нарушение на чл. 70, ал. 7 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Нарушението е квалифицирано като такова по т. 11 от Насоките за определяне на финансови корекции, които се правят върху разходите, финансирани от ЕС, при несъответствие с правилата за възлагане на обществени поръчки, приети с решение на ЕК от 14.05.2019 г., съответно т. 11, б. „а“ 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, за която е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто от разходите по засегнатия договор.

От страна на административния орган е приложен принципът за некумулиране на финансовите корекции, поради което не е определена допълнителна такава, с оглед наличието и на друга нередност. Така на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25% от всеки допустим разход финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № Д.-27/26.10.2018 г. с Д. „П. консулт“ на стойност 1 193 000 лв. без ДДС, с предмет „Осигуряване на консултантски услуги на Стратегически съветник“.

Посочените констатации са обективирани в Решение № ФК-6/28.02.2022 г., издадено от директора на дирекция „Координация на програми и проекти“ оправомощен да изпълнява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г. на основание чл. 70, ал. 1, т. 9, чл. 73, ал. 1 и чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

По делото са приети представената от административния орган преписка, в това число документите касаещи проведената обществена поръчка.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

Жалбата е подадена чрез административния орган от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. 2 – ро от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Във връзка с това по делото е приложена Заповед № РД – 08 – 59 / 03.02.2022 г., с която Министърът на транспорта и съобщенията е оправомощил Г. С. В. – директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ да изпълнява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 г. С оглед на това съдът приема, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

На следващо място, решението е издадено в предвидената от закона (чл. 59, ал. 2 АПК) писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. В акта подробно са описани допуснатите нарушения на конкретни разпоредби на националното законодателство, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираните нередности, основанието за определяне на финансовите корекции и

техният размер. Административният акт съдържа мотиви за посочените нередности, поради което отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок. В решението са обсъдени възраженията на жалбоподателя.

Предвид изложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото /регламента/ се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент „нередност“ означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела С-260/2014 г. и С-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014 - 2020 г. е Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. 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. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения.

С приемане на ЗУСЕСИФ законодателят установи административния характер на

правоотношенията във връзка с изпълнение на договорите за БФП като недвусмислено регламентира характера на акта, с който се определя финансова корекция като индивидуален административен акт - чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се „посочват“ в акт на Министерския съвет.

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета 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 /Наредбата за нередности/, в сила от 31.03.2017 г.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

За да е приложима хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, даваща основание на УО да извърши финансова корекция, е необходимо да са налице кумулативно следните предпоставки: първо – нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и второ – нередността да има или да би могла да има за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Наличието на тези две предпоставки следва да бъдат установени от административния орган, в развилото се производство приключило с издаване на оспорвания акт.

Съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

На първо място, от административния орган е установено нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП.

Процедурите за възлагане на обществени поръчки, уредени в ЗОП, са способ за задоволяване на потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки, при ефективно разходване на публичните средства, средствата, предоставяни от европейските фондове и програми и тези на дружествата и

предприятия, които са възложители по смисъла на ЗОП. При възлагане на обществена поръчка възложителят има право да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и поставяйки относими условия към изпълнението, гарантиращи неговото качество. В рамките на предоставената от закона оперативна самостоятелност и при спазване на чл. 2, ал. 2 ЗОП е необходимо поставените критерии и условия да не 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 този смисъл преценката за законосъобразност на извършената финансова корекция в тази част, чрез отмяна на финансова подкрепа със средства от ЕСИФ, е обусловена от проверка доколко възложителят при въвеждане на изискванията и критериите за допустимост е спазил границите на оперативната самостоятелност и не е нарушил забраната, въведена с императивната разпоредба на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Съобразно разпоредбата на чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на равнопоставеност и недопускане на дискриминация (т. 1) и свободна конкуренция (т. 2).

Видно от Раздел Трети 1. 3. от обявлението и т. 3. 2., раздел IV. Критерии за подбор от документацията за поръчката възложителят поставил изискване участниците да разполагат с „Експерт“ – Пристанищни приемни съоръжения и борба с разливи“, който трябва да притежава минимум 5 години професионален опит в експлоатация на приемни съоръжения и отчетност за дейности с отпадъци, съгласно ЗУО.

Законът за управление на отпадъците (ЗУО) регламентира мерките и контрола за защита на околната среда и човешкото здраве чрез предотвратяване или намаляване на вредното въздействие от образуването и управлението на отпадъците.

Съгласно чл. 44, ал. 1 и ал. 6 от ЗУО лицата, чиято дейност е свързана с образуване, събиране, транспортиране и / или третиране на производствени и / или опасни отпадъци ..., са длъжни да водят отчетни книги, като същевременно изготвят и представят в Изпълнителната агенция по околна среда (ИАОС) годишни отчети по отпадъците съгласно изискванията на ЗУО и наредбата по чл. 48, ал. 1 ЗУО.

Тълкувайки посочените разпоредби административният орган е приел, че българският законодател е регламентирал специфични дейности и условия по отчетност на отпадъците на територията на Република България, като в този смисъл възложителят е поискал участниците в процедурата да докажат, че разполагат с експерт с опит на територията на Република България и по прилагането на националното ни законодателство в областта на отчитането на отпадъците.

В случая съдът приема изводите, обективирани в процесното решение, че от страна на възложителя не е допусната изрично възможността чуждестранни лица да могат да докажат опит на предложения експерт съгласно законодателството на държавата, в която са установени. Правилно е отчетен фактът, че националното законодателство, включително ЗУО и подзаконовите нормативни актове към него, въвеждат изискванията на ЕС и на международното право в областта на опазване на околната среда и отпадъците, които са сходни и приложими за всички държави членки на ЕС,

респективно за държавите, ратифицирали съответните международни споразумения. Дори и да се приеме, че не е налице пълно сходство в правната рамка, то изискването за 5 годишен опит, който „Експерт“ – Пристанищни приемни съоръжения и борба с разливи“ следва да притежава предполага умения за тълкуване и прилагане на нормативни актове, касаещи експлоатация на приемни съоръжения и отчетност за дейности с отпадъци, както и възможност да вникне в детайлите и изискванията на съответната законодателна рамка. В този смисъл опитът придобит в държави членки на ЕС, респективно в държавите, ратифицирали съответните международни споразумения е относим към дейностите по отчетност с отпадъци и би следвало на същите да се предостави възможност за участие в процедурата.

В жалбата са наведени твърдения, че в случай че съответният експерт притежава опит в изпълнението на дейности по водене на отчетност на отпадъците, в съответствие с изискванията на чуждо законодателство (на държава-членка на ЕС или друга трета страна), което е идентично или сходно с действащото българско законодателство и участникът може да докаже пред възложителя тази идентичност и приложимост на правилата, то същият би бил допуснат като отговарящ на съответния критерий за подбор. Доколкото обаче посоченото разбиране на възложителя във връзка с разглежданото изискване не е изрично посочено в документацията за участие, то не може да се приеме, че не е налице нарушение. В случая условията за кандидатстване на подлежат на тълкуване. Предвидената в ЗОП възможност за отправяне на запитвания и искане на разяснения във връзка с поставените от възложителите изисквания не освобождава същите от ясното, точно, недвусмислено и изчерпателно формулиране на условията, на които следва да отговарят експертите. Недопустимо е възложителят да очаква от кандидатите да тълкуват или интерпретират сами неговата воля.

Поставянето на разглежданото изискване и липсата на изрично посочване, че ще се приема и участието на експерти, чийто опит е придобит съобразно законодателството на друга държава членка на ЕС или страна по споразумението за Европейското икономическо пространство е довело до поставянето на условие, което представлява ограничение по национален признак. В резултат на това за потенциалните участници в процедурата се създава допълнителна тежест да осигурят експерт с търсения от възложителя опит по българското законодателство, без да имат сигурност, че ще спечелят поръчката. След като допустимостта на потенциалните участници е обусловена от предприемането на допълнителни действия по осигуряването на експерт с опит по българското законодателство, и доколкото това лице на практика разполага с аналогична възможност да извършва визираните дейности по водене на отчетност на отпадъците, в съответствие с изискванията на чуждо законодателство (на държава-членка на ЕС или друга трета страна), същите са необосновано възпрепятствани от участие в процедурата, в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Оперативната самостоятелност на възложителите не е безпределна, а е в рамките на цитираната по-горе разпоредба на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, която императивно постановява условията да не ограничава необосновано участието на икономическите оператори в обществената поръчка. Тази самостоятелност представлява предоставена възможност от законодателя при формулиране на условията по обществената поръчка възложителят да избира между няколко варианта, които сами по себе си са законосъобразни, но в същото време се различават по целесъобразност. Правилна е преценката, че условието включва необосновано национално изискване, което е

дискриминационно по национален признак и води до възпрепятстване на стопанските субекти да участват в процедурата по възлагане на обществената поръчка. Тези действия на възложителя са в пряко нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Като е предвидил това изискване възложителят необосновано е препятствал участниците.

По изложените съображения съдът приема извода на УО за нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП и чл. 59, ал. 2 от ЗОП за правилен. Същото правилно е съотнесено към състава за нередност по т. 10, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности – „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания“.

С оглед гореизложеното може да се направи заключение, че са налице и трите елемента на фактическия състав на понятието за „нередност“:

Първият от елементите — действие или бездействие на икономически оператор е налице, защото Държавно предприятие „Пристанищна инфраструктура“, има качество на икономически субект по смисъла на чл. 2 т. 37 Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, жалбоподателят е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на средства финансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Вторият елемент - това действие или бездействие да води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. В тежест на административния орган с оглед нормата на чл. 170, ал. 1 от АПК е да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или на националното законодателство. Същото е установено безспорно като такова по чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП.

С оглед извода за наличие на вмененото на бенефициента нарушение е налице и третият елемент на фактическия състав на 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 Съда на Европейския съюз (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 C., C-199/03, EU: C: 2005:548, т. 31; решение Chambre LTIndre, C-465/10, EU: C: 2011:867, т. 47; решение Firma, C-59/14, EU: C: 2015:660, т. 24; решение Wrocyaw, EU: C: 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 допуснатото нарушение 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. Правилна е и квалификацията като нередност по т. 10, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности.

По отношение на второто нарушение, а именно незаконосъобразна методика за оценка на офертата жалбата също е неоснователна.

Изготвената методика за оценка съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите и да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за качествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти, и се посочва начинът за тяхното изчисляване.

Видно от процесната методика същата не отговаря на посочените изисквания.

Конкретно по отношение подпоказател П1 „Концепция за изпълнение на поръчката“ следва да се посочи, че не е налице яснота в кои случаи предложението, в което са описани етапи, задачи и последователност на изпълнение, инструменти и методи за постигане на заложените цели на поръчката и очакваните резултати ще бъде преценено като отговарящо на изискванията и в кои - като преимущество, тъй като за наличието на взаимобвързаност и обусловеност между дейности, цели и резултати няма посочен обективен критерий. В жалбата се твърди, че за да получи съответния по-висок брой точки даденият участник трябва освен да представи последователността при изпълнението на дейностите и инструментите и методите, чрез които ще постигне заложените цели и резултати, също така да обоснове своята компетентност, като демонстрира, че отделните етапи, дейности и задачи ще бъдат обвързани помежду си и начинът и времето, по което ще бъдат изпълнени ще допринесе за качествено изпълнение на поръчката. Във връзка с това следва да се посочи, че от методиката не може да се изведе това обяснение на възложителя, за да са информирани потенциалните участници при какво обстоятелства ще получат по-голям брой точки.

На следващо място, вторият елемент (преимущество) за присъждане на повече точки е свързан с наличието на елемента конкретност в предложението на участниците. Видно от документацията е, че е направено пояснение, че под „конкретно“ следва да се разбира: „описание, което не се ограничава единствено до схематично изброяване на обстоятелства/елементи/връзки, а са добавени пояснения, касаещи тяхното взаимодействие на отделните етапи от изпълнение на поръчката“. Видно от посоченото условно са налице два компонента, които включват в себе си конкретност. На първо място това е конкретика по отношение на предложените инструменти, стандарти и добри практики, и на второ място – конкретност по отношение на обстоятелства /елементи/ връзки“ и взаимодействието им на отделните етапи за изпълнение. В този смисъл основателно възниква въпросът по какви критерии ще се оценяват офертите, с оглед обстоятелството, че в случая са налице множество и

специфични дейности, поддейности. Липсва ясен критерий, който да дава яснота какви точки се присъждат в хипотезата на липса на посочени етапи или определение за етапи за изпълнение или при неяснота в описанието на взаимодействието на етапите.

По отношение на третото преимущество, оценка на „реалното отражение“ на предложените подходи правилно административният орган е приел, че липсват указания или критерии, по които ще се оценява наличието или липсата му, респективно липсва информация за обхвата и същността на използвания термин „реално отражение“, което да позволи на участниците да определят при какви качества и характеристики на предложенията, последните ще бъдат оценени с повече точки. Правилно е взета предвид и т. 7 на техническата спецификация по поръчката, където възложителят подробно е указал какви резултати трябва да бъдат постигнати по всяка дейност от предмета на поръчката и представянето им с цел аргументация на предложението няма добавена стойност. Неоснователно е възражението на жалбоподателя, че е невъзможно да се даде изрична дефиниция на обстоятелството, кога предложените подход, инструментариум и метод ще имат реално отражение при изпълнението на включените в предмета на поръчката дейности, цели и задачи, доколкото това е свързано със степента на изпълнение и постигане на резултатите при изпълнение на същите.

Както вече се посочи в методиката за оценка по отношение на подпоказател П2 - Организация на персонала, са определени следните четири „преимущества“: представеното разпределение на дейностите и отговорностите между всички предлагани от участника експерти обхваща всички етапи от изпълнението на поръчката и допринася за нейното качествено и навременно изпълнение; за всяка от дейностите е показано разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача; за всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (оборудване, логистика, материали и др.) и задълженията на отговорния/те за изпълнението ѝ експерт/и; предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа от експерти, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката

Видно от първия и четвъртия „надграждащи“ елементи (преимущества) възложителят изисква както описание на разпределението на дейностите и отговорностите по експерти, и на мерки за вътрешен контрол и организация на работата, така и същите да допринасят за качествено и/или навременно изпълнение. Правилно УО е посочил, че липсват указания или точно и обективно определими критерии, по които ще се оценява приносът за качествено и срочно изпълнение и не дава допълнителна информация за качествата на предложенията, които ще обосноват присъждането на съответния брой точки за трите групи обстоятелства.

По отношение на следващата констатация за второто преимущество, за което възложителят е предвидил да се оценява описанието на задачите, предвидени за всеки от експертите не се установява дали за присъждането на по-голям брой точки е достатъчно в предложението да се съдържа разпределение на задачите или същото ще се оценява в качествено аспект. В този смисъл по отношение на твърдението на жалбоподателя, че никъде в документацията за участие не е заложено правилото по-голям брой точки в тази категория да бъдат присъждани за участник с повече задачи следва да се посочи, че действително не е налице такова посочване, но именно в това се изразява неяснотата. В този смисъл от методиката не става ясно как ще се

оценяват предложения, в които степента на натовареност на експертите е различна или има експерт, за който не е предвидена задача, респективно е налице разпределение на задачите, което не води до ефективност при изпълнение или, ако е налице неправилна преценка при определянето на експерт да изпълни конкретна задача. Правилно е посочено в жалбата, че на изпълнителя следва да се предостави необходимата свобода да предложи съответното разпределение на функциите с оглед спазване на заложените условия, без тази свобода да се ограничава излишно чрез допълнителни конкретни относно раздробяването на дейността на отделни задачи и т.н., но в случая липсва яснота и конкретен критерий как ще се оценяват офертите. Твърдението на жалбоподателя, че един участник може да предложи по-малко задачи от друг и това различие, което ще рефлектира и върху разпределението на персонала му, не създава предпоставки за неравно третиране, е неоснователно. Именно различната формулировка прави несъпоставими отделните предложения на участниците. Така е налице неяснота в начина, по който ще бъдат оценявани техническите предложения и липса на конкретни указания как да изготвят тези предложения, които имат ограничаващ участието ефект.

Правилна е и констатацията на УО, че съгласно указанията за присъждане на точки по подпоказателя П2 минимумът от точки се присъжда, когато предложенията не съдържат някое от посочените в методиката четири преимущества, а 34, 42 или 50 точки се присъждат, когато офертите съдържат 2, 3 или 4 преимущества. В случая действително липсват указания какъв брой точки ще се присъдят, когато офертата съдържа 1 от посочените от възложителя 4 преимущества. В този смисъл не може да се приеме, че е налице ясното в разписаните правила за определяне на оценка по показател П2.

Гореизложеното прави правилен правния извод на органа за извършено нарушение на чл. 70, ал. 7 от ЗОП. Видно от методиката, възложителят не е изяснил как следва да бъдат оценявани отделните показатели, включени в отделната оферта, по начин, който да даде възможност на кандидатите да разберат как следва да подготвят своите оферти, така че да получат максималния брой точки.

Безспорно е, че въвеждането на критерий за възлагане "оптимално съотношение качество/цена", дефиниран чрез одобрената от възложителя методика, е условие, имащо отношение към самата процедура по възлагане на обществената поръчка. Несъответствието на същото с правилата на чл. 70 от ЗОП би могло да доведе до нарушаване на забраната по чл. 2, ал. 2 от ЗОП, а оттам – и до засягане на някой от принципите по чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Целта на ЗОП е осигуряване на конкуренция на възможно най-широка основа. Всички незаконосъобразни действия на възложителя биха могли да доведат до ограничаване на конкуренцията и равното третиране на участниците (принцип на равнопоставеност). Безспорно липсата на яснота и предвидимост при оценяването, на обективни критерии, въз основа на които да бъде извършено сравняване на офертите според нивото на предложеното качество, би могло да окаже разубеждаващ ефект спрямо потенциалните участници и да ги възпрепятства от участие в процедурата, а в хода на провеждането ѝ да бъде предпоставка за неравното им третиране с оглед широките възможности за извършване на субективна преценка от страна на комисията.

При така установената фактическа обстановка може да се направи заключение, че ръководителят на УО е стигнал до правилен извод, че чрез незаконосъобразната методика за оценяване жалбоподателят е допуснал нарушение на чл. 70, ал. 7 от ЗОП,

във вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Установеното нарушение на посочените разпоредби на ЗОП попада в обхвата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ – нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет - актът, който определя видовете нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ е 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. Правилно е прието, че така установеното нарушение представлява нередност от вида на посочените в т. 11, б. “а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В случая правилно е приложена и разпоредбата на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ, съгласно която при констатирани два или повече случаи на нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1.

С оглед изложеното жалбата се явява неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

При този изход на делото претенцията на жалбоподателя за присъждане на сторените по делото разноски се явява неоснователна. От страна на процесуалния представител на ответника е направено искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение, което следва да бъде уважено за сумата от 150 лева.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 45-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Държавно предприятие „Пристанищна инфраструктура“ срещу Решение рег. № ФК-6/28.02.2022 г. за определяне на финансова корекция, издадено от директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерство на транспорта и съобщенията и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт“ 2007 – 2013 г., с което е определена финансова корекция в размер на 25 % от всеки допустим разход финансиран от безвъзмездна финансов помощ по договор № Д.-27 от 26.10.2018 г. с Д. „П. консулт“, с предмет „Осигуряване на консултантски услуги на Стратегически съветник или сума в размер на 222 025,00 лв.

ОСЪЖДА Държавно предприятие „Пристанищна инфраструктура“ с ЕИК[ЕИК], да заплати на Министерството на транспорта и съобщенията сумата от 150 лв. /сто и петдесет/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ:

