

РЕШЕНИЕ

№ 2112

гр. София, 31.03.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 01.03.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Кристина Българиева, като разгледа дело номер **5149** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във връзка с Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ– заглавие изм. – ДВ бр.51 от 2022г., в сила от 01.07.2022г./.

Образувано е по жалба на Столична община срещу Решение от 17.05.2022 г. на Ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ /Р. на ОПОС/, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % от засегнатите от нарушението разходи и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, по договор № СОА22-ДГ55-67/09.02.2022 г. с дружество по ЗЗД „Л. 2021“, на стойност 1 942 100.00 лева без ДДС.

В жалбата се излагат подробни аргументи за незаконосъобразност на оспореното решение, поради допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, липса на доказателства за компетентност на административния орган, издал акта. Твърди се, че Възложителят има оперативна самостоятелност да постави подобни критерии за оценка, които в максимална степен да обезпечат навременното и качествено изпълнение на обекта. Недоказани били визираните нарушения на правилата за провеждане на обществена поръчка от Столична община в качеството на възложител. Изтъква се, че за да бъде методиката законосъобразна, тя трябвало да бъде създадена така, че при нейното прилагане да се стигне до обективно, прозрачно, конкурентно класиране на офертите, от които да бъде избран успешният участник и именно такава била коментиранията методика за

определяне на комплексна оценка на офертите. Заложените в същата показатели били в съответствие с нормативните изисквания, като заложените в нея показатели били подчинени на предмета на поръчката, тематично обвързани с нейните основни характеристики, което правило методиката за оценяване пълна и точна. В тази връзка неправилни и необосновани били изводите на ОУ за нарушение на разпоредбите на чл.70, ал.5, изр.2, във вр. с ал.7, т.1, т.2 и т.3, б.“б“ и чл.2, ал.2 от ЗОП. Това налагало извод за липса на нередност по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕФСУ, във вр. с т.11 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Оспорва се материалната компетентност на Р., издал оспорения административен акт. Поставя се под въпрос и компетентността на лицата, които са служители на УО /или наети от него/ да преценят дали конкретни условия от методиките са относими или не. Моли съда да отмени оспорвания акт, в условията на алтернативност, в случай, че приеме, че има извършена нередност, да извърши корекция по отношение на размера на засегнатите от евентуалното нарушение разходи по проекта. Претендират се разноски. В съдебно заседание, жалбоподателят чрез процесуалния си представител поддържа жалбата и моли да бъде отменено оспореното решение. Претендира разноски, съгласно списък.

Ответникът по жалбата- Ръководителят на УО на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020г. /ОПОС/ и Главен директор на ГД“Оперативна програма“Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите чрез процесуалния си представител оспорва жалбата. Моли съда да отхвърли жалбата като неоснователна. В съдебно заседание претендира присъждане на разноски по делото и прави възражение за прекомерност на претендираното адвокатско възнаграждение от жалбоподателя. Представя писмени бележки.

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

Столична община е бенефициент по договор за БФП № Д-34-1/01.02.2022г. по Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 по процедура чрез директно предоставяне на БФП №BG16M1OP002-1.020 „Изграждане на ВиК инфраструктура в Столична община“

В изпълнение на договора за БФП е проведена обществена поръчка – открита процедура по ЗОП с предмет „И. - проектиране и строителство на обект: Доизграждане на канализационната мрежа на[жк], р-н „Л.“.

Вследствие на проведената обществена поръчка е сключен договор № СОА22-ДГ55-67/09.02.2022 г. с изпълнител Дружество по ЗЗД "Л. 2021", на стойност 1 942 100.00 лв. без ДДС.

От Р. на ОПОС е извършен последващ контрол за законосъобразност на отритата процедура по ЗОП по сигнал за нередност № 980. В резултат на извършения административен контрол е констатирана нередност. Жалбоподателят е уведомен с писмо изх. № 1-020-0001-2-381/11.04.2022 г. от Р. на ОПОС, за вида на констатираното нарушение и наличието на финансов ефект от осъществения последващ контрол за законосъобразност на договор №СОА22-ДГ55-67/09.02.2022 г. с изпълнител Дружество по ЗЗД "Л. 2021", на стойност 1 942 100.00 лв. без ДДС и му е предоставена възможност да се запознае с него и в 14-дневен срок в случай, че има възражения, да ги изложи, като ги подкрепи с необходимите доказателства. В същото е посочено нарушение на разпоредбата на чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1, 2 и 3, буква “б“ от ЗОП във връзка с чл.2, ал.2 от ЗОП, изразяващо се в утвърждаване от възложителя на

незаконосъобразна методика за оценка. Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., изм. и доп. ДВ. бр.19 от 06 март 2020 г., доколкото от подадените три броя оферти, всички са преминали заложените критерии за подбор, като предвидения процентен показател за посочената нередност се равнява на 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, по сключения договор №СОА22-ДГ55-67/09.02.2022 г. с изпълнител Дружество по ЗЗД "Л. 2021", на стойност 1 942 100.00 лв. без ДДС.

В законоустановения 14- дневен срок е депозирано възражение от Столична Община с рег. № BG16M10P002-1.020-0001-C01- M051 от 21.04.2022 г., прието за неоснователно от Р. на ОПОС.

В хода на съдебното производство са приети писмени доказателства приложени по административната преписка и такива, които допълнително са представени от процесуалния представител на ответника.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕФСУ, че подлежи на обжалване пред съд. Депозирана чрез административния орган, в АССГ в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, 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. Приетите от Министерски 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., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник". Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022г.

По силата на чл. 73, ал. 4 ЗУСЕФСУ решението, с което се определят финансови корекции, може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс.

Оспореният акт е издаден от компетентен орган. Съгласно 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. В чл. 33, ал. 2 от Устройствения правилник на МОСВ е предвидено, че Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ изпълнява функциите на Управляващ орган на ОПОС за програмния период 2014-2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности. ГД „ОПОС“ се ръководи от главен директор. С приетата като писмено доказателство по делото Заповед № РД-13/06.01.2022 г. Министърът на околната среда и водите е оправомощил Г. С. С. – главен директор на ГДОПОС в МОСВ да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПОС 2014-2020 г. във вид и обем, определен в нормативната уредба, с изключение на изрично посочени функции, в които не попадат правомощията за определяне и налагане на финансови корекции. Процесното решение е издадено от Г. С., именно в качеството ѝ на ръководител на УО на ОПОС 2014-2020 г., поради което съдът приема, че актът е издаден от компетентен орган.

Изложените в жалбата и писмените бележки възражения, относно липса на материална компетентност на органа, издал оспореният акт са изцяло неоснователни. Компетентността на Р. на ОПОС е определена в ЗУСЕФСУ и Устройствения правилник на МОСВ. Не намират опора в закона и доводите на жалбоподателя, че Р. на ОПОС не може да извършва проверка по ЗОП, тъй като при проведеното административно производство е констатирана „нередност“ по смисъла на Регламент (ЕС) № 1303/2013, която констатация изцяло попада в правомощията на Р. на ОПОС.

Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът приема, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл. 59, ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. В акта изрично е посочено, че констатираното нарушение и неговият финансов ефект подробно е описано в писмо изх. № 1-020-0001-2-381/11.04.2022г., адресирано да жалбоподателя, с което последният се е запознал преди издаване на решението за определяне на финансова корекция. В акта е посочено установено нарушение по т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 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 ЗУСЕФСУ /Наредба за посочване на нередности/ като е прието, че същото съставлява нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Оспореният акт е издаден на основание чл. 73 от ЗУСЕФСУ. Доколкото тези фактически и правни основания са материално законосъобразни, респ. дали обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта.

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕФСУ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. 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 случая, на бенефициента е дадена възможност да направи възражения и представи допълнителни доказателства, от която същият се е възползвал. Оспореното решение е

издадено в едномесечния срок от представяне на възраженията, така както е предвидено в нормата на чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ. Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Неоснователни са твърденията на жалбоподателя, че органът не е обсъдил изразеното становище по основателността на наложената финансова корекция.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, 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. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

За да се наложи финансова корекция по посочения текст на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ следва да е налице основание - 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 нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ.

Съдът следва обстойно да обсъди в настоящото решение, налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна.

Вторият елемент е действие или бездействие, от страна на бенефициента, което води до нарушаване на правилата за определяне на изпълнител по глава IV от ЗУСЕФСУ.

В тежест на административният орган е с оглед на чл.170 ал.1 от АПК да докаже, че има нарушения на Закона за обществените поръчки, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка. Третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. 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.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая, безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез оперативна програма „Околна среда“ за програмен период 2014 – 2020 г.“, поради което приложима по отношение на нея 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

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

В оспорения административен акт е установено нарушение на нормата на чл.70 ал.5 и ал.7 т.1,2 и 3 буква „б“ от ЗОП във връзка с чл.2 ал.2 от ЗОП. Съгласно разпоредбата на чл.70, ал.5 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 т.1, 2 и 3 буква „б“ 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: б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка. Според чл.2, ал.2 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.

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 предвид разпоредбата на чл. 70, ал. 7 ЗОП трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации (т. 1); да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите (т. 2); да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: а) количествено определимите 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.

Според практиката на Съда на Европейския съюз (СЕС) 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). В допълнение, според съдържанието на съображение 92 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (Директива 2014/24/ЕС), критериите следва да позволяват извършването на сравнителна оценка на нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, предвид предмета на поръчката, както е определен в техническите спецификации.

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, критерият за възлагане е съобразно чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП, като видно от обявлението, показателите за определяне на комплексна оценка са:

Техническа оценка на офертата (ТО), включваща изброените по-долу подпоказатели и с относителна тежест - 60%: „Срок за изработване на технически проект“ - 5т; „Срок за изпълнение на СМР“ - 10т.; „Професионалната компетентност на персонала“ - 22т.; „Специфични социални аспекти на изпълнението на поръчката“ - 30т. и „Концепция за изпълнение“ - 33т.

Подпоказателят КИ „Концепция за изпълнение“, се формира от минимално заложиени елементи: организационна схема на изпълнението на поръчката; предложение за проектиране и строителство; строителна програма и времеви график на изпълнението и мерки за опазване на околната среда и контрол на социалното напрежение. При наличие в офертите на посочените елементи, същите подлежат на експертна оценка, като са описани три твърди стъпки, които се оценяват, съответно с 10 т., 20 т. или 33 т.:

- 10 т. се присъждат при съответствие с минималните изисквания към съдържанието на прехоужението за изпълнение на поръчката:

- 20 т.- офертата следва да отговаря на условията за 10 т. и на надграждащото обстоятелство № 1:

-33 т. - офертата следва да отговаря на условията за 10 т. и да е налице кумулативно наличие на надграждащите обстоятелства под № 1 и № 2 в таблицата.

Обстоятелство № 1 представлява предложени мерки за осигуряване на навременна доставка на необходимите строителни продукти, предназначени за влагане в съответния строеж и за извършване на входящ (вътрешен) контрол за качество и съответствие на доставяните продукти с предвижданията на инвестиционния проект и нормативните изисквания.

За всяка от предложените мерки трябва да са посочени: Същност и обхват на мярката; Систематизиран план за прилагане на мярката (дейности, които се предвиждат за изпълнението ѝ); Експерт и/или служител, ангажиран с изпълнението на дейностите за прилагане на мярката (ако експертите по изпълнение на дейностите са повече от един- кой експерт коя от дейностите ще изпълнява) с посочване на задължения на експерта/служителя при изпълнението на всяка от посочените дейности; Очаквания ефект от изпълнението на конкретната мярка за подобряване на контрола по доставката и гарантиране качеството и съответствието на материалите съобразно изискванията на Възложителя в Документацията за обществената поръчка и на нормативната уредба. Допълнително за обстоятелство № 2 участниците следва да предложат действия на членове на екипа за изпълнение на поръчката по контрол на изпълнението на предложения план за прилагане на мярката.

Жалбоподателят и възложител на обществената поръчка е дал дефиниции за понятията "навременно" и "качествено изпълнение", но административният орган е посочил, че определенията не съдържат описания на обективните критерии, по които ще се оценява качеството на предложенията, а се използват оценъчни понятия „от цялостната разработка...се обосновава извод“, „гарантирано спазване“ .

Надграждащо обстоятелство №1 изисква конкретни мерки за осигуряване на навременна доставка на необходимите строителни материали, както и мерки за извършване на входящ контрол на качество и съответствие на доставяните материали с предвидените за използване такива. Р. на ОПОС е констатирал, че в минималните изисквания за допустимост вече е налице изискване за представяне на Строителна програма с времеви график, като в програмата си участникът като минимум следва да е описал методите за изпълнение на строителството и да е представил описание на необходимите материали, механизация и оборудване, като в графика следва да е показал цялата последователност на изпълнение, включваща изпълнението на строителството, ведно с отделните срокове за доставка на материалите. Административният орган е направил извод, че предлагането на мерки за навременни доставки на материали, само по себе си не води до надграждане на качеството на изпълнение, тъй като самият график за изпълнение, ако е съставен съгласно минималните изисквания на възложителя за допустимост, ще доказва сам по себе си, че времето за изпълнение е в съответствие с декларираната

организация, отчитащо всички съпътстващи строителството дейности, т.е. в т.ч. и доставките на материали, в една обвързваща последователност.

Според Р. на ОПОС, съгласно нормата на чл. 166, ал. 1, т. 2 от ЗУТ, проверката и контрола на доставените и влагани в строежа строителни продукти, с които се осигурява изпълнението на основните изисквания към строежите в съответствие с изискванията на националното законодателство се изпълнява от лицето, осъществяващо строителен надзор, а не от лица, принадлежащи на структурата на строителя. По този начин, лице от структурата на строителя, не би могло да гарантира съответствие на доставяните продукти с нормативите изисквания по смисъла на чл. 166 ал. 1, т. 2 от ЗУТ, а ако се предложат такива лица от страна на строителя, които да осъществяват този контрол, то техните предписания в реалното изпълнение на поръчката, не биха могли да послужат като законови предпоставки за гарантиране на качеството на доставяните продукти пред възложителя на строителството. Посочено е, че в методиката не фигурират примерни мерки, изискуемо съдържание, потенциален брой на същите, за да е възможно изобщо сравняване и оценяване на техническите предложения от комисията. От друга страна потенциалните участници не биха могли да презумират дори колко на брой мерки да разпишат, за да са конкурентни предложенията им спрямо тези на другите участници.

Съдът намира, че сравнението на надграждащото обстоятелство по т. 1 с минималните изисквания, по-специално и предвид развитата от Р. теза-строителна програма с времеви график, не обуславя посоченото от органа нарушение. В единия случай е изискано представяне на работна програма за изпълнение на всички дейности, предвидени съгласно документацията и договора, като графикът следва да показва последователност, продължителност и разпределение във времето за всеки етап от договора и Обекта и включените в него работи, включително и нестроителни дейности. А в другия случай-надграждащо обстоятелство 1 изисква от участниците в обществената поръчка да предложат мерки за изпълнение на предложения времеви график, както и служител, който ще е ангажиран с изпълнението на дейностите по прилагане на предложената мярка/мерки. Възложителят е съобразил различието между строителната програма и времевия график на изпълнение с предложените мерки за осигуряване на навременно изпълнение на времевия график, относно доставка на строителни материали и упражняване на контрол за качество на доставяните продукти. При това положение начинът, по който е формулирано надграждащото обстоятелство № 1 от методиката не противоречи на закона. Това условие не преповтаря по съдържание минимално изискване за строителна програма и времеви график на изпълнение. Очевидна е разликата в съдържанието на двете условия. За да отговаря на минималното изискване, участникът следва да представи организация на дейността като цяло; а за да надгражда така поставените условия, в контекста на т. 1 от надграждащите обстоятелства, е необходимо да представи конкретна мярка за изпълнение на строителната програма, както и експерт, ангажиран с изпълнението на

предложената мярка.

На следващо място, надграждащо обстоятелство № 2 представлява предложени мерки за осигуряване на качеството по време на изпълнение на проектирането, строителството и авторски надзор. По отношение на това обстоятелство административният орган е обосновал извод, че не се обосновава яснота за това, с каква насоченост следва да са самите мерки, за да се приеме, че „осигуряват качество“, предвид, че се касае за три отделни вида дейности по проектиране, авторски надзор и строителство, които са и различни по своя характер и същност и специфика на самата дейност, още повече, че самото качество се обуславя от спазване на самото законодателство в областта, особено по отношение на проектирането.

Безспорно се касае за три отделни вида дейности— по проектиране, по авторски надзор и по строителство, които са различни по своя характер и същност и специфика, но в конкретния случай са взаимосвързани и всеки участник следва да ги осъществява в съвкупност. Чрез него се оценяват мерките, които участникът предлага, за да гарантира декларираното в рамките на задължителния компонент спазване на срока и бюджета. В указанията за надграждащия компонент бенефициерът фактически е дефинирал конкретни „направления“ - а именно проектиране, строителство и авторски надзор, които счита за решаващи за изпълнението на проекта в срок и в рамките на определения бюджет, и за които иска участниците да му предложат мерки, гарантиращи преодоляването им.

В случая, възложителят е дал свобода на участниците да определят приложимите мерки за тяхната организация на работата, като в този смисъл не е необходимо да се търси единна база за сравнение, защото такава не е приложима за конкретната методика. Всяка предложена мярка се оценява сама за себе си, като именно от нейния характер зависи резултата, който даден участник цели. Индияция, че анализиранията условия не са неясни, е че в документацията за обществената поръчка възложителят е дал възможност на участниците да отправят до него запитвания във връзка с участие в обществената поръчка и липсват отправени въпроси относно съдържанието на мерките, предвидени като надграждащи елементи.

Предвид това следва да се приеме, че всяко едно от надграждащите обстоятелства е свързано с предмета на поръчката, съдържа конкретно формулирани дейности и разяснения. Заложените условия са относими към качеството на крайните резултати, доколкото по отношение на тях е поставено условие за повишаване качеството на изпълнение и на постигнатите резултати.

Възложителят правилно не е ограничил участниците, дефинирайки всички възможни "мерки", необходими за качествено и срочно изпълнение. В този контекст следва да се посочи и, че тези два института също са с ясно съдържание – качествено изпълнение означава съответно на договореното такова и съгласно действащата нормативна уредба, а навременно – в рамките на предложението от участника срок. Следователно на участниците е

предоставена свобода в преценката, относно това какви аспекти от организацията си да разкрият с оглед навременното и точно изпълнение на поръчката, но тази свобода не граничи със субективизъм, а е израз на състезателното начало във възлагателните процедури, доколкото в случая достатъчно ясно е определен предметът на обществената поръчка и параметрите на нейното изпълнение, което поставя необходимите рамки на възможните интерпретации на изискването. В този смисъл са Решение № 2752/01.03.2021 г., постановено по адм. дело № 11334/2020 г., VII о. на Върховния административен съд, както и Решение № 12710/14.12.2021 г., постановено по адм. дело № 6177/2021 г., VII о. на Върховния административен съд.

Настоящият съдебен състав намира, че методиката не е в противоречие с регламентацията в чл. 70, ал. 7 ЗОП, т.к. включените в същата подпоказатели и предвидените стъпки за поставянето на точки дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите на участниците, едновременно с което им осигуряват достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател. Отделните стъпки съдържат описание на критериите за оценяване и ясно дефинират правилата, при които ще бъдат определяни съответния брой точки по всяка от четирите степени. Въпросните надграждащи обстоятелства са пряко свързани с предмета на поръчката и към организацията на нейното изпълнение, поради което не е налице и нарушение на чл. 70, ал. 5, изр. 3-то ЗОП. Същите са относими към качеството на крайните резултати, описани са достатъчно ясно и изчерпателно, така че да не създават предпоставка за различното им тълкуване от участниците и да им предоставят насоки какво трябва да съдържа тяхната оферта, за да получат по-голям брой точки.

Относно констатациите на Р. на ОПОС за Подпоказателят „Специфични социални аспекти на изпълнението на поръчката“ и т.4 от указания за подготовка на тази незадължителна част от предложението и указания, касаещи мерки/действия за намаляване на социалното напрежение - според УО на ОПОС, формулировката на тази точка води до неясно тълкуване на обхвата на предложението в тази част от офертата, тъй като потенциалният участник не би могъл да предвиди по същество потенциалните оплаквания, жалби и/или сигнали за конкретния обект. В тази част на предложението си, всеки участник самостоятелно би предложил варианти за реакция при евентуални хипотези на жалби/сигнали/оплаквания, за които би изложил мерки, но няма как на етап предхождащ изпълнението на обекта, да се прецени дали подобни хипотези и оплаквания биха възникнали в действителност по време на изпълнението на строежа. В този смисъл, УО счита, че този елемент от методиката не би довел до надграждане на качеството, тъй като, ако съответната ситуация не възникне в хода на изпълнението, то тази част от техническото предложение на практика би се явявала неотнормирана към обекта на поръчката. По отношение на елемента за предложени мерки за справяне със социалното напрежение при изпълнение

предмета на поръчката, УО на ОПОС счита, че този показател дава възможност за оценка на начина който е описан как участниците ще се справят с един хипотетичен проблем, който може да възникне. Преценката, дали предложеното разрешение за справяне например с „евентуални постъпили жалби, сигнали и/или оплаквания“ е адекватно и ефективно, ще е субективно, тъй като не почива на предварително определени обективни критерии. Заложените предварително от възложителя ситуации на социално напрежение е възможно и да не настъпят. Възложителят е използвал събития, които не са обвързани с предварително измерими и обективни критерии, което предполага тяхната интерпретация в голям диапазон и с това се създава една несигурност за икономическите субекти.

Настоящият съдебен състав приема, че в методиката за оценка Възложителят е обосновал включването като надграждащ компонент за специфичните социални аспекти, пряко произтичащи от спецификата на обществената поръчка и отразяващи нейните характерни особености, вкл. свързани с териториалния ѝ обхват, като е предвидил, че при реализацията на обекти с подобен обем, обхват и вид дейности обичайно настъпва социално недоволство и постъпват жалби, оплаквания, сигнали и др. подобни. С поставянето на това условие, възложителят предвижда присъждането на допълнителен брой точки на участник, който предварително посочи какви мерки или действия би предприел и реализирал, за да се намали социалното напрежение, свързано с липсата или влошеното качество на питейната вода и с неудобствата от изпълняваните СМР. Необосновани са твърденията на ответника, че потенциалният участник не би могъл да предвиди какви ще са евентуалните оплаквания и недоволства. С оглед предмета на обществената поръчка е ясно, че оплакванията могат да бъдат свързани с влошено водоподаване.

С оглед чувствителността на обществото към липсата на вода за домакински нужди, възложителят е предвидил като елемент на надграждащия компонент предлагането на конкретни действия, с които да се намали социалното напрежение. С поставянето на посоченото условие, възложителят се стреми участникът да покаже предварително какви мерки и/или действие би предприел за да намали социалното напрежение, свързано с дейността по ВиК ремонтите. При липса на вода за домакински нужди, всяко подаване на жалба и/или сигнал следва да се решава незабавно, като именно в този смисъл възложителят е посочил, че изпълнителят следва да предложи мерки за предприемане на незабавни действия за фиксиране на възникналата ситуация. Обществената поръчка е с изключително специфичен предмет и с огромна социална значимост, поради което възложителят обосновано е предвидил евентуално наличие на проблеми при изпълнението ѝ, както и общественият интерес, който би бил засегнат, поради временно спиране на водоподаването и то за няколко квартала в [населено място].

В този смисъл необосновани и неправилни са изводите на УО, че тази част от техническото предложение на практика е неотнормирана към обекта на

поръчката и че елементът на оценка не намира приложение в надграждащите компоненти, относими към качествено на изпълнение на договора. Отделно от това, по никакъв начин не е мотивирано как тези съображения се съотнасят към възприетите като нарушени разпоредби на чл.70 ал.5 и ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3, буква „б“ във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП във вр. с чл. 2, ал. 2 ЗОП, тоест защо е прието, че формулираният елемент на надграждащия компонент не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта и да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; съответно, че не осигурява на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по този компонент.

Анализът на разглежданите компоненти от методиката за определяне на комплексна оценка в контекста на цитираните разпоредби от ЗОП безспорно сочи, че разписаните в методиката правила осигуряват на участниците достатъчно информация, относима при определяне на оценката по визирания 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. Така разписаните правила предоставят на участника достатъчно информация за механизма, който ще се прилага при определяне на оценката по обжалваните показатели. В тази насока методиката не е в противоречие с регламентацията в чл. 70, ал. 7 и ал.5 от ЗОП, т. к. включените в същата подпоказатели и предвидените стъпки за поставянето на точки дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите на участниците, едновременно с което им осигуряват достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател. Отделните стъпки съдържат описание на критериите за оценяване и ясно дефинират правилата, при които ще бъдат определяни съответния брой точки по всяка от четирите степени. Въпросните надграждащи обстоятелства са пряко свързани с предмета на поръчката и към организацията на нейното изпълнение, поради което не е налице и нарушение на чл. 70, ал. 5 от ЗОП. Същите са относими към качеството на крайните резултати, описани са достатъчно ясно и изчерпателно, така че да не създават предпоставка за различното им тълкуване от участниците и да им предоставят насоки какво трябва да съдържа тяхната оферта, за да получат по-голям брой точки.

В този смисъл, настоящата съдебна инстанция приема обратно на възприетото от административния орган, че утвърдената методика за оценка не е в противоречие с регламентацията в чл. 70, ал. 7, т. 1, 2, 3 б. „б“ и ал. 5, изр. 3-то във връзка с чл.2 ал.2 от ЗОП, респ. не съставлява „нередност“ по смисъла на чл.2, ал.36 от Регламент №1303/2013 г. и чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕФСУ.

Изложеното обуславя безпредметност на 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".

По изложените съображения, доводите на Столична община, изложени в жалбата за противоречие на обжалваното решение с материалния закон са основателни.

Предвид това съдът, следва да отмени оспореното Решение от 17.05.2022г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Околна среда 2014 – 2020 г."

С оглед на изхода от спора, направеното от процесуалния представител на жалбоподателя искане за присъждане на разноски е основателно и на основание чл. 143, ал. 1 АПК съдът следва да осъди Министерството на околната среда и водите, в чиято структура е органът – ответник, да заплати на жалбоподателя направените по делото разноски. Същите, видно от доказателствата по делото са в общ размер от 5 831.78 лева, от които 1700 лв. платена държавна такса, като намира за неоснователно възражението на процесуалния представител на ответника за прекомерност на адвокатското възнаграждение в размер на 4 131.78 лв., с оглед материалния интерес и фактическата и правна сложност на делото.

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

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Столична [община] от 17.05.2022 г. на Ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ /Р. на ОПОС/, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % от засегнатите от нарушението разходи и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, по договор № СОА22-ДГ55-67/09.02.2022 г. с дружество по ЗЗД „Л. 2021“, на стойност 1 942 100.00 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Министерството на околната среда и водите да заплати на Столична община, със седалище и адрес на управление [населено място], [улица] сумата от 5 831.78 лева, разноски по делото.

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

СЪДИЯ:

