

РЕШЕНИЕ

№ 5117

гр. София, 27.07.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 27.04.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова и при участието на прокурора Цветослав Вергов, като разгледа дело номер **9981** 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-02-14-943 от 04.10.2022 г. 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 допустимите разходи по обществена поръчка с предмет“ Изпълнение на строително – монтажни работи на два проекта, финансирани по програма И. V–А Румъния – България 2014-2020“, по обособени позиции: Обособена позиция №1: Проект ROBG-408 „Основен ремонт на път III – 118 Голянци – Долна Митрополия от км. 14+786 до км. 24+150, обл. П., - Обособена позиция № 2: Проект ROBG – 375 „Основен ремонт на път II- 81 К. – Б. –М. от км. 86+289 до км. 94+000, обл. М.“, в частта по Обособена позиция № 1, по която е сключен договор № РД-33-1/09.06.2020 г., с изпълнител Обединение „И. 2019“, на стойност 5 339 528,22 лева без ДДС (6 407 433,86 лева с ДДС).

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност на оспорения акт поради противоречие с материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона.

Жалбоподателят счита, че липсва 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.3б 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. пропорционалния метод – твърдение, с което се оспорва акта и в частта относно определения размер на финансова корекция. Моли за отмяна на решението 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“ и претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 лева.

В съдебно заседание жалбоподателят, се представлява от процесуален представител юр. П., която поддържа жалбата по изложените в нея съображения и моли същата да бъде уважена. Претендира присъждане на разноски, за които представя списък и се прави възражение за прекомерност на претендираните от ответника разноски за юрисконсултско или адвокатско възнаграждение над законоустановения минимум, поради липса на фактическа и правна сложност на делото.

Ответникът - Ръководителят на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество И.-V-А Румъния- България 2014-2020 г., в съдебно заседание не се представлява. В писмено становище по делото се оспорва жалбата и моли съда да я отхвърли като неоснователна и недоказана. Претендират се съдебно-деловодни разноски, включително юрисконсултско възнаграждение и се прави възражение за прекомерност на претендирания размер на адвокатско възнаграждение от жалбоподателя.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, се представлява от прокурор В., който дава становище за неоснователност на подадената жалба.

Административен съд София-град, след като обсъди доводите на страните и събраните по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

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 обект строителство и предмет: „Изпълнение на строително-монтажни работи на два проекта, финансирани по Програма И. V-А Румъния - България 2014 - 2020 по обособени позиции: - Обособена позиция № 1: Проект ROBG-408 „Основен ремонт на път III-118 Г. – Долна Митрополия от км 14+786 до км 24+150, област П.“; - Обособена позиция № 2: Проект ROBG-375 „Основен ремонт на път II-81 К. - Б. -М. от км 86+289 до км 94+000, област М.“, в частта по Обособена позиция (ОП) № 1 в изпълнение на проект

с рег. № ROBG-408 „Целеви усилия за подобряване на пътната инфраструктура в трансграничната зона” (“Targeted efforts for improving road infrastructure in the cross border area”), финансиран по Програма И. V-A Румъния - България 2014-2020 (Програмата), по която обособена позиция е избран за изпълнител Обединение „И. 2019“, с който е сключен Договор за възлагане на обществена поръчка № РД-33-1/09.06.2020 г. на стойност 5 339 528,22 лева без ДДС (6 407 433,86 лева с ДДС) При извършена проверка на представените отчети за верифициране на разходи в периода 01.06.2021 г. – 01.07.2022 г. по Програмата за трансгранично сътрудничество И. V-A Румъния - България 2014 – 2020 е констатирано нарушение на процедурата, регистрирано като уведомление за съмнение за нередност с № УТС-1572/24.06.2022 г. в Министерството на регионалното развитие и благоустройството. В тази връзка с писмо № 99-03-116/22.07.2022 г. на ръководителя на НО жалбоподателят е уведомен за извършена проверка по реда чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като в него са описани констатираните нарушения при осъществения контрол за законосъобразност на обществена поръчка, размера на финансовата корекция, както и му е указано в случай, че има възражения да ги изложи, като ги подкрепи с доказателства в двуседмичен срок, считано от датата на получаване на цитираното писмо.

В срока по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, от бенефициера Агенция „Пътна инфраструктура“ е постъпило възражение вх. № 99-00-3-116(1)/01.08.2022 г. в МРРБ, с което се възражава по основателността и размера на предложената финансовата корекция.

След анализ на доказателствата и възраженията на Агенция „Пътна инфраструктура“, заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Националния орган по програмата за териториално сътрудничество „И. V-A Румъния – България 2014-2020“ е издал обжалваното Решение № РД-02-14-943 от 04.10.2022 г., с което на основание чл. 73, ал. 1 и чл. 70, ал. 1, т. 9, във връзка с § 5, т. 4 и § 70 от Допълнителните разпоредби на ЗУСЕФСУ) и § 1, т. 2 от Допълнителните разпоредби на 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) и § 2, т. 2.1, част „Национален орган“, т. 3, б. „к“ и § 2, т. 2.3, б. „А“, т. 1 от Меморандума за изпълнение – договорености между държавите-членки, участващи в програмата „И. V-A Румъния – България“ (ратифициран със закон, ДВ, бр. 16 от 2016 г.), във връзка с раздел I, т. 1, б. „б“ и т. 3 от Заповед № РД-02-14-789/17.08.2022 г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството, на бенефициента е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността допустимите разходи (разходи без собствен принос на бенефициера – 6 279 221,11 лв. с вкл. ДДС) по Договор № РД-33-1/09.06.2020 г., сключен с изпълнителя Обединение „И. 2019“, на стойност 5 339 528,22 лева без ДДС (6 407 433,86 лева с ДДС).

Ръководителят на НО е приел, че при провеждането на обществената поръчка А. е допуснала нарушение на:

1/ чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3, б. "б" ЗОП и чл. 33, ал. 1 ППЗОП - незаконосъобразна методика за оценка на офертите. Посочено, че установената методика не залага критерии за оценяване на самото предложение за изпълнение на предвидените дейности, а цели оценка на пълнотата и на начина на представяне на информацията, което е в пряко нарушение на разпоредбата на чл. 33 ал. 1 изр. 2 от ППЗОП. Неясният

начин на оценяване създава предпоставки за прилагане на различен оценъчен подход спрямо едно и също обстоятелство, поради което влияе възпиращо върху потенциалните участници и създава условия за неравно третиране на участниците. Видно от Протоколите на оценителната комисия, само един участник е получил максимален брой точки при оценка на Техническото предложение, а именно избрания изпълнител.

Квалифицирал е нарушението като нередност по т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към Наредбата и е определил финансова корекция от 5% от стойността на допустимите разходи по сключения договор с изпълнителя.

2/ чл. 21, ал. 17 във вр. с чл. 3, ал. 1 ЗОП - включени в предмета на поръчката услуги, които не са свързани с изпълнението на строителството.

Посочено е, че обществената поръчка е с предмет строителство, като видно от документацията за участие и приложената към нея К. включва дейности по информирание и публичност. 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 информирание 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 е прието, че е налице нарушение на чл. 21, ал. 17 във вр. с чл. 3, ал. 1 ЗОП, което е квалифицирано като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към Наредбата, и е предложена финансова корекция в размер на 5 на сто от допустимите разходи по договора, предвид, че за поръчката са подадени 5 оферти, всички отговарящи на критериите за подбор.

В заключение е посочено, че за да се определи финансова корекция не се изисква нарушението да е довело до неправилен 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.

На основание чл. 7 от Наредбата органът е определил обща финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по договора с изпълнителя.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от страна имаща правен интерес от оспорване и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и

размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Управляващият орган е този, който по смисъла на съответните разпоредби в ЗУСЕФСУ – чл. 60 и сл. и чл. 73 от с.з. издава съответния акт. Съгласно чл. 9, ал. 1 от З ЗУСЕФСУ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните такива. Съгласно ал.5 управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършване на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на УО по ЗУСЕФСУ могат да бъдат упражнявани и от овластено от него лице. По силата на чл. 3, ал. 1 от Устройствения правилник на министерство на регионалното развитие и благоустройството /приет с ПМС № 171/16.08.2017г., обн. В ДВ бр. 68 в сила от 22.08.2017г./, Министърът на регионалното развитие и благоустройството, наричан по-нататък "министъра", е централен едноличен орган на изпълнителната власт, който провежда държавната политика в областта на регионалното развитие и благоустройството. В чл. 5 от подзаконовия акт са посочени правомощията на министъра, като в т. 1 е визирано, че той провежда държавната политика за: регионално развитие и европейско териториално сътрудничество, а в т. 11, осъществява функции на Национален орган по програма И. V-А Република Румъния - Република България 2014– 2020 г. По силата на чл.13, ал.1 от Устройствения правилник министерството е структурирано в 2 главни дирекции, 15 дирекции, инспекторат и звено за мрежова и информационна сигурност. Дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ според чл. 26 от същия подзаконов акт се намира в специализираната администрация на министерството. Разпоредбата на чл. 29, ал.1, от Устройствения правилник гласи, че Дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ изпълнява функциите на Национален орган и Национално звено за контакт по програмата за Трансгранично Сътрудничество Румъния- България 2014-2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз (ЕС) и Структурните фондове. Министърът на регионалното развитие и благоустройството е ръководител на администрацията, в рамките на чиято структура се намира Управляващия орган /чл. 25, ал. 1 от ЗА/. По силата на чл.9, ал.1 от Закона за финансово управление и контрол в публичния сектор (ЗФУКПС), ръководителите по чл.2, ал.2- могат да делегират правомощията си по този закон на други длъжностни лица от ръководената от тях организация, като в тези случаи определят конкретните им права и задължения. На основание раздел Заповед № РД-02-14-789/17.08.2022 г. е определен зам. министъра на регионалното развитие и благоустройството да ръководи и организира дейността на Националния орган по Програмата И. Румъния – България 2014-2020 г. С цитираната заповед на зам. министъра са делегирани правомощията на ръководител на НО по отношение на издаваните актове по ЗУСЕФСУ. Правомощието на Министъра на регионалното развитие и благоустройството да делегира своите права произтича от общото му законово регламентирано право да осъществява държавната политика в областта на регионалното развитие и благоустройството и в частност да провежда държавната политика за регионално развитие и европейско териториално сътрудничество, включващо и осъществяване на функции като национален орган по съответните транснационални програми, вкл. по програма И. Румъния– България

2014-2020 г. В заповедта на министъра на регионалното развитие и благоустройството изрично са посочени функциите и правомощията на Националния орган, включващи ръководството и организацията на дейността на програмата, включително и да издава всички актове по ЗУСЕФСУ. Следователно, оспореният акт, е издаден от компетентен орган и акта е издаден в кръга на предоставените му правомощия.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕФСУ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕФСУ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Оспореният акт е издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Съдът намира, че ръководителя на Националния орган по програмата за териториално сътрудничество „И. V–А Румъния – България 2014-2020“ напълно обосновано е приел, че бенефициентът е нарушил приложимото българско законодателство – 1/ на Чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3, б. „б“ от ЗОП, както и на чл. 33 ал. 1 изр. 2 от ППЗОП, като е въвел незаконосъобразна методика за оценка; 2/ 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, изразяващо се във включени в предмета на поръчката услуги, които не са свързани с изпълнението на строителство.

1/ По отношение на нарушението на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3, б. "б" ЗОП и чл. 33, ал. 1 ППЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата:

Съгласно чл. 70, ал. 7 ЗОП в документацията на обществената поръчка възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации (т. 1); да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите (т. 2); да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател (т. 3), като за: количествено определимите показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване (б. "а"); качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка (б. "б").

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“ от документацията е посочено, че критерият по чл.70 от ЗОП е подробно посочен в приложение № 3.

Така по отношение показателя качество, възложителят е дефинирал подпоказатели, които сформират общият сбор от 40т. /общата тежестта на показателя в оценката/. При извършен анализ на минималните изисквания за допустимост на офертите и критериите за възлагане по показателя П2 - Оценка по качествен показател „Оценка на нивото на изпълнение на строителството, предложено във всяка оферта в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации“, органът е достигнал до обоснован извод за формулиране на показатели, които не залагат критерии за оценяване на самото предложение за изпълнение на предвидените дейности, а целят оценка на пълнотата и на начина на представяне на информацията Съгласно Методиката за оценка, 10 точки да се присъждат на Техническо предложение, което отговаря на базовите изисквания, като предложението, следва да включва всички видове работи и дейности от К. за изпълнение на СМР, необходими за изпълнението на строителството и да е представен линеен график за изпълнение, отразяващ последователността и продължителността на всички видове работи и дейности от К. за изпълнение на СМР, необходими за изпълнението на строителството в срока за изпълнение, определен от Възложителя. Същевременно, липсата на някои видове СМР, които са необходими за изпълнението или пък представянето непълен линеен график, представляват основание за отстраняване на офертата.

Методиката по процесната обществена поръчка съдържа критерий за различно оценяване на база използван термин „качествено“ (показател П-2), без да е ясно по какъв начин дадено описание гарантира „качеството“ на изпълнението, а още по-малко е ясно за участниците какво описание следва да бъде включено, за да бъде то оценено като по-качествено спрямо друго и съответно да получи по-висока оценка. Така заложеното изискване обосновава извод за смесване на минималните изисквания за допустимост и критериите за възлагане, т.е. на минималното базово съдържание на техническото предложение, при чиято липса участникът би следвало да бъде отстранен от участие и на обстоятелствата, за които възложителят е предвидил присъждане на 10 точки при оценка на качествения показател П2.

Съдът намира, че критериите за присъждане на допълнителни точки, например описана технология и организация в съответствие с линейния график, включително подготвителни работи и изпитвания, без да е поставено изискване за определена технология или подход на изпълнение, които да гарантират качествено изпълнение на СМР, създават неяснота относно предимствата на предложението, подложено на оценка. Не е гарантирана възможност за обективна оценка на нивото на изпълнение и по отношение останалите допълнителни обстоятелства, при наличието на които техническите предложения биха били оценени с допълнителен брой точки. По отношение второто допълнително обстоятелство липсва определяне на възможни подходи и минимално необходими за тях ресурси, което

предполага субективизъм при поставяне на оценка. Третото допълнително условие също е поставено без дефиниран минимум от материали, които следва да бъдат съобразени, а процесът по тяхното поръчване, доставяне и складиране не е пряко относим към качеството на строителството.

Безспорно определянето на показателите за оценка на офертите е част от оперативната самостоятелност на възложителите, които сами определят онези показатели, които имат преимуществено значение за избора на участниците. Въпреки това, при изготвяне на правилата за оценяване възложителите трябва да спазват основни законови положения, установени в ЗОП и ППЗОП, включително изричната забрана по чл. 33, ал. 1 ППЗОП пълнотата и начинът на представяне на информацията от страна на участниците в процедурата да се използва като показател за оценка на офертите (Решение № 6739 от 21.06.2023 г. на ВАС по адм. д. № 1532/2022 г., VII о.). В конкретната методика възложителят е подложил на оценка описанието на технологията и организацията на изпълнението, човешки ресурси, механизация и пр. Следва да се отбележи, че разпоредбата не се отнася до забрана за оценка на съдържанието на предложенията на участниците въобще, а изключва такава методика, която отчита субективното разбиране на възложителя относно изпълнение на поставените изисквания от страна на участниците, използвайки общи изрази и/или пояснения на понятия, даващи възможност на помощния орган на възложителя да занижи или завиши оценката на участник чрез субективна преценка, отчитайки подробното, детайлното или формалното или недостатъчно описание на дейностите/задачите.

Дадените от възложителя дефиниции, посочени като „определения“, не внасят допълнителна яснота досежно поставените изисквания, предвид използваните общи понятия и препращането към изискванията на поръчката, както правилно е приел административният орган.

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

достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател.

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

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

2/ По отношение на нарушението на чл. 21, ал. 17 във вр. с чл. 3, ал. 1 ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата:

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 информизиране 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.

Правилно УО е приел, че дейността по информиране и публичност не е необходима за изпълнението на строително-монтажните работи, включени в предмета на поръчката, а е свързана с изпълнение на услуги свързани с публичност и информиране на обществеността. Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП, при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. В тази връзка е и чл. 49, ал. 1 от ЗОП, според който Техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите и участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

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.

На следващо място, правилно РНО е посочил, че поради различния вид на обектите, в обособената позиция, възложителят е извършил 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.

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 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.

Нередността се квалифицира по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, изм. и доп. ДВ. бр.19 от 6 Март 2020г. За да квалифицира нередността по т.11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Правилно е определен и процентния показател на 5%, като е отчетена тежестта на нарушението и е взел предвид обстоятелството, че е налице минимално ниво на конкуренция, тъй като са подадени са пет оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор. В този смисъл е и актуалната съдебна практика – Решение № 8916 от 29.07.2021 г. по адм. д. № 2305/2021 г., VII отд. на ВАС, Решение № 7529 от 01.08.2022 г. по адм. д. № 3292/2022 г., VII отд. на ВАС, Решение № 7350 от 05.07.2023 г. по адм. д. № 3359/2023 Г., VII отд. на ВАС, Решение № 6739 от 21.06.2023 г. на ВАС по адм. д. № 1532/2022 г., VII о.

Предвид характера на нарушенията е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредите и доколкото поради естеството на нарушенията е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, размерът на финансовата корекция следва да бъде установен по пропорционалния метод. Ето защо, при тези данни и с оглед квалификацията на нередността, за същата е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на допустимите разходи по договора с изпълнителя, т.е. органът е приложил именно пропорционалния метод при определяне размера на финансовата корекция. Правилно е определил и основата на финансовата корекция, като е съобразил и чл. 7 от Наредбата, вр. с чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ.

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

С оглед изхода на спора, направеното искане, на основание чл. 143, ал.4 от АПК, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, и с оглед възражението за прекомерност на претендираното юрисконсултско възнаграждение, съдът ги определя на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 200 лева.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 36 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“, Булстат[ЕИК], срещу Решение № РД-02-14-943 от 04.10.2022 г. 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 допустимите разходи (разходи без собствен принос на бенефициера – 6 279 221,11 лв. с вкл. ДДС) по Договор № РД-33-1/09.06.2020 г., сключен с изпълнителя Обединение „И. 2019“, на стойност 5 339 528,22 лева без ДДС (6 407 433,86 лева с ДДС).

ОСЪЖДА Агенция „Пътна инфраструктура“ да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството, разноски по делото в размер на 200 /двеста/ лева, за юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ: