

РЕШЕНИЕ

№ 3879

гр. София, 10.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 10.03.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова и при участието на прокурора Ива Цанова, като разгледа дело номер **4663** по описа за **2021** 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 Изпълнителна агенция по околна среда /ИАОС/ срещу Решение от 09.04.2021г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция от 10% от стойността допустимите разходи по договор № 3985/01.02.2021 г. с изпълнител Д. „Е.“ на стойност 3 213 800 лв. без ДДС или 3 856 560 лв. с ДДС.
Жалбоподателят излага подробни доводи за материална незаконосъобразност на обжалваното решение, поради което моли за неговата отмяна. Претендира разности.
В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрк. Д., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира р азности.
Ответникът – Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020г., редовно призован, в съдебно заседание не се представлява .
Софийска градска прокуратура в съдебно заседание се представлява от прокурор Ц., която счита жалбата за основателна.

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

С писмо изх. № 1-019-0001-2-983/22.03.2021 г. по чл. 73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, бенефициентът ИАОС, в качеството на възложител на проведената обществена поръчка с предмет: „Рехабилитация и доизграждане на мониторингови пунктове за

контролен и оперативен мониторинг на качеството на подземните води“ е уведомен за вида на констатираните нарушения и техния финансов ефект вследствие осъществения последващ контрол за законосъобразност, както следва: 1. Формулирано е условие, което необосновано ограничава участието на лица в процедурата; 2. Незаконсъобразна методика за оценка на офертите.

В срока по чл. 73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, бенефициентът с писмо изх. № 1-019-2-298/22.03.2021 г. е депозирал писмено възражение по отношение основателността на предложената финансова 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 09.04.2021г., с което на основание След анализ на доказателствата и възраженията на бенефициента, Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 е издал обжалваното Решение от 09.04.2021г., с което на основание чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ и т. 11, б. „а“ от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/ е определена финансова корекция от 10% от стойността допустимите разходи по договор №№ 3985/01.02.2021 г. с изпълнител Д. „Е.“ на стойност 3 213 800 лв. без ДДС или 3 856 560 лв. с ДДС.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи: Жалбата е подадена в преклузивния 14-дневен срок по чл. 149 от АПК, от лице, имащо правен интерес, и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата 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-ОП-8/18.03.2021г., е възложил на Г. Г. – 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 административнипроизводствените 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.

Съдът приема, че оспорвания акт е издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

1. Относно формулираното условие, което необосновано ограничава участието на лица в процедурата:

За да постанови оспореният акт административният орган е приел, че бенефициентът

е нарушил приложимото българско законодателство - чл. 61, ал.1, т. 1 и ал. 2 и чл.2, ал.2 от ЗОП, като е поставил ограничителни критерии за подбор към участниците, по отношение на доказване на икономически и финансови възможности.

В изискванията за икономическо и финансово състояние, е заложено изискването: Участниците следва за последните три приключили финансови години да са реализирали минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти в зависимост от датата, на която участникът е създаден или е започнал дейността, не по-малък от двукратния размер на прогнозната стойност на обществената поръчка без ДДС. За оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката се считат дейности, свързани с изграждане и/или рехабилитация и/или реконструкция и/или модернизация и/или основен ремонт на съоръженията за подземни води и/или хидротехнически съоръжения и/или ВиК инфраструктура.

Определени са документите с които се доказват, съгласно изискванията на чл. 59, ал. 5 от ЗОП.

С поставеното изискване участниците за последните три приключили финансови години да са реализирали минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти в зависимост от датата, на която участникът е създаден или е започнал дейността, не по-малък от двукратния размер на прогнозната стойност на обществената поръчка без ДДС, жалбоподателят е допуснал несъответствие с изискванията на чл. 61, ал. 1, г. 1 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 61, ал. 1, т. 1 ЗОП (в приложимата редакция след доп. - ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г.) предвижда по отношение на икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците, възложителите могат да поставят едно или повече от следните изисквания: за последните три приключили финансови години да са реализирали минимален общ оборот, включително минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти.

Съгласно чл. 61, ал. 2 от ЗОП изисквания от възложителите минимален общ оборот по ал. 1, т. 1 трябва да е съобразен със стойността, обема и срока за изпълнение на обществената поръчка и не може да надхвърля двукратния размер на нейната прогнозна стойност, освен ако това не е обосновано с естеството на строителството, услугите или доставките. В случай че възложителят изисква оборот, който надхвърля максимално допустимия, той мотивира това в обявлението.

В съответствие с § 2, т. 66 от ДР на ЗОП (в приложимата редакция преди доп. - ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г.) - "Годишен общ оборот" е сумата от нетните приходи от продажби по смисъла на Закона за счетоводството, а съгласно § 2, т. 67 от ДР на ЗОП - "Оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката" е сума, равна на частта от нетните приходи от продажби, реализирана от дейност, попадащи в обхвата на обществената поръчка.

В обявлението за обществена поръчка ИАОС е поставил критерий за подбор по отношение на минималния оборот на участниците в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, т.е. поставено е изискване за размер на специфичен оборот по смисъла на § 2, т. 67 ДР от ЗОП в размер не по-малък от двукратния размер на прогнозната стойност на обществената поръчка без ДДС, за последните три приключили финансови години. Законът поставя ограничение за размера на минималния общ оборот, който възложителят може да изисква участниците в процедурата да са реализирали, като е установено, че размерът на минималния оборот в сферата,

попадаща в обхвата на поръчката не следва да надхвърля прогнозната стойност на поръчката, като разпоредбата на чл. 61, ал. 1, т. 1 от ЗОП го включва в обхвата на минималния общ оборот. Горният извод е наложен от съдебната практика и логиката на закона, според която доколкото общият оборот не следва да надхвърля специфичния, то последният следва да е значително по-малък по размер. Размерът на специфичния оборот е предоставен на оперативната самостоятелност на възложителя, но следва да бъде съобразен с общото изискване на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, а именно възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

В случая изискуемият минимален специфичен оборот в размер не по-малък от 6 427 600 лв. /при прогнозна стойност 3 856 560 лв. без ДДС/ е немотивирано завишен и не е съответен на стойността на поръчката, защото не допринася за постигане на целта на възложителя, а ненужно ограничава кръга на потенциалните изпълнители, в нарушение на чл. 2, ал. 2, във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 61, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

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.

Ето защо, заложеното изискване за минимален специфичен оборот е завишено и същото необосновано ограничава участието на потенциални лица в процедурата, в нарушение на чл. 2, ал. 2, във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 61, ал. 1, т. 1 и ал. 2 и от ЗОП.

Установеното нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, буква „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017 г., изменена с ПМС №35/04.03.2020 г., а именно - използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т.10 от Приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.

Нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, за което обосновано е приложен и мотивиран междинен размер финансова корекция, а именно 10% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключения договор № 3985/01.02.2021 г. с изпълнител Д. „Е.“ на стойност 3 213 800 лв. без ДДС или 3 856 560 лв. с ДДС.

2. Относно незаконосъобразна методика за оценка на офертите:

Избраният критерий за възлагане на поръчката е икономически най-изгодната оферта при оптимално съотношение качество/цена.

В методиката за определяне на комплексна оценка. Възложителят поставя изискване за минимално съдържание на Предложението за изпълнение на поръчката:

- Подход за изпълнение на поръчката;
- Организация на екипа за изпълнение;
- Механизъм за гарантиране на качеството;

-Заинтересовани страни при изпълнението на поръчката.

В случай, че предложението на участника отговаря на минималното съдържание, посочено в техническите спецификации, съответният участник ще получи 10 т.

В методиката за оценка по показател „Качество на предложението за изпълнение на поръчката” се оценяват следните надграждащи показатели:

1. Представен е подход за изпълнение на дейностите, в който е посочена взаимовръзката между отделните дейности и поддейности (в случай, че участникът е идентифицирал такива), посочена е последователността на изпълнението на дейностите и поддейностите (в случай, че участникът е идентифицирал такива), необходимите ресурси за всяка от тях, срокове за изпълнение на определени дейности (когато е приложимо съгласно техническата спецификация), обвързаността на дейностите и поддейностите (в случай, че участникът е идентифицирал такива) с резултатите от поръчката.

2. За всеки етап и дейност са дефинирани необходимите ресурси за тяхното изпълнение (експерти, работници, механизация, материали и др.), посочени са задълженията на отговорния/те за изпълнението им лица от екипа, съобразени със спецификата на предмета на поръчката.

3. Представена е организационна структура на екипа за изпълнение, включваща както ключови, така и неключови експерти (ако са предвидени такива). Организационната структура е представена йерархично и съдържа описание на задълженията на всеки експерт, което съответства на предвидените за изпълнение дейности и поддейности (в слушай, че участникът е идентифицирал такива), комуникацията между експертите и приносът на всеки експерт към постигане на резултатите от поръчката.

4. Предложен е механизъм за гарантиране на качеството, обвързан с подхода за изпълнение, с организационната структура и с резултатите на поръчката. Механизмът за гарантиране на качеството съдържа конкретни индикатори и отговорници по прилагането му. Описани са формите за документиране на изпълнението на поръчката. Посочени са конкретни добри практики за осигуряване на контрол върху качеството.

5. Описани са действията, които ще предприеме изпълнителят при прекъсване изпълнението на обществената поръчка. Описани са действията, които ще предприеме изпълнителят за избягване на аварии/непредвидени обстоятелства по време на изпълнението на поръчката.

Показател „Качество на предложение за изпълнение на поръчката“ се оценява по четиристепенна скала, като най-високата оценка - 100 т., 75 т., 50 т. и 25 т. Разликата между тях е дефинирана посредством липсата/наличието на определени обстоятелства.

В техническата спецификация:

В т. 7 Докладване и приемане на изпълнението е посочено, че докладването и приемането на дейностите от възложителя се извършва по следния ред:

1. Встъпителен доклад - в срок до 14 календарни дни след влизане в сила на договора изпълнителят представя встъпителен доклад със следното минимално съдържание: Обща информация за договора, подробен план-график за изпълнение на първия етап от договора, списък с изходна информация, която да бъде предоставена от възложителя, логистика за изпълнението на първия етап от договора, идентифицирани рискове и ограничения за изпълнението, друга информация по преценка на изпълнителя;

2. Междинен доклад – в срок до 7 месеца след одобрението на въстъпителния доклад, изпълнителят представя междинен доклад със следното минимално съдържание: обща информация за договора, резюме на доклада, отчети за изпълнението на дейност 1,2,3 и 4, резюме на изпълнението на дейност 5, подробна информация за изпълнението на дейност 5, изготвяне на детайлна проектна документация за реконструкция на съществуващи и изграждане на нови пунктове за контролен и оперативен мониторинг на подземните водни тела, друга информация по преценка на изпълнителя, приложения: пълна проектна документация, количествено-стойностни сметки и др., източници на информация за изпълнените дейности, друга информация по преценка на възложителя, приложения по изпълнените дейности;

3. Окончателен доклад – в срок до 8 месеца след одобрението на междинния доклад изпълнителят следва да представи окончателен доклад за изпълнението със следното минимално съдържание: обща информация за изпълнение на договора, резюме на изпълнението дейности 1-6, резюме на изпълнените дейности 6 и 7, подробна информация за изпълнението на дейности 6 и 7, друга информация по преценка на възложителя и приложения.

Правилен е изводът на Р., че изискването по т. 7 от техническата спецификация се припокрива с компонент 1. от Методиката за оценка -. Представен е подход за изпълнение на дейностите, в който е посочена взаимовръзката между отделните дейности и поддейности (в случай, че участникът е идентифицирал такива), посочена е последователността на изпълнението на дейностите и поддейностите (в случай, че участникът е идентифицирал такива), срокове за изпълнение на определени дейности (когато е приложимо съгласно техническата спецификация), обвързаността на дейностите и поддейностите (в случай, че участникът е идентифицирал такива) с резултатите от поръчката. Налице е припокриване и с компонент 4 от Методиката за оценка - Предложен е механизъм за гарантиране на качеството, обвързан с подхода за изпълнение, с организационната структура и с резултатите на поръчката.

Допуснато е, едни и същи изисквания да се съдържат на различни места в методиката за оценка и в документацията за участие. За участниците не е ясно как да подготвят офертите си, за да отговорят едновременно на минималните изисквания на възложителя и на условията, за които ще получат допълнителни точки в методиката за оценка. Не е ясно дали ако участник не предложи оферта, съгласно критериите за оценяване на показателя „Качество на предложението за изпълнение на поръчката“ следва да бъде отстранен от участие, той като не е спазил изискванията, касаещи техническата спецификация, или следва да бъде оценен с по-малко точки, защото предложението му не съдържа надграждащо обстоятелство.

При така изготвената методика за оценка не е безспорно, че ще бъде гарантирана еднаква конкуренция.

Съгласно чл. 70, ал. 7 от ЗОП начинът за определяне на оценката по всеки показател трябва да осигурява на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател. Съгласно чл. 70, ал. 5 от ЗОП показателите за оценка не трябва да дават неограничена свобода на избор и да гарантират реална конкуренция. Субективната методика за оценка на оферти е имала разубеждаващ ефект по

отношение на потенциалните участници, в резултат па което е подадена само една оферта по процедурата за обществена поръчка.

Горното налага извода, че допуснатото несъответствие не отговаря на изискванията на чл.70, ал.7, т.2 и т.3 вр. с чл.70, ал.5, изр. последно, вр. с чл.2, ал.2 от ЗОП.

Налице е нарушение, което може да бъде квалифицирано като категория нередност по т.11, буква „а“, 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., а именно Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 /2017г. изменена с ПМС № 35/04.03.2020 г.

Съдът намира, че размерът на финансовата корекция за нарушението правилно е определен на 10 % финансова корекция върху допустимите разходи по договор № 3985/01.02.2021 г. с изпълнител Д. „Е.“ на стойност 3 213 800 лв. без ДДС или 3 856 560 лв. с ДДС.

При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съгласно разпоредбата на чл. 7 от Наредба за посочване на нередности при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи (каквто е настоящия случай), УО на ОПРР е индивидуализирал финансовата корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което е определил обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен в случая на: 10 % върху допустимите разходи по този договор.

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, 36 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Изпълнителна агенция по околна среда /ИАОС/ срещу Решение от 09.04.2021г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция от 10% от стойността допустимите разходи по договор № 3985/01.02.2021 г. с изпълнител Д. „Е.“ на стойност 3 213 800 лв. без ДДС или 3 856 560 лв. с ДДС.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция по околна среда – [населено място], ЕИК[ЕИК], чрез Изпълнителния директор Р. Б. да заплати на Министерството на околната среда и водите сума в размер на 200 /двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: