

# РЕШЕНИЕ

№ 4529

гр. София, 04.07.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,**  
в публично заседание на 21.06.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Диана Стамболова**

при участието на секретаря Антонина Бикова, като разгледа дело номер **3183** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от Столична община, представлявана от Кмета срещу Решение от 15.03.2022г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 169 950 лева, представляваща 5% от стойността на допустимите разходи по Договор № СОА17-ДГ55- 611/ 15.12.2017г. с изпълнител Д. "Д. Г. С." на стойност 3 399 000 лв. без ДДС. Жалбоподателят излага подробни доводи за материална незаконосъобразност на обжалваното решение, поради което моли за неговата отмяна. В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на съдебни разноски.

Ответникът Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, редовно призован, не се представлява, с писмено становище оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Жалбоподателят Столична община е бенефициент по сключен с Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 административен договор за предоставяне безвъзмездна финансова помощ ДБФП № Д-34-39/08.11.2016г., за

изпълнение на проект № BG16M10P002-1.007-0001-C01: „Подготовка на регионално прединвестиционно проучване за водоснабдяване и канализация за територията на Столична община”.

С Решение от 15.02.2018г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, са установени нарушения по договор с Д. "Д. Г. С." на стойност 3 399 000 лв. без ДДС, като е определен нулев размер от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ.

С писмо с изх. 04-15-1/12.01.2022 г. Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“ (ИА ОСЕС) е изисквала от Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020г.“ (ОПОС) да предприеме незабавни, коригиращи действия, изразяващи се в извършване на повторна проверка за законосъобразност на сключени договори с избрани изпълнители по програмата, с акцент върху най-често срещаните, повтарящи се нарушения, изразени в ограничителни условия за подбор на участниците и незаконосъобразна методика за оценка на офертите.

За резултатите от повторната проверка бенефициентът е уведомен с писмо изх. № 1-00.7- 0001-2-176 от 10.02.2022 г. по реда чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, в което са описани констатираните нарушения при осъществения контрол за законосъобразност на обществена поръчка с предмет: „Разработване на регионално прединвестиционно проучване (РПИП) за водоснабдяване и канализация за територията на Столична община“, както и е посочен размера на финансовата корекция, за да му се даде възможност да се запознае с тях и в случай, че има възражения да ги изложи, като ги подкрепи с доказателства в двуседмичен срок, считано от датата на получаване на цитираното писмо, както следва:

1/ Незаконосъобразен критерий за подбор, тъй като изискването по отношение на екипа от експерти за наличие на диплома за завършено више образование в съответната с образователно-квалификационна степен „магистър“ е завишено. Същото е ограничително по отношение на икономически оператори, разполагащи с експерти с дипломи с образователно-квалификационна степен „бакалавър“. Нарушен е чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Процесното изискване е или би могло да е оказало ограничителен ефект върху участието на потенциални изпълнители в настоящото възлагане и по този начин да е стеснило кръга от заинтересовани лица. УО на ОПОС е квалифицирал нарушението по категория нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г., изменена с ПМС №35/04.03.2020 г., тъй като е осигурена минимална конкурентна среда - 5 % предложена финансова корекция;

2/ Незаконосъобразна методика за оценка на офертите поради заложените субективни оценъчни понятия и критерии, поради което техническите подпоказатели дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция. Налице е нарушение на разпоредбите на чл. 70. ал. 5 и ал. 7 от ЗОП. УО на ОПОС е квалифицирал нарушението по категория нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г., изменена с ПМС №35/04.03.2020г., тъй като е осигурена минимална конкурентна среда - 5 % предложена финансова корекция.

В срока по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от бенефициента Столична община е постъпило

възражение с изх. № СОА22-ДИ04-438-[11]/24.02.2022 г., с което се възразява по основателността и размера на предложената финансовата корекция.

След анализ на доказателствата и възраженията на бенефициента, Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 е издал обжалваното Решение от 15.03.2022г., с което на основание чл.70, ал.1, т.9 и чл.73 от ЗУСЕСИФ, във връзка с чл.9, ал.5 от ЗУСЕСИФ и с оглед констатации, обективирани в писмо с изх. № 1-007-0001-2-176 от 10.02.2022 г. и сигнал за нередност № 936, регистрирани в Регистъра на сигналите за нередности по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г. на УО на ОПОС, на бенефициента - СО, е определена финансова корекция от 5% от стойността на допустимите разходи по Договор № СОА17-ДГ55- 611/ 15.12.2017г. с изпълнител Д. "Д. Г. С." на стойност 3 399 000 лв. без ДДС.

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 заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

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. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на околната среда и водите, който със Заповед № РД-13/06.01.2022г., е възложил на Г. С. – и.д. Главен директор на ГД „Оперативна програма „Околна среда“, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на ОП ОС 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган.

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 ЗУСЕСИФ. 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 ЗУСЕСИФ, 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 за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Съдът намира, че УО напълно обосновано е приел, че бенефициентът е нарушил приложимото българско законодателство – 1/ на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, като е поставил ограничителни критерии за подбор по отношение на екипа от експерти за наличие на диплома за завършено више образование в съответната с образователно-квалификационна степен „магистър“, което е завишено; 2/ на чл. 70. ал. 5 и ал. 7 от ЗОП, тъй като е използвал незаконосъобразна методика за оценка на офертите поради заложен субективни оценъчни понятия и критерии, поради което техническите подпоказатели дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция.

1/ Незаконосъобразен критерий за подбор, тъй като изискването по отношение на екипа от експерти за наличие на диплома за завършено више образование в

съответната с образователно-квалификационна степен „магистър“ е завишено.

Разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП забранява включването на 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.

Цитираната от жалбоподателя съдебна практика на административните съдилища не е относима и е в противоречие с трайната съдебна практика на Върховния административен съд, според която условието към експерти за наличие на образователно-квалификационна степен „магистър“ за осъществяване на дейности, за които липсва изрично нормативно изискване за извършването им, е незаконосъобразно. В този смисъл са: Решение № 8299 от 26.06.2020г. по адм. д. № 3314/2020г. по описа на ВАС, VII отд., Решение № 4104 от 13.04.2020г. по адм. д. № 9851/2019 г. на ВАС, VII отд., Решение № 3928 от 18.03.2019 г. по адм. д. № 14435/2018г. на ВАС, VII отд., Решение № 9045 от 04.08.2021г. по адм. д. № 3933/2021г. по описа на ВАС, VII отд., Решение № 9185 от 16.08.2021г. по адм. д. № 4558/2021г. на ВАС, VII отд.

От анализа цитираната по-горе практика на ВАС, се налага извода, че без значение от предмета на поръчките, при преценката за пропорционалност на поставеното условие за наличие на диплома със степен „магистър“ към екипа за изпълнение, съдът се води на първо място от това дали наличието на магистърска степен като условие за изпълнение на дадена дейност е закрепено в нормативен акт. На следващо място, съдът анализира конкретно спецификата на всяка поръчка, за да прецени кое е относимо за доказване на качеството на изпълнението на поръчката - придобитата степен на образование или придобития специфичен опит от експертите. В случая, видно е, че за извършване на дейността на експерт „Финансист“ по контрол върху разходите, които се правят при изпълнението на проекта няма изрично законово изискване за придобита образователно-квалификационна степен „магистър“ на лицата, които ще я осъществят, а определящ е придобития специфичен опит. Същото е положението и по отношение на експерт „Пречистване на питейни води“ (ключов експерт 2), експерт „ВИК мрежи и съоръжения“ (ключов експерт 3), експерт „Пречистване на отпадъчни води“ (Ключов експерт 4) , за които доколкото ще изпълняват проектантски дейности, изискването за тях следва да е да притежават пълна проектантска правоспособност, а не да притежават образователно-квалификационна степен „магистър“. Пълната проектантска правоспособност, с оглед на чл. 7, ал. 1, 2 и 5 ЗКАИИ, се придобива след стаж по специалността като този стаж не е диференциран на основата на придобитата образователно-квалификационна степен, а на основата на вида на правоотношението, въз основа на което е придобит стаж по специалността.

Доколкото за дейността на експертите няма предвидено нормативно изискване да притежават висше образование в съответната област на образование с образователно-квалификационна степен "Магистър", съдът счита, че процесното изискване към тях е необосновано завишено спрямо предмета на поръчката (който ще бъде изпълнен от въпросния експерт) и ограничава участието на икономически оператори, разполагащи с експерти с необходимия професионален капацитет и опит в изпълнение на въпросните дейности, но притежаващи висше образование с образователна квалификационна-степен "бакалавър". Нарушен е чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Процесното изискване е или би могло да е оказало ограничителен ефект върху

участието на потенциални изпълнители в настоящото възлагане и по този начин да е стеснило кръга от заинтересовани лица. УО на ОПОС правилно е квалифицирал нарушението по категория нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г., изменена с ПМС №35/04.03.2020 г., тъй като е осигурена минимална конкурентна среда - 5 % предложена финансова корекция.

2/ Незаконосъобразна методика за оценка на офертите поради заложен субективни оценъчни понятия и критерии, поради което техническите подпоказатели дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция.

За да постанови оспореният акт административният орган се е аргументирал, че бенефициентът е нарушил приложимото българско законодателство - чл. 70. ал. 5 и ал. 7 от ЗОП, както и на чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП, тъй като е използвал незаконосъобразна методика за оценка на офертите поради заложен субективни оценъчни понятия и критерии, поради което техническите подпоказатели дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция. Изводите на УО се споделят изцяло от съда.

За присъждане на 30 т. по подпоказателя Б1 участникът следва да е "представил подробно визията и теоретическия замисъл за качествено и ефективно изпълнение на поръчката в пълният и обем", докато за присъждане на 15 т. за същия елемент от предложението участникът е "представил формално визията и теоретическия замисъл за качествено и ефективно изпълнение на поръчката, като само преповтаря написаното в Техническата спецификация." По същия начин 30 т. ще бъдат присъдени, ако участникът е "съобразил срокове за всички дейности от Техническата спецификация, като е включил допълнителна описателна част към нея, която обосновава в логическа взаимосвързана последователност изпълнението на услугата в пълният и обем", докато този участник, който е "преповторил сроковете от Техническата спецификация и дейностите от Техническата спецификация" ще получи 15 т. Видно е, че възложителят ще точкува с повече точки оферти на участници, които са разписали по-подробно тези елементи от техническите си предложения, което е в противоречие с нормата на чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП, според която не се допуска оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в документите.

Освен това за целите на оценяването на предложенията на участниците, възложителят е дал дефиниция "подробно", която от своя страна въвежда нови субективни понятия като "детайлно", "ясно и точно", "конкретни", както и изискването за представяне на "относими аргументи и мотиви" за изпълнението на поръчката, които сами по себе си са субективна категория. Също така, в обяснителния текст на подпоказателя Б1 възложителят е въвел неясно указание: "комисията оценява дали от предложението на участника е видно познаване на особеностите и дали предложеното би осигурило в достатъчна степен качество на изпълнение в съотношение с цената на поръчката“, тоест едно и също техническо предложение би могло да бъде оценено по различен начин спрямо предложената цена за изпълнение - колкото по-висока е тя, толкова по-високи са изискванията към представяне на техническото предложение.

Съдът споделя извода на УО на ОПОС, че е дадена прекомерна, свобода на членовете на комисията да преценяват кои аргументи и мотиви са относими към изпълнението на поръчката и кои не са, кое предложение е качествено, детайлно, ясно и точно и кое не е. Горното обосновава и извод за нарушение на чл. 70, ал. 5, изр. второ от ЗОП,

поради въведен прекомерен субективизъм при оценяването на офертите.

По отношение на техническия подпоказател Б2 „Управление на рисковете“, критерият „икономически най-изгодна оферта“ по ЗОП е този, при който показателите трябва да са пряко свързани с предмета на обществената поръчка и да съдържат фактори, които се отнасят до всеки етап от жизнения цикъл на строителството, доставките или услугите, независимо че тези фактори не се отнасят до характеристиките, посочени в техническите спецификации. Те не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция. Във всички случаи, когато възложителят не предвижда оценяване на конкретни параметри на предмета на поръчката, а на брой рискове и мерки, възложителят определя неправомерни показатели за оценяване. В тези случаи подобна техническа оферта е изготвена самоцелно - единствено, за да послужи като обект на оценяване, но без никакъв принос и връзка с изпълнението на предмета на поръчката, съответно по нея обективно няма какво да се изпълнява и възложителят не търси изпълнението ѝ. Също така, самото настъпване на идентифицираните от възложителя рискове, попада изцяло в обхвата на събития, които нямат причинно следствена връзка от действия на избрания изпълнител. Такива събития са промените в приложимата нормативна уредба и обжалванията на процедурата, за които изпълнителят няма как да предложи мерки за тяхното избягване, тъй като не зависят от неговата воля и действия.

На следващо място, независимо от посочването на конкретни рискове, предоставянето на свобода на участниците да избират по свое усмотрение мерки за предотвратяване на настъпването им и мерки за преодоляване на последиците от съдването на съответните събития е в нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП, защото не е гарантирана възможност за обективно сравняване и оценяване на техническите оферти. Нарушена е и разпоредбата на чл. 70, ал. 5, изречение последно, защото чрез формулирането на въпросният фактор за оценка, при липса на яснота относно съдържанието му, на практика се стига до неограничена свобода на избор и липса на гаранция за реална конкуренция. Неизяснено е кои мерки ще се считат за относими и какъв ще е критерият за разграничение от съдържателното описание. Наличието на неясни и неточни указания, създава предпоставки за субективизъм от страна на комисията и води до невъзможност да се прецени доколко обективни биха били действията на помощния орган при определяне на съответната оценка. В случая присъждането на точки не е обвързано с настъпването на обективни обстоятелства и/или предварително зададени обективни критерии и е оставено на субективната преценка на членовете на комисията.

Констатираното обстоятелство не позволява обективно оценяване на подадено техническо предложение и така се нарушават принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция и публичност и прозрачност, съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

Нарушението представлява „нередност“ по смисъла на чл. 2, ал. 3б от Регламент № 1303/2013 и чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, тъй като са налице всички елементи от фактическия й състав, а именно:

- Налице е нарушение на приложимото българското законодателство, а именно нарушение на разпоредбите на чл. 70. ал. 5 и ал. 7 от ЗОП и на чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП.

- Нарушението е извършено чрез действие на бенефициента, тъй като с решението за откриване на процедурата е утвърдил незаконосъобразна методика за оценка на офертите.

- П. поведение, изразяващо се в нарушение на приложимото българско законодателство, има или би могло да има за резултат ощетяването на бюджета на Европейския съюз, тъй като незаконосъобразната методика за оценка на офертите е или би могла да е оказала разубеждаващ ефект върху икономически оператори - потенциални изпълнители. Налице е непосредствена причинно-следствена връзка между нарушението и нанесената вреда на средствата, предоставени от европейските структурни и инвестиционни фондове.

Установеното нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. УО на ОПОС е взел предвид обстоятелството, че не е налице минимално ниво на конкуренция, тъй като по обществената поръчка са подадени 7 оферти, от които шест са допуснати и отговарят на критериите за подбор, което изключва прилагането на т. 11, буква „а“ от Приложението, както и не са налице хипотезите на т. 11, буква „в“ и буква „г“ от същото, поради което правилно е определил, че предвидения процентен показател за посочената нередност се равнява на 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, по сключения договор № СОА17-ДГ55-611/ 15.12.2017г. с изпълнител Д. "Д. Г. С." на стойност 3 399 000 лв. без ДДС. В тази връзка, предвид принципа на некумулиране на финансовите корекции, УО на ОПОС правилно е доналожил 5 процента финансова корекция до достигане на размер от 5 % от поисканите за възстановяване разходи.

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 и на основание чл. 143, ал.4 от АПК, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, които съдът 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 за юрисконсултско възнаграждение.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

### **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Столична община, представлявана от Кмета срещу Решение от 15.03.2022г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което на Столична община е определена финансова корекция в размер на 169 950 лева, представляваща 5% от стойността на допустимите разходи по Договор № СОА17-ДГ55- 611/ 15.12.2017г. с изпълнител Д. "Д. Г. С." на стойност 3 399 000 лв. без ДДС.

**ОСЪЖДА** Столична община с ЕИК[ЕИК], представлявана от Й. Ф. - кмет на Столична община, със седалище и адрес: [населено място], ПК 1000, [улица] да заплати на Министерството на околната среда и водите сума 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.

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:**