

РЕШЕНИЕ

№ 17946

гр. София, 27.05.2025 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав, в
публично заседание на 30.04.2025 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Снежана Тодорова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **2792** по описа за **2025** 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. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/.

Образувано е по жалба от „АЙ СИ ДЖИ БИ“ АД с ЕИК[ЕИК], представлявано от Изп. Директори-Т. Г.- М. и Г. Сатлас, чрез процесуален представител адв. Е. К., със съдебен адрес - [населено място], [улица], срещу Решение №РД-02-16-233/18.03.2024г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020г., с което е определена финансова корекция по АДФП № BG16RFOP002-4.002-0001-C02, с бенефициент „АЙ СИ ДЖИ БИ“ АД, ЕИК[ЕИК], в размер на 4 400 617.50 лева без ДДС, представляваща 25 на сто от предвидената и подлежаща на възстановяване финансова подкрепа от ЕСИФ по договор за обществена поръчка № Р-09-С от 10.10.2019 г. с изпълнител „AVAX S.A.“.

Релевират се доводи, че решението на Ръководителя на УО на ОПИК 2014-2020 е незаконосъобразно и издадено при допуснати съществени процесуални нарушения. Твърди се, че при постановяване му органът е допуснал съществени нарушения на административно-производствените правила, като не е обсъдил в цялост представените във Възражението доводи срещу констатациите, послужили като основание за налагане на финансовата корекция, не е изложил ясни и последователни мотиви във връзка със същите и е игнорирал напълно обстоятелствата, към които бенефициентът е реферирал, за да обоснове тезата си за неоснователно наложена финансова корекция. По този начин Решението се явява ненадлежно мотивирано, в нарушение на задължението за мотивиране на административните актове, което произтича от изричната разпоредба на чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК, както и от специалната норма на чл.

73, ал. 1 ЗУСЕФСУ. Поддържа се, че решението е и материално незаконосъобразно, доколкото при постановяването му УО на ОПИК неправилно е тълкувал и приложил разпоредбите, относими към твърдените нарушения и квалификацията им като нередност. В случая не били налице елементите на нередност, тъй като липсвало нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки по ЗОП, което бенефициентът да е допуснал при възлагането на процесната обществена поръчка, следователно не е засегнат бюджетът на ЕС. Моли съда да отмени оспорвания акт.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. К., която поддържа жалбата, по съображения изложени в същата и в представени писмени бележки. В писмена молба прави искане за отправяне на преюдициално запитване до СЕС. Моли съда да отмени обжалваното решение. Претендира разноски, за които представя списък.

В съдебно заседание ответникът- Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020г., чрез експерт с юридическа правоспособност, изразява становище за неоснователност на жалбата в съдебно заседание и по съображения изложени в представени по делото писмени бележки. Моли съда да отхвърли жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение и прави възражение за прекомерност на предявените разноски от насрещната страна. Относно искането за отправяне на преюдициално запитване до СЕС, в съдебно заседание изразява становище за неоснователност на същото.

Ответникът- Ръководителят на УО на ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 – в съдебно заседание се представлява от юрк. П., който оспорва жалбата, по съображения, наведени в нея и в представени писмени бележки. Моли съда да отхвърли жалбата като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

Прокурорът при Софийска градска прокуратура изразява становище за законосъобразност и правилност на оспорвания административен акт.

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

„Ай Си Джи Би“ АД е бенефициент по Административен договор за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-4.002-0001-C01, процедура за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-4.002 „Изграждане на междусистемна газова връзка Гърция - България“, по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020.

Проектът предвижда изграждане на газопровод, свързващ директно националните газопреносни мрежи на Гърция и България. Входната точка на газопровода е в района на Комотини, а изходната точка в района на С. 3.. Газопроводът IGB е от стратегическо значение за диверсификация на газовите доставки. Предвидено е да бъде с диаметър на тръбата DN 800 (32"), обща дължина приблизително 182 км., максимален капацитет за пренос от 5 млрд. куб.м/г., с максимално работно налягане от 75 бара и да може да работи при първоначален капацитет от приблизително 3 млрд. куб.м/г. Газопроводът е следвало да осигурява и реверсивен поток.

В изпълнение на проекта е проведена процедура на основание чл.134 вр. с чл.18, ал.1, т.2 от ЗОП, като с Решение № Р-09/30.04.2018г. на изпълнителните директори на „Ай Си Джи Би“ АД, са одобрени Обявление изх.№Р-09/30.04.2018г. и Документацията за Обществената поръчка, по избор на изпълнител-ограничена процедура по реда на Закона за обществените поръчки (ЗОП) за строителство, като предметът на обществената поръчка обхваща проектиране, доставка и строителство, провеждане на обучение на персонала и дейности по въвеждане в експлоатация на газопровод IGB, който ще свързва директно националните газопреносни мрежи на Република

Гърция и Република България.

В следствие на проведената процедура с Решение №РР-09-Ф/13.05.2019 г., на основание чл.22, ал.1, т.6, чл.22, ал.5 и чл.106, ал.6 от ЗОП и във връзка с Доклад по чл.60, ал.1 ППЗОП от 10.05.2019 г. на Комисията, назначена със Заповед № РР-09/11.09.2018 г. на Изпълнителните директори на „Ай Си Джи Би“ АД за провеждане на ограничена процедура за възлагане на обществена поръчка, на първо място е класирано „Д. енд Пи- АВАКС С.А.“.

На 10.10.2019 г. е сключен договор за обществена поръчка № Р-09-С от 10.10.2019г. с изпълнител „AVAX S.A.“

Във връзка с представен окончателен одитен доклад от ИА „Одит на средства от Европейския съюз“, след извършен одит на операциите, и изложените в него констатации и препоръки, от страна на УО на ОПИК е извършен последващ контрол на обществена поръчка, възложена чрез ограничена процедура по чл. 18, ал. 1, т. 2 от ЗОП, с предмет: „Проектиране, доставка и строителство на междусистемна газова връзка Гърция - България (IGB)", и сключения договор за обществена поръчка № Р-09-С от 10.10.2019 г. с изпълнител „Авакс С.А“.

Констатиран са следните нарушения:

1. На чл. 70, ал.5 и ал.7 от ЗОП и чл. 33, ал.1, изр. второ от ППЗОП-незаконосъобразна методика за оценка на офертите. Методиката за комплексна оценка предвижда оценяването на офертите да се извършва въз основа на критерия оптимално съотношение качество/цена по следните два показателя: „Технически параметри относно качеството на изпълнение", с относителна тежест 30 % и Ценови компоненти, с относителна тежест 70%. Оценката по показател Технически параметри относно качеството на изпълнение се определя въз основа на 4 подпоказателя, за всеки от които е предвидено да се присъждат точки според наличието на определени преимущества в техническото предложение. Съгласно методиката подлежат на оценка компоненти, които са задължителна част от офертата на участника. Методиката предвижда получаването на точки по подпоказателя, дори при наличието само на едно от шест посочени преимущества. Изведен е извод от органа, че при липсата на посочени преимущества, участникът получава точки, въпреки че не отговаря на минималните изисквания, за да бъде допуснат до оценка и следва да бъде отстранен, при липсата на структура, разпределение на задачите и отговорностите, компетентности и мерки за безопасни и здравословни условия на труд и т.н.

2. На чл.107, ал.1 от ЗОП, вр. с чл. 67, ал.1, ал.5 и ал.6 от ЗОП, чл.54, ал.8 от ППЗОП и чл. 112, ал.2, т.2 от ЗОП-изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя. Съгласно изискването на поръчката кандидатите следва:

- да са реализирали минимален общ оборот в размер на 300 000 000 (триста милиона) евро за последните три приключили финансови години (2015г., 2016г. и 2017г.), в зависимост от датата, на която кандидатът е създаден или е започнал дейността си;

- да са реализирали минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на обществената поръчка за последните три приключили финансови години (2015 г., 2016 г. и 2017 г.) в зависимост от датата, на която кандидатът е създаден или е започнал дейността си, изчислен на база годишните обороти, в размер на 150 000 000 (сто и петдесет милиона) евро. „Оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката" е сума, равна на частта от нетните приходи от продажби, реализирана от дейности, попадащи в обхвата на обществената поръчка. Дейности, попадащи в обхвата на обществената поръчка, са всички изброени: а) проектиране, доставка на оборудване и материали, строителство, обучение на персонал и въвеждане в експлоатация на сухоземен газопровод, и б) проектиране, доставка и строителство на газоизмервателна/и и газорегулираща/и станции, въведени в експлоатация или приети от възложител. Констатирано е, че кандидатът, избран за изпълнител, е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия на

поръчката в частта за икономическите и финансови възможности.

Бенефициентът е уведомен за констатираните нарушения с Писмо с изх. № 26-Б-282/06.02.2024г., като му е дадена възможност да представи възражения. Такива са постъпили с писмо изх. № П-12/16.02.2024г.

На 18.03.2024 г. е издадено оспорваното в настоящото производство Решение № РД-02-16-233/18.03.2024г. на ръководителя на УО на ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020, с което на основание чл. 9, ал. 5, изр. второ, чл. 70, ал. 1, т. 9, чл. 71, чл. 72, чл. 73 и чл. 75 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове за споделено управление, т. 1 от Решение № 574 на Министерския съвет от 13.07.2016 г. за определяне на управляващ и сертифициращ орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020, чл. 27, ал. 1, т. 2 от Устройствения правилник на Министерството на иновациите и растежа (Приет с ПМС № 20 от 25.02.2022 г.), § 12, ал. 2 от Преходните и заключителни разпоредби на Постановление № 20 на Министерския съвет от 25.02.2022 г., чл. 67, ал. 1, ал. 5 и ал. 6, чл. 70, ал. 5 и ал. 7, чл. 107, т. 1 и чл. 112, ал. 2, т. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП, Обн., ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г., доп., бр. 34 от 3.05.2016 г., изм. и доп., бр. 63 от 4.08.2017 г., в сила от 30.06.2017 г., изм., бр. 85 от 24.10.2017 г., доп., бр. 96 от 1.12.2017 г., в сила от 1.01.2018 г., изм. и доп., бр. 102 от 22.12.2017 г., в сила от 22.12.2017 г., изм., бр. 7 от 19.01.2018 г., изм. и доп., бр. 15 от 16.02.2018 г., в сила от 16.02.2018 г., доп., бр. 17 от 23.02.2018 г., в сила от 23.02.2018 г.), чл. 33, ал. 1, изр. второ и чл. 54, ал. 8 от Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки (ППЗОП, приет с ПМС № 73 от 5.04.2016 г., обн., ДВ, бр. 28 от 8.04.2016 г., в сила от 15.04.2016 г., изм. и доп., бр. 91 от 14.11.2017 г., в сила от 1.01.2018 г.), чл. 14, ал. 1 във връзка с ал. 3 и § 1, т. 2 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове /Н./, чл.1, ал.1, чл.2, ал.1, чл.3, ал.2, чл.5, ал.1 и ал.3 и чл. 7 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 Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове" (Наредбата за финансовите корекции, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., Доп., ДВ, бр. 102 от 23.12.2022 г., в сила от 23.12.2022 г.), т. 11, буква „б" и т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за финансовите корекции, на „Ай Си Джи Би“ АД е определена финансова корекция по АДФФП № BG16RFOP002-4.002-0001-C02, с бенефициент „АЙ СИ ДЖИ БИ“ АД, ЕИК[ЕИК], в размер на 4 400 617,50лв без ДДС, представляваща 25 на сто от предвидената и подлежаща на възстановяване финансова подкрепа от ЕСИФ по сключен Договор № Р-09-С/10.10.2019 г. с изпълнител „Авакс С.А“. С решението е прието, че са осъществени следните нарушения:

1. на чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП - за нарушението, описано в Раздел I Фактическа обстановка, т. 1.1. – незаконосъобразна методика за оценка, квалифицирано като нередност по т. 11, буква "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, за която показателят на финансовата корекция е в размер на 5 на сто от засегнатите от нарушението допустими разходи по договор за обществена поръчка № Р-09-С/10.10.2019 г., поискани от бенефициента за възстановяване;
2. на чл. 107, т. 1 от ЗОП, във връзка с чл. 67, ал. 1, ал. 5 и ал. 6 от ЗОП, чл. 54, ал. 8 от ППЗОП и чл. 112, ал. 2, т. 2 от ЗОП- за нарушението, описано в Раздел I Фактическа обстановка, т. 1.2.– изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя, квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, за която показателят на финансовата корекция е в размер на 25 на сто от засегнатите от нарушението допустими разходи по договор за обществена поръчка № Р-09-С/10.10.2019 г., поискани от бенефициента за възстановяване.

По делото е приета административната преписка и допълнително ангажираните доказателства в съдебно заседание от страна на жалбоподателя.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в преклузивния срок по чл. 149, ал. 1 от АПК, от лице, имащо правен интерес, и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Предмет на оспорване в настоящото производство е Решение № РД-02-16-233/18.03.2024г. на Ръководителя на УО на ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020.

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). С оглед изложеното и доколкото предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконови нормативни актове.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. По силата на чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ ръководителят на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице. Със Заповед № РД-14-419/11.10.2023г., допълнена и изменена със Заповед № РД-14-443/16.10.2023г. на Министъра на иновациите и растежа, е определен Р. Р., и.д. гл.директор на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“, да изпълнява функциите на ръководител на управляващия орган по приоритетни оси 1, 2, 3, 4, 6 и 7 на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020. Съдът приема, че оспорения акт е издаден от компетентен орган.

Процесното решение е издадено в законоустановената писмена форма.

Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В

чл.73, ал. 3 ЗУСЕФСУ е предвидено, че решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения.

В настоящия случай не се спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ е спазено. Както вече бе посочено, за констатираните нарушения бенефициентът е уведомен с писмо с писмо изх.№ 26-Б-282/06.02.2024г. връчено чрез ИСУН на 07.02.2024 г. На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ писменото възражение на бенефициента е регистрирано чрез информационната система на 16.02.2024г. Р. на ОПИК се е запознал с възраженията и ги е обсъдил с издаване на оспореното решение, противно на твърдяното в жалбата. Другото задължение на органа съгласно чл. 73, ал. 3 ЗУСЕФСУ - да издаде решението за налагане на финансова корекция в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2 от същия закон, дори и неспазено, не се преценява като съществено, предвид константната практика на ВАС, че установеният срок е инструктивен и неговото неспазване не води до незаконосъобразност на постановения акт-Решение № РД-02-16-233 е издадено на 18.03.2024г., писменото възражение на бенефициента е регистрирано чрез информационната система на 16.02.2024г.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че при издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на ЗУСЕФСУ.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка налице ли е соченото от органа основание за налагането ѝ, правилно ли е определен размерът при прилагане на пропорционалния метод, и налице ли са пречки за настъпване на разпоредените последици.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания— „за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. От цитираната норма следва изводът че, за да се обосноват основанията по този текст, то трябва да бъде посочена правната връзка с разпоредба на глава четвърта на закона, която изрично да посочва кое правило за поведение не е било изпълнено или нарушено. Непосочването на такова правно основание и мотиви би представлявала съществено нарушение на процесуалните правила и предпоставя незаконосъобразност на административния акт.

Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или

бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

В конкретния случай „АЙ СИ ДЖИ БИ“ АД участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове и несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет. В случая приложима е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Съдът следва да извърши проверка, дали е извършено от жалбоподателя твърдяното нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от ЗУСЕФСУ, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и в случай, че е извършено такова-има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение (с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор) и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

Спорът, предвид застъпените пред настоящата инстанция защитни тези, е по приложението на материалния закон в контекста на осъществяването от административния орган властническо правомощие.

По същество, наличието на съображения в акта за две различни нередности обуславя разделното им разглеждане в изложението по- долу.

1.Относно първото констатирано нарушение по чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП, описано в Раздел I Фактическа обстановка, т. 1.1.–незаконосъобразна методика за оценка, квалифицирано като нередност по т. 11, буква "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Съгласно сочената за нарушена норма на чл. 70, ал. 5 от ЗОП показателите, включени в критериите по ал. 2, т. 2 и 3, трябва да са свързани с предмета на

поръчката. Те могат 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.

Съгласно чл. 70, ал. 7 от ЗОП, в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва:

1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации;
2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите;
3. да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за:

а) количествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване;

б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

Съгласно сочената за нарушена разпоредба на чл. 33, ал. 1, изр. второ от Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки /ППЗОП в относимата редакция/, пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите.

Не е спорно, че съгласно утвърдената от възложителя методика за комплексна оценка, оценяването на офертите се извършва въз основа на критерия оптимално съотношение качество/цена по следните два показателя: „Технически параметри относно качеството на изпълнение“, с относителна тежест 30 % и Ценови компоненти, с относителна тежест 70 %. Оценката по показател Технически параметри относно качеството на изпълнение се определя въз основа на 4 подпоказателя, за всеки от които е предвидено да се присъждат точки според наличието на определени преимущества в техническото предложение.

Подпоказател 1- Услуги по проектиране (ENG) предвижда присъждането на точки да се извършва според броя (от 1 до 6) на съдържащите се в офертата преимущества.

От страна на УО на ОПИК е констатирано следното:

Едно от преимуществата е: „Налице е описание на разпределението на задачите и отговорностите на отделните експерти, придружено с аргументация за ефективността и приложимостта му за повишаване качеството на изпълнение на

Обществената поръчка".

Съгласно изискванията към съдържанието на офертата, техническото предложение следва да съдържа описание на „Организация на проектирането и персонала, ангажиран с проектирането (за всяка част от Техническия проект)- структура, разпределение на задачите и отговорностите, компетентности".

Друго преимущество: „В Предложението са представени предвижданите мерки за безопасни и здравословни условия на труд и опазване на околната среда (HSE), включително противопожарна безопасност, описани са свързаните с тях процедури и организация в съответствие с предмета на възлагане и е обосновано как същите ще допринесат за защитата на живота и здравето на персонала на Участника, Възложителя и третите лица, съответно за опазването на околната среда. Предложението съдържа аргументация за ефективността и приложимостта на мерките спрямо предмета на поръчката".

Минимално изискване към техническото предложение е да са описани „Предвижданите мерки за безопасни и здравословни условия на труд и опазване на околната среда (HSE), включително противопожарна безопасност, и свързаните с тях процедури и организация в съответствие с предмета на възлагане".

При тези фактически данни, тезата на органа е, че от така разписаните правила е изводимо, че подлежат на оценка компоненти, които са задължителна част от офертата на участника, което води до получаване на точки по подпоказатели, дори при наличие на само едно от шест посочени преимущества. Т.е. участник получава точки дори и при липса на преимущество, въпреки че не отговаря на минималните изисквания, за да бъде допуснат до оценка и следва да бъде отстранен при липсата на структура, разпределение на задачите и отговорностите, компетентности и мерки за безопасни и здравословни условия на труд, в нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а" от ЗОП.

Според УО на ОПИК налице е неяснота по отношение на правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката. Разликата във формулираните минимални изисквания и двете преимущества се състои в допълнението „е обосновано как същите ще допринесат за защитата на живота и здравето на персонала на Участника, Възложителя и третите лица, съответно за опазването на околната среда. Предложението съдържа аргументация за ефективността и приложимостта на мерките спрямо предмета на поръчката". Неяснотата е касателно съдържанието на изисканите от възложителя обосновка и аргументация.

По отношение на Подпоказател 4- Организационна схема и план за обучение на персонала е посочено следното преимущество: „Предложението съдържа обосновка на структурата, броя и функциите на обучавания персонал за работа, отчитаща и анализираща влиянието на фактори като степен на автоматизация на процесите, необходимост от поддръжка и изпълнение на организационни и административни функции“. Прието е от УО на ОПИК, че е налице припокриване между

минималното изискване към техническото предложение и преимуществото, за което се присъждат точки.

Освен това Р. счита, че част от преимуществата са описани с прекалено общи и неясни понятия, от които не става ясно какво следва да е предложението на участника, за да получи точки. И конкретно, че използването на общи фрази и изрази като „аргументация за ефективността“, „аргументиран анализ“, „ще доведе до качествено изпълнение“, „съобразен с производствените и логистични добри практики, както и със спецификата на проекта“, „степен на автоматизация на процесите“ и др. подобни в подпоказателите по оценяване за присъждане на определен брой точки създава предпоставки за субективно оценяване и води до невъзможност да се прецени доколко обективни биха били действията на помощния орган при определяне на точките по тези подпоказатели. Заключено е, че изразите, използвани в методиката, и непосочване на относителната им тежест позволяват произволно оценяване, още повече, че макар и част от тях да са дефинирани /“обосновано/аргументирано“, „ефективност“ и „адекватност“/, същите са бланкетни и от съдържанието им не може да се установи какво конкретно е вложено във всеки от тези изрази и как последните следва да се тълкуват и прилагат от оценителната комисия.

Досежно подпоказател 3 предвиждащ и оценка на „допълнителни дейности във връзка с процеса на управление на договора, които участникът е идентифицирал като необходими за строителния процес и е обосновал техния принос за повишаване на качеството на изпълнението“, като според Р. отново е налице неяснота как участниците да изготвят своите предложения и как евентуално след това те ще бъдат сравнени и оценени.

Тези изводи на органа са неправилни и необосновани. За да приеме това съдът съобрази следното:

Определянето на показателите за оценка на офертите е част от оперативната самостоятелност на възложителите, които сами определят онези показатели, които имат преимуществено значение за избора на участниците. Тази нормативно регламентирана свобода е логично отражение на факта, че лицата, които организират провеждането на една обществена поръчка, най-добре познават нуждите си и могат да преценят по какъв начин те биха били задоволени в най-голяма степен. Независимо от така предоставената законодателна самостоятелност, възложителите следва при изготвяне на методиките за оценка да съобразяват изискванията към участниците с въведените законови критерии, установени в разпоредбите на ЗОП и ППЗОП. В тази връзка според практика на СЕС по фондовете следва да бъдат финансирани единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с принципите и правилата за възлагане на обществени поръчки (в

този смисъл решения от 14 юли 2016 г., Wroclaw — Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, т. 43, и от 6 декември 2017 г., Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, C-408/16, EU:C:2017:940, т. 57), по-специално с принципа на равно третиране на оферентите, гарантиран в член 2 от Директива 2004/18.

По аргумент от чл. 70, ал. 1 ЗОП обществените поръчки се възлагат въз основа на икономически най- изгодната оферта. За да определи коя оферта съответства в най-пълна степен на посоченото законово изискване, възложителят поставя един от изброените в разпоредбата на чл. 70, ал. 2 ЗОП критерии за възлагане, а именно: най- ниска цена (т. 1) ниво на разходите, като се отчита разходната ефективност, включително разходите за целия жизнен цикъл (т. 2) или оптимално съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на цената или нивото на разходите, както и на показатели, включващи качествени, екологични и/или социални аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка (т. 3). С оглед съпоставянето на различните оферти по отношение на предложеното качествено изпълнение в хипотеза като настоящата, когато е избран показател по т. 3, възложителят утвърждава като част от документацията за участие методика за комплексна оценка. Последната следва да съдържа начин на оценяване, който да е свързан с предмета на възлагане (Сравн.: чл. 70, ал. 5 ЗОП), и предвид разпоредбата на чл. 70, ал. 7 ЗОП.

Според практиката на Съда на Европейския съюз (ЕС) показателите, по които се оценява съответствието на техническите предложения, трябва да са формулирани така, че не само членовете на комисията да ги разберат и приложат по начин, който дава възможност действително да се провери съответствието на предложението с изискванията, но и да могат "всички разумно информирани и полагащи обичайната грижа потенциални участници да разберат техния точен обхват и съответно да ги тълкуват по еднакъв начин". (Виж например: решение от 10 май 2012 г., Комисията с/у Кралство Н., C-369/10, EU: C: 2012: 284, т. 88, *mutatis mutandis* решение от 16 февруари 2012 г., Costa, C-72/10 и C-77/10, EU: C: 2012: 80, т. 73). Необходимо е възлагащият орган, респ. помощната комисия, чрез която упражнява правомощията си във връзка с допускането и оценяването на предложенията, да разполага с възможност да извърши действителна проверка дали офертите съответстват на поставените изисквания (В този смисъл виж.: решение от 22 юни 2017 г., C-49/17, Unibet, EU: C: 2017: 491, т. 46, както и решение от 4 декември 2003 г., EVN, EU: C: 2003: 651, т. 56 и 57).

На първо място, административният орган сочи нарушения на чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП, без да конкретизира фактите по всяко от твърденията нарушения. Р. не е съотнесъл всяка констатация към съответната хипотеза на чл.70, ал.7, доколкото в тази норма са визирани отделни такива,

съдържащи изисквания към начина за определяне на оценката по всеки показател. Няма пречка ръководителят на УО да счита за нарушени и трите, регламентирани в чл. 70, ал. 7 ЗОП хипотези, но от словесното описание на нарушението, не може да се изведе волята на органа. Т.е. налице е съвкупност от факти, като никой от тях не е подведен към конкретна правна норма, за да обоснове доказаност на приетото нарушение на чл. 70, ал. 7 ЗОП, което влече незаконосъобразност на акта в тази част.

Съдът намира за нужно да отбележи, за да е налице нарушение на чл. 33, ал. 1 ППЗОП, е необходимо пълнотата и начинът на представяне на информацията сами по себе си да са елемент на оценяването, т.е. да съставляват показател. В случая предвидената в Методиката скала за оценяване включва конкретно посочени задължителни и надграждащи компоненти с ясно определен обхват, като наличието на надлежно предложение по тях в офертата носи съответния брой точки без да се предвижда преценка на начина на представяне на информацията по смисъла на чл. 33, ал. 1 ППЗОП. Анализът на разглеждания алгоритъм в контекста на цитираните разпоредби от ЗОП сочи, че разписаните в методиката правила осигуряват на участниците достатъчно информация, относима при определяне на оценката по съответния показател, предлагат начин на оценяване, който да позволява обективно съпоставяне на офертите и нивото на изпълнение по всяка от тях, отделните стъпки съдържат описание на критериите за оценяване и ясно дефинират правилата, при които ще бъдат определяни съответния брой точки, като не са създадени предпоставки за различното им тълкуване от участниците и/или оценителната комисия. Принципът на равно третиране на оферентите изисква заинтересованите от обществена поръчка икономически оператори да разполагат с еднакви възможности при изготвяне на офертите си и да могат да се запознаят точно с изискванията на процедурата, както и да са сигурни, че за всички конкуренти важат едни и същи критерии (решение от 14 декември 2016 г., *Connexhion Taxi S.*, C-171/15, EU:C:2016:948, т. 39 и цитираната съдебна практика). Освен това оферентите трябва да се намират в равностойно положение както когато подготвят своите оферти, така и когато възлагащият орган оценява тези оферти (вж. в този смисъл решение от 16 декември 2008 г., *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, т. 45 и цитираната съдебна практика). Така разписаните правила не създават предпоставка за различното им тълкуване от участниците и им предоставят насоки какво трябва да съдържа тяхната оферта, за да получат по-голям брой точки.

Противно на твърдението на Р. методиката не предвижда да бъдат оценявани предложения, които не съдържат всички задължителни елементи от изискуемото съдържание на офертите. 1.1. Посочените в Методиката дейности, чието ниво на изпълнение се оценява, съдържат елементи, които са еднакви за всички участници и съставляват минимално изискуемо съдържание от Предложението за изпълнение

(Техническото предложение) от офертата на всеки участник. Тези елементи са описани и към съответната дейност в образеца на Техническо предложение и съвпадат с описанието на дейностите по Таблица 1, колона 3 от Методиката. По този начин участниците са имали възможност да структурират офертите си и да посочат съответните преимущества на техническите си предложения, за да бъдат оценени съгласно Методиката.

В тази връзка е основателен аргументът на жалбоподателя, че за да се допусне до оценка техническото предложение на даден участник, съответствието му с минималните изисквания е установено при проверката на предходен етап от процедурата, поради което е несъстоятелен извода в оспорвания акт, че Методиката допуска оценка на несъответстващи на минималните изисквания оферти. В Методиката са заложили обективни критерии, въз основа на които да може да се направи преценка на нивото на качество на офертите с оглед наличието на конкретни предложения, надграждащи минималните изисквания на Възложителя.

Не е налице и съдържателно припокриване между минималните изисквания и надграждащите компоненти/преимущества в методиката. По своята същност минималните изисквания са съвкупност от условия, чието наличие в цялост е основание за допускане на офертата на съответния участник до по-нататъшен етап от процедурата; обратно – несъответствието с минималните изисквания обуславя отстраняването на офертата, респ. подалия я участник, още към този момент. От своя страна, така наречените "надграждащи обстоятелства" са допълнителни критерии, които възложителят въвежда с оглед оценяване качеството на подадените оферти и чието наличие не е задължително, а е оставено на преценката на участниците. В случай, че го има, на последните се присъждат повече на брой точки. Именно затова е необходимо надграждащите обстоятелства да се различават от минималните условия, а не да ги преповтарят. В случая посоченото и от Р. допълнение „е обосновано как същите ще допринесат за защитата на живота и здравето на персонала на Участника, Възложителя и третите лица, съответно за опазването на околната среда. Предложението съдържа аргументация за ефективността и приложимостта на мерките спрямо предмета на поръчката", очевидно не преповтаря минималните изисквания, а ги разширява и конкретизира.

На следващо място, описаните в административния акт формулировки от методиката, а именно „аргументация за ефективността“, „аргументиран анализ“, „ще доведе до качествено изпълнение“, „съобразен с производствените и логистични добри практики, както и със спецификата на проекта“, „степен на автоматизация на процесите“ и др. подобни в подпоказателите по оценяване за присъждане на определен брой точки, макар и част от тях да са дефинирани /“обосновано/аргументирано“, „ефективност“ и „адекватност“/, не правят неясен утвърдения от възложителя на обществена поръчка механизъм за оценка. Т.е. освен, че възложителят е дал нужната дефиниция, не е налице такава

специфика в терминологията, която да внася неразбираемост на методиката. Логиката сочи, че качеството на изпълнение на поръчката може да бъде надвишено тогава, когато начинът на изпълнение превъзхожда изискванията, които възложителят е поставил. Затова в случая, ако участник предложи мерки, надграждащи изпълнението с параметри, описани в техническата спецификация по поръчката, то тогава ще бъдат присъдени точки по този компонент. Фактът, че в документацията не са изброени какви трябва да бъдат тези мерки обаче не означава, че има неяснота, а тъкмо напротив- позволява на възложителя степенувано да оцени способностите на участниците с оглед качествено изпълнение на дейността, предмет на поръчката.

По отношение на възможността участниците да предложат допълнителни дейности във връзка с процеса на управление на договора, които са идентифицирани като необходими за строителния процес и е обоснован техният принос за повишаване на качеството на изпълнението, следва да се има предвид, че законът не изключва подобен подход, доколкото чл. 70, ал. 7, т. 1 ЗОП изисква методиката за оценка да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Т.е. ролята на преимуществото- ако същото е налице е офертата да получи по- висока оценка. В частност е дадена възможност на всеки участник съобразно предвиждания начин на изпълнение и опита си в сходни проекти да идентифицира допълнителни дейности във връзка с управлението на договора, като обоснове приноса им за повишаване на качеството на изпълнение.

Досежно преимущество, изразяващо се в съобразяване на сроковете за извършване на отделните действия в хода на строителството с периода на изпълнение на Обществената поръчка, следва да се има предвид, че същото не създава предпоставки за допускане до оценка на оферти, които не са съобразени със зададения период на изпълнение, каквато е тезата на Р.. Целта на посоченото предимство, свързано с допълнителен брой точки, е да стимулира участниците да представят начина, по който ще бъде постигнато изпълнението в зададения от бенефициента период.

В този смисъл, настоящата съдебна инстанция приема, че обратно на възприетото от административния орган и от съда, утвърдената методика за оценка не е в противоречие с правилата на ЗОП и ППЗОП.

Горното прави безпредметна преценката за корелация на така описаните от фактическа и правна страна нарушения с дадената от органа квалификация на нередност по т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата "Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, 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", както и проверката за наличие на третия елемент от състава на нередността съгласно чл. 2, т. 36 от

Регламент № 1303/2013, а именно– вредата.

2. Относно нарушението на чл. 107, т. 1 от ЗОП, във връзка с чл. 67, ал. 1, ал. 5 и ал. 6 от ЗОП, чл. 54, ал. 8 от ППЗОП и чл. 112, ал. 2, т. 2 от ЗОП, описано в Раздел I Фактическа обстановка, т. 1.2.– изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя, квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности.

Нормата на чл. 107, т. 1 от ЗОП гласи, че освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията.

Съгласно чл. 67, ал. 1 от ЗОП при подаване на заявление за участие кандидатът декларира липсата на основанията за отстраняване и съответствие с критериите за подбор чрез представяне на единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП).

Съгласно чл. 54, ал. 8 от ППЗОП когато установи липса, непълнота или несъответствие на информацията, включително нередовност или фактическа грешка, или несъответствие с изискванията към личното състояние или критериите за подбор, комисията ги посочва в протокола по чл. 54, ал. 7 от ППЗОП и изпраща протокола на всички кандидати в деня на публикуването му в профила на купувача.

Съгласно чл. 67, ал. 5 от ЗОП възложителят може да изисква от кандидатите по всяко време да представят всички или част от документите, чрез които се доказва информацията, посочена в ЕЕДОП, когато това е необходимо за законосъобразното провеждане на процедурата.

Съгласно чл. 66, ал. 2 от ЗОП подизпълнителите трябва да отговарят на съответните критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълняват, и за тях да не са налице основания за отстраняване от процедурата.

Съгласно чл. 112, ал. 2, т. 2 от ЗОП възложителят не сключва договор, когато класираният на първо място кандидат не докаже съответствието си с поставените критерии за подбор.

При тази правна рамка, Р. е констатирал:

В раздели III.1.2 от обявлението и Приложение № 7 от документацията кандидатите следва:

- да са реализирали минимален общ оборот в размер на 300 000 000 евро за последните три приключили финансови години (2015 г., 2016 г. и 2017 г.), в зависимост от датата, на която кандидатът е създаден или е започнал дейността си;
- да са реализирали минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на обществената поръчка за последните три приключили финансови години (2015 г., 2016 г. и 2017 г.) в зависимост от датата, на която кандидатът е създаден или е започнал дейността си, изчислен на база годишните обороти, в размер на 150 000

000 евро. „Оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката" е сума, равна на частта от нетните приходи от продажби, реализирана от дейности, попадащи в обхвата на обществената поръчка. Дейности, попадащи в обхвата на обществената поръчка, са всички изброени: а) проектиране, доставка на оборудване и материали, строителство, обучение на персонал и въвеждане в експлоатация на сухоземен газопровод, и б) проектиране, доставка и строителство на газоизмервателна/и и газорегулираща/и станции, въведени в експлоатация или приети от възложител. При подаване на офертата минималните изисквания се доказват с попълване на информацията в Част IV, Раздел Б от ЕЕДОП, а при подписване на договора се представят а) удостоверения от банки; или б) годишните финансови отчети или техни съставни части, когато публикуването им се изисква; или с) справка за общия оборот и за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката.

При подаване на офертата минималните изисквания се доказват с попълване на информацията в Част IV, Раздел Б от ЕЕДОП, а при подписване на договора се представят а) удостоверения от банки; или б) годишните финансови отчети или техни съставни части, когато публикуването им се изисква; или с) справка за общия оборот и за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката.

Тезата на Р. е, че жалбоподателят е избрал изпълнител, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия на поръчката в частта за икономическите и финансови възможности.

При преглед на представения от избрания изпълнител ЕЕДОП е установено, че „AVAX S.A." е заявил, че ще използва подизпълнители, включително: до 8 % М. Е. Апликейшънс С.А., приблизително 3 % Ш. Е. Софтуер С. С.Л., до 1.5 % на Контролтест ООД и до 1 % на Л. С. М. П.К.

Според Р. от представените ЕЕДОП-и за подизпълнителите не се удостоверява изискуемия размер на общия и специфичния оборот, както следва: за М. Е. Апликейшънс С.А.: съгласно представената от подизпълнителя декларация по образец - Приложение № 6 лицето ще изпълнява работен проект, доставка, изграждане и изпитване на: газоизмервателни станции Комотини, С. З., Д. и К.. Предвид поставения критерий за подбор за специфичен оборот то трябва да има реализиран оборот от проектиране, доставка и строителство на газоизмервателна/и и газорегулираща/и станции в размер на 12 млн. евро (8 % от 150 млн. евро) за периода 2015-2017. В ЕЕДОП за лицето не е деклариран специфичен оборот- за Ш. Е. Софтуер С. С.Л.: според посочения дял, който ще изпълнява от поръчката в размер на 3 % лицето трябва да е реализирано минимален общ оборот от 9 млн. евро (3 % от 300 млн. евро) за периода 2015-2017. В представения ЕЕДОП е посочен реализиран оборот в размер на 3 392 309, 94 евро за 2017 г., който е под изискуемия от възложителя. за Контролтест ООД: за изпълнение на критерия минимален общ оборот от 4,5 млн. евро (1,5 % от 300 млн. евро) за периода 2015-2017 в ЕЕДОП не са посочени данни за оборота. При преглед на обявените актове

(ГФО и ОПР) в ТР е констатирано, че от за референтния период 2015-2017 г. се удостоверява общ оборот в размер на 4 283 000 лв., който не отговаря на изискуемия минимум от 4,5 млн. евро. За Л. С. М. П.К. за изпълнение на критерия минимален общ оборот от 3,0 млн. евро (1 % от 300 млн. евро) за периода 2015-2017 в ЕЕДОП не са посочени данни за оборота.

Изведен е извод, че Комисията не е установила несъответствията в заявлението на изпълнителя, не е поискала допълнително представяне на документи, с които да се удостовери съответствието с критериите за подбор. При тези констатации, административният орган приел, че кандидатът, избран за изпълнител, е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия на поръчката в частта за икономическите и финансови възможности и е следвало да бъде отстранен като неотговарящ на изискванията по процедурата, а не да бъде сключен договор с него.

Този извод е неправилен.

По делото е приет Проект- одитен доклад 2024-071- ЕЕPR-BG, реф. Ares /2024/5932361-20.08.2024 г., видно от който „Изискването е било да има минимум 300 млн. евро общ оборот и минимум 150 млн. евро конкретен оборот, за последните три години или 48.3 % общ оборот спрямо стойността на подписания договор в размер на 144.85 млн. евро. Въз основа на проверки в контекста на този одит, 4,5 %, възложени за подизпълнение на „М. Е. СА“, са позволили на това дружество да има проценти на оборот между 9% и 13% /спрямо 300 млн. евро общ оборот/ през последните три години 2015-2017 г., което са най- малко 200% /4,5% спрямо 9%/ много над изискуемия минимум от 48.3 %. Това е напълно спазено и за другите двама подизпълнители с много по- ниски проценти на подизпълнение от 0.69% и 0.47%, но не през всичките три последователни години, тъй като оборотът е бил налице само за 1 или съответно 2 години.“.

Отделно от това, квалификацията на нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата /в относимата редакция/ е относима в случай, че критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което: определен е за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации. Т.е. нередността се изразява в това, че критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно. В настоящия случай липсват фактически установявания за промяна и/или неправилно приложение критерии за подбор в процедурата или на техническата спецификация, в резултат на което да е определен за изпълнител кандидат или участник, който не отговаря на тях. Преценката дали дадено лице отговаря на критериите за подбор и изискванията в техническите спецификации е етап, предхождащ избора му за изпълнител и тя обикновено се осъществява на базата на декларираните от него в ЕЕДОП обстоятелства. Едва след

избора му за изпълнител, в един последващ момент, в който критериите за подбор и/или техническите спецификации вече са приложени, то следва да представи документи за съответствието си с тях. Нормативно установен елемент, за да се квалифицира нередността по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата (в редакцията ѝ от ДВ бр. 102 от 23.12.2022 г.), е нарушението да е допуснато "в хода на процедурата", която хипотеза не съответства на фактическите констатации на органа. Приетото в акта от фактическа страна нарушение не обосновава заключение за промяна на офертата на участника в хода на процедурата, поради която промяна впоследствие поръчката да е възложена именно на променилия офертата си кандидат. Напротив, във фактическите си установявания административният орган сочи, че избраният изпълнител не е представил документи, изискуеми съгласно разпоредбите на чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП към момента на сключване на договора за изпълнение. Констатираните от УО обстоятелства, които според него представляват нарушение на нормите на ЗОП, не могат да бъдат подведени под сочената в акта хипотеза за нередност по т. 14 от Приложение № 1 на Наредбата, тъй като не изпълват предвидените предпоставки. Определеният за изпълнител кандидат е отговарял на критериите за подбор, доколкото тези критерии не са променяни в хода на процедурата, нито са неправилно приложени по отношение на този кандидат преди да бъде избран за изпълнител. Офертата му е допусната до разглеждане и оценена съобразно одобрените и непроменяни в хода на процедурата правила. Поради това настоящият съдебен състав приема, че в административния акт е посочено правно основание, което не е годно да обоснове наличието на твърдяната от органа нередност. Липсата на годно правно основание не дава възможност на съда да извърши цялостна проверка за законосъобразност на административния акт.

Предвид това, констатираните от УО обстоятелства не могат да бъдат подведени под сочената в акта хипотеза за нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата (в редакцията ѝ от ДВ бр. 102 от 23.12.2022 г.), тъй като не изпълват предвидените в същата предпоставки, поради което оспорваното решение е незаконосъобразно и в тази част.

Въз основа на изложеното, съдът намира, че Решение №РД-02-16-233/18.03.2024г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014- 2020г., с което е наложена финансова корекция на „АЙ СИ ДЖИ БИ“ АД следва да се отмени.

По искането на жалбоподателя за преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз (СЕС), който да даде отговор на следните въпроси:

1. Следва ли чл. 79, ал. 1, пар. 2 от Директива 2014/25/ЕС да се тълкува в смисъл, че ако възложител принципно е задължен да проверява съответствието на посочен от кандидат или участник подизпълнител с критерий за подбор, например изискване за минимален общ оборот, то възложителят е длъжен да извърши проверката и в

случай че делът от поръчката, който ще бъде превъзложен, не е фиксиран, а е провизорен (плаващ) процент с горна граница, чиято реална стойност може да бъде и много под тази горна граница?

2. В случай че отговорът на поставения по-горе въпрос е положителен, следва ли възложителят да изиска замяната на подизпълнител, който доказва наличие на икономическо и финансово състояние или на технически и професионални способности в рамките на посочения провизорен процент, но под неговата горна граница, напр. при посочен подизпълнителски дял от до 1,5% от поръчката подизпълнителят е реализирал общ оборот, съответстващ на 1% от поръчката?

Съгласно нормата на чл.267 от ДФЕС- СЕС е компетентен да дава преюдициални заключения относно: 1. Тълкуването на договора; 2. Валидността и тълкуването на актовете на институциите, органите, службите или агенциите на Съюза. Според чл. 628 от ГПК вр. чл. 144 от АПК, когато тълкуването на разпоредба на правото на ЕС или тълкуването и валидността на акт на органите на ЕС е от значение за правилното решаване на делото, българският съд прави запитване до СЕС. Следователно -или се тълкуват общностните норми при неяснота, или се прави преценка на тяхната валидност. Основните функции на преюдициалното производство в теорията се свеждат най- общо до три категории, както следва: гарантиране единното прилагане правото на ЕС, развитие правото на ЕС и обезпечаване на неговото върховенство и осигуряване на допълнително средство за правна защита на засегнатите субекти. СЕС е имал възможност да се произнесе по тълкуване съдържанието на цитираната разпоредба на чл. 267 ДФЕС, като нееднократно е изразил позицията, че целта на това производство е да се предотвратят различията в тълкуването на общностното право (Виж Решение от 16.10.1974 г. по делото Rheinmuhlen, 166/73, Rec. p. 33). В тази връзка следва да се посочи, че обхватът на предоставената на СЕС тълкувателна компетентност не е неограничен– същият се разпростира единствено върху "общностното право", т. е. върху първичното и производното право на ЕС, международните договори, сключвани с трети страни и смесените договори и то, ако тези регламентации са приложими *rationae temporis* и *rationae loci* към главния спор. В редица свои решения СЕС уточнява, че предмет на тълкуване могат да бъдат и възпроизвеждащи или намиращи се в тясна връзка с разпоредби от правото на ЕС национални правни норми.

Настоящият състав, като съобрази фактите по спора, намира, че поставените въпроси не предполагат задължение за съда, да отправи преюдициално запитване до СЕС по реда на чл. 267 ДФЕС. Още повече, че решението на настоящата инстанция не е окончателно доколкото според чл. 629, ал. 3 ГПК, във връзка с чл. 144 АПК, съдът, чието решение не подлежи на обжалване, винаги отправя запитване за тълкуване, освен когато отговорът на въпроса произтича ясно и недвусмислено от предишно решение на Съда на Европейския съюз или значението

и смисълът на разпоредбата или акта са толкова ясни, че не будят никакво съмнение.

Предвид това следва искането за отправяне на преюдициално запитване до СЕС да се остави без уважение.

С оглед изхода на спора и предвид разпоредбата на чл. 143, ал. 4 от АПК в полза на жалбоподателя следва да се присъдят претендираните разноски, съгласно списък в размер на 1700 лв. за държавна такса и 20 976.28 лева /с ДДС/ адвокатско възнаграждение. Съдът намира за неоснователно възражението за прекомерност, предвид фактическата и правна сложност на делото, делото е върнато за ново разглеждане, материалния интерес /претендираното адвокатско възнаграждение е под минимума предвиден в чл.8, ал.1, вр. чл.7, ал.2, т.7 Наредба № 1 от 9.07.2004 г. за възнаграждения за адвокатска работа (Загл. изм. – ДВ, бр. 14 от 2025 г.)/.

Мотивиран от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София- град, Трето отделение 73- ти състав

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на „АЙ СИ ДЖИ БИ“ АД, за отправяне на преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз.

ОТМЕНЯ Решение №РД-02-16-233/18.03.2024 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 г., с което на „АЙ СИ ДЖИ БИ“ АД, с ЕИК-[ЕИК], е определена финансова корекция по АДФФП № BG16RFOP002-4.002-0001-C02, с бенефициент „АЙ СИ ДЖИ БИ“ АД, в размер на 4 400 617,50 лв. без ДДС, представляваща 25 на сто от предвидената и подлежаща на възстановяване финансова подкрепа от ЕСИФ по сключен Договор № Р-09-С/10.10.2019 г. с изпълнител „Авакс С.А“.

ОСЪЖДА Министерството на иновациите и растежа, да заплати на „Ай Си Джи Би“ АД, с ЕИК-[ЕИК], разноски по делото в размер на 22 676.28 лева.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14- дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: