

РЕШЕНИЕ

№ 7411

гр. София, 30.11.2015 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Второ отделение 23 състав,
в публично заседание на 09.11.2015 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Антоанета Аргирова

при участието на секретаря Ина Андонова, като разгледа дело номер **11786** по описа за **2014** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 – 178 АПК.

Образувано е по жалба на [община], чрез кмета на общината Р. М., срещу акт, изх.№08-00-1477/26.05.2014 г. на ръководителя на управляващия орган на „Оперативна програма Околна среда“ 2007-2013 г. при Министерство на околната среда и водите и акт, изх.№08-00-1477/27.10.2014 г. на главния директор на Дирекция „Оперативна програма Околна среда“ при Министерство на околната среда и водите и ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2007-2013 г.

Жалбоподателят твърди, че управляващият орган на Оперативна програма „Околна среда“ /УО на ОПОС/ осъществил последващ контрол върху сключения договор №259/21.05.2012 г. и с писмо, изх.№08-00-3257/08.10.2012 г. на МОСВ изразил положително становище без да налага финансова корекция на същия. Този индивидуален административен акт бил влязъл в сила, поради което напълно незаконосъобразно било да се постанови индивидуален административен акт от същия орган, при същите факти, и на същите основания. На второ място, в периода от 15.04.2014 г. до 27.10.2014 г. в общинската администрация-К. били получени четири писма от УО на ОПОС във връзка с налагане на финансова корекция в размер на 25 % от стойността на договора, сключен с изпълнител Д. „Г.-А.“, като срещу всяко едно писмо [община] подала съответно възражение-жалба. Във всяко едно от писмата УО на ОПОС излагал взаимно изключващи се твърдения, както и такива, които не кореспондират с нормите на Закона за обществените поръчки /ЗОП/ към датата на

откриване на процедурата, което поставяло под съмнение как и на какво основание УО налагал финансова корекция в размер на 25 % от стойността на договора. Конкретно в писмото с изх.№08-00-1477/08.05.2014 г., УО твърдял, че участниците са натоварени с необоснована административна тежест относно изискването за представяне на Разрешително съгласно чл.73 от Закона за здравето /33/, като сочел, че този тип документи трябвало да бъдат изисквани от участниците на етап сключване на договор. За непредставянето на този документ в хода на процедурата били отстранени двама участници. В първото писмо с изх.№08-00-1477811.04.2014 г., УО твърдял, че в процедурата законосъобразно са отстранени тези две оферти., но във второто от 08.05.2014 г. същият УО твърдял, че изискването на този документ е дискриминационно условие. Освен това в същите две писма / от 11.04.2014 г. и 08.05.2014 г./ УО излагал и констатация за нарушение на методиката. В третото писмо обаче с изх.№08-00-1477/26.05.2014 г. УО изцяло отричал методиката за оценка на офертите да е в нарушение на ЗОП и оттеглял констатацията си във връзка с неправилната методика за оценка на офертите. За сметка на това в писмото от 26.05.2014 г. УО извел като ограничителни други изисквания заложили в документацията за възлагане на обществена поръчка, които не са довели до отстраняването на нито един участник, нито пък са дали предимство на друг. Изведени били несъответствия към подизпълнителите, но в случая нито един участник не бил посочил, че ще ползва подизпълнители при изпълнение на обществената поръчка. Действително за да са по-ясни изискванията към участниците, които предвиждат подизпълнители, в документацията възложителят определил изискванията спрямо тях. Това обстоятелство не утежнявало изискването към подизпълнителите, защото изискванията били занижени и облекчени. Доказателство за това било, че изискването спрямо участие на подизпълнител, който има 50 % участие-изискването е да има 5000 000, 00 лева, което е доста по-занижено и облекчено от пропорционалния размер, определен за допустимост на процедурата, а именно 30 000 000,00 лева. Затова поставеното изискване не нарушавало основните принципи за равнопоставеност, обратно-разширявало кръга на заинтересованите лица, което водело до предпоставки за по-голяма конкуренция. Друго некоректно изискване, според УО, било изискването за опит. Във връзка с него жалбоподателят обаче противопоставя факта, че нито един участник не бил отстранен поради липса на опит. В писмото от 26.05.2014 г. УО се позовавал на броя на подадените оферти-3 в случая, като доказателство за приетите от него ограничителни изисквания. Не ставало ясно обаче на какво законово основание се позовава УО и колко броя трябва да са получените оферти по дадена процедура, за да бъде тя законосъобразна. В писмото от 26.05.2014 г. било наведено и ново „нарушение“ от УО, а именно липсата на осъществен предварителен контрол за законосъобразност на документацията за обществена поръчка от компетентния орган Агенцията за обществени поръчки. Това ново „нарушение“ изцяло не отговаряло на нормите на ЗОП към момента на откриване на обществената поръчка. Обществената поръчка е открита на 06.01.2012 г., като обявлението е вписано в Регистъра на обществените поръчки под номер 00307-2012-0003 и публикувано в Държавен вестник под №11/11.01.2012 г. и в Официален вестник на ЕС под №2012/S-5-007192/10.01.2012 г., а договорът за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ-сключен на 20.01.2012 г. На основани § 120, ал.1 от ЗОП, процедурите, открити до влизането в сила на този закон, се довършват по досегашния ред. На основание чл.86, ал.1 от Общите условия на

сключения на 20.01.2012 г. договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, предварителен контрол не се осъществявал от Междинното звено съвместно с Агенцията по обществени поръчки, когато бенефициерът е открил процедура за възлагане на обществена поръчка преди сключването на договора за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ. Трайна била практиката на ВАС и К., че право на възложителя е съобразно конкретните му нужди и потребности да определи в цялост предмета на обществената поръчка с присъщите му свойства, качества и характеристики и според нуждите, които тя трябва да задоволи, при спазване на заложените в ЗОП принципи и условия. В случая напълно били гарантирани принципите, залегнали в чл.2, ал.1, т.3 от ЗОП, за равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Правата на възложителя са ограничени от двете генерални забрани, въведени в разпоредбите на чл.25, ал.5 и ал.6 от ЗОП. Първата забрана била за включването в обявлението на условия и изисквания, които необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки. Тази забрана е ефективния правен способ за обезпечаването на принципа, въведен в чл.2, ал.1, т.3 от ЗОП за равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Преценката за това дали този принцип е спазен или нарушен следвало да е конкретна и съобразена с предмета на дейност на възложителя, специфичните му потребности, както и с предмета и сложността на самата поръчка. Допълнителен аргумент за спазването на принципа за равнопоставеност била възможността да се оспори решението на кмета на [община] за откриване на процедурата по обществена поръчка и одобряването на документацията за участие, съгл.чл.120 от ЗОП. Това решение в случая било обжалвано от [фирма] пред К., която с Определение №268/13.03.2012 г. по преписка К.-139/2012 г. оставила жалбата без разглеждане и прекратила производството. Определението не било обжалвано пред ВАС и влязло в сила, с което влязло в сила и решението на кмета на общината /№9 от 06.01.2012 г./ за откриване на процедурата и утвърждаване на документацията и придобило качеството на стабилен административен акт по смисъла на чл.11 от ЗОП, гарантиращ правата и интересите на неограничен кръг потенциални участници в процедурата по обществен поръчка. Отделно и независимо от горе изложеното, нямало основание за налагане на финансова корекция, тъй като нередностите, които се твърдели от УО били без всякакви потенциални или реални финансови последици, поради което и липсвала нередност по смисъла на Регламент /ЕО/ №1083/2006 и Регламент /ЕО/ №2988/9-нарушение на Общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.

С Определение №5883/09.12.2014 г., АССГ, на основание чл.159, т.1 от АПК, е оставил без разглеждане жалбата и е прекратил производството по делото.

С Определение №5615/18.05.2015 г., постановено по адм.дело №1150/2015 г. по описа на Върховен административен съд, ВАС, III о. е отменил прекратителното определение, в частта, в която подадената от [община] жалба, в частта срещу акт №08-00-1477/27.10.2014 г. на главния директор на дирекция "Оперативна програма Околна среда" при Министерството на околната среда и водите и ръководител на управляващия орган на "Оперативна програма Околна среда 2007-2013 г.", е била оставена без разглеждане и производството по делото било прекратено, и е върнал на АССГ жалбата на [община] в частта за оспорването на акт №08-00-1477/27.10.2014 г. на главния директор на дирекция "Оперативна програма Околна среда" при

Министерството на околната среда и водите и ръководител на управляващия орган на "Оперативна програма Околна среда 2007-2013 г." за разглеждането ѝ. Съображенията на ВАС, изложени в отменителното определение са, че управителният орган на национално ниво, който отговаря за управлението и изпълнението на проекти по Оперативна програма "Околна среда 2007-2013 г.", е Главна дирекция "Оперативна програма Околна среда" при Министерството на околната среда и водите. Управителният орган, както е предвидено в Постановление №134 от 5 юли 2010 г. за приемане на методология за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма "Солидарност" и управление на миграционните процеси, разполага с правомощия да извършва проверки за разходването на средствата, да налага едностранно финансови корекции и да предприема действия за възстановяване на сумите, отпуснати на бенефициента. С оглед ръководните и контролиращи функции, които този орган има по отношение на наблюдаваните от него проекти, не може да се приеме, че отношенията му с бенефициента, който изпълнява дадения проект и получава публичната помощ, са равнопоставени. Тези отношения се характеризират с елементи на власт и подчинение, поради което следва да се определят като административноправни.

Сключеният между договарящия орган и [община] договор № 24/23.01.2012 г. за безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма "Околна среда 2007-2013 г.", съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие и от Кохезионния фонд на Европейската общност за проект "И. инвестиционен проект във водния сектор на [населено място]", сключен между Министерството на околната среда и водите и [община], неразделна част от който са приложените общи и специални условия, представлява административен договор, който подробно урежда отношения от вида на тези, които възникват в сферата на държавното управление. Разпоредбата на чл.69 от общите условия, която се отнася до възможността за налагане на финансова корекция, не е създадена като резултат от съгласуваната воля на страните по договора, а възпроизвежда съдържанието на предоставеното от държавата във връзка с управлението на европейските проекти, съставляващо част от компетентността на управляващия орган негово правомощие, да налага финансова корекция на бенефициента за нарушения, допуснати в процедурите по обществени поръчки. Не договор №259/21.05.2012 г. характеризира отношенията между управляващия орган и бенефициента, а сключения между [община] и ДДЗД "Г.-А." договор за изпълнението на обществена поръчка, по повод на която са констатирани нередности и се налага финансовата корекция.

Редът за налагане и извършване на финансови корекции е уреден в чл.13 от Методологията, приета с Постановление № 134 от 5 юли 2010 г. В редакцията на нормативния акт съгласно Държавен вестник, брой 52 от 24.06.2014 г., приложима към момента на издаването на акта по писмо №08-00-1477/27.10.2014 г., органът уведомява писмено бенефициента за съществуващо съмнение за нарушение, за което предстои да бъде извършена финансова корекция, в срок до 10 работни дни от датата на получаване на уведомлението бенефициентът може да представи на органа по т.1 коментари, бележки и/или допълнителни документи, с които да мотивира възражение

срещу извършването на финансова корекция или срещу нейния размер; в срок до 5 работни дни от получаването на възражението органът мотивира неговото приемане или отхвърляне, за което писмено уведомява бенефициента; случай че възражението на бенефициента бъде прието, органът не извършва финансова корекция или коригира нейния размер; в случай че резултатът от разглеждане на възражението не удовлетворява бенефициента, той има право да поиска провеждане на процедура по изслушване относно финансовата корекция; органът определя дата за провеждане на изслушването; органът изготвя писмен протокол от проведеното изслушване, който се подписва от неговия ръководител и от бенефициента или от оправомощени от тях лица; в случай че бенефициентът или оправомощеното от него лице не се яви на изслушването, без да са налице доказателства за обективни причини за неявяването му, органът изготвя констативен протокол, който се подписва от неговия ръководител или от оправомощеното от него лице; срок до 5 работни дни от изслушването, а в случаите по т. 8 - от датата, която е била определена за изслушването, органът по т. 1 изпраща на бенефициента окончателното си мотивирано становище; при отхвърляне на възражението становището задължително съдържа описание на нарушението, нормативните разпоредби, които са нарушени, мотиви за избрания метод за определяне на корекцията и нейния размер, след което органът пристъпва към извършване на финансовата корекция.

С оглед тези нормативни правила следва да се приеме, че с изпращането на уведомление до бенефициента управляващият орган открива процедура по налагане на финансови санкции. Поради това, макар писмо №08-00-1477/ 11.04.2014 г. да съдържа становище, което по-скоро изразява категорично убеждение, а не съмнение на управляващия орган, че при провеждане на обществената поръчка са били допуснати нарушения, не може да се направи извод, че е налице административно решение за налагане на финансова санкция, което представлява индивидуален административен акт. Такъв извод следва да се направи и по отношение на обжалвания от жалбоподателя акт по писмо № 08-00-1477/26.05.2014 г. Макар писмото да носи елементите на административно решение, в което подробно се мотивира убеждението на управляващия орган, то не би могло да се възприеме като приключващият производството индивидуален административен акт, който засяга права и интереси на жалбоподателя. Тъй като процедурата е продължила по ново възражение на [община], за приключващ процедурата индивидуален административен акт следва да се приеме този по писмо №08-00-1477/27.10.2014 г. на управляващия орган. Макар и обобщено, с този акт се прави заключителна преценка по казуса, основана на вече изложените мотиви в писмо № 08-00-1477/26.05.2014 г. Издаденият акт е от категорията на актовете, предвидени в чл. 21, ал.1 АПК, тъй като представлява волеизявление на административен орган за отказ за изплащане на част от договорената финансова помощ, което пряко засяга законен интерес на получателя на помощта.

Отменителното определение на ВАС не подлежи на обжалване-чл.131 АПК, и е задължително не само за първоинстанционния по-долу стоящ съд, но и за всички инстанции при последващото разглеждане на конкретното дело / Определение № 6729 от 5.06.2008 г. на ВАС по адм. д. № 2722/2008 г., II о.; Определение № 3066 от 9.03.2009 г. на ВАС по адм. д. № 2422/2009 г., III о.; Решение № 16044 от 3.12.2013 г. на ВАС по адм. д. № 593/2013 г., III о.; Решение № 3257 от 7.03.2014 г. на ВАС по адм. д. № 5435/2013 г., IV о./, поради което АССГ приема, че жалбата е допустима, както и

че оспорения с нея акт- писмо №08-00-1477/27.10.2014 г. на УО е административното решение за налагане на финансова санкция, като мотивите на органа са изложени в писмо № 08-00-1477/26.05.2014 г.

За да се произнесе по съществото на спора, съдът излага от фактическа страна следното:

Между страните е безспорно от фактическа страна, а се установява и от документите в адм.преписка,, че при извършване на последващ контрол на открита процедура по възлагане на обществена поръчка по ЗОП /ДВ, бр.73 от 20.09.2011 г., в сила от 20.10.2011 г./ с предмет: „И.-проектиране и изграждане на главни и второстепенни колектори и строително-монтажни работи по реконструкция на водопроводна мрежа в [населено място], област В.“, финансиран с договор за безвъзмездна финансова помощ /ДБФМ/ № D-51011116-C003 по Оперативна програма „Околна среда 2007-2013 г., Приоритетна ос 1 и сключен в резултат на нея договор №259/21.05.2012 г за инженеринг на стойност 11 799 908.49 без ДДС., е преценена законосъобразността на избор на изпълнител. Въз основа на представените от [община] документи: Решение №9/06.01.2012 г. за откриване на обществена поръчка; обявление за откритата обществена поръчка; документация за участие в открита по вид процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „И.-проектиране и изграждане на главни и второстепенни канализационни колектори и строително-монтажни работи по реконструкция на водопроводна мрежа в [населено място]; кореспонденция между възложителя и закупилите документация за участие в процедурата; заповед за назначаване на комисията за разглеждане, оценка и класиране на офертите; декларации по чл.35 от ЗОС, представени 3 оферти за участие; протоколи за работа на комисията; решение от 09.04.2012 г. на кмета на [община] за класиране на участниците, определяне на изпълнител на обществена поръчка; определение №268/13.03.2012 г. на К.; договор №259/21.05.2012 г. с „Г.-А.“ Д., определен за изпълнител на обществената поръчка, **е изготвено становище на началника на Отдел „Предварителен контрол“**. То е, че в процедурата по проведената обществена поръчка са подадени 3 оферти, като 2 от тях са отстранени и не са допуснати на етап разглеждане и оценка на техническо и ценово предложение. Основанията за отстраняване на участниците [фирма] и Консорциум „П. -Г.“ кореспондират с офертните им предложения. В офертата на [фирма] предложеният експерт проектант „Водопроводни мрежи и съоръжения“ не притежава 3 години професионален опит в изготвянето на инвестиционни проекти в областта на водоснабдителните и канализационни системи и с това не е изпълнено изискване, заложено в Раздел III.2.3. „Технически възможности“ от обявлението. Другото основание за отстраняване на акционерното дружество е, че представеното от него Разрешително по чл. 73, ал. 1 от ЗЗ, издадено от РЗИ - В. за обект: Демонтаж на азбесто - съдържащи материали от обект „Производствена база на [фирма] в [населено място], м-ст „К. Б.“, област В., не отговаря на изискванията на чл. 73, ал. 1 от ЗЗ, който гласи, че дейностите по разрушаване или отстраняване на етернитови водопроводи се извършват след получаване на разрешение от директора на РЗИ, на чиято територия се извършват. Поради това се налага извода, че участникът не е отстранен за

това, че не е представил изобщо разрешително по чл. 73, ал. 1 ЗЗ, а че същото не е издадено от директора на РЗИ-В., на чиято територия се извършват дейностите. Консорциум „П. - Г.“ също е отстранено, тъй като представеното от него Разрешително не е издадено от директор на РЗИ -В.. По тези съображения становището е, че комисията е действала законосъобразно като е предложила гражданското дружество за отстраняване, още повече, че е имало разяснение, че представеното разрешително по чл. 73, ал. 1 от ЗЗ трябва да бъде издадено от директора на регионалната здравна инспекция, на чиято територия се извършват дейностите, т.е. от директора на РЗИ -В.. Констатирани са били и други несъответствия в офертата на Консорциум „П. - Г.“, които са основание за отстраняването му от процедурата, макар и да не са констатирани от комисията. Този пропуск не обосновавал финансова корекция, тъй като обуславя същия резултат-отстраняване на участника, което комисията е направила. По отношение на офертата на Д. „Г. - А.“ е прието, че този участник законосъобразно е класиран на първо място Д. „Г. - А.“, поради получаване на най-високата комплексна оценка. В заключение е направен извод, че възложителят- [община] е поставила утежняващи изисквания за допустимост в обявлението и документацията. Конкретно по отношение на заложеното в обявлението изискване за допустимост „участниците да представят разрешително за демонтаж/разрушаване на етернитови водопроводи по чл. 73, ал.1 от ЗЗ“, тъй като същото следвало да бъде изискано на етап сключване на договор, за да не бъдат създавани административни тежести за участниците преди да имат сигурност, че ще бъдат избрани за изпълнител. Отбелязано е обаче едновременно с това, че режимът за издаването на подобен тип документи е разрешителен и е възможно да бъде отказано издаването на разрешение по чл.73, ал.1 от ЗЗ на избрания за изпълнител, както и че същият в този случай ще изгуби гаранцията за участие в размер на 149 500 лв. Поради това и след преценка на доводите във възражението на възложителя /писмо вх.№ 08-00-2910/14.08.2012г./, становището на началник отдел „ПК“ е, че действително са налице обстоятелства, обосноваващи горепосоченото изискване да се постави на етап подаване на оферта и да бъде условие за допустимост, а не да се представя на етап сключване на договор. С тези съображения изрично е изложено, че „отпада констатацията на отдел „ПК“ за незаконосъобразност на горепосоченото условие, като се приема, че изискването за представянето на Разрешително за разрушаване/демонтаж на етернитови водопроводи като условие за допустимост е обосновано.“ На следващо място е прието, заложеното в документацията условие К. да бъдат изготвени на програмата Б. мениджър, се явявало нарушение на императивна правна норма - чл. 25, ал. 5 от ЗОП и с него се ограничавал кръга на потенциалните участници единствено до такива, които притежават/ разполагат с този софтуерен продукт. Аргумент в подкрепа на факта, че с това изискване са се създали необосновани пречки пред конкуренцията е, че в процедурата са подадени само 3 оферти. Изискването за подизпълнителите във връзка с доказване на икономически и финансови възможности, съдържащо се в обявлението, не било съобразено с чл. 56, ал. 2 от ЗОП и с него се

нарушавали основните принципи за равнопоставеност, прокламирани в чл. 2, ал. 1 от ЗОП. По отношение на заложеното в документацията условие К. да бъдат изготвени на програма „Б. Мениджър“, възложителят възразява, че програмата „Б. Мениджър“ може да експонира отделно анализите или в текстов или в електронен табличен вид /ексел/ формат. Подчертава, че администрацията на [община] разполага само с програмата „Б. Мениджър“. Подчертава и това, че за да може при проверка на подадените количествено - стойностни сметки да се провери предлаганите стойности и анализи на единичните цени е изискано те да се представят на магнитен носител на програмата Б. Мениджър. Обръща внимание, че в документацията няма изискване участниците да притежават или разполагат с програмата Б. Мениджър. Програмата Б. Мениджър е най-масовата и най-широко разпространен софтуерен продукт в строителството. Всяко заинтересовано лице проявило интерес към процедурата би могло да намери лесен достъп до гореспоменатия софтуерен продукт и да изготви своите К.. Според възложителя доколкото не е необходимо участниците да притежават или разполагат с горесцитираната програма, то следва да се приеме, че това условие не е поставено в документацията като ограничаващо и няма нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП.

Отдел „ПК“ не приел аргументите на възложителя за обоснованост и законосъобразност на заложеното от него в документацията изискване К. да бъдат изготвени на програмата Б. Мениджър. В тази връзка е изложено, че Б. Мениджър е програмен продукт за управление на строителството и производството, който се предлага на пазара на софтуерните продукти, и макар да е широко използван, той не е единствения продукт, с който оперират участниците в строителния бранш. В случай, че служителите в [община] разполагат с Б. Мениджър и представянето на К., изготвени на този продукт би оптимизирало работата им във връзка с процедурата за възлагане на обществената поръчка, е следвало изискването да бъде поставено като препоръчително, а не да представлява условие за допустимост на офертата. По този начин необосновано се създавали пречки пред конкуренцията, което се явявало нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП, както и на основните принципи на ЗОП, прокламирани в чл. 2, ал. 1 от ЗОП за свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. По отношение на изискването към подизпълнителите във връзка с доказване на икономическите и финансови възможности, съдържащо се в обявлението, възложителят възразил, че за по-ясни изисквания към участниците, които предвиждат подизпълнители са определени условия спрямо тях в документацията за участие. Те са пропорционално сметнати, въпреки че са рамкирани в определени граници. Това рамкиране е формално и не води до завишени финансови изисквания, а напротив, тъй като е в по-облекчен вид отколкото пропорционалното изискване. Предметът на процедурата и вида на работите, залегнали за изпълнение не предоставят условия за твърде нисък процент на подизпълнение. В подкрепа на горното се посочва, че за подизпълнител, който има 50% участие се изисква да има 5 000 000 лева, което е доста по-занижено и облекчено от пропорционалния размер, определен за допустимост в процедурата, а именно 30 000 000 лева. Затова

изискването не създава необосновани пречки пред заинтересованите лица и не нарушава основните принципи за равнопоставеност, а точно обратното разширява кръга на заинтересованите лица, което създава предпоставки за по-голяма конкуренция. /Тези твърдения са изложени и в жалбата до съда/ Отдел „ПК“ приел възражението на възложителя, тъй като изискванията за икономическите и финансови възможности за подизпълнителите с дял на участие 10% и повече са действително занижени и облекчени. В този смисъл условието за икономическите и финансовите възможности на подизпълнителите, в случаите на предвиждането на такива от страна на участниците, не следва а се приема за утежняващо, макар и същото да не е съобразено с чл. 56, ал. 2 от ЗОП.

На последно място в становището на „ПК се поддържат констатираните пороци в методиката, но тъй като по отношение на единствения допуснат до оценка на техническа и ценова оферта участник Д. „Г. -А.“ не били налице основания за присъждане на 0 точки съгласно съща, т.е. по отношение на него не са констатирани и не са налице условия за установяване на несъответствие с изискванията на възложителя, в конкретния случай тези пороци не са оказали влияние върху избора на изпълнител.

В заключение, в становището на „ПК“ се поддържа единствено констатираното в документацията дискриминационно изискване „К. да бъдат изготвени на програмата Б. Мениджър“, с което необосновано се ограничавал кръга на потенциалните участници в процедурата, и се предлага да бъде наложена финансова корекция в размер на 25% от стойността на договора.

Въз основа на това становище, ръководителят на УО се е произнесъл с **акт-писмо изх.№04-00-131/09.10.2012 г. /л.202-л.204** от досието на делото/, че „**не налага финансова корекция по договор №259/21.05.2012 г., с предмет: „И.-проектиране и изграждане на главни и второстепенни колектори и строително-монтажни работи по реконструкция на водопроводна мрежа в [населено място], област В.“, финансиран с договор за безвъзмездна финансова помощ /ДБФМ/ № D.-51011116-C003/20.01.2012 г. по приоритетна ос 1 на Оперативна програма „Околна среда 2007-2013 г.“.** Изложени са съображения, затова защо не се подкрепя предложението на отдел „ПК“ за налагане на финансова корекция, а именно липсата на доводи за наличие на финансови последици за бюджета на ЕС. Изложено е още и това, че разглежданият програмен продукт /Б. Мениджър/ е широко разпространен в строителството, поради което това специфично изискване не е било неизпълнимо и не е ограничило потенциалните участници в процедурата. Актът е съобщен на кмета на [община], в която насока са и твърденията в жалбата до съда. В съответствие с това фактическо установяване, съдът обуславя извод, че акта, обективиран в писмо изх.№04-00-131/09.10.2012 г. е административното решение завършващо процедурата по последващ контрол по реда на чл.13 от Методологията, приета с Постановление № 134 от 5 юли 2010 г., в редакцията на нормативния акт съгласно Държавен вестник, брой 3 от 11 януари 2011 г., действаща към момента на издаването на акта-09.10.2012 г.

Видно от **писмо с изх.№08-00-1477/11.04.2014 г.** на ръководителя на УО

/л.17-л.18/, процедурата е „възстановена“, като основанията за това е писмо А. /2013/35734478 от 27.11.2013 г. на Главна дирекция „регионална и урбанистична политика“ на ЕК. В писмото е посочено, че методологията е неправилна, тъй като присъждането на оценка 0 означава, че по този показател предложението на участника не съответства на изискванията и следвало да бъде отстранено, а не да бъде оценявано, както и че в обявлението са посочени ограничителни изисквания /без да се сочат какви, бел. на съдията/. Посочено е и това, че за констатираното нарушение и съгласно чл.69/1/ от Общите условия на сключения ДБФП се определя финансова корекция в размер на 25 % от стойността на сключения договор №259/21.05.2012 г. [община] е депозирала мотивирано възражение /л.19-л.21 от делото/. Възражението е разгледано от УО, като в **писмо с изх.№08-00-1477/08.05.2014 г.** отново се потвърждава размер на финансова корекция в размер на 25 %. Изложените мотиви са, че: 1. В обявлението и документацията са включени ограничителни изисквания и такива в несъответствие с разпоредбите на ЗОП, а именно в Раздел III.2.3. „Икономически и финансови възможности“ от обявлението е заложено условието участниците да имат „оборот от осъществявана дейност за предходните три финансови години в размер не по-малко от 30 000 000 лв. общо. Оборот от договори с предмет, сходен с предмета на настоящата поръчка за предходните три финансови години /2008 г., 2009 г. и 2010 г./ в размер на не по-малко от 25 000 000 лв. общо. При посочване на участие с използване на подизпълнители, изискването за оборот се отнася за подизпълнителите, при следните условия: Ако участието на подизпълнител е в границите до 25%, включително, изискването към подизпълнителя е както следва: оборот от осъществяваната от него дейност за предходните три финансови години в размер не по-малък от 3 000 000 лв. общо. Оборот от договори с предмет, сходен с предмета на настоящата поръчка за предходните три финансови години в размер на не по-малко от 2 000 000 лв. общо; Ако участието на подизпълнителя е в границите от над 25% до 50%, включително, изискването към подизпълнителя е както следва: оборот от осъществяваната от него дейност за предходните три финансови години в размер не по-малък от 5 00 000 лв. общо. Оборот от договори с предмет, сходен с предмета на настоящата поръчка за предходните три финансови години в размер на не по-малко от 4 000 000 лв. общо; Ако участието на подизпълнителя е в границите от над 50% до 75%, включително, изискването към подизпълнителя е както следва: оборот от осъществяваната от него дейност за предходните три финансови години в размер не по-малък от 10 00 000 ле. общо. Оборот от договори с предмет, сходен с предмета на настоящата поръчка за предходните три финансови години в размер на не по-малко от 8 000 000 лв. общо; Ако участието на подизпълнителя е в границите от над 75% изискването към подизпълнителя е както следва: оборот от осъществяваната от него дейност за предходните три финансови години в размер не по-малък от 15 00 000 лв. общо. Оборот от договори с предмет, сходен с предмета на настоящата поръчка за предходните три финансови години в размер на не по-малко от 12 000 000 лв. общо. Обусловен е извод, че размера на оборота от осъществявана дейност за

предходните три финансови години и оборота от договори с предмет, сходен с предмета на настоящата поръчка, който трябва да бъде покрит от подизпълнителите не е в съответствие с чл. 56, ал. 2 от ЗОП, в който изрично е регламентирано, че когато участникът предвижда участие на подизпълнител, изискванията за икономическо и финансово състояние се покриват от подизпълнителя съобразно вида и дела на неговото участие. В този смисъл се явява необосновано подизпълнител, който има 3% участие да покрива изискването за общ и специфичен оборот за подизпълнител, който ще участва с 10%. С така заложеното изискване е възможна и обратната хипотеза - участник който ще участва с 25% ще трябва да покрие изискването за оборот /общ и специфичен/ за подизпълнител с 10% участие. С нарушението по чл.56, ал.2 се нарушавали основните принципи за равнопоставеност- чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

- „В поле III.2.3, лява колона, се изисква представяне на списък с изпълнени договори за проектиране и строителство през последните 5 г. ". В Раздел III.2.3., дясна колона е поставено следното изискване: „1. Изпълнени не по-малко от 2 обекта за предходните 5 фин. години /2006г.-2010г./, които включват реконструирана или новоизградена водопроводна мрежа. 2. Изпълнени не по-малко от 2 обекта за предходните 5 фин. Години /2006-2010 г./, които включват реконструирана или новоизградена канализационна мрежа: 3. Да има изпълнен за предходните 5 фин. год. /2006г.-2010г./ поне 1 договор с предмет, сходен с поръчката". Изискването е некоректно, тъй като разпоредбата на чл. 51, ал. 1, т.1 от ЗОП не ограничава периода до календарни години. В тази връзка периодът трябва да обхваща последните 5 г. до крайния срок за подаване на оферти. В Раздел III.2.3. от обявлението, дясна колона се изисква опит на участника в различни области - 2 обекта, включващи реконструирана или новоизградена водопроводна мрежа и 2 обекта, включващи реконструирана или новоизградена канализационна мрежа, като не е уточнено дали същото може да бъде покрито и с един договор. Неяснотата в изискванията по т.1 и т.2 от Раздел III.2.3. от обявлението в съвкупност с изискването по т. 3 - договор, сходен с предмета на поръчката /инженеринг/ води до наличието на прекомерно и неясно условие. Аргумент в подкрепа на горното е, че при стеснителното тълкуване на изискване ще следва участниците да докажат опит в 5 договора - 2 договора за изпълнение на водопроводна мрежа, 2 договора за канализационна мрежа и 1 договор за инженеринг. При така зададеното условие обаче е могло при тълкуване на същото да се заключи, че изискванията по т.1, т. 2 и т. 3 могат и да бъдат покрити с 1 договор за инженеринг, включващ 2 обекта за водопроводна и канализационна мрежа.

Изискването е неясно и дава възможност за различната му интерпретация, като е било по-коректно възложителят да изисква участника да докаже опит в изпълнението на 1 обект за водопроводна и 1 обект за канализационна мрежа, като същото да може да се покрие и с договор за инженеринг.

-В Раздел III.2.3. от обявлението е заложено и следното условие за подизпълнителите: „При посочване на подизпълнители, изискването за професионална квалификация и опит се отнася за подизпълнителите при следните условия: „Ако участието на подизпълнителите е в границите до 25%

и до 50%, вкл., изискването към подизпълнителя е да има изпълнен не по-малко от 1 обект; Ако участието на подизпълнител е в границите от над 50% и над 75% изискването към подизпълнителите е да има изпълнени не по-малко от 2 обекта." Изискването не е съобразено с чл. 56, ал. 2 от ЗОП. С оглед горепосоченото се налага изводът, че така заложеното изискване за подизпълнителите във връзка с доказване на икономически и финансови възможности не е съобразено с чл. 56, ал. 2 от ЗОП и с него се нарушават основните принципи за равнопоставеност, прокламирани в чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

- В т.12 от Раздел III.2.3. „Технически възможности" от обявлението е заложено изискване участниците да представят „разрешително за дейности, свързани с разрушаване, демонтаж на етернитови водопроводи съгласно чл. 73 от ЗЗ Условието за прилагане от страна на участниците на горепосоченото разрешително на етапа участие в процедурата е утежняващо предвид факта, че участникът няма гаранции за спечелване на процедурата. В този случай той ще бъде натоварен с необоснована административна тежест. В този смисъл такъв тип документи следва да се изискват от участниците на етап сключване на договор.

- В Раздел I „Подготовка на офертата", част от документацията е посочено, че в „плик № 3 „Предлагана цена" участниците прилагат като прилописание попълнени количествено стойностни сметки, без да променят количествата, редът на представяне или съотношенията в нея - представена на хартиен и на магнитен носител на програмата Б. Мениджър. "

Изискването К. да бъдат изготвени единствено на програмата Б. Мениджър е необосновано и би могло да създаде пречки пред участниците при изготвяне на ценовото си предложение. Това условие е могло да бъде поставено като препоръчително към участниците, но в никакъв случай като задължително, тъй като би могло да се приеме, че със залагането му се възпрепятства участието на лицата единствено до такива, които притежават/разполагат с програмата Б. Мениджър, което е и нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП.

При преглед на методиката се установява, че по показатели П1 „Предлаган гаранционен срок", П2 „Предложен срок за изготвяне на работен проект за всеки един отделен подобект" и показател П3 „Срок за изпълнение на поръчката" възложителят е предвидил в определени случаи да се присъждат От. Присъждането на оценка „0" означава, че по този показател, предложението на участника не съответства на изискванията на възложителя и би следвало да бъде отстранено, а не оценявано. В подкрепа на това е фактът, че при присъждане на оценка „0" по някой от показателите е налице риск за опорочаване на крайното класиране, тъй като е възможна хипотеза, при която за изпълнител да бъде избран участник, на който по един от показателите с оценен с 0 т. поради несъответствие с изискванията на възложителя, но с оглед по-доброто му предложение по останалите показатели да получи най-висока комплексна оценка. По този начин може да бъде класиран на първо място участник, чието техническо предложение не отговаря на изискванията на възложителя. Така например по показател П1 „Предлаган гаранционен срок" е предвидено, че участник, който посочи по - кратък гаранционен срок от предвидените в Наредба № 2 от 2003г. и чл. 160, ал. 4 и ал. 5 от ЗУТ ще получи 0 по този показател. Това изискване е в

противоречие с чл. 31, ал. 1 от проекта на договора, част от документацията, в който е обективизирана следната клауза: „гаранционните срокове не може да са по-кратки от предвидените в чл. 20, ал. 4 от Наредба № 2 от 2003г. за въвеждане в експлоатация на строежите в Република Б. и минимални гаранционни срокове за изпълнение.

Съдът пресъздаде изцяло съдържанието на писмото, само за да е ясно и недвусмислено, че УО е възпроизвел изцяло същите факти, по които вече се е бил произнесъл с окончателен акт писмо изх.№04-00-131/09.10.2012 г. и без да излага нови доводи, поради които отстъпва от първоначалния си извод.

Последвало е ново мотивирано възражение, в което не е направено искане за изслушване по чл.13 от Методологията. То е било разгледано от УО **в писмо изх. №08-00-1477/26.05.2014 г.** Последното съгласно задължителните указания на ВАС, дадени в отменителното определение, е акта в който са изложени мотивите на крайния акт-писмо с изх.№08-00-1477/27.10.2014 г., предмет на съдебен контрол за законосъобразност в пределите на настоящото съдебно производство.

Изложените в него мотиви са, че с писмо изх.№08-00-1477/11.04.2014 г. подробно са изложени констатираните нарушения /което е невярно-мотивите са изложени в писмото от 08.05.2014 г., бел. на съдията/. Изложено е още, че констатацията за установеното нарушение-въвеждане на ограничителни изисквания-не се променя. В подкрепа на този извод бил броят на подадените оферти-3, както и липсата на осъществен предварителен контрол за законосъобразност на документацията за обществена поръчка от компетентния орган –Агенцията по обществени поръчки.

Отново /както и първоначално осъществения последващ контрол/ е оттеглена констатацията за пороци в методиката за оценка на офертите, но е потвърдена корекцията в размер на 25 %, като е посочено основанието по т.7 от Приложение №2 към чл.6, ал.1 от Постановление №134 на МС.

В оспорения акт-**писмо с изх.№09-00-1477/27.10.2014 г.**, органът е изложил, че по мотивите в писмо с изх.№08-00-1477826.05.2014 г. не намира основание за промяна в размера на наложената финансова корекция.

При тези фактически установявания, за които между страните няма спор, съдът обуславя средните правни изводи:

Актът е издаден от компетентен орган и в установената форма. Изложени са фактическите и правни основания за издаването му, които съгл. установената съдебна практика могат да се съдържат и в документите от преписката по издаването му. Актът е издаден обаче в противоречие с материалния закон, което обуславя отмяната му-чл.146, т.4 от АПК:

Разпоредбата на чл. 2, ал.1, т.3 от ЗОП въвежда принципа за равнопоставеност на субектите, като чл. 25, ал.5 ЗОП изрично предвижда, че възложителите нямат право да включват в решението, обявлението или документацията условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки. За да обуслови нарушение на чл.2, ал.1, т.3 от ЗОП, УО се е позовал на неспазването на две разпоредби-чл.51, ал.1 и чл.56, ал.2 от ЗОП. Цитирайки разпоредбата Съгласно чл.51, ал.1, т.1 от ЗОП, УО очевидно е имал предвид редакцията му към 08.05.2014 г., а не тази към датата на откриване на

обществената поръчка-06.01.2012 г.- /И.. и доп. - ДВ, бр. 37 от 2006 г./, по която приложимата точка е 2-. за доказване на техническите възможности и/или квалификацията на кандидатите или участниците възложителят може в зависимост от характера, количеството и обекта на поръчката да изиска от тях да представят един или няколко от следните

Документи:“ списък на договорите за строителство, изпълнени през последните 5 години, придружен от препоръки за добро изпълнение за най-важните строителни обекти; тези препоръки посочват стойността, датата и мястото на строителството, както и дали то е изпълнено професионално и в съответствие с нормативните изисквания“. Видно от фактическите установявания, вкл.и на УО това изискване е било спазено / поле III.2.3, лява колона от обявлението/. Изискването „изпълнени не по-малко от 2 обекта за предходните 5 фин.години /раздел III.2.3, дясна колона/ е допълнително и не противоречи на разпоредбата на чл.51, ал.1, т.2 от ЗОП в приложимата му редакция.

Съгласно втората конкретно нарушена според УО разпоредба на ЗОП-чл.56, ал.2-„когато участникът предвижда участие на подизпълнители, документите по ал. 1, т. 1, 3, 4, 5 и 10 се представят за всеки от тях, а изискванията към тях се прилагат съобразно вида и дела на тяхното участие“, то действително изискванията за икономическо и финансово състояние се покриват от подизпълнителите съобразно вида и дела на тяхното участие. След като това изравняване на правата на отделните участници е установено в закона е очевидно, че несъобразяването с него дава предимство на една група от тях и необосновано ограничава участието на друга група лица в обществената поръчка.

При този извод правилното решаване на спора е обусловено от отговора на въпроса дали това нарушение на националното законодателство представлява нередност по смисъла на чл. 2, т. 7 от Регламент /ЕО/ 1083/2006 г. на Съвета от 11 юли 2006 г.-„всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет“. Анализът на разпоредбата сочи, че факта на извършването на нарушение на нормативна разпоредба сам по себе си не е достатъчен за да се приеме, че е налице нередност. Необходимо е това нарушение да е довело до изплащането на неоправдани разходи или да е създадо възможност за това. В конкретния случай, в нито един момент на цялото производство не е изложено твърдение, че на бенефициера са били платени неоправдани разходи. Тезата на ответника е основана на "презумпцията, че в случай на неизвършване на нарушението по чл.56, ал.2 спрямо евентуални участници, който биха желали да използват подизпълнители са щели да участват и други търговци, чиито оферти да съдържат икономически по-изгодни условия, включително и цена, от тези, предложени от спечелилия участник и избран за изпълнител, който в случая изобщо не е заявил участие на подизпълнители . Това предположение е твърде неопределено и изключва всякакви обективни критерии за оценка на "риска за средствата на Общността" по смисъла на Насоките на Европейската комисия /С. 07/ 0037/ 03 - EN/. Нещо повече - така

дефинирано то създава предпоставки за открита злоупотреба от страна на УО посредством налагането на бенефициера на една очевидно необоснована санкция. Показателно е, че размера на финансовата корекция, наложена на бенефициера е била определена по т.7 от Приложение № 2 към чл. 6, ал. 1 /И.. - ДВ, бр. 3 от 2011 г., в сила от 11.01.2011 г., отм., бр. 52 от 2014 г., в сила от 24.06.2014 г./, а приложимата редакция към датата на издаване на оспорения акт е т.9 от Приложение към чл. 6, ал. 1 /Ново – ДВ, бр. 52 от 2014 г., в сила от 24.06.2014 г./, отнасяща се за нередността "прилагане на неправомерни и/или дискриминационни критерии за подбор и/или показатели за комплексна оценка, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие, или в публичната покана", в която разпоредба като пример за такива неправомерни критерии към кандидатите са дадени " задължение за наличие на стопанска дейност или представителство в страната или в региона; участниците/кандидатите да притежават опит в страната или в региона". Видно е, че в тези два примера критериите не почиват на мъгляви предположения, а са обективни и ясни, което прави и възможността за оценка на риска за средствата на Общността реална и трудно оспорима. Изложеното до тук обуславя извода, че в конкретния случай фактическия състав на нередност по смисъла на чл. 2, т. 7 от Регламент /ЕО/ 1083/2006 г. на Съвета от 11 юли 2006 г. не е бил осъществен, поради което за управляващия орган на оперативната програма "Регионално развитие" не е възникнало правото да наложи финансови корекции на бенефициера.

Само за пълнота на мотивите, съдът сочи, че липсват и изложени мотиви за приложения пропорционален метод и определения размер на финансова корекция в размер на 25 % от стойността на договора; не са спазени и националните процедури за възобновяване на производството за последващ контрол-чл.99 и сл. от АПК, като не е обосновано наличието на основание за отмяната на влезлия в сила акт на УО- писмо изх.№04-00-131/09.10.2012 г. Напротив УО се е позовал на същите обстоятелства и доказателства, при които вече се е произнесъл, че не налага финансова корекция.

С решението разноси не следва да се възлагат /чл.172а, т.7 от АПК/. С оглед изхода на спора, предмет на делото, правото на разноси е възникнало за жалбоподателя-чл.143, ал.1 от АПК, но такива не могат да му бъдат присъдени в доказани им размер на заплатената държава такса, поради липса на искане за това.

Мотивиран така и на основание чл.172, ал.2, предл.2-ро, Административен съд-София град, II отделение, 23-ти състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ, по жалба на [община], акт изх.№08-00-1477/27.10.2014 г. на главния директор на Дирекция „Оперативна програма Околна среда“ при Министерство на околната среда и водите и ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2007-2013 г.

Решението може да бъде обжалвано пред Върховния административен

съд на РБ в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.
Решението да се съобщи на страните чрез изпращане на препис от него
по реда на чл.137 от АПК.

СЪДИЯ: